

مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العنبي

باحث في القانون العام

المراجعة اللغوية

عبدالواحد تولان

الإيداع القانوني

2011 PE 0113

ملف الصحافة

43/2011

المراسلة

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

الهاتف: 0665929835

0662557163

البريد الإلكتروني: elanbiredouane@gmail.com

جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

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 الدار البيضاء (القانون العام)
د- كولفرني محمد	أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
د- إدريس الحياي	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)

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 أدناه، ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج MicrosoftWord بنسق RTF. (نوع الخط بالعربية : TraditionalArabic، مقاسه : 14، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : TimesNewRoman، 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

افتتاحية العدد.....	5
الدراسات والأبحاث.....	6
التطور التشريعي لحماية براءة الاختراع / محمد محبوب.....	7
المرجعية الدستورية للجماعات الترابية بالمغرب. / اجلاب رشيد.....	24
السياسة العمومية اللامركزية واللامركزية: الميدان والوسيلة/ محمد بوكطوب، نور الدين لحجاني.....	29
إشكالية الهوية والانتماء في المجتمعات العربية وتأثيرها على الصراع السياسي دراسة مقارنة " بين أكراد العراق وأمازيغ المغرب" / ريام عبد الستار المفرجي.....	38
الأثر الواقف في تحصيل الديون العمومية وآثاره / لبنى الحمير.....	42
دور العنصر البشري في نجاح مشاريع الاستثمار/ علي بن مسلم بن محاد الكثيري.....	50
التصریح الإجباري بالممتلكات ورهان تخليق الحياة العامة بالمغرب/ مصطفى علوش.....	52
مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في مجال التعمير/ عادل المعروف.....	57
الضمانات الأساسية لشرعية الإجراءات الجزائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنية لسنة 2011/ علي أحمد يوسف الشبول	62
العقوبة الإدارية/ يونس نفيذ.....	64
القيود الواردة على سلطة المحكمة الجنائية الدولية في مرحلة التحقيق / حسينة شرون.....	69
دور القضاء الجزري في تفعيل خصوصية قانون الشغل الجنائي/ المصطفى طایل.....	73
مرتكزات حقوق الدفاع وآليات حمايتها في مرحلة المحاكمة/ الرحالي يونس.....	82
صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في التشريع الفرنسي/ أعيسلامي عبد الحكيم.....	90
المرجعية التشريعية لمدونة الحقوق العينية، قانون رقم 39.08/ هشام ناشي.....	94
الشرعية الدستورية للحريات العامة وحقوق الإنسان بالمغرب - قراءة في دستور فاتح يوليوز 2011/ عزيز باكوية.....	104
أزمة الجزاء الجنائي وآليات تجاوزها/ فاتن الوزاني الشاهدي.....	111
ضوابط سلطة القاضي في تقدير عقوبة الجرائم الجبائية- دراسة مقارنة -/ لبنى مساعيد.....	131
الحماية القانونية لمستهلك الخدمات الطبية في القانون المغربي/ فهي بوشعيب.....	137
إجراءات المصالحة في جريمة الصرف على ضوء التشريع الجزائري./ عبد العزيز خنفوسي.....	148
تكييف الإدارة الضريبية للعقود/ أحمد أمين شكراد.....	155

الحق في الحساب البنكي بين البناء القانوني وواقع الممارسة دراسة نقدية للمادة 150 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها. / عمر بجنبو.....	159
إصلاح الإدارة العمومية بين الاكراهات الواقعية والحلول الممكنة على ضوء مقتضيات الدستور الجديد/مصطفى ميمون.....	163
جريمة النصب في القانون المغربي / إكرام الداكي.....	168
دور المجتمع المدني في تعزيز وحماية حقوق الإنسان -التجربة المغربية- / الحافظ النوبي.....	174
الاعلام عند الانخفاظ في رأس مال شركة المساهمة/ العبدلاوي فاطمة.....	179
اختصاصات الملك في مجال المعاهدات الدولية في ظل دستور 2011/ ملاك قائد.....	186
الإختبار القضائي في السياسة العقابية المعاصرة/ زكية مكدوفي.....	197
تطور آليات تنفيذ سياسات الدول الداخلية في مجال حماية البيئة/ أناس بندوز.....	202
المساطر الكفيلة بحماية الغير في قانون المسطرة المدنية/ هشام المراكشي.....	205
الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق وحدودها/ وائل تيسية.....	213
دور النظام العام الاقتصادي في تحقيق العدالة التعاقدية/ ياسين منصوري.....	223
الصلح بالوساطة في مشروع قانون المسطرة الجنائية/ سعد الستاتي.....	229
استراتيجية الدفاع والهجوم في مسار حزب "العدالة والتنمية" المغربي/ ابراهيم الصافي.....	235
التنشئة القانونية/ مصطفى الفضالي.....	240
قراءة في المادة الأولى من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية المغربية/ محمد الزهري.....	245
محددات ومبادئ السياسة الخارجية المغربية/ نادية الرامي.....	249
مبدأ التقاضي على درجتين وترجمته وفق نظام التقاضي المغربي/ إلياس الهواري احبابو.....	258
منطقة شمال إفريقيا بين التنافس الأمريكي والأوروبي/ سيدي سيداتي العلوي.....	264
مبدأ حق تقرير المصير بين النظرية والتطبيق. / سليمان حسين كشيب حسين.....	267
مدى تطبيق قواعد المسطرة المدنية المتعلقة بالطعون في بعض القوانين الخاصة/ يوسف فريد الإدريسي.....	273
الحق في المناصفة بين مشروعية التحفظ على الاتفاقيات الدولية وخصوصية القوانين الوطنية/ محسن المدني.....	278
معالجة جرائم الموظف العمومي في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على ضوء ما جاء في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد/ عبد الحليم بن مشري.....	282
الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة بين التأصيل والتطبيق/ محسن أبري.....	287
إشكالية المادة 316 من مدونة الحقوق العينية بين التمديد والإبقاء/ زاوش جيهان.....	297

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين.

وبعد:

يسر مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية أن تضع بين يدي قرائها الكرام عددها السادس عشر وهي بهذا تخطو بخطى ثابتة بتوفيق من الله سبحانه وتعالى، وترجو بهذا الإسهام المتواضع المساهمة وضع لبنة في صرح البحث العلمي مع مثيلاتها من الإصدارات القانونية والادارية.

وقد حفل هذا العدد بالعديد من البحوث والدراسات التي نرجو أن نكون قد وُفِّقنا في اختيارها والتي تنهل من مشارب قانونية متنوعة و بين تخصصات المجلة المتعددة، وأن تفتح هذه البحوث آفاقا للمعرفة والبحث العلمي، كما هو هدف هذه المجلة وشعارها،

ما من شك ان ما كان لها أن تصل إلى ما بلغته بين قريناتها لولا جهود ثلة من الأساتذة الأفاضل، الذين أثروا المجلة بأبحاثهم، وإخوانهم الذين قاموا على مراجعتها وتقييمها، يضاف إلى هؤلاء جميعاً كل من أسهم بجهد في الإعداد أو الإخراج ودعم ولو بكلمة طيبة، فلهم جميعا من المجلة فائق تقديرها، وعظيم امتنانها، وصادق وعدها بإذن الله بالاستمرار والتطوير، ما بقي تواصلهم ودام تعاونهم.

وما توفيقنا إلا بالله عليه توكلنا وإليه ننيب.

الدكتور رضوان العني

مدير مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية

الدراسات والأبحاث

التطور التشريعي لحماية براءة الاختراع

الدكتور محمد محبوب¹

مقدمة

ترتبط الاختراعات ارتباطاً وثيقاً بالميدان الصناعي، على اعتبار أن العالم لم يدخل العصر الصناعي إلا بعد اكتشاف أشياء جديدة، التي حولت الإنتاج من استخدام قوى الإنسان والحيوان إلى استخدام قوى الآلات. ومن ثم احتلت الصناعة مكانة مرموقة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدول وأصبح التفاوت كبيراً بين الدول الصناعية المتقدمة والدول التي في طور النمو وتلك التي تعد متخلفة صناعياً.²

و حري بالبيان فإن نشاط المخترع ظل دون حماية قانونية حتى عصور حديثة نسبياً رغم الدور الاقتصادي الذي لعبه المخترعون في تطوير المجتمعات البشرية. فلا أثر يدل على وجود أي حماية في الحضارات القديمة كما أن هذه الحماية لا نجد لها أصولاً في القانون الروماني. إلا أنه في اليونان القديمة وقبل ميلاد المسيح عليه السلام كان مخترعو أنواع من الصحن، يحصلون على حق استثنائي لتصنيعها خلال عام³.

لكن المخترع في العصور القديمة كان يكفيه الإحساس بالمجد وأن تنتشر شهرته في المجتمع، إثر ما يتوصل إليه من اكتشافات، ويكفيه شرفاً أن المجتمع يجعله إلى حد التأليه⁴. في حين نجد أن بعض الحكام لم يشجعوا الاختراعات الجديدة بل اعتبروها نوعاً من الجنون والطيش. ولهذا نجد بأن نيرون قيصر روما قد حكم بالإعدام على أحد المخترعين الذي توصل إلى ابتكار نوع من الزجاج غير قابل إلى الكسر، وعلل القيصر ذلك بأنه لو دأع الاختراع لكف الناس عن الاهتمام بالذهب وانصرفوا إلى القمامة⁵.

ويعتقد الدكتور محمود مختار أحمد بربري بأن الحماية لم تظهر خلال العصور القديمة نظراً لقلة عدد المخترعين من ناحية، ولعدم ظهور مخاطر التقليد والمحاكاة التي لم تكن وسائلها قد تيسرت بعد، فتدخل المحاكم وصدرت التشريعات يمثل دائماً، رد فعل لضغط قوى اجتماعية ناشئة قوية وتمكنت من إقناع المشرع بحماية مصالحها وحاجاتها للحماية. هذا ما لم يكن متوفراً لقلة العدد ولعدم ظهور ما يهدد مصالح المخترع آنذاك⁶.

غير أنه يعود أول ظهور لفكرة حماية الاختراعات إلى فترة ما قبل الميلاد، ففي كتاب "Le banquet des sages" مؤلفه Athénée خلال القرن الثالث بعد الميلاد يذكر المؤلف بأن المستعمرة اليونانية في إيطاليا Sybaris خلال فترة ازدهارها في القرن السادس قبل الميلاد، كانت تمنح براءات اختراع في مجال فن الطبخ بحيث يمنح لكل مخترع وجبة غذائية جديدة حتى أعداده لوحده ولمدة سنة كاملة، وهذا بغية تشجيع البقية على الإبداع في مجال الطبخ؛ وقد اختفت براءات اختراع هاته وقانونها مع تدمير المدينة سنة 510 قبل الميلاد.

أما فيما يخص ظهور الاختراع لدى الحضارات العربية القديمة، فإنه بالرجوع إلى كتب التاريخ، فإن الباحث يجد أن معالم الاختراعات قد بدأت في مصر والعراق، وأهم هذه الاختراعات العربية التي تثير الانتباه الجرافة وهي آلة مشابهة للجرارات المعاصرة؛ والمضخة ذات الإسطوانتين المتقابلين⁸. كما أن العرب هم أول من استخدم التخدير في العمليات الجراحية عن طريق استنشاق محلول المخدرات. كما أن ابن سينا هو الذي جاء بنظرية تعقيم وتطهير الجروح باستعمال الكحول⁹.

وفي العصر الإسلامي عرفت الاختراعات تقدماً ملموساً، إذ آمن العرب بأهمية الاختراع واعتبروها سر بقاء الأمة. ولذا فإن الإسلام قرر أن العلم من مقتضيات الفطرة الإنسانية السليمة لقوله تعالى "الرحمان علم القرآن خلق الإنسان علمه البيان"¹⁰. ولا بيان بلا فكر، ولقوله عز وجل "علم الإنسان ما لم يعلم"¹¹. حيث خلق الله قوة التفكير في الإنسان ودعا رسولنا الكريم ربه أن يرزقه العلم النافع فقال صلى الله عليه وسلم "اللهم ارزقني علماً نافعا". من هذا يستدل على أن الإسلام حرص على تحقيق الوجود المعنوي لأن الوجود المادي المجرد ليس هو المقصود وإلا لما أنزلت الشرائع وبعث الرسل¹²، وتأكيداً لذلك جاء في الصحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له"¹³. ولقد شجع الخلفاء المسلمون العلماء على القيام بأبحاثهم العلمية بما فهم العلماء الأجانب بدون تمييز عرقي إذ أزال الإسلام الحواجز السياسية واللغوية وكفلت الدولة حرية التنقل والحرور¹⁴؛ إلا أن

¹ أستاذ القانون الخاص بجامعة محمد الخامس بالرباط. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – السويسي. رئيس مسلك الإجازة في الدراسات الأساسية في العلوم القانونية بالعربية. إطار سابق مكلف بالدراسات والتشريع بوزارة العدل.

² ثروت عبد الرحيم: الملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية. عمادة شؤون المكتبات. جامعة الملك سعود الرياض. 1987 ص:1

³ محمد مختار أحمد بربري: الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة. دار الفكر العربي ص:18.

⁴ عبد الله درميش: الحماية الدولية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية. أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء 1988 ص:11.

⁵ محمود مختار أحمد بربري: الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة، المرجع السابق ص:19 و20.

⁶ محمود مختار أحمد بربري: الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة، المرجع السابق ص:20.

⁷ Lapointe Serge, "L'histoire des brevets", 2001,P4.

⁸ عبد الله درميش: الحماية الدولية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية: المرجع السابق ص:12-14.

⁹ رشيد قيوج: براءة الاختراع على ضوء القانون المغربي والمقارن رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش 1991 ص:1.

- انظر كذلك عبد الله درميش: الحماية الدولية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية المرجع السابق ص:14.

¹⁰ سورة الرحمن الأيتان 1 و2.

¹¹ سورة العلق الآية 5.

¹² فتحي الدبرني: الملكية الفكرية في الفقه الاسلامي: مجلة المجتمع العربي للملكية الفكرية العدد 6 الربيع الثاني/ 1998 ص:98.

¹³ رواه مسلم.

¹⁴ عبد الله درميش: الحماية الدولية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية: المرجع السابق ص:15.

حركية الابتكار والإبداع والبحث العلمي بدأت تتأزم وتسير نحو الجمود عندما قرر الفقهاء إغلاق باب الاجتهاد، وبدأ الاهتمام منصبا على التقليد في الوقت الذي أصبح فيه الإبداع شيئا محظورا¹.

ومن النماذج الأصلية لفكرة الاختراع هي أن الرسول محمدا صلى الله عليه وسلم قام بتطوير الأسلحة في الجزيرة العربية بالبحث عن أسلحة جديدة كانت تصنع خارج الحجاز². ومن النماذج الأصلية كذلك طريقة القراءة الخاصة بالمكفوفين التي عرفت في القرن الثالث الهجري تقريبا من طرف العالم الأندلسي محمد بن عبد الوارث³.

إلا أن قدامى فقهاء الإسلام لم يتناولوا حق الابتكار بكيفية موضوعية والسبب في ذلك أن هذه المسألة لم توجد في العصور الماضية على ما نراه اليوم، حيث كان العلم بدون في مخطوطات مكونة من نسخ محددة والابتكار العلمي لم يكن له ذلك الأثر على نحو ما نراه في الجامعات والمراكز العلمية المنتشرة هنا وهناك⁴. فمن خلال ما سبق فإن الاختراعات كانت معروفة منذ الأزمنة الغابرة، بحيث أصبحت في حكم الضرورات التي لا غنى للإنسان عنها في كافة شؤون حياته اليومية، فأخذ يسعى لإيجاد السبل لتبليتها، وكانت الحاجة أم الاختراع. إلا أن الإنسان في بداية الأمر كان يحرص على الاحتفاظ بسرية الأساليب والطرق التي يتوصل إليها للوفاء بتلك الاحتياجات. لكن المخترعات تكاثرت وتنوعت مما نشأت معها الحاجة إلى تنظيم الحقوق المترتبة على تلك الابتكارات، مما استوجب قيام نظم قانونية تهدف إلى حماية هذه الحقوق التي تكفل لصاحبها أن يستأثر في مواجهة كافة باستغلال اختراعه. وعليه سنحاول التعرض إلى كل من مرحلة ظهور التشريعات الوطنية لحماية براءة الاختراع (المبحث الأول) ثم إلى مرحلة ظهور التشريعات الدولية لحماية براءة الاختراع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مرحلة ظهور التشريعات الوطنية لحماية براءة الاختراع

يعد الاختراع سمة العصر ومحور تقدمه وسر نجاحه وورثته، لذلك نجد الدكتور "أرباد بوكش" المدير العام السابق للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، يقول في كلمة ألقاها في المعرض العالمي الذي انعقد سنة 1985 في بلغاريا على أن "الاختراعات هي أساس كل تقدم اجتماعي، فهي تساهم في زيادة فعالية الإنتاج وفي جعل حياة كل فرد أكثر أمنا وأكثر رخاءا ولذلك فإن للاختراعات قيمة اجتماعية كبيرة وتعتبر شرطا أساسيا من شروط التقدم الاجتماعي، وينبغي للشعوب أن تدرك في كل وقت من مراحل حياتها ما للاختراعات من فائدة لتحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي"⁵.

والاختراع مصدره الإنسان في أسوأ مراتب الذكاء والتفكير الخلاق المبدع⁶، ولا يتوفر هذا لكل إنسان بل يختص به أناس في كل عصر، يحملون مشغل التقدم الحضاري وذلك بتقديمهم أفكارا خلاقية في جميع أوجه فروع الأنشطة التي تلي حاجة الإنسان والمجتمع، إذ يضيف هؤلاء المخترعون ما تفتق عنه أذهانهم من اختراعات جديدة إلى تراث من سبقهم من المخترعين على مر العصور والأجيال فيساهمون بذلك في دفع عجلة التقدم والازدهار والتطور الحضاري للمجتمعات في جميع دروب الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وبالتالي فإن الجهد الذهني الجبار الذي بذله المخترع على مدى العصور والأزمنة جدير بالتقدير وأنه خليف بالبشرية الاعتراف بفخر بأولئك الذين أسهموا في جعل الابتكار عنصرا جوهريا في المجتمع، عندما أرسوا دعائم العلاقة بين الإبداع والابتكار في هذا العالم، مصداقا لقوله تعالى ﴿فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض كذلك يضرب الله الأمثال﴾⁷.

وعليه فإن الاهتمام بالاختراعات قد أصبح ضرورة وطنية ملحة خاصة في ظل عصر صناعي متطور تسير به الآلة وتحكمه التكنولوجيا، وأن التفاوت في امتلاك الدول للاختراعات أضاع أساس تقسيمها إلى مجموعات متفاوتة في مضمار التقدم والخلف، فهناك دول متطورة وأخرى تحت التطور وثالثة متخلفة، بل أصبح معيار التفاضل بين الأمم يعتمد على مستوى الإبداع الفكري والوجداني والعلمي، وعلى مقدار ما تملكه من اختراعات متطورة⁸. وعلة تقدم الدول المتقدمة تكمن في كونها قد تنهت منذ أمد طويل إلى أهمية العناية بأبنائها المبدعين والمخترعين وضمان حمايتهم لهم سواء بتقديم المساعدات المادية والمعنوية لهم أو بضمان التطبيق العملي لما حققوه من اختراعات في نطاق الصناعة.

وعليه سنتعرض إلى كل من التشريعات الوطنية المقارنة لحماية براءة الاختراع (المطلب الأول) ثم إلى التشريع المغربي لحماية براءة الاختراع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التشريعات الوطنية المقارنة لحماية براءة الاختراع

تعتبر التشريعات دون شك ظاهرة حضارية واقتصادية تساهم في تنظيم العلاقات الاقتصادية بين الأفراد، كما تساهم في حماية حقوق المخترع. وتساعد كذلك هذه التشريعات على دفع عجلة التنمية بتوفير حوافز قانونية واقتصادية لتطوير الأفكار والتقنيات والتكنولوجيات والمنتجات وتسويقها وتشجيع الاستثمار المحلي والأجنبي.

سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى تشريعات الدول المتقدمة الخاصة بحماية براءة الاختراع (الفقرة الأولى) ثم إلى التشريعات العربية الخاصة بحماية هذا الحق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تشريعات الدول المتقدمة الخاصة بحماية براءة الاختراع

ترجع النشأة الأولى لحماية المخترع إلى القرنين الرابع عشر والخامس عشر حيث أثبتت الدراسات أن الملوك في أوروبا دأبوا على منح امتيازات للمخترعين تخولهم احتكار استغلال اختراعاتهم لمدة كانت تختلف في كل حالة عن الأخرى، وإذا لم تكن قواعد محددة سلفا تتسم بالعموم، يمكن للمخترع أن يتمسك بها، وإنما كان الأمر رهن إرادة الحاكم، سواء بشأن مبدأ الحماية أو تحديد شروطها وأثارها⁹. بحيث في فرنسا منحت امتيازات قبل التدخل التشريعي في القرن السادس عشر¹. ولقد أدى

¹ Mehdi el Manajra : la recherche scientifique et la création. Revue lamalif N°137 juin et juillet 1982 p: 44.

² عبد الله درميش : الحماية الدولية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية، المرجع السابق ص 16.

³ محمد أبوليل: القول باختراع برايل للكتابة البارزة اختراع على المسلمين، دراسة منشورة بجريدة الشرق الأوسط بتاريخ 20 شتنبر 1985، ص: 19. (أشار إلى هذا المقال الاستاذ عبد الله درميش في أطروحة الحماية الدولية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية المرجع السابق ص: 17).

⁴ فتحي الدبرني : الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي : المرجع السابق ص: 21.

⁵ المنظمة العالمية للملكية الفكرية : أنباء الويبو من منشورات الويبو رقم: 16- (A/34/4) ماي 1986.

⁶ محمد حسني عباس : الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1967، ص 60.

⁷ سورة الرعد: الآية 17.

⁸ محمد محبوب: النظام القانوني للمبتكرات الجديدة في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحماية الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية. الطبعة الأولى 2005. الناشر دار أبي رقرق.

ص: 20.

⁹ محمود مختار أحمد بربري: قانون المعاملات التجارية الجزء الأول، دار الفكر العربي 1987، ص: 644.

التطور الاقتصادي الذي عرفته بلدان أوروبا في بداية العصور الحديثة إلى الكشف عيوب هذا النظام، وباتت الحاجة ماسة إلى التمييز بين الامتيازات العادية التي كانت تمنح لجميع الأفراد من التجار ورجال الحاشية والنبلاء والامتيازات الأخرى التي يقتصر إعطاؤها على المخترعين لوحدهم². وكما ظهرت علاقات اقتصادية جديدة داخل إقليم الدولة مثل العلاقة فيما بين المخترع والكافة والعلاقة فيما بين المخترع وأصحاب المشروعات الصناعية والزراعية والتجارية. فكان لزاماً تنظيم هذه العلاقات عن طريق سن تشريعات تضمن للمخترع حقه في الاحتكار لاستغلال اختراعه وتلزم الكافة باحترام هذا الاحتكار عن طريق منحه براءة ترتب له حقوقاً وتفرض عليه التزامات تلك التشريعات هي قوانين براءات الاختراع³.

أولاً (قانون فينسيا الإيطالي): يعتقد بعض الفقهاء أن القانون المتعلق بالبراءات رأى النور في سنة 1400، لما بدأت جمهورية فينسيا⁴، تعترف للمخترعين بحق خاص في استغلال أليانهم الجديدة. هذا الحق في الاستغلال لم يبق شاملاً سكان فينسيا إلا خلال سنة 1443 منح لمواطن فرنسي احتكار إنشاء الطواحين في فينسيا ونواحيها، وقد كرس ذلك عموماً بواسطة قانون لجمهورية فينسيا الصادر بتاريخ 19 مارس 1474⁵ والذي جاء فيه ما مفاده "إن كل من يقوم بأي عمل جديد يحتاج إلى الحدق والمهارة يكون ملزماً بتسجيله بمجرد الانتهاء من إعداداته على الوجه الأكمل بصورة معها الاستفادة منه، وأن يحظر على أي شخص آخر للقيام بعمل مماثل أو مشابه من غير موافقة المخترع وترخيصه، وذلك لمدة عشر سنوات، وإذا قام أي شخص آخر بعمل آخر أو مماثل فيكون للمخترع حق طلب الحكم على المعتدي، بدفع تعويض مع إتلاف ما عمله".

يتضح من خلال هذا النص، قد حوى مبدأ قانونياً، تمثل في حماية حق المخترع وحق المجتمع في أن واحد إذ أنه قد وازن بين الحقين، فشجع المخترع على إفشاء سر اختراعه، لقاء منحه امتيازاً خاصاً لاستغلال اختراعه، وحال دون حرمان المجتمع من فائدة ذلك الاختراع إذا ما استمر كتمانته⁶.

وقد نص هذا القانون على شروط معينة تكاد تكون في أي قانون لحماية المخترعين ألا وهي :

- 1- لا تمنح البراءة إلا لقاء اختراع مفيد للجماعة بحيث لم يسبق استعماله وهذا الشرط أصبح يطلق عليه في التشريعات الحديثة شرط الجودة.
- 2- منح الامتيازات للمستغل وكانت مدة الامتياز عشر سنوات.
- 3- ضرورة التطبيق العملي للاختراع في المدينة.
- 4- في حالة عدم استغلال اختراعه يسقط الحق في البراءة.

هذه الشروط التي جاء بها قانون فينسيا تهدف إلى تحقيق مصلحة الجماعة بأسرها في الاستفادة من مزايا الاختراع وكذا حماية المخترع وأيضاً جالب الاختراعات من الخارج حتى ولو لم يكن هو مخترعها.

وقد حدد قانون فينسيا مدة الاستفادة من حق الامتياز لصاحب الاختراع في عشر سنوات، ومن يخالف نصوص هذه الحقوق كانت تفرض عليه عقوبات والسلع المزورة تحجز وتتلغ، وقد عرف هذا النظام نجاح باهر وبدل على ذلك الإحصائيات التالية والمتعلقة بعدد براءات الاختراع الممنوحة في جمهورية فينسيا⁷:

السنوات	العدد
1500-1474	21
1501-1550	107
1551-1600	423
1601-1650	227
1651-1700	317
1701-1750	204
1751-1788	472

وإذا كان قانون فينسيا الإيطالي قد اعتبر أول قانون تناول حقوق المخترع فإن ظهور بعض الصناعات ومراكز اقتصادية أخرى في أوروبا أدى إلى انتشار مبدأ حماية حق المخترع في القوانين التي صدرت تباعاً لذلك القانون والتي تعد أكثر تطوراً لحماية براءات الاختراع.

ثانياً (قانون الاحتكارات الإنجليزي لسنة 1623): استمر نظام الامتياز في أوروبا، واتسع نطاق تطبيقه في إنجلترا على نحو أساء به الملوك استعمال سلطاتهم في منح الامتياز، إلى أنه سرعان ما تعرض إلى انتقادات عديدة بعد أن أصبح الملوك يستعملونه كوسيلة لملأ خزائهم، وكانت هذه الامتيازات تمنح للقراصنة والتجار ورجال الحاشية⁸. ولقد أدت هذه الوضعية إلى إثارة سخط واستياء لدى عامة الشعب مما دفع بالبرلمان إلى التدخل ومحاولة الحد من سلطة التاج، وأسفر هذا الصراع عن ظهور القانون الشهير المسى بقانون الاحتكارات. الذي سماه البعض بأنه العهد الأعظم الخاص بحماية المخترعين وهو تشبيهه "بالمجانكارا" الشهير في تاريخ المملكة المتحدة والذي صدر في 15 يونيو 1215 مرسياً أسس الحريات الدستورية⁹.

وقد بدأ القانون محققاً الهدف الأول من إصداره سنة 1623 هو إلغاء الامتيازات وتقييد الملوك في منحها بشأن المخترعين بحيث نصت المادة الأولى من قانون الاحتكارات، على بطلان كل نوع من أنواع الاحتكارات أو المنح أو الترخيص أو البراءات، أيما كان المحل الذي ترد عليه، واستثنت المادة الخامسة الاحتكارات الخاصة

¹Jean Michel wagret : Brevet d'invention et propriété industrielle. 1964 presse universitaires de France p : 7-8.

² زكريا بلكا : استغلال براءة الاختراع بالمغرب رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة محمد الخامس. أكادال. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط 1998.ص:14.

³ رشيد قيوح: براءة الاختراع على ضوء القانون المغربي والمقارن. المرجع السابق ص: 3.

⁴ البندقية.

⁵André Bertrand : la propriété intellectuelle. Livre II (Marque et Brevets dessin et modèles) dèlmas 1995 p : 77.

⁶ صلاح زين الدين: الملكية الصناعية والتجارية الطبعة الأولى 2000 الناشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص: 20.

⁷ Serge Lapointe "L'histoire des brevets". P. 2001. 4:.

⁸ - محمود مختار أحمد بريري: قانون المعاملات التجارية: المرجع السابق ص: 644.

⁹ محمود مختار أحمد بريري: الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة: المرجع السابق ص: 25.(الهامش رقم 16).

بالاختراعات والقائمة وقت إصدار التشريع فنصت على بقاءها بحيث لا تستثمر لأكثر من إحدى وعشرين عاما من تاريخ منحها¹. كما أتى قانون 1623 بمجموعة من الشروط نذكر منها على وجه الخصوص:

- ◆ اشترط هذا القانون أن يتعلق بإنشاء صناعة أو تجارة جديدة في البلاد.
- ◆ ألا تضر البراءة بمصالح الرعايا، وألا يربط أي إعاقاة للأنشطة الصناعية أو التجارية².
- ◆ لا تخول البراءة إلا لقاء أجل زمني محدد لا يتعدى 14 سنة باعتبار أن هذه الفترة كافية لتصنيع الاختراع، أما إذا تعدت فستتحول إلى عقبة في طريق التقدم التقني³.

إلا أن الذي يؤخذ على هذا القانون هو أن البراءة التي تمنح للمخترع تبقى دائما معرضة للإلغاء والسحب من طرف الملك أي أن الحماية تخضع في منحها أو عدمها لإرادة الملك ولا معقب عليه⁴.

ولقد أدى التطور السريع الذي عرفته بلدان أوروبا نتيجة تأثرها بأفكار عصر النهضة، إلى التخلي عن نظام الامتيازات بصورة نهائية باعتباره معوقا للنمو الاقتصادي نتيجة ما يرضه من قيود على الأنشطة الصناعية والتجارية، و تم استبدال هذا النظام بقوانين أخرى أكثر انسجاما وتناسبا وذلك خلال القرنين 18 و 19، وبدون شك فإن هذه الوضعية تنطبق على فرنسا على وجه الخصوص.

ثالثا (القانون الفرنسي:

1 قانون 7 يناير 1791 الفرنسي: في إطار العهد القديم، كان النظام الملكي المطلق مرتعا خصبا للامتيازات الملكية، حيث كان الملك يعطي امتيازات خاصة لبعض الأفراد الذين ينتمون لطائفة حرفية معينة، وكانت هذه الامتيازات تمنح لمدة قصيرة وكانت دائما معرضة للسحب في أي وقت⁵. مما جعل هذه الطوائف تحتكر تصنيع البضائع والمنتجات وأخضعت أفرادها لنظام يتسم بالصرامة من حيث شروط الالتحاق بها. ونتيجة لذلك كان يحرم على الأفراد غير المنتمين لهذه الطوائف ممارسة الحرفة مما جعل المخترعين يجدون صعوبات كبيرة في تطبيق اختراعاتهم بحيث لم يكن يتسنى لهم ذلك إلا بعد الانضمام إلى طائفة حرفية، وفي بعض الحالات لم يكن يتحقق ذلك مما يجعل من الامتيازات الملكية الممنوحة لهم من غير ذي جدوى⁶. أمام هذه الوضعية الصعبة التي كانت تعوق التقدم الصناعي بفرنسا، أدت إلى تدخل السلطات القائمة في تلك الفترة عن طريق محاولة إدخال إصلاحات جذرية على هذا الوضع، مما حدا بالملك هنري الرابع أن يتدخل سنة 1601 للحد من تلك المساوئ فأنشأ المجلس الأعلى للتجارة الذي كان له الفضل الكبير في تدعيم صناعة الصوف الحرير والزجاج⁷.

ونظرا لتغير الظروف السياسية في فرنسا، ثار الاقتصاديون والمفكرون على نظام الطوائف باعتباره معوقا للنمو الاقتصادي نتيجة ما يرضه من قيود على الأنشطة الصناعية والتجارية. وفي ليلة 4 غشت 1789 قامت الثورة الفرنسية، فأعلن الثوار مبادئ المساواة والعدالة والحرية، وأصدروا إعلان حقوق الإنسان نادوا فيه بوجود حقوق أساسية للفرد، لا ترجع إلى تدخل المشرع. وتحقيقا للمساواة ألغوا جميع الامتيازات بما فيها امتيازات المخترعين. وقد قام أحد نواب الجمعية الوطنية الفرنسية بتقديم قانون يعترف بحق المخترع في التمسك بحقه في مواجهة الكافة وتم التصويت عليه بتاريخ 7 يناير 1791 ليكون أول تشريع متعلق ببراءات الاختراع والذي كان بمثابة ثورة تاريخية في هذا المجال حيث نصت المادة الأولى من التشريع على أن " كل اكتشاف، أو اختراع جديد في كل فروع الصناعة هو ملك لصاحبه "⁸. هذا القانون يتألف من 17 مادة، وكان قانونا منظما وقد تم تكملته بقانون 25 ماي 1791⁹.

ومن أبرز المبادئ التي جاء بها قانون 7 يناير 1791 ما يلي:

- ◆ أصبح يهتم بالمخترع أكثر من اهتمامه بالاختراع لما في ذلك من مصلحة وفائدة للمجتمع، ولذلك اعتبر هذا القانون حق المخترع في اختراعه حق ملكية طبيعية لا يجوز المساس بها أو انتهاكها¹⁰.
- ◆ اعتبر حق المخترع حقا طبيعيا ولا يقتصر دور القانون إلا على الكشف عن هذا الحق وتقريره ولهذا قرر ميرابو أن الاكتشافات الصناعية والفنية كانت حق ملكية قبل أن تعلن الجمعية الوطنية ذلك¹¹.
- ◆ نظم هذا التشريع حماية قانونية ترتبط بشروط محدودة سلفا، بتوفرها يكون للمخترع الحق في الحصول على براءة الاختراع بعد إتباع إجراءات معينة¹².
- ◆ أصبحت البراءة ترتب حقا استثنائيا لمدة معينة من خمس إلى خمس عشرة سنة لصاحب الاختراع دون غيره ولم يعد الأمر يتعلق بالإرادة المطلقة للملك¹³.
- ◆ تم الاعتراف ببراءات الاستيراد، بحيث يمنح لكل شخص الحق في استيراد الصناعة الجديدة من الخارج وذلك بغية تشجيع الاقتصاد الوطني. وفي هذه الحالة يشترط أن تكون الصناعة جديدة حقا، ولا تؤدي إلى الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة¹⁴.

¹ محمود مختار أحمد بريري : الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة: المرجع السابق، ص: 25.

² يمكن للتاج سحب الامتيازات على أساس أن الحصول عليها تم عن طريق خداع الملك وأن بقاءها لم يعد مبررا بحيث ورد في نهاية المادة السادسة من قانون الاحتكارات بعد أن قررت مبدأ حماية المخترعين بالبراءات ضرورة ألا تكون هذه " مخالفة للقانون، مخادعة ضارة للبلاد عن طريق رفع السلع في الداخل أو ضارة بالتجارة أو غير ملائمة بصفة عامة" لقد تم الإشارة إلى هذه المادة في مؤلف محمود مختار أحمد بريري : الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة المرجع السابق ص: 26.

³ زكريا بلكا : استغلال براءة الاختراع بالمغرب: المرجع السابق ص: 16.

⁴ عبد الله درميش : الحماية الدولية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية: المرجع السابق ص: 24.

⁵ « Un Tél. privilège fut accroché en 1674 à françoise d'aubigné, veuve du feu sieur, xaron pour des âtres à journaux, fours et cheminée d'une nouvelle invention. Ces privilèges (de l'ordre de 1 à 3 par an) étaient ensuite enregistrés. Au parlement, qui en modifiait souvent les conditions » André Bertrand : la propriété intellectuelle : op cit, p : 17.

⁶ Paul Roubier: le droit de la propriété industrielle Tome 1. 1952 Recueil sirey p: 66.

⁷ عبد الله درميش : الحماية الدولية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية: المرجع السابق ص: 25.

⁸ Georges Bry : la propriété industrielle. 3ème édition 1914 Recueil sirey p : 191-192.

⁹ André Bertrand : la propriété intellectuelle : op cit p : 79.

¹⁰ Paul Roubier : le droit de la propriété industrielle, T1 op cit p : 67.

¹¹ محمود مختار أحمد بريري: الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة: المرجع السابق ص: 28. الذي نقل عبارة ميرابو الشهيرة كما وردت على الشكل التالي:

« les découvertes de l'industrie et des arts étaient une propriété avant que l'Assemblée nationale l'eut déclaré ».

¹² محمود مختار أحمد بريري: الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة، المرجع السابق، ص: 28-29.

¹³ عبد الله درميش : الحماية الدولية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية: المرجع السابق ص: 26.

◆ ألزم هذا القانون مالك براءة الاختراع باستغلال اختراعه وإلا تعرض لسقوط براءته.²

ويمكن أن نخلص مما تقدم إلى أن هذه الحماية منذ ظهورها خضعت لشرط مباشرة المخترع استغلال اختراعه، بحيث نجد أساس حماية المخترع في أهداف نفعية. فالمخترع يحظى باحتكار الاستغلال، وذلك مقابل تقديم الجدي الذي توصل إليه، حتى يمكن تحقيق مصلحة الأمة بأسرها. مما جعل قانون 1791 متأثراً بفكرة المصلحة العامة وكذا مبدأ الحق الطبيعي الذي يعكس رغبة المشرع الفرنسي في تلك الفترة في عدم الوقوع في نفس أخطاء نظام الامتيازات والطوائف الذي كان عائقاً حقيقياً أمام التطور الصناعي والاقتصادي والاجتماعي في فرنسا.³

② قانون 5 يوليو 1844: خلال نهاية عهد نابليون دخلت فرنسا عالم الصناعة. وقد وصلت نسبة الاختراعات خلال سنة 1817 إلى مائة كل سنة وفي سنة 1840 وصلت إلى ألف في السنة. وزيادة على ذلك فإنه في ظرف 50 سنة من 1791 إلى 1844 وصل عدد البراءات إلى 18 ألف براءة. ولم يتطرق قانون 1791 إلى خصائص براءة الاختراع ومكوناتها، إذ اقتصر على تقديم فكرة عامة دون التعمق في الجزئيات.⁴ مما جعل المشرع الفرنسي يلغي هذا القانون ليحل محله قانون جديد في 5 يوليو 1844. هذا القانون كان يطبق على ثلاثة أنواع من الاختراعات هي: (المنتوج الجديد، والوسيلة الجديدة، والتطبيق الجديد للوسائل المعروفة). كانت الشروط القانونية الوحيدة المطلوبة تتجلى فقط في الطابع الصناعي والجدة. إلا أن تسليم البراءة لم يكن خاضعاً لمسطرة الفحص في الموضوع لأن سلطة الإدارة كانت محدودة. ولهذا لم تكن البراءة تحمل أي متطلبات وكانت تكتسب كل ما هو جديد وموصوف. فالمصادقة على هذا النص جاء بالأساس نتيجة لوفرة الاجتهادات القضائية وخصوصاً فيما يتعلق بشروط قابلية لإعطاء البراءة.⁵

ولقد عرف قانون 5 يوليو 1844 عدة تعديلات خلال عدة مناسبات خاصة بقوانين 17 أبريل 1902 و26 يونيو 1920 و27 يناير 1944. وأيضاً بمرسومين هما مرسوم 30 سبتمبر 1953 و31 ماي 1960.⁶

وهناك سببان أساسيان دفعا المشرع الفرنسي إلى القيام بتعديل شامل لنظام حماية الاختراعات وهما:

أ- التقلبات الاقتصادية في العقود الأخيرة هذه المتطلبات التي أجبرت الرفع من شهادات البراءات وإعادة النظر في شروط تسليم البراءة وبالأخص الثقة المتناهية والكبيرة في تحديد المجال المحمي.

ب- وضع نظام أوروبي لتسليم البراءات هذا النظام الذي كان يستلزم مسبقاً تعديل التشريعات الوطنية، بالإضافة أن مجموعة من الاتفاقيات تم تحضيرها تحت رعاية المجلس الأوروبي، آخر هذه الاتفاقيات كان بتاريخ 27 نونبر 1963 والمسماة باتفاقية ستراسبورغ III.

عدد البراءات الصناعية خلال القرن 18⁷.

فرنسا	انكلترا	السنوات
1730	5	7
1770	23	8
1790	63	22
1797	69	8
المجموع	160	45

من أجل ما سبق أضحى من الضروري تعديل هذا القانون اعتماداً على هذه الاتفاقية. مما دفع بالمشرع الفرنسي إلى إصدار قانون رقم 68-1 بتاريخ 1968⁸.

1- قانون رقم 68-1 بتاريخ 2 يناير 1968 وقانون رقم 78-742 بتاريخ 13 يوليو 1978: لقد وقعت فرنسا على اتفاقية استراسبورغ بتاريخ 27 نونبر 1963 المتعلقة بتوحيد نظام منح البراءات مما أصبح معه تعديل قانون 1844 ضرورياً. وقد استفاد المشرع الفرنسي من هذه الوضعية ليزيد من قيمة البراءات الفرنسية وليعطي فرنسا مكاناً مهماً على المستوى الدولي.

إن القانون الذي تم تبنيه في 2 يناير 1968 والذي دخل حيز التطبيق في 1 يناير 1969 حقق بعض أهدافه وذلك بالإصلاح النسبي للقانون الفرنسي لبراءات الاختراع. ومن بين أهم الإصلاحات التي جاء بها هذا القانون هناك تحديد المطالبة بالحماية الممنوحة بالبراءة، ووضع نظام التراخيص الإجبارية لمعالجة بعض أنواع التعسف. لكن مع ذلك يبقى هذا النظام الفرنسي من هذه الوجهة مرتناً مقابل النموذج الأمريكي حيث لا تمنح البراءة إلا بعد مراقبة إدارية ذات طابع اختراعي وأن يكون الشرط الأساسي في الاختراع هو الجدة.⁹

إلا أن هذا القانون خضع هو كذلك للتعديل وذلك بمقتضى قانون رقم 78-742 الصادر بتاريخ 13 يوليو 1978 بحيث أن هذا التعديل المنجز من طرف هذا القانون كان مهماً فقد قام بتعديل ما يقارب فصلين من كل ثلاثة فصول المضمنة في القانون رقم 68-1 الصادر بتاريخ 2 يناير 1968 مع تغيير العنوان الذي أصبح "قانون براءة الاختراع"¹⁰، إلا أنه وقع تميم قانون 13 يوليو 1978 بعدة نصوص وهي مرسوم رقم 79-822 الصادر بتاريخ 19 سبتمبر 1979 المتعلق بطلبات البراءة والشهادة الإضافية، وقرار 19 سبتمبر 1979 المتعلق بالتقنية الدقيقة لإيداع طلبات براءة الاختراع والشهادة الإضافية والتسجيل بالتسجيل الوطني للبراءات. وقرار 21 سبتمبر 1979 المتعلق بالرسوم وأخيراً بمرسوم رقم 79-797 الصادر بتاريخ 4 سبتمبر 1979 المتعلق باختراعات الأجراء.¹¹

البراءات المودعة بفرنسا خلال السنوات

¹ زكريا بلكا: استغلال براءة الاختراع بالمغرب: المرجع السابق: ص: 19.

² محمود مختار أحمد بربري: قانون المعاملات التجارية: المرجع السابق: ص: 645.

³ زكريا بلكا: استغلال براءة الاختراع في المغرب: المرجع السابق: ص: 20.

⁴ André Bertrand : la propriété intellectuelle : op cit p : 80.

⁵ Jacques Azema : Propriété industrielle. lamy droit commercial (édité par lamy / 1998). P: 690.

⁶ André Bertrand : la propriété intellectuelle : op cit : 81.

Albert chavanne et jean Jacques Burst : Droit de la propriété industrielle – 5eme édition 1998* Dalloz delta. p : 25-26.

⁷ André Bertrand : la propriété intellectuelle op cit p : 78

⁸ Jacques Azema : Propriété industrielle : op cit, p : 691.

⁹ André Bertrand : la propriété intellectuelle : op cit , p : 83.

¹⁰ Jacques Azema : Propriété industrielle : op cit. P: 691.

¹¹ A. chavanne et J.J Bust : Droit de la propriété industrielle : op cit . p : 26.

السنة	العدد
1800	16
1885	8971
1900	12789
1930	24280
1950	23803
المجموع	69805

والتعديل الذي جاء به قانون 1978 لم يرق إلى مستوى التعديل الكبير الذي أتى به قانون 2 يناير 1968، ويتمثل هذا التعديل في²:

أ- القواعد المتعلقة بنظام البراءة. وأغلب هذه القواعد أخذت من اتفاقية ميونيخ.

ب- تحسين مسطرة التسليم ولا سيما فيما يخص الإشعار المستندي.

ج- إقحام تعديل قانوني فيما يخص اختراعات الأجراء وتعديل المقتضيات المتعلقة بالملكية المشتركة للبراءات.

د- إدخال فصول اتفاقية لكسمبورغ المتعلقة بمدى تطبيق البراءات والحقوق المتعلقة بها.

ونظرا للارتباط التكنولوجي مع الخارج ومن أجل تسوية العجز المتدهور في ميدان تغطية المصاريف، فقد أعلن المشرع الفرنسي سنة 1983 عن مجموعة من

التدابير من شأنها أن تغير الوضع، من بينها تحسين الأداة القانونية للحماية وهذا ما حاول المشرع جاهدا إنجازه سنة 1984 و1990.

إلا أنه في سنة 1992 صدر قانون رقم 537-92 بتاريخ 1 يوليو 1992 الذي أتى بمدونة الملكية الفكرية. فهذه المدونة جاءت لإبراز رغبة المشرع الفرنسي في جمع كل

التشريعات سواء المتعلقة منها بحقوق المؤلف من جهة والقانون المتعلق بالملكية الصناعية من جهة أخرى.

هذه المدونة مقسمة إلى ثلاثة فصول: الملكية الأدبية والفنية في الفصل الأول والملكية الصناعية في الفصل الثاني أما الفصل الثالث فيتعلق بتمديد تطبيق هذه

المدونة إلى بعض البلدان التابعة للسيادة الفرنسية وإلى منطقة La Mayotte³.

فالفصل الثاني من المدونة المتعلق بالملكية الصناعية يضم التنظيم الإداري والمهي للمعهد الوطني للملكية الصناعية. والكتاب الخامس منه يتعلق بالرسوم

والنماذج في حين يتعلق الكتاب السادس بحماية المخترعات والمعارف التقنية أما الكتاب السابع ويتعلق بالعلامات الصناعية والتجارية وعلامة الخدمة إضافة إلى بعض

الشارات المميزة.

ثم جاء المرسوم رقم 95-385 الصادر بتاريخ 10 أبريل 1995⁴ ليضم حوله كل المقتضيات التشريعية.

وهكذا تم إلغاء العديد من المقتضيات المتفرقة التي عددها المرسوم بتاريخ 10 أبريل 1995 في عشر مواد من ضمنها: مرسوم رقم 79-822 بتاريخ 19 شتنبر 1979

المتعلق ببراءات الاختراع، المرسوم رقم 92-100 بتاريخ 30 يناير 1992 المتعلق بالعلامات، المرسوم رقم 92-792 بتاريخ 13 غشت 1992 المتعلق بالرسوم والنماذج وكذلك

المرسوم رقم 92-251 بتاريخ 17 مارس 1992 المتعلق بالطعن في قرارات مدير المعهد الوطني للملكية الصناعية والمرسوم رقم 92-360 بتاريخ 1 أبريل 1992 المتعلق

بالتأهيل والتنظيم في مادة الملكية الصناعية باستثناء المقتضيات الانتقالية التي لم يكن مرغوب في إقحامها في المدونة⁵.

أما أهم التعديلات الرئيسية الواردة على قانون الملكية الفكرية الفرنسي فتتجلى في قانون 94-102 بتاريخ 5 فبراير 1994 الذي كان هدفه هو تدعيم الجانب

الزجري المتعلق بالتقليد. ثم قانون رقم 96-1106 بتاريخ 18 دجنبر 1996 الذي قام بتعديل بعض النقط في مدونة الملكية الفكرية وذلك من أجل جعل التشريع الفرنسي

ملائما مع اتفاقية المنظمة العالمية للتجارة التي تنظم جانبا متعلقا بحقوق الملكية الفكرية "ADPIC"⁶.

رابعا) قانون الولايات المتحدة الأمريكية: لقد خول الفصل الأول من الفرع الثامن من دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر سنة 1789 للكونغرس الأمريكي

أن يشجع تقدم الفنون والعلم، وذلك بأن يضمن خلال فترة محددة للمخترعين حقا خاصا يتعلق باختراعاتهم، ومن خلال هذه المبادئ تمت المصادقة بتاريخ 10 غشت

1790 على قانون يتبنى المبادئ التي أقرتها القوانين الإنجليزية فنظم بكيفية واضحة حقوق المخترعين، ومن أهم هذه المبادئ ضرورة فحص السلطات العمومية ما إذا كان

الاختراع المقدم يكتسي طابع الجدة، وحين يتوفر هذا الشرط يسلم الرئيس رسالة مفتوحة للمخترع من أجل استغلال اختراعه لمدة لا تفوق 24 سنة⁷.

وخلال سنة 1836 تبني الكونغرس الأمريكي قانونا جديدا للبراءات، أحدث بموجبه مكتب للبراءات وأسس نظاما للفحص المتعلق بجدة الاختراع⁸.

خامسا) قانون روسيا: عقب ثورة 1917 قد تبني قادة الثورة أفكار كارل ماركس، فألغوا الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج، ثقة منهم في الماركسية، التي ردت المظالم

التي تعاني منها المجتمعات البشرية، إلى وجود هذا النوع من الملكية الذي سمح باستغلال الإنسان للإنسان، ونشأت عنها الطبقات الاجتماعية التي تمثل الصراع بين

طبقة البورجوازية المالكة لوسائل الإنتاج وطبقة العمال المستعبدة. هذه الطبقة الأخيرة هي التي يجب أن تمسك بزمام القيادة في المجتمع الجديد، فالبروليتاريا التي

عانت من الاستعباد والاستغلال بتعين عليها أن تمارس دكتاتوريتها لتمهد الطريق لمجتمع الرفاهية حيث لا طبقات. ولم يتأخر ظهور تأثير هذه الأفكار، على تحديد المركز

القانوني للمخترع. فقد صدر مرسوم "لينين" في عام 1919 ليحدد هذا المركز القانوني، فتم تأمين ملكية البراءة واضعا صورة جديدة للحماية هي شهادة المخترع. ولم يعد

في ظل هذه الشهادة أي أثر لفكرة الحق الاستثنائي، فهي وثيقة تثبت فحسب نسبة الاختراع إلى المخترع، أما الاستغلال فهو للدولة ذاتها تمارسه عن طريق المشروعات

¹André Bertrand : la propriété intellectuelle : op cit. P : 81

²Jacques Azema : Propriété industrielle : op cit. P : 691.

³Jacques Azema : propriété industrielle : op cit. P : 692.

⁴Journal officiel du 13 Avril 1995.

⁵Jacques Azema : Propriété industrielle : op cit : 691.

⁶A. Chavanne et J.J. Bust : Droit de la propriété industrielle : op cit : p : 28.

⁷ عبد الله درميش: الحماية الدولية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية : المرجع السابق . ص: 25.

⁸André Bertrand : la propriété intellectuelle : op cit, p : 79.

العامة والمشروعات التعاونية، دون تقييد بضرورة الحصول على إذن مسبق من الدولة. أما المخترع فله مكافآت مالية، تحدد بنسبة الأهمية الاقتصادية التي تنتج عن استغلال الاختراع¹.

سادسا) قانون بلجيكا: صدر بلجيكا قانون يتعلق ببراءات الاختراع بتاريخ 24 ماي 1854 وقد تم تعديله بعدة نصوص قانونية الصادرة بتاريخ 27 مارس 1857 و 24 أكتوبر 1919 و 3 غشت 1924 و 30 دجنبر 1925 وكذا بقرارات ملكية الصادرة بتاريخ 30 يونيو 1933 و 17 نونبر 1939. فخلال سنة 1957 صدر قانون يتم بموجبه تسهيل عملية إيداع طلبات البراءات والعلامات الصناعية والتجارية والرسوم والنماذج الصناعية بمناسبة المعارض الدولية المنظمة بلجيكا والذي تم تعديله بمقتضى قانون 30 يونيو 1969. وكما صدر قانون بتاريخ 9 غشت 1978 الذي أحدث بموجبه سجل الوكلاء المختصين بمادة براءات الاختراع. وبجانب هذه القوانين صدر بلجيكا قانون جديد يتعلق ببراءات الاختراع وذلك بتاريخ 28 مارس 1984 الذي عدل بمقتضى قانون 9 مارس 1995 يتعلق بالتمثيل أمام مكتب الملكية الصناعية البلجيكي وكذا بقانون 28 يناير 1997 وذلك من أجل جعل القانون البلجيكي ملائما مع اتفاقية المنظمة العالمية للتجارة وخاصة الاتفاق المتعلق بحقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة².

الفقرة الثانية: التشريعات العربية الخاصة بحماية براءة الاختراع

لقد خضعت العديد من الدول العربية للحكم التركي عام 1517، لذلك كان القانون العثماني الصادر بتاريخ 23 مارس 1879 بشأن حماية المبتكرات الجديدة ساري المفعول بالدول العربية الخاضعة للنفوذ العثماني، إلا أن الأحوال الصناعية المتدهورة والمزرية التي كانت تعرفها هذه البلدان لم تسمح بتطبيق هذا القانون³. لكن الحكم العثماني قد زال عن هذه الدول عقب انتهاء الحرب العالمية الأولى وحل محله الانتداب البريطاني الفرنسي عام 1921 والذي لم يهتم بالحالة القانونية إلا بمقدار ما يؤمن مصالحه. وفي هذا الإطار سنحاول التطرق لبعض القوانين العربية على سبيل المثال لا الحصر وهي مصر والجزائر والأردن. أولا) نشأة وتطور الحماية القانونية لبراءة الاختراع في مصر: رغم ازدياد اهتمام دول العالم بالتشريعات الصناعية على إثر الثورة الصناعية والتجارية الكبرى في منتصف القرن التاسع عشر، لما تؤديه من خدمات في تقدم الصناعة والتجارة، بقيت مصر بمعزل عن تلك الحركة العالمية، نظرا لأنها في الأصل دولة زراعية وكانت تعيش تحت نير الاستعمار الذي قيد حركة التصنيع حفاظا على مصالحه، وأبقى على مصر سوقا يستوعب الإنتاج الضخم للدول المتقدمة صناعيا. فلم تكن هناك حاجة لتدخل المشرع. لحماية المخترع لعدم وجوده بين الوطنيين وعدم وجوده على نحو يمثل قوة ضغط على المشرع بين الأجانب، هذا علاوة على أن هؤلاء كانت مصالهم مصنوعة عن طريق القضاء المختلط بمصر⁴. بحيث حاول هذا الأخير إزاء هذا النقص التشريعي سد هذه الثغرة والعمل على حماية حقوق الملكية الصناعية على أساس من العدالة والقانون الطبيعي لتقرير حق المخترع وتحديد نطاقه، فجرت المحاكم الوطنية على حماية هذه الحقوق على أساس من العدالة والقانون الطبيعي، أخذا بالمبادئ المسلم بها في القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية⁵. ويتضح من ذلك، ارتباط نشأة الحماية القانونية للمخترع في مصر، بأفكار القانون الأوروبي وخاصة القانون الفرنسي الصادر عام 1844. وفي هذه المرحلة اعترف القضاء المختلط للمخترع بحق استثنائي على اختراعه ومنع الغير من تقليد الاختراع، ولجأ القضاء إلى قواعد وأحكام المنافسة غير المشروعة لمواجهة حالات التقليد.

رغم ذلك فقد استمر نظام الامتيازات الأجنبية التي كانت تمثل قيда على حرية المشرع حتى عام 1937 وهو العام الذي ألغيت فيه هذه الامتيازات، ليسترد المشرع المصري حريته، ويبدأ تدخله منذ عام 1939 في مجال الملكية الصناعية، بادئا بحماية العلامة التجارية، ثم حماية المخترع الذي صدر فيه قانون رقم 132 لسنة 1949 المتعلق ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية⁶ وعدل بمقتضى القانون رقم 650 لسنة 1955⁷. إلا أن المشرع المصري قد ألغى القانون رقم 132 لسنة 1949 الموما إليه أنفا، وتعويضه بقانون جديد رقم 82 لسنة 2002 بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الذي صادق عليه مجلس الشعب بتاريخ 30 ماي 2002. وهذا القانون يضم 206 مادة ويشمل جميع القوانين المنظمة للملكية الصناعية والقوانين المنظمة لحق المؤلف. وفيما يخص براءة الاختراع خص له الباب الأول من الكتاب الأول.

وقد وصف الدكتور فتحي سرور رئيس البرلمان المصري السابق القانون الجديد بأنه يعد نقلة حضارية في تاريخ مصر حيث يشجع على جذب الاستثمارات الأجنبية ويضع مصر في مقدمة الدول التي تحترم التزاماتها الدولية مشيرا إلى أن القانون لم يراع النواحي الاقتصادية فقط ولكن اهتم بجميع النواحي الأخرى⁸.

ثانيا) قانون براءة الاختراع بالجزائر: لقد أدخل نظام الملكية الصناعية المتعلقة بحماية حقوق الاختراع في الجزائر سنة 1966 بموجب الأمر 54/66 المؤرخ في 3 مارس 1966 المتعلق بشهادات المخترعين وإجازات الاختراع، وذلك مع بداية تشجيع التنمية الوطنية، وتأسيسه كان من شأنه تسهيل الجهود المبذولة في مجال التصنيع، مع إعطاء الضمانات الكافية لموردي التكنولوجيا وفي نفس الوقت تشجيع القدرة الإبداعية للوطنيين، حيث تضمن هذا القانون أحكاما وقواعد هي في الواقع خليط بين مبادئ القانون الفرنسي لبراءات الاختراع الصادر سنة 1844 إلى آخر التعديلات اللاحقة به سنة 1953.

إلا أن التحولات الاقتصادية والسياسية التي عرفتها الجزائر منذ بداية التسعينيات استوجبت ضرورة إعادة النظر في شكل الحماية القانونية للاختراعات والحقوق المترتبة عنها، وهذا صدر المرسوم التشريعي رقم 93/17 بتاريخ 7 دجنبر 1993 المتعلق بحماية الاختراعات الذي تم بموجبه إلغاء الأمر رقم 54/66 المتعلق بشهادات المخترعين وإجازات الاختراع⁹. أقر من خلاله المشرع الجزائري نظام براءات الاختراع شكلا للحماية التي يضيفها على الاختراعات وما يترتب من حقوق استثنائية للمالك في استغلال الاختراع موضوع البراءة.

غير أن هذه النصوص التي وضعت لتستجيب للمتطلبات آنذاك في فترة تعتبر بعيدة نسبيا تبين أنها غير منسجمة مع الظرف الراهن، وضرورة تحديثها وتحسينها أصبح أمرا ضروريا في إطار النظرة الجديدة للإستراتيجية العالمية تطبيقا للاتفاقيات والالتزامات الدولية المبرمة من طرف الجزائر التي تنهيا للإنضمام للمنظمة العالمية للتجارة، ولأسيما اتفاقها المتعلق بحقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة وتعين على التشريع الجزائري المعمول به في مجال حماية الاختراعات والحقوق الناشئة عنها، وهو المرسوم التشريعي رقم 93/17 الصادر في 7 دجنبر 1993 والذي صدر قبل إنشاء المنظمة العالمية للتجارة واتفاقها الخاص بحقوق الملكية الفكرية، أن يكون مكيفا

¹ محمود مختار أحمد بربري: الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة: المرجع السابق، ص: 31-32.

² محمد محبوبي: النظام القانوني للمبتكرات الجديدة في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحماية الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية. المرجع السابق: ص: 55.

³ صلاح الدين عبد اللطيف الناهي: الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية. دار الفرقان عمان 1983 ص: 13.

⁴ محمود مختار أحمد بربري: قانون المعاملات التجارية: المرجع السابق ص: 652.

⁵ سميحة القيلوبي: الملكية الصناعية. دار النهضة العربية ص: 18.

⁶ محمد مختار أحمد بربري: قانون المعاملات التجارية: المرجع السابق، ص: 653.

⁷ إبراهيم أحمد إبراهيم: نظرة شاملة لقوانين الملكية الصناعية في البلدان العربية: (حلقة وطنية عن الملكية الصناعية نظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية مع وزارة التجارة والصناعة والصناعة التقليدية بالدار البيضاء في 28 و 29 فبراير 1996). ص: 8.

⁸ محمد محبوبي: النظام القانوني للمبتكرات الجديدة في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحماية الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية. المرجع السابق: ص: 62.

⁹ فرحة زراوي صالح: الكامل في القانون التجاري الجزائري (القسم الثاني: الحقوق الفكرية) نشر وتوزيع ابن خلدون 2001 ص: 9 إلى 11

مع المتطلبات الاقتصادية المطروحة مع الأخذ بعين الاعتبار بعض الأوجه التي من شأنها دعم المصلحة الاقتصادية العامة، دعماً لحماية المستهلك وترسيخ قواعد التعامل التجاري الشريف.

لهذا فقد تم تدعيم الإطار التشريعي لحماية براءات الاختراع والحقوق الناشئة عنها من خلال الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 يوليوز 2003 المتعلق ببراءات الاختراع والذي يعد المرجع الأساسي لما له من أساس قانوني في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في مجال حماية براءات الاختراع والحقوق الناشئة عنها وما حمله من تعديلات أساسية من خلال تنطبق مع أحكام اتفاق حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة من خلال توسيع نطاق الحماية بواسطة البراءة إلى جميع مجالات التكنولوجيا سواء انصبت البراءة على المنتج النهائي أو انصبت البراءة على طريقة الصنع بما فيها مجال الصناعات الغذائية والدوائية والكيميائية والزراعية، وكذلك الكائنات الحية الدقيقة وكلها تعتبر مستثنية من الحماية في إطار القوانين القديمة¹.

ثالثاً القانون المنظم لحقوق المخترع بالأردن: لقد تم تنظيم حق المخترع في الأردن بمقتضى قانون الامتيازات المتعلقة بالاختراعات والرسوم رقم 22 لسنة 1953. وبموجب هذا القانون ألغيت جميع التشريعات العثمانية، وجميع القوانين والأنظمة الفلسطينية والأردنية المتعلقة بتسجيل امتيازات الاختراعات والرسوم التي كانت سارية المفعول قبل ذلك².

وقد حرص الأردن على إصدار التشريعات القانونية وإجراء التحديث اللازم عليها لتواكب الاتفاقيات التي توصل إليها المجتمع الدولي في مجال الملكية الفكرية والتي تشرف عليها المنظمة العالمية للملكية الفكرية والمنظمة العالمية للتجارة وخاصة اتفاقية حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة³ مما دفع بالمشروع الأردني إلى إصدار قانون جديد رقم 32 لسنة 1999 المتعلق بقانون براءات الاختراع المنشور بالجريدة الرسمية رقم 4389 بتاريخ 1 نونبر 1999⁴.

رابعاً التنظيم القانوني لبراءات الاختراع في الكويت: بدأ التنظيم القانوني لبراءات الاختراع في الكويت بمقتضى القانون رقم (4) لسنة 1962، في شأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، ثم صدرت بعد ذلك لائحته التنفيذية بقرار وزير التجارة رقم (15) لسنة 1965. وفي 17 غشت 1995 أصدر وزير التجارة والصناعة القرار رقم 120 لسنة 1995 في شأن مكتب براءات الاختراع بوزارة التجارة والصناعة، الذي أنشأ بمقتضى مادته الأولى مكتب براءات الاختراع بوزارة التجارة، وجعل مسؤوليته في إطار اختصاصات الوكيل المساعد لشئون المواصفات والمقاييس، وحددت مادته الثانية اختصاصاته في الإشراف على تطبيق أحكام القانون رقم (4) لسنة 1962 وأحكام نظام براءات الاختراع لمجلس التعاون لدول الخليج العربية، وكذلك التنسيق مع هذا المكتب ومتابعة أعماله ونشاطه.

وبانضمام الكويت إلى المنظمة العالمية للتجارة بمقتضى المرسوم بالقانون رقم (81) لسنة 1995 أصبحت ملزمة بإصدار التشريعات اللازمة، أو تعديل القائم منها بما يتماشى مع القواعد والأحكام التي قررتها هذه المنظمة واتفاقياتها التي بلغت ثمانين وعشرين اتفاقية يهمنها منها اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية في جزئها الذي ينظم براءات الاختراع.

و بهدف تماشي النظام القانوني الكويتي مع أحكام اتفاقية المذكورة أعلاه أصدر المشرع الكويتي القانون رقم (3) لسنة 2001 الذي عدل بمقتضاه أحكام القانون رقم (4) لسنة 1962، ويمكن إيجاز أهم التعديلات التي أدخلها القانون المذكور، والمتعلقة ببراءات الاختراع في الآتي:

♦ حظر منح براءات اختراع عن برامج الحاسب الآلي.

♦ زيادة مدة حماية براءة الاختراع إلى 20 عاماً بدلاً من 15 عاماً.

♦ جعل عقوبة الاعتداء على براءات الاختراع الجبس مدة لا تزيد على سنة، وغرامة لا تزيد على 5000 دك أو إحداهما.

أضفى التعديل الحماية القانونية على براءة مستحدثة هي براءة نموذج المنفعة، وهي الخاصة بتطوير معدات ووسائل الإنتاج القائمة دون أن يصل هذا التطوير إلى مرتبة المنتج الجديد الذي يحصل على براءة اختراع بسبب عدم اكتمال جميع عناصر البراءة فيه، وتمنح براءة نموذج المنفعة، وفقاً للمادة (34 مكرراً) من قانون (3) لسنة 2001، لكل من يتقدم بطلب يتضمن حلاً فنياً جديداً في الشكل أو التكوين لمعدات أو وسائل أو أدوات أو أجزائها وغيرها مما يستخدم في الاستعمال التجاري. و أجازت المادة المذكورة لمقدم طلب نموذج المنفعة تحويله إلى براءة اختراع إذا توافرت شروطه، كما يحق لطالب البراءة تحويل طلبه إلى نموذج منفعة، ويعتد في الحالتين بتاريخ تقديم الطلب الأصلي.

المطلب الثاني: التشريع المغربي لحماية براءة الاختراع

لم يعرف التشريع المغربي حماية قانونية لبراءات الاختراع بمعناها الحقيقي إلا بصورة متأخرة وذلك إلى غاية القرن العشرين وخاصة مع خضوع المغرب للحماية سنة 1912 حيث قسمت البلاد إلى ثلاث مناطق: هي منطقة الحماية الفرنسية ومنطقة النفوذ الإسباني ومنطقة طنجة الدولية. فتم سن تشريع خاص بكل منطقة على حدة. وكانت المراسيم المغربية لا تنفذ إلا بعد المصادقة عليها من طرف المقيم العام الفرنسي في المنطقة الفرنسية. ومن طرف المقيم الإسباني في المنطقة الشمالية. أما بالنسبة لمنطقة طنجة الدولية فقد نشأ فيها مجلس تشريعي يضم ممثلي الدولة الأجنبية صاحبة الامتياز وممثل عن المغرب⁵.

وتعميماً للفائدة سنحاول التطرق لمختلف النصوص التشريعية الصادرة بالمغرب التي نظمت حقوق الملكية الصناعية بصفة عامة وبراءة الاختراع بصفة خاصة. ① قانون المنطقة الجنوبية: نظراً لتزايد الأنشطة الاقتصادية وما أكلها من قيام مؤسسات تجارية وصناعية وظهور بعض المخترعات وتشجيعاً على المزيد من الإبداع والابتكار، تدخل المشرع المغربي ليصدر أول نظام قانوني لحماية الملكية الصناعية بمقتضى ظهير 21 شعبان 1334 الموافق لـ 23 يونيو 1916⁶. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد اكتفى بإدخال تعديلات أو تغييرات على قانون 1916 بمقتضى ظهائر⁷ ومراسيم وقرار وزارة. وفيما يخص براءات الاختراع فقد نظمها المشرع في ظهير 1916 وذلك في الباب الثالث وخصص لها الفصول من 23 إلى 61. وقد اتصف هذا التشريع الوطني في ميدان حماية البراءات بثلاث خصائص¹:

¹ موسى مرمون: ملكية براءة الاختراع في القانون الجزائري: أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. كلية الحقوق. جامعة القسنطينة 1 الجزائر. السنة الجامعية 2012/2013. ص: 4-5.

² صلاح زين الدين: الملكية الصناعية والتجارة: المرجع السابق ص: 21.

³ أماني جراز: الحماية مطلب فردي وجماعي والإبداع حق من حقوق الجماعة: مجلة المجمع العربي للملكية الفكرية العدد 53 الربيع الثالث/ 1997 ص: 25.

⁴ مجلة المجمع العربي للملكية الفكرية العدد 60 الربيع الثالث والرابع / 1999 ص 26.

⁵ رشيد قيوح: براءات الاختراع على ضوء القانون المغربي والمقارن: المرجع السابق ص: 11.

- محمد المسلومي: الرسوم والنماذج الصناعية وحمايتها: رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالبيضاء 1996 ص: 12.

⁶ منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 10 يوليو 1916 ص: 690.

⁷ ذلك بواسطة ظهير 8 ماي 1917 وظهير 22 أكتوبر 1930 وظهير 18 يوليو 1938 وظهير 24 ماي 1940 وظهير 16 فبراير 1941 وظهير 24 فبراير 1941 وظهير 17 فبراير 1957.

أ- الفقر الشديد في عدد النصوص ونوعيتها.

ب- أن النصوص القانونية اللاحقة له اتسمت بتشتتها وعدم انتظامها ولهذا كان من الصعب إدراجها ضمن إطار قانوني متكامل.

ج- افتتار ظهير 23 يونيو 1916 إلى دراسات قانونية شاملة ومتكاملة لأحكامه وقواعده، مما جعل منه قانونا غير معروف بما فيه الكفاية حتى لدى المتخصصين أنفسهم. وذلك رغم الأهمية الاقتصادية الهامة التي تكتسبها حقوق الملكية الصناعية عموما وما يتصل منها ببراءات الاختراع على وجه الخصوص.

كما نظم المشرع المغربي أيضا تسليم براءات الاختراع التي تهم الدفاع الوطني بمقتضى ظهير 10 رجب 1359 الموافق ل 14 غشت 1940².

وأخيرا فإن ظهير 23 يونيو 1916 ورغم التعديلات التي وردت عليه لم يساير خصائص البلد وواقعه الاقتصادي إذ جاء ذلك الظهير متأثرا بالقانون الفرنسي الصادر بتاريخ 23 يونيو 1857 كما هو الحال بالنسبة لقوانين المغرب العربي كتونس والجزائر وإن كان القانون الجزائري لسنة 1963 قد حاول أن يبتعد خطوات كبيرة عن القانون الفرنسي القديم³.

2 قانون المنطقة الشمالية: بخصوص المنطقة الشمالية التي كانت خاضعة للحماية الإسبانية فلم يصدر بها أي قانون خاص ببراءات الاختراع وبحمية الملكية الصناعية بصفة عامة بل كان القانون الإسباني الصادر بتاريخ 16 ماي 1902 هو المطبق لحماية هذه الحقوق، كما أن تسجيل مختلف الاختراعات كان يتم بالمكتب الإسباني للملكية الصناعية بمدير. إلا أنه بعد حصول المغرب على استقلاله صدر ظهير بتاريخ 31 ماي 1958 من أجل تمديد مقتضيات قانون 23 يونيو 1916 إلى هذه المناطق.

3 قانون منطقة طنجة: ظلت منطقة طنجة طيلة فترة الحماية منطقة دولية خاضعة للدول الموقعة على عقد الجزيرة الخضراء المبرم بتاريخ 17 أبريل 1906⁴ حيث نشأ مجلس تشريعي يضم ممثلي الدول الأجنبية صاحبة الامتياز⁵ وممثل عن المغرب. وقد كانت حماية براءات الاختراع تتم بمقتضى قانون الملكية الصناعية الصادر بتاريخ 9 شعبان 1357 الموافق ل 4 أكتوبر 1938⁶.

وبعد حصول المغرب على الاستقلال، لم يتم إلغاء قانون 1938 ولا تمديد مقتضيات ظهير 23 يونيو 1916 إلى هذه المنطقة بل ظل العمل ساريا بمقتضى هذا القانون، أي قانون منطقة طنجة، إلى أن صدر قانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية وذلك من أجل القضاء على الوضعية الشاذة التي عرفها التشريع المغربي في ميدان الملكية الصناعية بصفة عامة.

4 قانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية: نظرا لأن ظهير 23 يونيو 1916 أصبح لا يتماشى والوضع السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي عرفه المغرب منذ حصوله على الاستقلال، فقد اتجه التفكير إلى ضرورة تغيير قانون 1916 بمقتضيات تشريعية تستجيب للتطورات التي عرفها الميدان الصناعي والتجاري. وبالفعل فقد تمت صياغة أول مشروع لحماية الملكية الصناعية سنة 1974، إلا أنه تم التخلي عنه، لتتم صياغة مشروع ثان سنة 1983، إلا أنه بعد أن تمت المصادقة عليه من طرف مجلس الحكومة لم يتم إصداره، فتمت صياغة مشروع ثالث سنة 1994.

ومن أجل تجديد الاقتصاد الوطني ورفع مستوى أدائه وتنشيطه قصد إتاحة الفرصة للمستثمرين الوطنيين أو الأجانب للمشاركة الفعالة في الحياة الاقتصادية وبالتالي تمكين المغرب من المساهمة في المبادلات الدولية بصورة أوسع وبفعالية أكبر، فقد تمت صياغة مشروع رابع لحماية الملكية الصناعية سنة 1997 من طرف كل من المكتب المغربي للملكية الصناعية ومديرية الدراسات التشريعية بالأمانة العامة للحكومة، ولقد صودق على هذا المشروع في مجلس الحكومة المنعقد في 21 ماي 1997⁷. وخلال سنة 1998 تم وضعه بين يدي لجنة القطاعات الإنتاجية بمجلس النواب وذلك من أجل الدراسة والمصادقة عليه⁸. وفعلا فقد تمت المصادقة على هذا المشروع من طرف السلطة التشريعية وصدر بموجبه ظهير شريف رقم 19-00-1 بتاريخ 9 ذي القعدة 1420 الموافق ل 15 فبراير 2000 بتنفيذ القانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية⁹. هذا القانون الجديد تم إعداده مراعاة لخصوصيات الواقع الاقتصادي والاجتماعي للمغرب ومسارها للتطورات الناتجة عن تدويل المبادلات التجارية العالمية خصوصا بعد التوقيع النهائي على مفاوضات الكات بمراكش في 15 أبريل 1994 والذي تمخض عنه ميلاد المنظمة العالمية للتجارة، وكذا دخول الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة حيز التنفيذ والذي أكدت ديباجته على ضرورة دعم الدول النامية لإيجاد بنى صناعية وتقنية فيما والإفصاح الكامل على العلوم والأبحاث ومواكبة تطورها.

وقد تضمن هذا القانون الجديد مقتضيات أفضل من تلك التي كانت موجودة في ظهير 23 يونيو 1916 كما ألغى الزدواج القانوني¹⁰ والإداري¹¹ اللذين كانا معمولاً بهما في ميدان الملكية الصناعية، حيث أصبح هذا القانون ساريا في مجموع تراب المملكة. وقد خصص قانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية الباب الثاني أي المواد من 16 إلى 89 والفصل الثاني من الباب الثامن أي المواد من 210 إلى 217 لبراءات الاختراع.

ومن أجل ملائمة القانون رقم 97-17 المتعلق بالملكية الصناعية مع المعايير الدولية الجديدة التي من شأنها أن تعالج بشكل فعال بعض القضايا التي يطرحها التطور التكنولوجي وكذا من أجل الوفاء المملكة المغربية بالتزاماتها الدولية طبقا لاتفاقيات التبادل الحر مع كل من الأردن ومصر وتونس وتركيا والولايات المتحدة الأمريكية. تم تعديل القانون المذكور أعلاه بمقتضى القانون رقم 05-31 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 190-05-1 بتاريخ 15 محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير

¹ زكريا بلكا: استغلال براءة الاختراع بالمغرب: المرجع السابق، ص: 23.

² الجريدة الرسمية عدد 1454 بتاريخ 6 شتنبر 1940.

³ رشيد قيوح: براءة الإختراع على ضوء القانون المغربي والمقارن. المرجع السابق، ص: 12.

⁴ محمد المسلولي: العلامات المميزة وتطبيقاتها (تسميات المنشأ والاسم التجاري كنموذج) أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في الحقوق شعبة القانون الخاص جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالبيضاء 2000 ص: 47.

⁵ هي فرنسا، إنجلترا، اسبانيا، الولايات المتحدة الأمريكية، ألمانيا.

⁶ الجريدة الرسمية بتاريخ 25 نونبر 1938.

⁷ جريدة المستقل ليوم السبت 17 يناير 1998 ص: 14.

⁸ محمد محبوبي: تسجيل العلامة التجارية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية 1999 ص: 7.

⁹ الجريدة الرسمية عدد 4776 بتاريخ 9 مارس 2000 ص: 366.

¹⁰ تنجلى في كل من ظهير 23 يونيو 1916 وقانون منطقة طنجة.

¹¹ يقصد به كلا من المكتب المغربي للملكية الصناعية ومكتب طنجة للملكية الصناعية ولقد تم تعويضهما بالمكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية.

2006¹. وقد تم تعديله مرة أخرى بمقتضى القانون رقم 13-23 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 14-188 بتاريخ 27 محرم 1426 الموافق لـ 21 نونبر 2014². حيث يأتي هذا التعديل التشريعي من أجل تكريس وتعزيز نظام حقوق الملكية الصناعية وكذا تحسين نظام براءات الاختراع³.

المبحث الثاني: مرحلة ظهور التشريعات الدولية لحماية براءة الاختراع

إن النصوص الأولى التي حمت براءة الاختراع هي تشريعات وطنية، والهيئات التي تضمن الحماية وتنفذ هذه القوانين هي هيئات وطنية⁴. فاكتمال حق في براءة اختراع يتم أساساً بناء على منح شهادة الاختراع من قبل الهيئة المعنية في دولة ما، ولكن هذه الشهادة المسماة براءة اختراع لها من حيث المبدأ مفعول قانوني محصور ضمن نطاق الدولة التي منحتها، ولا يمتد إلى إقليم الدول الأخرى. هذه الحقوق هي بالأساس إقليمية أو وطنية، بمعنى أنها تكتسب نتيجة لاستعمال الاختراع أو تسجيله في إقليم الدولة المعنية، وبناء على ذلك يتم الاعتراف بهذا الحق من قبل قانون تلك الدولة، ولكن هذا الاعتراف ليس له مفعول مبدئياً في أقاليم الدول الأخرى. بناء على هذه الخاصية لقانون الملكية الصناعية، كان يتوجب من أجل الحصول على حماية لبراءة الاختراع في أكثر من بلد أن يتم اكتساب الحق على موضوع الحماية في كل من هذه البلدان، بمعنى أن يتم الحصول على براءة لاختراع معين من كل البلدان التي يراد حماية الاختراع فيها⁵. وعليه، فقد تم إبرام عدة اتفاقيات دولية تهتم الحماية الدولية لحقوق الملكية الصناعية ومن بينها براءة الاختراع؛ وتنقسم هذه الاتفاقيات إلى عامة وأخرى خاصة وقد صادق عليها عدد كبير من الدول من بينها المغرب. ونذكر من أهمها اتفاقية باريس و الاتفاقية التي أسفرت عنها جولة مراكش للمغرب وهي الاتفاقية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة إلى جانب عدة اتفاقيات تمنحها اتفاقيات معاهدة واشنطن بشأن التعاون في ميدان البراءات، واتفاقية استراسبورغ بشأن التصنيف الدولي لبراءات الاختراع.

فمن خلال ما تقدم سنحاول أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في المطلب الأول الحماية الدولية لبراءة الاختراع في ضوء الاتفاقيات العامة وفي المطلب الثاني للحماية الدولية لبراءة الاختراع في إطار الاتفاقيات الخاصة.

المطلب الأول: الحماية الدولية لبراءة الاختراع في ضوء الاتفاقيات العامة

إن الاتفاقيات العامة المتعلقة بالحماية الدولية لبراءة الاختراع، تتجلى في اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية (الفقرة الأولى) وكذا في الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حماية براءة الاختراع وفق اتفاقية باريس

تم إقرار أول اتفاقية دولية لحماية الملكية الصناعية بشكل عام بما فيها براءة الاختراع في 20 مارس 1883 وهي اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية. وقد تم تعديل هذه الاتفاقية عدة مرات⁶. وأصبح المغرب طرفاً في هذه الاتفاقية بتاريخ 30 يونيو 1917⁷. وتعد هذه الاتفاقية الدعامة الرئيسية التي يركز عليها نظام الحماية الدولية لحقوق الملكية الصناعية ومن بينها براءة الاختراع، ولا تزال تشكل دستور الملكية الصناعية وهي حجر الأساس الذي بني عليه نظام الحماية الدولية لحقوق الملكية الصناعية بصفة عامة.

أولاً أهمية اتفاقية باريس: تساهم اتفاقية باريس في تعزيز التعاون بين الدول في مجال الملكية الصناعية، وتوفر حماية ملائمة وسهلة لحقوق الملكية الصناعية ومن بينها براءة الاختراع. كما تحمي مصالح المستهلك عن طريق منع الاحتكارات والوسائل التي من شأنها تضليل الجمهور، كما أنها راعت المشاعر القومية والدينية للفرد وتراثه التاريخي وتقاليده وعاداته بعدم إضفاء الحماية على براءة الاختراع التي تمس النظام العام والآداب العامة⁸. وتجدر الإشارة، بأن الاتفاقية لا تطبق فقط على المنتجات الصناعية ولكنها تطبق كذلك على المنتجات الزراعية مثل الثمر والتبغ والفاكهة والأزهار والدقيق والمعادن.

وتعتبر المبادئ الأساسية التي أوردتها الاتفاقية بمثابة دستور دولي لحماية الملكية الصناعية بصفة عامة و براءة الاختراع بصفة خاصة، الذي يسمو على قوانين الدول الأعضاء في الاتفاقية. بحيث لا يجوز أن تتعارض قوانين تلك الدول مع اتفاقية باريس.

ويسري النظام الدولي في كل دول الاتحاد إلى جانب القوانين الخاصة بكل دولة على حدة، بحيث أن براءة الاختراع تتمتع بحماية دولية في خارج حدود موطنها إلى جانب الحماية المستمدة من القانون الوطني.

إلا أنه رغم أهمية اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، فإنها ظلت عاجزة عن توفير حماية فعالة لهذه الحقوق، فقد أثبت الواقع أن المبادئ التي جاءت بها لم تعد كافية لتيسير حماية براءة الاختراع نظراً لتزايد عدد هذه الابتكارات. ويؤخذ على هذه الاتفاقية أيضاً أنها لا تهدف إلى توحيد التشريعات الوطنية لبلدان الاتحاد في مادة الملكية الصناعية وإنما التخفيف من حدة التضارب بينها. كما أن الاتفاقية تشكل تنظيماً يخدم مصالح الدول المتقدمة دون الاهتمام بمصالح الدول النامية⁹.

ثانياً المبادئ الأساسية لاتفاقية باريس: من أجل التخفيف من الاختلافات الجوهرية للتشريعات الداخلية للبلدان الأعضاء في اتفاقية باريس، جاءت هذه الأخيرة بأهم القواعد العامة والمبادئ الأساسية التي يجب على الدول الأعضاء أن تلتزم بها وأهم هذه المبادئ هي:

① مبدأ المعاملة الوطنية لرعايا الاتحاد: تقضي الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية على أن "يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد في جميع دول الاتحاد الأخرى، بالنسبة لحماية الملكية الصناعية، بالمزايا التي تمنحها حالياً أو قد تمنحها مستقبلاً قوانين تلك الدول للمواطنين، وذلك دون الإخلال

¹ محمد محبوب: النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحماية الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية. الطبعة الأولى. 2007. الناشر دار أبي رقيق، ص: 22.

² الجريدة الرسمية عدد 6318 الصادرة بتاريخ 18 دجنبر 2014. ص: 8465.

³ محمد محبوب: مظاهر حماية حقوق الملكية الفكرية في ضوء التشريع المغربي. الطبعة الأولى. 2015. الناشر. مطبعة المعارف الجديدة. ص: 34-35.

⁴ في المغرب: المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارة

⁵ كنعان الأحمر: الحماية الدولية للملكية الصناعية: من اتفاقية باريس إلى اتفاق جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة. ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس وطلاب الحقوق في الجامعة الأردنية تنظماً المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع الجامعة الأردنية عمان، من 6 إلى 8 أبريل 2004. WIPO/IP/UNI/AMM/04/DOC.22004 تاريخ الولوج 28 غشت 2016.

⁶ بروكسيل في 14 دجنبر 1900 وواشنطن في 2 يونيو 1911 ولاهاي في 6 نونبر 1925 ولندن في 2 يونيو

1934 ولشبونة في 31 أكتوبر 1958. واستكهولم في 14 يوليو 1967 والمنقحة في 2 أكتوبر 1979.

⁷ ظهير 18 ذي الحجة 1336 (25 شتنبر 1918) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 316 بتاريخ 11 نونبر 1918.

⁸ عبد الله درميش: الحماية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية. المرجع السابق. ص: 526.

⁹ محمد المسلموي: الرسوم والنماذج الصناعية وحمايتها. المرجع السابق. ص: 208.

بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية. ومن ثم فيكون لهم نفس الحماية التي للمواطنين ونفس وسائل الطعن القانونية ضد أي إخلال بحقوقهم، بشرط اتباع الشروط والإجراءات المفروضة على المواطنين".

فمن خلال هذا النص نلاحظ بأن الأشخاص الذين يعيشون ضمن إقليم بلد من بلدان الاتفاقية سواء كانوا من المواطنين أو القاطنين في هذا البلد أو حتى الذين لهم مجرد مؤسسة تجارية أو صناعية، يتمتعون بنفس الحقوق والحماية مراعاة الشروط والإجراءات المفروضة على المواطنين، ومن ذلك يتضح أن الاتفاقية وسعت في مجال الحماية التي تبسطها على براءة الاختراع فلم تكثف بحماية هذه الحقوق لرعايا دول الاتحاد بل شملت أيضا رعايا الدول غير الأعضاء إذا كان لهم موطن أو منشآت صناعية أو تجارية في أحد بلدان المشتركة في الاتحاد الدولي لحماية الملكية الصناعية وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من اتفاقية باريس على أن "يعامل نفس معاملة رعايا دول الاتحاد رعايا الدول غير الأعضاء في الاتحاد المقيمين في إقليم إحدى دول الاتحاد أو الذين لهم عليها منشآت صناعية أو تجارية حقيقية وفعالة".

وقد نص المشرع المغربي على نفس الأحكام المشار إليها أعلاه في المواد 3 و4 و5 من القانون رقم 17-97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، إذ يستشف من خلال هذه النصوص أن المشرع قد منح رعايا كل بلد من البلدان المشتركة في الاتحاد الدولي لحماية الملكية الصناعية أو المقيمين بإحدى هذه البلدان أو الذين يزاولون فيه نشاطا صناعيا أو تجاريا بصورة فعلية وجدية نفس الحقوق والمزايا والالتزامات، ورتب عليهم نفس الالتزامات المفروضة على المغاربة بشأن حماية براءة الاختراع المنصوص عليها في القانون رقم 17-97 الموماً إليه سابقا.

وتهدف اتفاقية باريس من وراء هذا المبدأ إلى تقرير المساواة القانونية وإن لم تحقق المساواة الفعلية بين الأجانب والمواطنين نظرا لاختلاف الحقوق والمزايا المقررة حسب قوانين كل دولة عن تلك التي ترتبها قوانين الدولة الأخرى.¹

وأخيرا حتى يتمكن هؤلاء رعايا الاتحاد من الاستفادة من الحماية والامتيازات التي تخولها أو ستخولها القوانين الداخلية للمواطنين في كل بلد عضوا أن يراعوا الشروط والإجراءات التي يخضع لها هؤلاء المواطنون.²

2 مبدأ الحق في الأولوية: وفقا للمادة 4 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية يتمتع كل من تقدم بطلب لحماية براءة الاختراع في إحدى دول الاتحاد هو و خلفه فيما يخص الإيداع في الدول الأخرى بحق أولوية خلال 12 شهرا بالنسبة لبراءة الاختراع.

هذا وقد أخذ المشرع المغربي بمبدأ الحق في الأولوية عندما قرر في المادة 6 من القانون رقم 17-97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية المغير والمتمم بمقتضى القانون رقم 13-23 على أنه "كل شخص قام بانتظام بإيداع لطلب (الطلب الأول) يتعلق ببراءة اختراع أو تصميم تشكل (طبوغرافية) دائرة مندمجة أو رسم أو نموذج صناعي أو علامة صنع أو تجارة أو خدمة في بلد من بلدان الاتحاد الدولي لحماية الملكية الصناعية أو ذوي حقوقه يستفيد، فيما يخص الإيداع الذي يقوم به في المغرب، (الطلب اللاحق) من حق أولوية طوال الأجل المنصوص عليها في المادة 7 بعده".

كما حدد المشرع المغربي آجال للأولوية في المادة 7 من القانون رقم 17-97 المذكور أعلاه في 12 شهرا بالنسبة إلى براءات الاختراع وشهادة الإضافة المرتبطة ببراءة أصلية

ولقد تقرر هذا الحق بغية التيسير على أصحاب براءة الاختراع وإعفاءهم من وجوب إيداع الطلبات في نفس الوقت في كل الدول التي يرغبون في طلب الحماية لديها وحتى لا يفقد الطلب شرط الجدة لسبق إيداع لدى دول أخرى.³

3 مبدأ استقلالية شهادة براءة الاختراع: نصت على مقتضيات مبدأ استقلال البراءات المادة الرابعة (ثانيا) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، فهذا المبدأ يعني أن براءة الاختراع الممنوحة من طرف الدول الأعضاء للمواطنين أو للأجانب المقيمين بهذه الدول يجب أن تعتبر مستقلة عن براءات الاختراع التي تصدر عن نفس الاختراع داخل الدول الأعضاء وغير الأعضاء.⁴

ويعني هذا المبدأ بمعناه الواسع أن منح براءة الاختراع في دولة ما لاختراع معين لا يلزم أي دولة طرف أخرى بمنح براءة اختراع لنفس الاختراع. فضلا عن ذلك فهذا المبدأ يعني أنه لا يجوز رفض براءة الاختراع أو إبطالها أو إنهاء مدتها في أي دولة عضو على أساس رفض أو إبطال براءة اختراع عن الاختراع ذاته أو بأنها لم تعد سارية في أي دولة أخرى أو انتهت مدتها فيها. وفي هذا الخصوص لا يكون لمصير أي براءة اختراع في دولة ما تأثير على مصير الاختراع ذاته في أية دولة من الدول الأخرى.⁵

ولقد أشار المشرع المغربي إلى هذا المبدأ وذلك من خلال المادة 13 من القانون رقم 17-97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية المغير والمتمم بمقتضى القانون رقم 13-23 التي نصت على أن "تعتبر براءات الاختراع وتصاميم تشكل (طبوغرافيا) الدوائر المندمجة والرسوم والنماذج الصناعية وعلامات الصنع أو التجارة أو الخدمة المطلوبة داخل أجل الأولوية مستقلة تمام الاستقلال عن السندات المحصل عليها في أحد بلدان الاتحاد عن نفس الغرض سواء تعلق الأمر بأسباب البطلان وسقوط الحق أو بمدة الحماية".

4 مبدأ عدم التعرض: تضمنته المادة 15 من اتفاقية باريس، وبمقتضاه يجوز لدول الأعضاء في إتحاد باريس أن تعقد اتفاقيات ثنائية خاصة ومنفصلة فيما بينها بشأن بعض النواحي الخاصة بالملكية الفكرية، بشرط ألا تتضمن هذه الاتفاقيات الخاصة تعارضا بين مبادئها ومبادئ ونصوص اتفاقية باريس، أي ألا تصدر تشريعات تتعارض معها.

والحكمة من ذلك هو زيادة التعاون بين الدول الأعضاء نحو توفير حماية أكثر في هذا المجال وتحقيق الوحدة التشريعية.

5 مبدأ العالمية: نصت الفقرة الأولى من المادة 21 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية على أنه "لكل دولة خارج الاتحاد أن تنضم إلى هذه الوثيقة وأن تصبح بمقتضى ذلك عضوا في الاتحاد، وتودع وثائق الانضمام لدى المدير العام".

ترمي اتفاقية باريس إلى أن تمتد الحماية الدولية لبراءة الاختراع إلى كافة دول العالم وأن تنتشر حماية هذه الحقوق بصورة أوسع، بحيث لا تقتصر تلك الحماية على الأشخاص التابعين للدول التي اشتركت في إبرام الاتفاقية وأقاليم تلك الدول، بل تمتد الحماية القانونية إلى الدول التي تنضم مستقبلا. أما الإجراءات المطلوبة للدخول إلى هذه الاتفاقية فتقتصر على إيداع وثائق الانضمام لدى المدير العام للمنظمة العالمية للملكية الفكرية.

¹ محمد حسني عباس: الملكية الصناعية أو طريق انتقال الدول النامية إلى عصر التكنولوجيا. الويبو حنيف 1976. ص: 48.

² محمد الودغيري: العلامة التجارية والصناعية وحمايتها في نطاق المعاهدات الدولية. مجلة المحاكم المغربية العدد 13. ص: 22.

³ محمد حسني عباس: الملكية الصناعية أو طريق انتقال الدول النامية إلى عصر التكنولوجيا المرجع السابق ص: 48.

⁴ La convention de paris pour protection de la propriété industrielle: document établi par le bureau international de l'O.M.P.I (séminaire national sur la propriété industrielle organisé par O.M.P.I en coopération avec le ministère de commerce de l'industrie et l'artisanat de royaume du Maroc: op cit p: 10

⁵ صلاح زين الدين: الملكية الصناعية والتجارية. المرجع السابق. ص: 175

6 الحماية المؤقتة في المعارض الدولية: يعتبر مبدأ الحماية المؤقتة في المعارض الدولية أحد أهم المبادئ العامة التي جاءت بها اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية وذلك ضمن مقتضيات المادة 11 والملاحظ أن اتفاقية باريس لم تتعرض لشروط اكتساب الحماية المؤقتة بحيث أوكلت هذه المهمة لتشريع كل دولة عضو في الاتحاد¹.

وغني عن البيان، أن كل دولة عضو في الاتحاد الدولي لحماية الملكية الصناعية، أن تتخذ التدابير الضرورية والكافية لضمان الحماية المؤقتة للاختراعات المقبولة في المعارض الدولية الرسمية أو المعترف بها رسمياً ويظهر ذلك من خلال ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 11 من اتفاقية باريس التي تنص على أنه "يجوز لكل دولة أن تطلب ما تراه ضرورياً من المستندات التي تثبت ذاتية الشيء المعروض وتاريخ إدخاله المعرض"².

وانطلاقاً من هذا الأساس، فإن المشرع المغربي جعل من مبدأ الحماية المؤقتة في المعارض نظاماً قانونياً فعالاً وعمل على إدراجه وتنظيمه ضمن ظهير 23 يونيو 1916 وذلك في الفصول من 92 إلى 98، كما قام بإدراج هذا المبدأ في القانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية وخص له المواد من 186 إلى 188، وقد حدد مدة الحماية المؤقتة في 6 أشهر من تاريخ الافتتاح الرسمي للمعرض³.

الفقرة الثانية: الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة

يعتبر موضوع حماية حقوق الملكية الفكرية من أكثر المواضيع صعوبة وتشابكاً سواء أكان في ما يتعلق بالتفاوض حول التوصل إلى اتفاقية دولية بشأنها، أو صياغة التشريعات الوطنية الخاصة بها، أو وضع تلك التشريعات الوطنية موضع التنفيذ، ويعتبر الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة⁴ التي أسفرت عنها جولة أوروغواي للمفاوضات التجارية المتعددة الأطراف، ويجري تطبيقها في إطار المنظمة العالمية للتجارة، خير مثال على ذلك⁵. بحيث أولت هذه الاتفاقية أهمية بالغة لبراءة الاختراع وذلك من خلال المواد من 27 إلى 37، لكنها لم تعرف الاختراع شأنها شأن اتفاقية باريس، بحيث تركت الحرية للدول الأعضاء وضع التعريف الذي يخدم مصالحها لتشريعاتها الداخلية.

وفر الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة الحماية لكافة الاختراعات سواء كانت منصبة على المنتج النهائي أو على طريق الصنع في جميع مجالات التكنولوجيا، شريطة أن تكون هذه الاختراعات جديدة وإبداعية وقابلة للاستخدام في الصناعة وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 27 من الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة على أنه "1- مع مراعاة أحكام الفقرتين 2 و 3، متاح إمكانية الحصول على براءات اختراع لأي اختراعات، سواء أكانت منتجات أم عمليات صناعية، في كافة ميادين التكنولوجيا، شريطة كونها جديدة وتنطوي على (خطوة إبداعية) وقابلة للاستخدام في الصناعة(5). ومع مراعاة أحكام الفقرة 4 من المادة 65، والفقرة 8 من المادة 70، والفقرة 3 من هذه المادة، تمنح براءات الاختراع ويتم التمتع بحقوق ملكيتها دون تمييز فيما يتعلق بمكان الاختراع أو المجال التكنولوجي أو ما إذا كانت المنتجات مستوردة أم منتجة محلياً".

فمن خلال ما سبق نلاحظ أن الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة قد حدد مجموعة من الشروط من أجل الحصول على براءة الاختراع والمتمثلة في:

① أن يكون الإبداع مبتكراً أي إيجاد شيء لم يكن موجوداً من قبل وهو ما يطلق عليه الاختراع.

② أن يكون الابتكار جديداً أي أن لا يكون قد نشر عنه شيء يمكن تطبيقه واستعماله.

③ أن يتعلق بعمل صناعي.

④ أن يكون استغلال الابتكار مشروعاً.

وتتمتع هذه الاختراعات بالحماية القانونية بغض النظر عن مكان الاختراع أو المجال التكنولوجي وسواء أكانت المنتجات مستوردة أو منتجات محلية. إلا أن هذه الحماية يرد عليها بعض الاستثناءات:

① يحق للدول الأعضاء استبعاد الاختراعات التي تغل بالنظام العام أو الأخلاق الحميدة أو إلحاق ضرر بالحياة أو بالصحة البشرية أو الحيوانية أو النباتية أو البيئة. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 27 من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية على أنه "2- يجوز للبلدان الأعضاء أن تستثني من قابلية الحصول على براءات الاختراعات التي يكون منع استغلالها تجارياً في أراضيها ضرورياً لحماية النظام العام أو الأخلاق الفاضلة، بما في ذلك حماية الحياة أو الصحة البشرية أو الحيوانية أو النباتية أو لتجنب الإضرار الشديد بالبيئة، شريطة أن لا يكون ذلك الاستثناء ناجماً فقط عن حظر قوانينها لذلك الاستغلال".

② يجوز للبلدان الأعضاء أن تستثني من منح براءة الاختراع طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر أو الحيوانات أو النباتات، باستثناء الكائنات الدقيقة والطرق البيولوجية لإنتاج النباتات أو الحيوانات، خلاف الطرق غير البيولوجية الدقيقة، ولكن يجب على الدول الأعضاء سن تشريعات أو أنظمة لحماية الأصناف النباتية وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة 27 من الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة على أنه "3- يجوز أيضاً للبلدان الأعضاء أن تستثني من قابلية الحصول على براءات الاختراع مايلي:

(أ) طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر أو الحيوانات؛

(ب) النباتات والحيوانات، خلاف الأحياء الدقيقة، والطرق البيولوجية في معظمها لإنتاج النباتات أو الحيوانات خلاف الأساليب والطرق غير البيولوجية والبيولوجية الدقيقة. غير أنه على البلدان الأعضاء منح الحماية لأنواع النباتات إما عن طريق براءات الاختراع أو نظام فريد فذ خاص بهذه الأنواع أو بأي مزيج منهما. ويعاد النظر في أحكام هذه الفقرة الفرعية بعد أربع سنوات من تاريخ نفاذ اتفاق منظمة التجارة العالمية".

أما بخصوص مدة الحماية لبراءات الاختراع فقد حددت في 20 سنة تحسب من تاريخ التقدم بطلب الحصول البراءة، حيث نصت المادة 33 من الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة على أنه "لا يجوز أن تنتهي مدة الحماية الممنوحة قبل انقضاء مدة عشرين سنة تحسب اعتباراً من تاريخ التقدم بطلب الحصول على البراءة".

¹ Marcel Plaisant : traité de droit conventionnel concernant la propriété industrielle. Sirey. Paris 1949 p: 178.

² توفيق الراشدي: الحماية المؤقتة في المعارض. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة وحدة قانون الأعمال. جامعة الحسن الثاني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالبيضاء السنة الجامعية 2001/2000 ص: 16 و 17.

³ المادة 187 من القانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية.

⁴ ADPIC : aspects des droits de propriété intellectuelle qui touche au commerce -TRIPS : trade related intellectual property Rights

⁵ علاء شلبي: اتفاقية الجوانب التجارية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية وانعكاساتها على الدول العربية " الأمم المتحدة نيويورك 2001" (الأعداد للمؤتمر الوزاري الرابع للمنظمة العالمية للتجارة، الدوحة قطر 9-13 نونبر 2001). ص: 1.

كما وضعت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية الحد الأدنى من المعايير في الجوانب التالية:

1- الالتزام بحماية أصناف النباتية بإحدى الأنظمة وهي إما نظام خاص أو نظام مكرر من الاتفاقية البراءات أو مزيج من هذين النظامين.
2- تعداد الحقوق المطلقة الممنوحة لصاحب براءة الاختراع وكذلك تعداد الاستثناءات الواردة عليه وهذا ما نصت عليه المادة 30 من الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة على أنه "يجوز للبلدان الأعضاء منح استثناءات محدودة من الحقوق المطلقة الممنوحة بموجب براءة اختراع، شريطة أن لا تتعارض هذه الاستثناءات بصورة غير معقولة مع الاستخدام العادي للبراءة وأن لا تخل بصورة غير معقولة بالمصالح المشروعة لصاحب البراءة، مع مراعاة المصالح المشروعة للأطراف الثالثة".

3- يجب الإفصاح عن الاختراعات بأسلوب واضح وكامل يكفي لتنفيذ الاختراع من جانب شخصي يمتلك الخبرة الشخصية في هذا المجال.

4- طبقاً للفقرة الثانية من المادة 29 من الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة يجوز للبلدان الأعضاء اشتراط أن يقدم المتقدم بطلب الحصول على براءة اختراع المعلومات المتعلقة بطلبات مماثلة تقدم بها في بلدان أجنبية أو براءات منحت له فيها.
وأخيراً فيما يخص التراخيص الإجبارية فقد تضمنتها المادة 31 من الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة التي نصت على أنه "حين يسمح قانون أي من البلدان الأعضاء باستخدامات أخرى (7) للاختراع موضوع البراءة الممنوحة، دون الحصول على موافقة صاحب الحق في البراءة، بما في ذلك الاستخدام من قبل الحكومة أو أطراف ثالثة مخولة من قبل الحكومة، على البلدان الأعضاء احترام الأحكام التالية:

(أ) دراسة كل ترخيص بالاستخدام في ضوء جدارته الذاتية؛

(ب) لايجوز السماح بهذا الاستخدام إلا إذا كان من ينوي الاستخدام قد بذل جهوداً قبل هذا الاستخدام للحصول على ترخيص صاحب الحق في البراءة بأسعار وشروط تجارية معقولة، وأن هذه الجهود لم تكلل بالنجاح في غضون فترة زمنية معقولة. ويجوز للبلدان الأعضاء منح إعفاء من هذا الشرط في حالة وجود طوارئ قومية أو أوضاع أخرى ملحة جداً أو في حالات الاستخدام غير التجاري لأغراض عامة. وفي حالة الطوارئ القومية الملحة أو الأوضاع الأخرى الملحة جداً، يخطر صاحب الحق في البراءة، مع ذلك، حالما يكون ذلك ممكناً عملياً. وفي حالة الاستخدام غير التجاري لأغراض عامة، حيثما تعلم الحكومة أو المتعاقد معها، دون إجراء بحث حول ما إذا كانت هناك براءة اختراع، أو كانت لديها أسباب بينة لمعرفة أنه يجري استخدام براءة صالحة أو أنها ستستخدم من قبل الحكومة أو لحسابها، فإنه يتم إخطار صاحب الحق في براءة الاختراع فوراً؛

(ج) يكون نطاق ومدة هذا الاستخدام محدودين بخدمة الغرض الذي أجاز من أجله هذا الاستخدام، وفي حالة تعلقه بتكنولوجيا أشباه الموصلات لايجوز هذا الاستخدام إلا للأغراض العامة غير التجارية أو لتصحيح ممارسات تقرر بعد اتخاذ إجراءات قضائية أو إدارية أنها غير تنافسية؛

(د) لايجوز أن يكون مثل هذا الاستخدام مطلقاً؛

(هـ) لايجوز أن يكون مثل هذا الاستخدام قابلاً للتنازل للغير عنه، إلا فيما يتعلق بذلك الجزء من المؤسسة التجارية أو السمعة التجارية المتمتع بذلك الاستخدام؛

(و) يجيز البلد العضو هذا الاستخدام أساساً لأغراض توفير الاختراع في الأسواق المحلية في ذلك البلد العضو؛

(ز) يخضع الترخيص بهذا الاستخدام للإلغاء، شريطة منح حماية كافية للمصالح المشروعة للأشخاص الذين أجاز لهم ذلك الاستخدام، إذا انتهت وعندما تنتهي الأوضاع التي أدت لذلك الترخيص ولم يكن من المرجح تكرار حدوثها. وللسلطة المختصة صلاحية النظر في استمرار هذه الأوضاع بناء على طلب أصحاب المصلحة المعنيين؛

(ح) تدفع لصاحب الحق في البراءة تعويضات كافية حسب ظروف كل حالة من الحالات، مع مراعاة القيمة الاقتصادية للترخيص؛

(ط) تكون قانونية أي قرار متخذ بإصدار ترخيص يجيز هذا الاستخدام خاضعة للنظر فيها أمام القضاء أو للمراجعة المستقلة من قبل سلطة منفصلة أعلى في

ذلك البلد العضو؛

(ي) يكون أي قرار متعلق بتحديد التعويض المنصوص عليه فيما يتعلق بهذا الاستخدام خاضعاً للنظر فيه أمام القضاء أو للمراجعة المستقلة من قبل سلطة منفصلة أعلى في ذلك البلد العضو؛

(ك) لا تلتزم البلدان الأعضاء بتطبيق الشروط المنصوص عليها في الفقرتين الفرعيتين (ب) و(و) حين يكون السماح بهذا الاستخدام لأغراض تصحيح ممارسات تقرر بعد اتخاذ إجراءات قضائية أو إدارية أنها غير تنافسية. ويجوز أخذ ضرورة تصحيح الممارسات غير التنافسية في الاعتبار أثناء تحديد مبلغ التعويض في مثل هذه الحالات. وللسلطات المختصة صلاحية رفض إنهاء الترخيص إذا كان وعندما يكون من المرجح تكرار حدوث الأوضاع التي أدت لمنح الترخيص؛

(ل) حين يمنح الترخيص بهذا الاستخدام للسماح باستغلال براءة اختراع (البراءة الثانية) لا يمكن استغلالها دون التعدي على براءة أخرى (البراءة الأولى). تطبيق الشروط الإضافية التالية:

1- يجب أن ينطوي الاختراع المطالب بالحقوق فيه بموجب البراءة الثانية على تقدم تكنولوجي ذي شأن وله أهمية اقتصادية كبيرة بالنسبة للاختراع المطالب بالحقوق فيه في البراءة الأولى؛

2- يحق لصاحب البراءة الأولى الحصول على ترخيص مقابل بشروط معقولة باستخدام الاختراع المزعوم في البراءة الثانية؛

3- لايجوز أن يكون ترخيص الاستخدام الممنوح فيما يتعلق بالبراءة الأولى قابلاً للتنازل عنه للغير إلا مع التنازل عن البراءة الثانية".

المطلب الثاني: الحماية الدولية لبراءة الاختراع في إطار الاتفاقيات الخاصة

تتجلى الاتفاقيات الخاصة بحماية براءة الاختراع في إطار الاتفاقيات الخاصة في كل من معاهدة واشنطن بشأن التعاون في ميدان البراءات (الفقرة الأولى) واتفاقية استراسبورغ بشأن التصنيف الدولي لبراءات الاختراع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: معاهدة واشنطن بشأن التعاون في ميدان البراءات

طُرأت فكرة إعداد معاهدة للتعاون الدولي في مجال البراءات على ذهن الولايات المتحدة الأمريكية في الستينيات بهدف مواجهة مشكلة ازدياد طلبات براءات الاختراع ونفقات اختبار مدى جودة الاختراعات، كذلك تكرار هذه الاختبارات في كل دولة يطلب المخترع فيها حماية اختراعه لديها¹. وقد بادرت اللجنة التنفيذية لاتحاد باريس لحماية الملكية الصناعية سنة 1966 إلى دراسة الحلول الممكنة والكفيلة للقضاء على كل عمل غير مجد ليس فقط بالنسبة للمكاتب الوطنية التي تستقبل طلبات

¹ محمد حسام محمود لطفي: معاهدة التعاون بشأن براءات الاختراع. <http://www.fei.org.eg/publication/patent..>

الحصول على البراءات، وبذلك للمودعين لهذه الطلبات. وفي سنة 1967 هيأت المكاتب الدولية المتحدة لحماية الملكية الفكرية BIRPI مشروع للمعاهدة وعرضته على أنظار لجنة من الخبراء، وبعد العديد من المفاوضات تم المصادقة على معاهدة التعاون بشأن البراءات وذلك خلال المناظرة الديبلوماسية التي يتم عقدها بواشنطن بتاريخ 19 يونيو 1970¹.

وتعتبر معاهدة واشنطن بشأن التعاون الدولي في ميدان البراءات مكملة لاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، كونها تدور حول التعاون الدولي بشأن الإيداع الدولي لطلبات الاختراع، وقد تم تعديل هذه المعاهدة سنة 1979 وسنة 1984 وكذا سنة 2001². وقد انضم المغرب إلى هذه المعاهد بمقتضى ظهير شريف رقم 121-99-1 صادر في 24 ربيع الأول 1420 الموافق لـ 8 يونيو 1999³.

وتنقسم المعاهدة إلى قسمين، القسم الأول منها فقط ملزم للدول الموقعة وكذا لطلاب الحصول على براءة الاختراع، ويتعلق بضبط نظام الطلب الوحيد والبحث الأحادي للحالة التقنية السابقة، في حين ينظم القسم الثاني من المعاهدة عملية الفحص الدولي، يهدف إلى تقييم الاختراع المعني انطلاقاً من نتائج البحث وصياغة رأي حول مدى قابليته للحصول على براءة الاختراع⁴.

وعليه، سنحاول التعرض إلى إجراءات وشكليات الإيداع حسب معاهدة التعاون الدولي للبراءات (أولاً) ثم إلى مزايا نظام الحماية الدولية لبراءات الاختراع (ثانياً).

أولاً) إجراءات وشكليات الإيداع حسب معاهدات واشنطن بشأن التعاون في ميدان البراءات:

1 إيداع الطلب الدولي: يحق تقديم الطلب الدولي من أجل الحصول على براءة من قبل أي مواطن من مواطني إحدى الدول المتعاقدة بموجب المعاهدة أو من قبل المقيمين فيها، ويتم تقديم هذا الطلب لدى مكتب البراءات الوطني للدولة المتعاقدة باعتباره مكتباً لتسلم الطلبات بناء على المعاهدة كما يمكن أن يتم إيداع هذا الطلب لدى المكتب الدولي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية. وإذا كان مودع الطلب من مواطني أحد البلدان الأطراف في إحدى المعاهدات الإقليمية بشأن البراءات (أي بروتوكول هاراري الخاص بالبراءات والرسوم والنماذج الصناعية واتفاق المنظمة الإفريقية للملكية الفكرية واتفاقية البراءات الأوروبية الأسبوعية واتفاقية البراءات الأوروبية) أو كان مقيماً في ذلك البلد، يمكنه أن يودع طلبه الدولي للحصول على براءة لدى المكتب الإقليمي المعني للبراءات إن كان تشريع بلده يسمح بذلك⁵. ويتربط على الطلب الدولي للحصول على براءة، أثر الطلب الوطني للبراءة المودع في الدول المتعاقدة بموجب المعاهدة، التي تم تعيينها في الطلب شريطة أن يستوفي المتطلبات اللازمة للحصول على تاريخ الإيداع الدولي، ويتربط عليه أثر طلب إقليمي للحصول على براءة في الدول المتعاقدة والأطراف أيضاً في معاهدة إقليمية بشأن البراءات⁶.

2 البحث الدولي: تخضع الطلبات الدولية للحصول على براءة لما يسمى بالبحث الدولي تباشره إدارة مختصة بهذا البحث. ويتميز البحث الدولي بأنه بحث عالي المستوى في وثائق البراءات من النصوص التقنية المحررة باللغات التي تودع بها معظم طلبات البراءات (أي الألمانية والإنكليزية والفرنسية بالإضافة إلى الإسبانية والروسية والصينية واليابانية في بعض الحالات). والذي يكفل المستوى العالي الذي يتميز به البحث هو تطبيق المعايير الدولية المقررة في معاهد التعاون بشأن البراءات على الوثائق التي يتعين الإطلاع عليها من طرف موظفين مؤهلين العاملين في إدارات البحث الدولي، وكذا فعالية أساليب المطابقة في هذه الإدارات، علماً بأن هذه الأخيرة هي مكاتب براءات محككة تم اختيارها خصيصاً لمباشرة البحوث الدولية⁷.

وهذه الإدارات المكلفة بالبحث الدولي هي: مكاتب براءات استراليا والنمسا والصين وإسبانيا والمكتب الأوروبي للبراءات واليابان وكوريا وروسيا والسويد والولايات المتحدة الأمريكية⁸.

بعد إجراء البحث يتم إنجاز تقرير حول مدى استيفاء الاختراع موضوع طلب الإيداع الدولي للمعايير الدولية في شأن منح البراءات. ويبلغ هذا التقرير لصاحب الطلب الذي يمكنه أن يبقيه كما هو أو سحبه أو إدخال بعض التعديلات عليه، كما يبلغ التقرير إلى المكاتب الوطنية لجميع الدول المحددة في الطلب وهكذا يتم تنظيم عملية نشر دولية⁹.

3 لفحص التمهيدي الدولي: يتيح نظام معاهدة التعاون بشأن البراءات إمكانية إجراء فحص تمهيدي دولي لمودع الطلب الدولي مقابل دفع الرسوم المعنية. ويباشر هذا الفحص التمهيدي على أساس تقرير البحث الدولي وفقاً لمعايير الأهلية للحصول على براءة كما هي مقبولة على الصعيد الدولي (أي الجودة والنشاط الابتكاري وإمكانية التطبيق الصناعي) وتباشر ذلك الفحص إدارة الفحص التمهيدي التي لها مؤهلات وهي إدارات البحث المذكورة سابقاً، وترد نتائج الفحص في تقرير الفحص التمهيدي الدولي الذي يرسل إلى مودع الطلب الدولي. ويرسل المكتب الدولي أيضاً نسخاً إلى المكاتب المعنية. ويشمل التقرير رأياً عن استيفاء المطالب التي تم بحثها للمعايير

¹ Le traité de coopération en matière de brevets et son importance pour les pays en développement (Document établi par le bureau international : OMPI. 14 mai 2002) p : 2

² الأهداف العامة التي دفعت جمعية اتحاد معاهدة التعاون بشأن البراءات إلى القيام بعملية إصلاح المعاهدة في أكتوبر 2000 والتي يتم الموافقة عليها خلال سنة 2001 هي:

- 1- تبسيط النظام والإجراءات؛
 - 2- تخفيض التكاليف التي يتحملها مودعو الطلبات دون إغفال اختلاف احتياجات مودعي الطلبات في البلدان الصناعية والبلدان النامية ولاسيما المخترعين والشركات الصغيرة والمتوسطة والشركات الكبيرة.
 - 3- تفادي ازدواجية العمل غير الضروري في إدارات معاهدة التعاون بشأن البراءات والمكاتب الوطنية والإقليمية للملكية الصناعية؛
 - 4- ضمان إمكانية اضطلاع إدارات معاهدة التعاون بشأن البراءات بأعمالها دون المساس بجودة الخدمات المتاحة؛
 - 5- ضمان انتفاع جميع المكاتب بالنظام بصرف النظر عن حجمها؛
 - 6- الحفاظ على توازن مناسب بين مصالح مودعي الطلبات والغير فضلاً عن مراعاة مصالح الدولة؛
 - 7- توسيع نطاق برامج المساعدة التقنية المقدمة إلى البلدان النامية ولاسيما في مجال تكنولوجيا المعلومات
- المصدر: المنظمة العالمية للملكية الفكرية: جدول الأعمال لتطوير نظام البراءات الدولي، (سلسلة الاجتماعات السادسة والثلاثون، جنيف من 24 شتنبر إلى 3 أكتوبر 2001) ص: 8
- ³ الجريدة الرسمية عدد 4740 بتاريخ 25 رجب 1424 (4 نونبر (4 نونبر 1999).

⁴ Frédéric Polland Dulan : droit de la propriété industrielle, édition montchrestien, 1999 p:826

⁵ Système mondial de dépôt de demande des brevets : document préparé par le bureau international de l'O.M.P.I (séminaire organisé par l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l'office marocaine de la propriété industrielle et commercial : Casablanca, 24 et 25 octobre 2002) p:19.

⁶ O.M.P: Donnée essentielles concernant le traité de coopération en matière de brevets. p:5.

⁷ O.M.P: Donnée essentielles concernant le traité de coopération en matière de brevets. p:6.

⁸ Système mondial de dépôt de demande des brevets ; op cit. p:45

⁹ Frederic Polland Dulan : droit de la propriété industrielle op cit p:827

الدولية، ويحمل هذا التقرير إلى المودع أساساً أمثُن لتقييم حظه في الحصول على براءات ويعزز مركزه في متابعة الإجراءات المتعلقة بطلبه أمام المكاتب الوطنية والإقليمية للبراءات، ولتقرير الفحص التمهيدي الدولي قوة الحجة من غير أن يكون ملزماً لتلك المكاتب¹.

ثانياً) مزايا نظام الحماية الدولية لبراءات الاختراع: يتميز نظام الحماية لبراءات الاختراع بعدة مزايا وهي على الشكل التالي:

١ بالنسبة للمودع: يمكن إيداع طلبات البراءة بإحدى البلدان الأصلية للمودعين مع سريان مفعولها بالبلدان الأجنبية، فضلا عن إعطاء الوقت للمودعين (من 8 إلى 18 أشهر) لتقييم فرص حصولهم على البراءات بالبلدان المعنية. كما يشكل هذا الأجل وقتا إضافيا بالنسبة للمودع قبل أداء المصاريف المترتبة. وتطلب هذه المصاريف لدى إيداع الطلب مع سلوك النهج الكلاسيكي لاتفاقية باريس.

المودع مطالب بإيداع طلب فريد (طلب دولي) لدى مكتب واحد وبلغة واحدة مع أداء صنف واحد من الرسوم (رسم النقل، رسم البحث الدولي، والرسم الدولي) فيما بعد يصبح المودع مطالبا بأداء رسوم أخرى (الرسوم الوطنية)، ولكن فقط بعد تقييم تقرير البحث الدولي، وعند الاقتضاء، تقرير الفحص التمهيدي الدولي. وفي حالة ما إذا قرر التخلي عن ذلك، فإنه سيكون قد وفر على نفسه جميع المصاريف اللاحقة.

٢ بالنسبة لمكاتب البراءات: بعض الدول التي تشهد ازدهارا اقتصاديا ونموا تقنيا، يمكن أن تتوقع ارتفاعا مستمرا في عدد طلبات البراءات المعالجة من طرف المكتب الوطني. وفي هذا الخضم، إذا كان البلد المعني طرفا في معاهدة التعاون الدولي بشأن البراءات، فإن هذه المعاهدة تنص على مساعدة هذا المكتب لمجابهة ارتفاع العمل؛ مع العلم أن الطلب الدولي لا يصل إلى المكتب الوطني إلا بعد فحصه من حيث الشكل من طرف المكتب المستقبل، والبحث من طرف الإدارة المكلفة بالبحث الدولي، وعند الاقتضاء، فحص تمهيدوي دولي. ويعتبر ذلك امتيازاً مهما بالنسبة لمكاتب البراءات لأنه يمكنه استقطاب أكبر عدد ممكن من طلبات البراءات فضلا عن الموارد البشرية التي تتوفر عليها كل ذلك بفضل مساطر المرحلة الدولية التي تبسط معالجة الطلبات خلال المرحلة الوطنية.

٣ بالنسبة للاقتصاد الوطني: اعتبارا لكون نظام المعاهدة الدولية بشأن البراءات ييسر الحصول على حماية الاختراع على الصعيد الدولي وعلى أن البراءات المسلمة بواسطة هذا النظام سبق لها أن كانت موضوع بحث، وفي أغلب الحالات بفحص تمهيدي دولي، فإن عدد مستعملي نظام المعاهدة الدولية بشأن البراءات لازل في تزايد مستمر من شأن ذلك المساهمة في إرساء دعامة قوية للاستثمار وتقل التقنيات وإبرام اتفاقيات الترخيص.

وعليه، فإن ارتفاع التقنيات المتوفرة بالترخيص سيساهم في جلب الاستثمار الأجنبي لدى الدول الموقعة على المعاهدة الدولية بشأن البراءات من شأن ذلك المساهمة في الرفع من وتيرة النمو الاقتصادي والتقني بهذه البلدان، من جهة أخرى يشكل استعمال نظام هذه المعاهدة من طرف مواطني بلد معين، لحماية اختراعاتهم بالخارج حافزاً مهما لغزو أسواق التصدير عبر الصناعة الوطنية.

أخيرا يؤدي نظام المعاهدة الدولية بشأن البراءات وظيفة إخبارية وإعلامية في مجال البراءات الشيء الذي يجعل مستعمله على علم وادارية بجميع الوثائق بالبراءات المنشورة بالعديد من الدول وبعده لغات وكذا التعرف على حال التقنية الخاصة بها.

الفقرة الثانية: اتفاقية استراسبورغ بشأن التصنيف الدولي لبراءات الاختراع

أبرمت اتفاقية استراسبورغ بشأن التصنيف الدولي لبراءات الاختراع بتاريخ 27 مارس 1971 ودخلت حيز التنفيذ سنة 1975، وبموجبه أصبحت المنظمة العالمية للملكية الفكرية، تكفل وحدها بمسؤولية إدارة التصنيف الدولي لبراءات الاختراع دون المجلس الأوروبي³. وقد تم تعديل هذه الاتفاقية سنة 1979.

ومن أهم الحقوق التي تترتب على الانضمام لهذه الاتفاقية إمكانية الاشتراك في الأعمال الجارية لتحسين التصنيف الدولي لبراءات الاختراع، وتتخلص مثل هذه التحسينات في قيام لجنة من الخبراء مؤلفة من كل الدول الأطراف في اتفاق عام 1971 بإدخال تنقيحات على هذا التصنيف. أما أهم الواجبات فهي تتلخص في وجوب تطبيق التصنيف، أي بيان رموز التصنيف الملائمة على كل وثيقة من وثائق براءات الاختراع ينشرها مكتب الملكية الصناعية المعين بشرط أن يكون ذلك المكتب مسؤولاً عن توفير تلك البيانات من حيث الجودة⁴.

ويشتمل التصنيف الدولي لبراءات الاختراع على إعطاء رمز تصنيفي لوثيقة البراءة مكون من أحرف وأرقام، حسب البنية التسلسلية (الشعبة، الشعبة الفرعية، القسم، القسم الفرعي، المجموعة، المجموعة الفرعية). في طبيعته الخامسة، يقسم التصنيف الدولي التقنية إلى 8 شعب و 20 شعبة فرعية، و 118 قسم، و 616 قسم فرعي. وأزيد من 64000 مجموعة (ضمنها حوالي 100% من المجموعات الرئيسية، والباقي عبارة عن مجموعات فرعية) لكل من هذه التقسيمات والفروع عنوان ورمز. وفي ما يلي نحدد أنواع التصنيف الدولي لبراءات الاختراع⁵:

- الشعبية: يتكون رمز الشعبة من حرف روماني كبير أما الشعب الثمانية، فهي كالآتي:

- الرمز العنوان

A- مستلزمات الحياة.

B- تقنيات صناعية مختلفة، نقل.

C- کمیات، تعدین.

D- نسیج، ورق.

E- بنيات ثابتة.

F- ميكانيك، إنارة، تسليح.

G-فيزياء.

H-کے پاء۔

وتتوفر كل شعبة على شعبة فرعية.

- الشعبة الفرعية: تشمل علم، عنوان واحد، قد يكون من واحد أو عدة كلمات علم، سبيل المثال، الشعبة A (مستلزمات الحياة) تشمل علم، أربعة شعبة فرعية

ہی:

¹ O.M.P.I : Donnée essentielle concernant le traité de coopération matière de brevets. P.:9

² محمد محيوي: النظام القانوني للمبتكرات الجديدة في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحماية الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية. المرجع السابق. ص: 415..

³ سميحة الفليوي: الملكية الصناعية. المرجع السابق ص 203.

⁴ سميحة القليوبى: الملكية الصناعية المرجع السابق: 203

⁵ محمد محيوي: النظام القانوني للمبتكرات الجديدة في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحماية الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية. المرجع السابق. ص: 427.

- أنشطة قروية

- تغذية، تبغ

- أدوات شخصية أو منزلية.

- صحة، حماية، مواد ترفيهية.

وتنقسم كل شعبة فرعية إلى قسم واحد وعدة أقسام.

- القسم: يتكون رمز القسم من رمز الشعبة متبوعاً برقمين عربيين اثنين، على سبيل المثال، هناك الشعبة الفرعية تغذية، تبغ التي تحتوي على أربعة أقسام : الرمز العنوان.

A 21 الطبي على الفرن، العجائن الغذائية.

A 22 جزارة، معالجة اللحوم، معالجة الدواجن والأسماك.

A23 تغذية أو مواد غذائية، ومعالجتها.

A 24 تبغ، لفائف تبغ، سجائر، مواد تدخين

يتكون كل قسم من واحدة أو عدة أقسام فرعية.

- القسم الفرعي: يتكون رمز القسم الفرعي من رمز القسم المطابق، متبوعاً بحرف روماني كبير، على سبيل المثال هناك القسم A21 (طبي على الفرن، عجائن غذائية) الذي ينقسم إلى ثلاثة أقسام فرعية (B,C,D):

A21B أفران المخابز، آلات أو أدوات الطبي على الفرن.

A21C آلات أو أدوات تحضير العجين، تحويل المواد المطهية إلى عجين.

A21D معالجة، على سبيل المثال حفظ الدقيق أو العجين.

ينقسم كل قسم فرعي إلى عدة مجموعات رئيسية أو مجموعات فرعية.

- المجموعة الرئيسية: يتكون رمز المجموعة الرئيسية من رمز القسم الفرعي المطابق له متبوعاً برقمين اثنين يفصلهما خط مائل، أما الرقم الثاني فيتكون من صفرين اثنين. وعلى سبيل المثال، هناك القسم الفرعي A21B الذي يتكون من خمسة مجموعات رئيسية (00/2.00/3.00/5.00/7) ضمنها القسمين الرئيسيين التاليين:

00/ A 21 B1 أفرانالمخابز.

00/ A 21 B2 أجهزة الطبي المستعملة في مجرى التواتر العالي أو أشعة ما تحت الحمراء.

ويمكن تقسيم كل مجموعة رئيسية إلى مجموعة فرعية.

- المجموعة الفرعية: هو نفس رمز المجموعة الرئيسية، الفرق هو أن الرقم الموجود بعد الخط المائل مغاير للصفرين. فعلى سبيل المثال المجموعة الرئيسية A21 B1/00 والتي تنقسم إلى تسعة مجموعات فرعية ضمنها الأربعة الأوائل الآتي ذكرهم:

02/ A21B1. ويتميز بأجهزة التدفئة.

04/ A21B1. أفران تسخن بواسطة النار قبل الطبي فقط.

06/ A21B1. أفران تسخن بالمشعاعات.

08/ A21B1. أفران المشعاعات التي تسخن بالبخار.

المجموعات الفرعية لا توضع بنفس المستوى التسلسلي، فالأكثر ارتفاعات تسبقها نقطة والآخرين، حسب مستوى كل واحدة نقطتين، ثلاث نقط، أو أكثر.

خاتمة

يعد الاختراع من أعظم ما ينتجه العقل البشري ومن أروع ثماره¹. يرفع عن الإنسان الشقاء ويزيل عنه التعب، وهو سمة من سمات الحضارة التي تقوم على التقدم الفني والعلمي والمادي، حيث يقول في هذا الشأن الفقيه الفرنسي Bergson "الاختراع هو الخطوة الأولى لعقل الإنسان، هذا الاختراعي يميزه عن الحيوان، ويمكنه شيئاً فشيئاً من تأكيد سيطرته على العالم"².

وقد كانت الاختراعات معروفة منذ الأزمنة الغابرة. بحيث أصبحت في حكم الضرورات التي لا غنى للإنسان عنها في كافة شؤون حياته اليومية، فأخذ يسعى لإيجاد السبل لتبليغها، وكانت الحاجة أم الاختراع. إلا أن الإنسان في بداية الأمر كان يحرص على الاحتفاظ بسرية الأساليب والطرق التي يتوصل إليها للوفاء بتلك الاحتياجات. لكن المخترعات تكاثرت وتنوعت مما نشأت معها الحاجة إلى تنظيم الحقوق المترتبة على تلك الابتكارات، مما استوجب قيام نظم قانونية تهدف إلى حماية هذه الحقوق التي تكفل لصاحبها أن يستأثر في مواجهة الكافة باستغلال ابتكاره الجديد.

والحقيقة أن وظيفة إقرار نظام قانوني لحماية الاختراعات والحقوق الناشئة عنها تبدو مسألة جوهرية وأساسية لدى كافة الدول حيث تجد تبريرها في أن المخترع الذي توصل إلى اختراعه بعد جهد شاق ونفقة باهظة في حاجة إلى حماية حقه في استغلال موضوع اختراعه، وذلك بمنع الغير من تزيف اختراعه أو إفشاء سره، واعتراف الدولة له بهذا الحق بمنحه براءة عن هذا الاختراع، تخول له حق استغلال اختراعه لمدة معينة بحيث يكون له مركزاً ممتازاً عن غيره، ويحقق للدولة بصفة تبعية مصلحة عامة، لأنها بذلك تحفز الأفراد على الإبداع والاختراع وإذاعته بعد مدة معينة، وهذا يؤدي إلى زيادة التقدم للدول المهتمة بهذا المجال. ففي هذا الإطار، يكون للبراءة أثر كبير على الإنتاج والتجارة الداخلية والخارجية وميزان المدفوعات، كما ترتب علاقات اقتصادية جديدة وتقييم حدود المنافسة المشروعة، وتقر ما هو حق وما هو واجب في مجال الابتكار والإبداع. فمثلاً نلاحظ أن أهمية براءة الاختراع كبيرة، إذ تؤدي استغلال الاختراعات إلى نشوء تقنية جديدة وإلى تحسين طرقها ووسائلها³.

ولذا نجد أنه مع بداية القرن الحادي والعشرين، شهدت براءة الاختراع تطورات مهمة على الصعيد الدولي، لأنها ساعدت على توفير بيئة مواتية للتنمية الاقتصادية التي تركزت على التقدم التكنولوجي. كما تعتبر القوانين المتعلقة بحماية براءة الاختراع سواء الوطنية أو الدولية من المكونات الرئيسية التي من شأنها أن توفر للمخترعين والمبدعين في جميع أنحاء العالم أمناً أكبر ووسائل أكثر وأنجح لصون إبداعاتهم وابتكاراتهم الجديدة في الأسواق العالمية التي تشتد فيها المنافسة. وتعتمد هذه

¹ Robert CHEvallier : le droit de la propriété industrielle (protection des inventions des marques et des modèles) entreprise moderne d'édition .Paris .P : 26

² François Valancogne : l'invention. Sa brevetabilité. l'étendue de sa protection .Librairie de la cour de cassation .Tome I .Paris 1968.P :1

³ محمد مجبوبي : النظام القانوني للمبتكرات الجديدة في ضوء التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية. الطبعة الأولى. 2005. الناشر دار أبي رقرق. ص: 76.

المنافسة بدورها على قدرة اقتصاد الدول النامية على أن تتواكب مع التقدم العلمي والتكنولوجي؛ وهو ما يمكن أن يتحقق إذا تمكنت هذه الدول من إرساء نظام وطني متين من الابتكار والتجديد ضمن نظام سليم وقوي يخص حماية حقوق المخترع، وهكذا تم إلزام الدول النامية على تحديث نظامها التشريعي الخاص بالملكية الصناعية وتنفيذ هذا النظام على أرض الواقع من خلال توفير الحماية الكافية لحقوق الملكية الصناعية بصفة عامة براءة الاختراع بصفة خاصة، التي يلزم أن تتواكب مع النظام القانوني الدولي لحماية الملكية الصناعية الذي توطئه المنظمة العالمية للملكية الفكرية والنظام التجاري الدولي الذي تشرف عليه المنظمة العالمية للتجارة وخاصة الاتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة.

وفي هذا الإطار، نجد أن المشرع المغربي قد بدل مجهودات جبارة بخصوص مراجعة وتحديث ترسانته التشريعية المتعلقة بالملكية الصناعية وذلك من أجل وضع قانون حديث وملائم. ففي ما يخص براء الاختراع نجده قد أحدث تغييرا جذريا في مجال تمتع صاحب براءة الاختراع بحقوقه وذلك من خلال إصداره للقانون رقم 17-97 المتعلق بحماية حقوق الملكية الصناعية، الذي ألغى بموجبه كل من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 21 من شعبان 1334 (23 يونيو 1916) المتعلق بحماية الملكية الصناعية والقانون الصادر بتاريخ 9 شعبان 1357 (4 أكتوبر 1938) المتعلق بحماية الملكية الصناعية في منطقة طنجة والظهير الشريف الصادر بتاريخ 10 رجب 1359 (14 أغسطس 1940) المتعلق بتسليم براءات الاختراع التي تهم الدفاع الوطني كما وقع تغييرها وتتميمها. هذا القانون بدوره خضع لتعديلات بموجب القانون رقم 31-05 والقانون 23-13.

ويظهر هذا التغيير الجذري من خلال النظر التي أصبح ينظر بها المشرع إلى حق المخترع في ملكيته للفكرة المخترعة. بحيث أصبح يعترف له بحقوق نتيجة حصوله على براء الاختراع المسلمة له من طرف المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية. ويعد ذلك نتيجة الإصلاحات التشريعية والاقتصادية والاجتماعية التي باشرها المغرب منذ بداية التسعينات من القرن الماضي. حيث أراد المشرع أن يجعل من قوانينه تنميا للنظام الاقتصادي الجديد الذي تبناه وهو نظام اقتصاد السوق.

المرجعية الدستورية للجماعات الترابية بالمغرب.

اجلاب رشيد1

مقدمة:

مما لا شك فيه، أن موضوعات القانون الاداري الى جانب موضوعات القانون الدستوري، تتصل ببعض البعض اتصالاً وثيقاً، يجعل التفرقة بينهما في كثير من الاحيان دقيقة ومتعذرة، حيث يتجلى القانون الدستوري وكأنه رحم مختلف فروع القانون ولا سيما القانون الاداري، ومع ذلك فلا شك انه توجد بينهما فروق جوهرية كذلك، توجب اعتبار كل واحد منهما قانوناً مستقلاً متميزاً عن الآخر، بالرغم من كونهما يعتبران وجهان لعملة واحدة.

في هذا الاطار، يرى الاستاذ G. VEDEL « انه لم تقع دسرة القانون الاداري، لان الاجتهاد القضائي الدستوري، يضبط الانتاج التشريعي، ولكن هذه العملية تنعكس على القانون الاداري، وبالتالي هناك عملية التقاء بين القانون الدستوري والقانون الاداري، بعدما كانا في وضعية افتراق نسبي»².

وفي نفس السياق، وترجمة لهذا التلاحم بين القانون الدستوري والقانون الاداري، يعتقد الاستاذ André Roux «ان قانون الجماعات المحلية، يستند على دستورية تعيين اخذها بعين الاعتبار، ومن ثم فان القانون الدستوري المحلي، يشمل مجمل القواعد والمبادئ الدستورية المطبقة على الجماعات المحلية، وان فضل نشوء القانون الدستوري المحلي يرجع الى المجلس الدستوري (الفرنسي)، الذي حدد المضمون الدستوري للجماعات المحلية، استناداً للمبدأ الدستوري القاضي بالتدبير الحر للشؤون المحلية»³.

ومن خلال هذه الآراء الفقهية، يتضح ان مجال القانون الدستوري لم يعد يقتصر على دراسة التنظيم السياسي للدولة، بل اصبح يتضمن نظام الجماعات الترابية – المحلية سابقا- حيث نجد مجموعة من القواعد والمبادئ الدستورية المؤطرة للجماعات الترابية في كل من فرنسا والمغرب؛ بفرنسا رغم ان اختصاصات الجماعات الترابية لا تحدد بمقتضيات دستورية كما هو الحال في بعض الدول (كإسبانيا والمانيا فيما يخص بعضها) بل بموجب نصوص قانونية وتنظيمية، هذا لا يعني ان الدستور الفرنسي لا يحتوي على مقتضيات دستورية تؤطر الجماعات الترابية، بل على العكس من ذلك، واستناداً الى دستور 1958 الذي ينص على ان الجماعات تدبر امورها بشكل حر ووفقاً للشروط المحددة في القانون⁴.

اما بالنسبة للمغرب، فقد عرفت جل الدساتير المتعاقبة على المغرب مبادئ وقواعد دستورية تهم الجماعات الترابية، حيث يلاحظ ان هذا التعامل الدستوري مع الجماعات الترابية انطوى على جملة من الثوابت ظلت في عمقها وروحها تكرر سياسة اللامركزية الترابية كاختيار دستوري استراتيجي. وهكذا، فان اول ملاحظة يمكن ابدائها في هذا الشأن تشير الى ان كافة الدساتير المتعاقبة على البلاد، افردت باباً خاصاً للجماعات المحلية، مما يؤدي الى تأكيد مبدأ قار وهو ان كافة الدساتير خصصت باباً خاصاً للجماعات المحلية/الترابية حالياً⁵.

وقد تمخض عن هذا التنصيب الدستوري لمقتضيات تؤطر وتنظم الجماعات الترابية ميلاد ما يصطلح عليه بـ "الاطار الدستوري للجماعات الترابية"، الذي يؤسس لمجموعة من القواعد والمبادئ الدستورية الضابطة لتدبير الشؤون المحلية، ولا سيما على مستوى مضمون وحدود المبدأ الدستوري القاضي "بالتدبير الحر" للشؤون المحلية. وهذا الاتجاه بقدر ما يكرس صعود المحلي في الوقت الذي تكتسح العولة مختلف تنظيمات المجتمع الدولي⁶، فانه بالمقابل يوفر شروطاً مواتية لممارسة الديمقراطية المحلية التي تسير نحو مبدأ المشاركة في تسير الشؤون المحلية.

وعلى ضوء ما سبق، يكن القول ان اللامركزية الترابية تحظى باختيار دستوري استراتيجي من خلال الباب المخصص للجماعات المحلية/الترابية بمختلف الدساتير. الا ان الباب المخصص للجماعات المحلية بالدساتير المتعاقبة لا يكفي للإحاطة بالاطار الدستوري لتلك الجماعات، من هنا تأتي أهمية هذه الدراسة للبحث في بنود اخرى من الدستور، لاستقراء المبادئ التي يقررها والتي تكتسي أهمية بالغة وتفرض نفسها على الجميع، من خلال الوقوف على اهم ما جادت به الدساتير المتعاقبة على المغرب في هذا الجانب، بالإضافة الى المستجدات الدستورية التي جاء بها دستور 2011 فيما يتعلق بالجماعات الترابية.

بناءً على ذلك، يحاول هذا المقال مقارنة السؤال التالي: كيف تم تحديد الاطار الدستوري للجماعات الترابية بالمغرب؟. على هذا الأساس سيتم اعتماد العناصر التالية للتحليل:

- اولاً: الدور التأسيسي للجماعات الترابية.

- ثانياً: النظام الانتخابي للجماعات الترابية.

- ثالثاً: تمثيل الجماعات الترابية بالهيئات التشريعية.

- رابعاً: مبدأ التدبير الديمقراطي للشؤون المحلية.

- خامساً: مبدأ اختصاص القانون في احداث وتنظيم الجماعات الترابية.

- اولاً: الدور التأسيسي للجماعات الترابية.

ان الدور التأسيسي المقصود به هنا –من خلال هذا المستوى التحليلي- هو دور تنظيم وتمثيل المواطنين، والمجالس الترابية بوصفها مجالس منتخبة لها دور اساسي في هذا الشأن، وينص على هذا الدور الفصل الثالث من مختلف الدساتير المتعاقبة، بحيث يمكن اعتبار هذا الفصل من الفصول التي لم يطرأ عليها تغيير على مستوى المضمون منذ السبعينات. وهكذا، فان التنصيب على الدور التأسيسي للجماعات المحلية تم منذ اصدار دستور 1970، وبقي مكرساً حتى دستور 1996 المغربي المراجع⁷ في الفصل الثالث الذي نص على ما يلي " الاحزاب السياسية والمنظمات النقابية والجماعات المحلية والغرف المهنية، تساهم في تنظيم المواطنين وتمثيلهم"، ومن جهة اخرى، فقد نص دستور 1996 كذلك في الفصل 100 على ان "الجماعات المحلية بالمملكة هي الجهات والعاملات والاقاليم والجماعات الحضرية والقروية؛ ولا يمكن احداث اي

1- دكتور في القانون العام.

2- (o).Schrameck:"Droit administratif et Droit constitutionnel",AJDA,numéro annuel sous thème le droit administratif,20juin1995,P:11.

3- محمد أبو بئينة: " هل يمكن الحديث عن القانون الدستوري المحلي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 25، أكتوبر-ديسمبر 1998، ص:11.

4- voir (F). D'Arcy . et (M). Baena Del Alcazar, " Décentralisation en France et Espagne," édition.Economica,1986,P:143 .

5- وهو الباب الثامن بالنسبة للدساتير الصادرة في 1962-1970-1972، والباب الحادي عشر في دستور 1996 والباب التاسع في الدستور الاخير فاتح يوليوز 2011.

6-(T). Michalon:"L'Etat inutile ?",in Etat-nation et prospective des territoires S/D Ali Sedjari, L'Harmattan Gret,1996.

7- الدستور المراجع 1996 الصادر بموجبه بـ 157.961 في 23 جمادى الاولى 1417 (17 أكتوبر 1996)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4420، بتاريخ 26 جمادى الاولى 1417 (10 أكتوبر 1996)، ص 2292.

جماعة محلية أخرى الا بقانون.¹ ونلاحظ هنا عدم ذكر اسم "الولاية" كمستوى جماعة محلية وبالتالي عدم اعطاء "الولاية" كجماعة عمومية بعدا واساسا دستوريا، ولكن تم احداثها كتقسيم اداري من الناحية العملية، وحدث قسم الولاية بوزارة الداخلية.²

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن ان الدستور الحالي دستور فاتح يوليوز 2011، لم يشير بصريح العبارة الى الدور التأسيسي للجماعات الترابية كما نصت عليه الدساتير السابقة، لكن تمت الإشارة الى هذا الدور بصفة ضمنية، من خلال الفصل 139 من دستور 2011 الذي نص على: "تضع مجالس الجهات، والجماعات الترابية، آليات تشاركية للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنين والمجموعات في اعداد برامج التنمية".³ وبالتالي فان المجالس الجهوية من خلال هذا المقتضى الدستوري، تتمتع بحق وضع آليات تأسيرية تشاركية تساعد المواطنين والمواطنين وكذا الجمعيات على المساهمة في العملية التنموية الجهوية، وبالتالي تتمتع –المجالس الجهوية- بحق المساهمة والمساعدة في تنظيم وتأسيس المواطنين كحق دستوري مثلها مثل الاحزاب السياسية والمنظمات النقابية والغرف المهنية.

اما من جهة أخرى، عمل الدستور الجديد على تسمية وتعريف جديد للجهات والجماعات المحلية بعد ترابي؛ حيث تم استبدال التسمية القديمة للجماعات المحلية بتسمية جديدة: هي الجهات والجماعات الترابية.⁴ فإدخال البعد الترابي أصبحت تستدعيه التطورات الموضوعية لزمن العولمة:⁵ اي انه سيجعل التراب ليس فقط مجالا للإعداد والتنظيم، بل سيحول الى احد المداخل الجديدة للسياسات العمومية الناجعة، ومحددا مرجعيا وفعالا في شروط التنمية المجتمعية المأمولة. كما عمل الدستور الجديد على تكريس تعدد المستويات الترابية حين نص في فصله 135 على ان: "الجماعات الترابية للمملكة هي الجهات والعمالات والاقاليم والجماعات، ذات الشخصية الاعتبارية والخاضعة للقانون العام، وتسير شؤونها بكيفية ديمقراطية". غير انه لم يشر الى مسألة الاستقلال المالي لهذه الوحدات الترابية، كما لم يميز بين الجماعات الحضرية والقرية.

- ثانيا: النظام الانتخابي للجماعات الترابية.

ان النظام الانتخابي للجماعات المحلية يدخل في ميدان القانون-هذه مسألة بدئية-، ومع ذلك فانه لم يقع التنصيص على ادراج النظام الانتخابي لمجالس الجماعات المحلية ضمن القانون الا ابتداء من دستور 1972، حيث تواترت الدساتير اللاحقة على تكريس هذا المبدأ، في حين ان دستور 1962 ودستور 1970 لم يدرجا النظام الانتخابي لمجالس الجماعات المحلية ضمن الميادين المختصة بقانون، وترك تحديد وتنظيم مجال القانون لقانون تنظيمي.⁶

وهذا الاستثناء لا يعني عدم وجود فصول تنطرق للنظام الانتخابي للجماعات الترابية داخل الوثيقة الدستورية لسنة 2011، وذلك من خلال تعزيز الشرعية الانتخابية للجماعات الترابية: بإعادة النظر في نمط انتخاب المستشارين الجهويين لإعطائهم الشرعية الجهوية، من خلال الاقتراع المباشر⁷ على اساس دوائر انتخابية جهوية اوسع من الدوائر الانتخابية الجماعية. مع الاحتفاظ بالنمط اللاتشي⁸ لضمان تمثيلية سياسية اوسع، وهذا ما نص عليه الدستور الجديد في الفصل 135، حيث أكد على: "ان مجالس الجهات والجماعات تنتخب بالاقتراع العام المباشر".⁹ لان من شأن هذا الاجراء تعزيز مكانة الجهة وتقوية دورها كجماعة ترابية، خصوصا وان نمط الاقتراع غير المباشر الذي كان متبعاً سابقاً قد ابان عن محدوديته على المستوى الجهوي، لأنه يحرم المواطنين من الانتخاب والتأثير المباشر على تدبير الشأن الجهوي.

وقد اثبتت التجارب بان الناخبين في الانتخاب غير المباشر لا يلتزمون بانتخاب من هم اكثر كفاءة او القدرة على تحمل المسؤولية؛ وانما يتأثرون دائما بالميل الحزبية بحيث لا ينتخبون الا من ينتمي الى نفس الحزب الذي ينتمي اليه المرشح.

واخيرا، فان الأخذ بالانتخاب غير المباشر يؤدي الى التقليل من اهتمام المواطن بالشؤون السياسية؛ لان الناخب عادة لا يهتم بعمل اذا لم يشعر بانه يساهم بصورة فعلية في القيام به وانه المسؤول عنه، وعلى العكس من ذلك يلاحظ ان الانتخاب المباشر يثير اهتمام الناخبين في الشؤون السياسية وبالتالي يرفع من حسهم الوطني، لأنه يفسح المجال في المشاركة الفعلية في الحياة السياسية لوطهم.

فاللامركزية الجهوية كمرحلة متطورة التي دعا جلاله الملك لتجسيدها من اجل ترسيخ الحکامة الترابية، والتي ربطها في هذا السياق بين الجهوية المتقدمة وبين ضرورة انبثاق مجالس ديمقراطية لديها صلاحيات واسعة وموارد كافية تمكّنها من النهوض بالتنمية المندمجة، والاكد ان المسار الديمقراطي على هذا المستوى يفرض اعتماد الاقتراع العام المباشر في انتخاب اعضاء المجالس الجهوية حتى تعبر بحق عن طموحات وتطلعات الساكنة الجهوية . وهذا ما تم ترجمته –خصوصا على المستوى الجهوي- في الانتخابات الجماعية والجهوية 2015 .

- ثالثا: تمثيل الجماعات الترابية بالهيئات التشريعية.

اذا كانت نظم الدول الاتحادية لا تثير اي اشكال بخصوص وجود برلمان من مجلسين بحكم الطبيعة الاتحادية او الفيدرالية التي تفرض لزاما وجود مجلسين، فان الامر يختلف بالنسبة للدول الموحدة التي تعمل بازواجية البرلمان كالمغرب حاليا.

بغض النظر عن التقلبات التي شهدتها سيروية النظام البرلماني من حيث اشتماله على مجلس واحد او مجلسين، فقد اجمعت كافة الدساتير المغربية المتلاحقة على تخصيص تمثيلية للجماعات المحلية بالهيئات التشريعية. حيث نص دستور 1962 على تركيبة مجلس المستشارين، الذي يتكون ثلثي اعضائه من منتخبين محليين والثلث الباقي من ممثلي الغرف المهنية وممثلي المنظمات النقابية، كما نص دستور 1970 على تمثيلية الجماعات الحضرية والقرية في مجلس النواب، اضافة الى الاعضاء المنتخبين بالاقتراع العام المباشر وفق مقتضيات يبينها قانون تنظيمي، وقد سار على نفس المنوال دستور 1996.

لقد حاول دستور 1996 ادماج الجهة في المجال السياسي بواسطة نظام التمثيلية، مثلها مثل الاحزاب السياسية والنقابات والغرف المهنية، في اطار مجلس المستشارين

1- امينة جبران: "المنحد العلي في المادة الادارية مدخل لصياغة جذر مشترك في المادة الادارية المغربية"، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الاولى 2006، ص: 117-118.

2- مرسوم رقم: 2.97.176 صادر 14 من شعبان 1498 (15 دجنبر 1997) في شأن اختصاصات وتنظيم وزارة الداخلية، جريدة رسمية عدد 4558 بتاريخ 1998/2/5، ص: 500.

3- دستور المملكة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليوز 2011، الجريدة الرسمية عدد 5969 مكرر الصادر بتاريخ 28 شعبان 1932 الموافق 30 يوليوز 2011.

4- الباب التاسع من الدستور، مرجع سابق.

5- جمال الخلو: "التدبير الترابي بالمغرب، واقعا لحوال مطلب التنمية"، طوبريس، الرباط، 2009، ص: 9.

6- محمد أبويثينة: مرجع سابق، ص: 17.

7- ويسمى الانتخاب مباشرة اذا كان الناخبون يختارون نوابهم بصورة مباشرة ودون وساطة من اي كان، كما ان الانتخاب المباشر اقرب الى تحقيق الديمقراطية من الانتخاب غير المباشر، الذي ما هو في الواقع الا طريقة ملتوية للتعبير عن ارادة الشعب. لهذه الاعتبارات نرى بان معظم الدول في الوقت الحاضر تأخذ بالانتخاب المباشر لاختيار من يمارس السلطة.

- ثامر كامل محمد الخزرجي: "النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة"، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، الطبعة الاولى، 2004، ص: 239-241.

8- تجدر الإشارة هنا الى ان حالة الانتخاب باللائحة/القائمة، يقدم من خلالها كل حزب سياسي من الاحزاب المنافسة قائمة او لائحة بأسماء المرشحين الذين يؤيدهم، ويكون عادة عدد هؤلاء المرشحين مساويا لعدد الاعضاء المراد انتخابهم في تلك المنطقة... ويجوز لحزبين او اكثر تقديم او اكثر الاشتراك في تقديم لائحة انتخابية واحدة تشتمل على مرشحين منتمين الى الاحزاب المشتركة في تقديمها.

9- دستور 2011، مرجع سابق.

كمؤسسة دستورية تمارس السيادة بصفة غير مباشرة وفقاً لمقتضيات الفصل الثاني¹، ولم يمنحها أي ضمانات دستورية تتعلق بالشخصية المعنوية تاركا الأمر للقوانين التشريعية من جهة، ومن جهة أخرى ترك المجال للسلطة التنظيمية لتحديد اختصاصاتها وفق ما تراه مناسبة هذا من جهة. أما من جهة أخرى، فدستور 1996 جعل من الجهة كجماعة محلية أحد مكونات مجلس المستشارين، وبذلك أصبح هذا الأخير ينتخب أحد أعضائه لمدة تسع سنوات مع تجديد الثلث كل ثلاث سنوات طبقاً للفصل 38².

إلا أن دستور 2011 الذي أسس لنظام ترابي لامركزي يقوم على الجهوية المتقدمة³، عن طريق ضمان مشاركة الجهات والجماعات الترابية الأخرى في أعداد السياسات الترابية؛ بحيث اعتبر الجهات والجماعات الترابية الأخرى تساهمان على حد السواء في تفعيل السياسة العامة للدولة وأعداد السياسات الترابية، من خلال ممثلها في مجلس المستشارين⁴ الذين ينتخبون بالاقتراع العام غير مباشر⁵ لمدة ست سنوات⁶؛ فالتعاقد التشاركي المندمج، كمبدأ استراتيجي في دستور فاتح يوليو، يجعل من كل الأطراف التي شملتها الديمقراطية التشاركية في النص الدستوري شركاء فعليين للدولة، يضطلع كل منهم بأدوار وصلاحيات هامة وأصيلة، تتميز بالتنوع والتكامل بذل التشابه والتماثل، فالجهة بهذا الشكل تمنح للنظام السياسي والدستوري، بفضل بنيتها الخاصة وبفضل تمثيلها في مجلس المستشارين الفرصة كي تحقق ثقافتها السياسية، وكي تتحقق، على وجه الخصوص، من عزمها على إحلال روح التكيف مع التغيير في هياكلها وفي عملها كهيئات مقبلة الآن أو استقبالا على العمل الحكومي⁷. والجهة وفق هذا التصور ليست سياسية، وإنما هي سياسية بمعنى آخر، أي لها القدرة على الربط بين الخصوصيات الجهوية والوحدة الوطنية.

- رابعاً: مبدأ التدبير الديمقراطي للشؤون المحلية⁸

أن الديمقراطية تتطلب نوعاً معيناً من المواطنين يشعرون بأنهم مسؤولون عن شيء يتعدى زواياهم الصغيرة الريحية: مواطنين يريدون المشاركة في شؤون المجتمع ويصرون على ذلك؛ مواطنين من أصحاب الإرادة القوية؛ مواطنين يؤمنون بأفكارهم عن الديمقراطية على مستوى عميق، بحيث يهتم المواطنون اهتماماً خاصاً بخدمة الصالح العام، بل الذهاب إلى أبعد للقيام بالعديد من الأنشطة الساعية إلى المصلحة العامة على مختلف أنواعها، من انتخابات وخلق تنظيمات سياسية وتشكيل الجمعيات والانضمام إلى مجموعات المصالح الخاصة؛ فهذه الأعمال تعبر عما سماه المنظر السياسي البريطاني "هارولد لاسكي" "بتشكيلة الإرادات الانسانية المنيعة التي لا يمكن طمسها"⁹.

وفي هذا الإطار، أقر دستور 2011 ولأول مرة في تاريخ التطور الدستوري بالمغرب على آليات الديمقراطية التشاركية، فالفصل 13 ينص على أحداث هيئات للتشاور حيث ينص: "تعمل السلطات العمومية على أحداث هيئات للتشاور، قصد إشراك مختلف الفاعلين الاجتماعيين، في أعداد السياسات العمومية وتفعيلها وتنفيذها وتقييمها". إلى جانب الفصل 139 الذي ينص في فقرته الأولى على: "تضع مجالس الجهات، والجماعات الترابية الأخرى، آليات تشاركية للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنين والمواطنات والجمعيات في أعداد برامج التنمية وتتبعها".

وهو إجراء دستوري يهدف إلى إمكانية البحث عن نقاش عمومي ما بين السلطات العمومية ومختلف الفاعلين الاجتماعيين، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالسياسات العمومية ذات البعد الاجتماعي والاقتصادي، أو تلك المرتبطة بالحقوق والحريات الفردية والجماعية بما لها من اتصال وثيق بالمواطنين، فمثل هذا الإجراء يعزز من آليات الديمقراطية التشاركية.

من هنا تأتي أهمية مفهوم التدبير الديمقراطي للشأن العام، فالقاعدة الأساسية على المستوى المحلي، تتمثل في أن تدبير الشأن المحلي يتم بواسطة مجلس منتخب، وهذا هو المعنى الذي يمكن ربطه بعبارة التدبير الديمقراطي للشؤون المحلية، إذ لا ديمقراطية بدون انتخابات¹⁰.

إلا أنه من المفيد التطرق إلى نقطة مهمة تتعلق بمنزلة الجهاز التنفيذي للجماعات المحلية في التنظيم المحلي، وفي هذا الصدد يمكن القول، أن التجارب الدستورية السابقة كانت تضع مبدئين أساسيين: مبدأ عام يخص الجماعات الحضرية والقروية، ومبدأ استثنائي يخص مجالس العمالات والأقاليم ومجالس الجهات.

من هذا المنطلق، وعلى ضوء المبدئين المذكورين يمكن التأكيد أن المبدأ الأول يشمل المجالس الحضرية والقروية، وأن الأمر هنا يتعلق بصفة خاصة بالجهاز التنفيذي للمجالس المحلية المنتخبة، ذلك أن تنفيذ مقررات هذه المجالس يجب أن يؤول إلى جهاز تنفيذي منتخب من طرف المجلس المعني، وينطبق المبدأ الثاني على مجالس العمالات والأقاليم ومجالس الجهات، ذلك أن الدستور أسند للعمال تنفيذ قرارات هذه المجالس طبق شروط يحددها القانون. وفي هذا السياق، يرى الأستاذ "محمد

1- منطوق الفصل الثاني من دستور 1996: "السيادة للأمة تمارسها مباشرة بالاستفتاء وبصفة غير مباشرة بواسطة المؤسسات الدستورية"، الدستور المراجع 1996، مرجع سابق.

2- ينص الفصل 38 من دستور 1996: "يتكون ثلاثة أخماس مجلس المستشارين من أعضاء، تنتخبهم في كل جهة من جهات المملكة هيئة ناخبة تتألف من ممثلي الجماعات المحلية، ويتكون خمسان الباقين من أعضاء تنتخبهم أيضاً في كل جهة هيئة ناخبة تتألف من المنتخبين في الغرف المهنية، وأعضاء تنتخبهم على الصعيد الوطني هيئة ناخبة تتألف من ممثلي الماجورين".

3- الفقرة الرابعة من الفصل الأول من دستور المملكة المغربية 2011، مرجع سابق.

4- الفصل 137، نفس المرجع.

5- يسمى الانتخاب انتخاباً غير مباشر إذا كان الذين يختارون النواب مندوبون يختارهم الناخبون لهذه العملية، أي أن الناخبين لا يختارون نوابهم مباشرة، بل يختارون مجموعة من الأشخاص تتولى عنهم هذه العملية.

- تأمر كالمحمد الخرجي: مرجع سابق، ص: 239.

6- الفصل 63، نفس المرجع. وجاء فيه ما يلي: "يتكون مجلس المستشارين من 90 عضواً على الأقل، و120 عضواً على الأكثر، ينتخبون بالاقتراع العام غير المباشر، لمدة ست سنوات" علناً أساساً للتوزيع التالي:

- ثلاثة أخماس الأعضاء يمثلون الجماعات الترابية، يتوزعون بين جهات المملكة بالتناسب مع عدد سكانها، مع مراعاة الانصاف بين الجهات. ينتخب المجلس الجهوي على مستوى كل جهة، من بين أعضائه، الثلث المخصص للجهة من هذا العدد. وينتخب الثلثان المتبقيان من قبل هيئة ناخبة تتكون على مستوى الجهة، من أعضاء المجالس الجماعية ومجالس العمالات والأقاليم.

- خمسان من الأعضاء تنتخبهم، في كل جهة، هيئة ناخبة تتألف من المنتخبين في الغرف المهنية، وفي المنظمات المهنية للمشغلين الأكثر تمثيلية، وأعضاء تنتخبهم على الصعيد الوطني، هيئة ناخبة مكونة من ممثلي الماجورين.

وبين قانون تنظيمي عدد أعضاء مجلس المستشارين، ونظام انتخابهم، وعدد الأعضاء الذين تنتخبهم كل هيئة ناخبة، وتوزيع المقاعد على الجهات، وشروط القابلية للانتخاب، وحالات التناقص، وقواعد الحد من الجمع بين الانتدابات، ونظام المنازعات الانتخابية.

7- محمد الأعرج: "مجلس المستشارين مجلس لتمثيل الجهات في إطار الجهوية المتقدمة"، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 6، خريف 2010، ص: 95.

8- أصبحت اللامركزية الترابية مقرونة بالديمقراطية المحلية كما أن الديمقراطية المحلية أصبحت تتجه بأقدام ثابتة في اتجاه ديمقراطية المشاركة، إلا أنها تظل لصيقة بصفة أساسية بالنظام التمثيلي.

9- محمد زين الدين: "المؤسسة الملكية في مغرب العهد الجديد"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2009، ص: 233.

10- محمد أبوبثينة: مرجع سابق، ص: 20.

اليكوكوبي¹ ان الصياغة الجديدة لدستور 1996، تجعل من العامل لا يتدخل مباشرة في تنفيذ مقررات مجالس العمالات والاقاليم عكس ما كان عليه في السابق. والواقع ان دستور 1996 حقق قفزة نوعية في مجال دسترة وضع العامل على مستوى اللامركزية الترابية واللاتركيز الاداري، حيث خصص لكل منهما فصلا منفردا، فالفصل 101 يتعلق في فقرته الاولى باللامركزية الترابية وفي فقرته الثانية نص على دور العامل كجهاز تنفيذي لمجالس العمالات والاقاليم ومجالس الجهات في حين انصب الفصل 102 على تحديد دور العامل كسلطة لامركزية تمثل الدولة وتسهر على تنفيذ القوانين وعلى تطبيق قرارات الحكومة وتدير المصالح الادارية الخارجية. اما دستور فاتح يوليوز 2011، فقد نص في فصله 145 على: "يمثل ولاية الجهات وعمال الاقاليم والعمالات، السلطة المركزية في الجماعات الترابية. ويعمل الولاة والعمال، باسم الحكومة، على تأمين تطبيق القانون، وتنفيذ النصوص التنظيمية للحكومة ومقرراتها، كما يمارسون المراقبة الادارية ويساعد الولاة والعمال رؤساء الجماعات الترابية، وخاصة رؤساء المجالس الجهوية، على تنفيذ المخططات والبرامج التنموية. ويقوم الولاة والعمال، تحت سلطة الوزراء المعنيين، بتنسيق انشطة المصالح اللامركزية للإدارة المركزية، ويسهرون على حسن سيرها"².

من خلال هذا الفصل، يوضح المشرع الدستوري مهام ولاية الجهات وعمال العمالات والاقاليم، باعتبارهم من جهة ممثلين للسلطة المركزية ومناديب للحكومة من جهة ثانية. بالإضافة الى ما يمكن ان تحتمله الفقرة الاولى من الفصل 145 من الدستور عدة تأويلات، نظرا لطبيعة صياغتها، الشيء الذي يمكن تفسيره على اكثر من معنى؛ فيمكن من ناحية اعتبار ولاية الجهات وعمال العمالات والاقاليم يشكلون السلطة المركزية في الجماعات الترابية، في حين يحيل المعنى الثاني الى اعتبارهم كممثلين للإدارة الترابية يتولون تمثيل والنيابة عن السلطات المركزية الأخرى في علاقاتهم مع الجماعات الترابية، خصوصا في مجالي التنسيق او المراقبة. على هذا الاساس، وان كنا نرجح المعنى الثاني لكونه الاقرب من روح اللامركزية الادارية ويلاصق جوهرها، خصوصا وان انخراط المغرب في اعتماد الجهوية المتقدمة يوازيه منح الوحدات الترابية الاستقلالية اللازمة لإدارة شؤونها بكيفية مستقلة، وذلك بعيدا عن الهيمنة التي شابت "المرحلة الماضية"، فيما يخص تدبير الشؤون المحلية. من هذا المنطلق، يمكن القول ان الدستور الجديد من خلال مقتضياته الواردة على الخصوص في البابين المتعلقين بالجهات والجماعات الترابية الأخرى، عمل على وضع المبادئ الناظمة للتدبير الديمقراطي للشؤون المحلية، من خلال تقوية السلطات التقريرية للرئيس، ومن خلال توسيع الاختصاصات المخولة للمجالس الجهوية، والتي نجد أساسها فيما يلي:

1- مبدأ التدبير الحر.

مبدأ حرية التصرف في إطار القانون، أو ما يطلق عليه في القانون الإداري بمبدأ التدبير الحر³، فالفصل 136 من الدستور يجسد إرادة الدولة في اعتبار الجماعات الترابية بمثابة وحدات مستقلة عن مصالح الدولة. كما أن الفصل 193 يضمن الممارسة الحرة لاختصاصاتها دون تدخل الدولة، وبدون أن تمارس جماعة ترابية سلطتها على جماعة أخرى. إذ يعتبر الاستقلال المحلي للجماعات الترابية عنصرا أساسيا للامركزية الترابية، فهي تتمتع بالشخصية المعنوية، بل إنها اليوم تتمتع بمبدأ دستوري جديد يضمن لها التدبير الحر لشؤونها؛ بمعنى أنها تتمتع بقدرة حقيقية على اتخاذ القرارات التي تمكنها من تدبير مصالحها الخاصة. وهو ما سيجريها أكثر من الوصاية الإدارية والمالية بمفهومها الضيق والتقليدي. ذلك أن مبدأ التدبير الحر يختلف عن مبدأ الحكم الحر، إذ لا يمكن تطبيقه إلا في إطار احترام أولويات الدولة، ومبدأ وحدة الدولة، وهو الأمر المعمول به في إطار التجربة الفرنسية⁴.

2- اعتماد مبدأ التفرع في توزيع الاختصاصات.

هذا المبدأ الذي تم التنصيص عليه في الفصل 140، يقتضي البحث عن المستوى الملائم لممارسة اختصاصات معينة، بحيث تتخلى الدولة للجهات عن كل الاختصاصات التي لا تستطيع الاضطلاع بها، وله وظيفة ضبطية في مجال الاختصاص يمكن اقتسامه بين الجهات والجماعات الترابية الأخرى.

-السلطة التنظيمية المحلية:

الجهات والجماعات الترابية تتمتع بسلطة تنظيمية محلية من أجل ممارسة اختصاصاتها، إذ يمكن التساؤل في هذا السياق عن طبيعة هذه الاختصاصات؛ وهذا الأمر يحيل على الفصل 140 من الدستور الذي ينص على أن الجهات والجماعات الترابية تتمتع:

-الاختصاصات الذاتية: مبدأ التدبير الحر.

-الاختصاصات المشتركة: مبدأ التفرع.

-الاختصاصات المنقولة: مبدأ المعادلة بين الموارد والاختصاصات.

هذا المبدأ يعني أن كل اختصاص تنقله الدولة إلى الجهات أو الجماعات الترابية يجب أن يكون مقترنا بتحويل الموارد المطابقة له، وذلك باحترام شرطين أساسيين⁵: كل نقل للاختصاص يجب أن يكون منصوب عليه في قانون، كما أن تقنية العقود العامة من شأنها أن تساعد الجماعات الترابية والجهات في رسم الأهداف وتحرير الوسائل والموارد وإنجاز البرامج وفق مقاربة تعتمد على الحكامة الجيدة دون ان يمارس المستوى الأعلى أي وصاية على المستوى الأدنى بحسب منطوق الفصل 143 من دستور 2011.

وبهذا المنظور ستركز اختصاصات المجلس الجهوي على مبدأ المداركة أو التفرع⁶، بمعنى أن الدولة لا يمكن لها أن تمارس في المستقبل إلا الاختصاصات التي تتلاءم مع طبيعتها كمستوى وطني؛ بعبارة أخرى، يعني هذا المبدأ في عمقه أن السلطة المركزية لا يمكن لها أن تمارس إلا الاختصاصات التي لا يمكن للجهات أن تمارسه بالنظر إلى خصوصية دورها الرئيسي أو بسبب محدودية الوسائل التي تتوفر عليها. وإذا كانت هذه هي مبادئ وحدود الممارسة الجهوية، فإن الفصل 146 قد أحال على السلطة التنظيمية مهمة التفصيل بشأنها حتى نضمن حدودا فاصلة بين كافة الفاعلين المحليين والمركزين بشكل يحقق المناخ اللازم لتنفيذ المخططات التنموية المحلية والوطنية.

خامسا: مبدأ اختصاص القانون في احداث وتنظيم الجماعات الترابية.

ان اختصاص القانون في احداث الجماعات الترابية، الى جانب وضع نظام اساسي للمجالس المحلية اختصاص قار تواترت على التنصيص عليه مختلف الدساتير

1-(M).EL Yağoubi: "Dècentralisation et Constitution au Maroc", REMALD, numéro, 14-15, 1996, PP: 26-28.

2- دستور فاتح يوليوز 2011، مرجع سابق.

3- أحمد بوعشيق: "الجهوية المتقدمة وإشكالية الحكامة الترابية"، جريدة أخبار اليوم، العدد 827، الأربعاء 08 غشت 2012، ص: 17.

4-(F) LABIE: "Finance locale", édition Dalloz, 1995, p: 9.

5- أحمد بوعشيق: مرجع سابق، ص: 17.

6- ويعتبر مبدأ التفرع من الآليات الحديثة المتبعة في الأنظمة اللامركزية، وهو مبدأ يقوم على التوزيع الشريف للاختصاصات والموارد، عملا بالمبدأ الأصيل في الالتزام، بناء على حسم قانوني واضح أو تعاون وتفاهم شريف أي ما يستطيع الأدنى القيام به يترفع عنه الأعلى وما يعجز عنه الأدنى يتولاه الأعلى.

المتعاقبة على البلاد، فالضمانات التي تتمتع بها المجالس المحلية هي ضمانات دستورية وقانونية، ولا يحق للسلطة التنظيمية التدخل في هذا المجال إلا في إطار المراسيم التطبيقية. فبنسبة لمسألة أحداث جماعة ترابية نجد الفصل 135 من دستور 2011 في فقرته الأخيرة ينص على: "تحدث كل جماعة ترابية أخرى بالقانون..."، مع إمكانية أن تحل جماعة ترابية أو أكثر من تلك المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 135.

أن تدخل القانون في هذا المجال يرمي بالدرجة الأولى إلى ترسيخ اللامركزية الترابية؛ وهذا يعني تفويض اختصاصات فعلية للمجالس المحلية مع ضمان استقلالها المالي وتمتعها بصلاحيات تضمن لها وسائل تحقيق برامجها التنموية.

ويدخل في ضمائر القانون تحويل اختصاصات حقيقية لمجالس الجماعات الترابية لتباشر تدبير شؤونها بكيفية ديمقراطية، وهذا معناه تمكين مجالس الجماعات الترابية من وسائل تدبير شؤونها المحلية وهذه الوسائل بطبيعة الحال هي الوسائل القانونية والمالية لضمان استقلالها في اتخاذ القرارات المحلية ولاسيما أن الجماعة الترابية مدعوة لمباشرة تصرفات قانونية لتجسيد اختياراتها على أرض الواقع.

وفي هذا السياق، يمكن أن نشير إلى الفصل 146 من دستور 2011، الذي نص: "تحدد بقانون تنظيمي بصفة خاصة: شروط تدبير الجهات والجماعات الترابية الأخرى...". من هنا يمكن التأكيد على أن هذا الفصل، قد أحال على السلطة التنظيمية مهمة التفصيل في هذا الإجراء حتى نضمن حدودا فاصلا بين كافة الفاعلين المحليين والمركزيين بشكل يحقق المناخ اللازم لتنفيذ المخططات التنموية المحلية والوطنية.

وهذا ما تم إقراره، من خلال إصدار قانون تنظيمي منفصل¹، جرى التداول في مشروعه بالمجلس الوزاري المنعقد بتاريخ 29 يناير 2015 طبقا لأحكام الفصل 49 من الدستور، وتم إيداعه بالأسبوعية لدى مكتب مجلس النواب بتاريخ 16 فبراير 2015، وأن هذا المجلس لم يشرع في التداول فيه إلا بعد مضي عشرة أيام على إيداعه لدى مكتبه، وذلك خلال جلسته العامة المنعقدة بتاريخ 14 مايو 2015 التي وافق خلالها على المشروع، في قراءة أولى، ثم صادق عليه نهائيا، في قراءة ثانية، في الجلسة العامة المنعقدة بتاريخ 9 يونيو 2015، بعد أن أدخل مجلس المستشارين، في جلسته العامة بتاريخ 2 يونيو 2015، تعديلات على بعض مواد.

وتجدر الإشارة أن المجلس الدستوري في قرار رقم: 968/15 بتاريخ 30 يونيو 2015، اعتبر على أن القانون التنظيمي للجماعات، "يشكل في مجموعه نظاما قانونيا يتسم بالوحدة الموضوعية والتكامل والقابلية للتطبيق بكيفية مستقلة، وأنه يتضمن المواضيع التي يستلزم الدستور، بمقتضى فصله 146، تحديدها بموجب قانون تنظيمي، عدا المقتضيات المتعلقة بالجوانب الخاصة بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية التي سبق وضعها بقانون تنظيمي مستقل رقم 59.11، كان موضوع قرار المجلس الدستوري رقم 821/11 بتاريخ 19 نوفمبر 2011.

وحيث إنه، ما دام القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات يتضمن المواضيع الواردة في الفصل 146 من الدستور، وما دامت الشروط المسطرية المستلزمة دستوريا لإقرار القوانين التنظيمية وإيداعها والتداول بشأنها والتصويت عليها ومراقبة دستوريته تم التقيد بها، فإن تقديم القواعد المتعلقة بالجماعات في صيغة قانون تنظيمي منفصل عن الجماعات الترابية الأخرى، ليس فيه ما يخالف الدستور."

خاتمة:

خلاصة القول أن المرجعية الدستورية للجماعات الترابية، جاءت خالية من أقرار أدوات عمل تم التعارف عليها في الديمقراطيات المقارنة على مستوى الحكامة الترابية والتدبير الحر للشؤون المحلية، وعليه يمكن الإقرار بأن هذه المعالجة الدستورية ومع ما حملته من رضى مجتمعي وحقوق لا تعدو أن تكون مرحلة من مراحل التطور نحو اقتسام السلطة بين المركزي والمحلي، ولنا أن نستحضر الفروق الحاصلة في هذا المجال بين الدستور المغربي والإسباني وكذا مبادرة الحكم الذاتي الموجهة لأقاليمنا الجنوبية، والتي تعد بحكومة وبرلمان وسلطة قضائية محلية.

وإذا كان المغرب يقترب في مسار تطوره القانوني من النموذج الفرنسي على مستوى الجماعات الترابية، فهذا لا يمنع من الاستفادة من بعض التجارب الأخرى، كتجربة الإيطالية والإسبانية، لتطوير وإغناء عمل الجماعات الترابية.

1- ظهير شريف رقم 1.18.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (يوليوز 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14.11 المتعلق بالجماعات.

يتكون من 283 مادة موزعة على قسم تمهيدي وثمانية أقسام، يتضمن القسم التمهيدي أحكاما عامة (المواد 1-6)، ويتعلق القسم الأول بتحديد شروط تدبير الجماعة لشؤونها (المواد 7-76)، والثاني بتحديد اختصاصات الجماعة (المواد 77-91)، والثالث بتحديد صلاحيات مجلس الجماعة ورئيسه (المواد 92-125)، والرابع بإدارة الجماعة وأجهزة تنفيذ المشاريع وآليات التعاون والشراكة (المواد 126-151)، والخامس بالنظام المالي للجماعة ومصدر مواردها المالية (المواد 152-215)، والسادس بمقتضيات خاصة بالجماعات ذات نظام المقاطعات (المواد 216-262)، والسابع بالمنازعات (المواد 263-268)، والثامن والأخير بقواعد الحكامة المتعلقة بحسن تطبيق مبدأ التدبير الحر (المواد 269-276) وبأحكام.

السياسة العمومية اللامركزية واللامركزية: الميدان والوسيلة

د. محمد بوكطب د. نور الدين لحجاجي

باحث في العلوم القانونية والإدارية والسياسية باحث واطار بوزارة الداخلية
تخصص التدبير الاستراتيجي للموارد البشرية في الإدارة والمقاولات

مقدمة:

تعد السياسة العمومية اللامركزية واللامركزية التوجهات الأساسية للمغرب المستقل. فالشؤون المحلية كانت تدار دائما على مستوى الجماعة كخليفة أساسية في التنظيم الإداري المحلي¹، وإذا كانت اللامركزية بشكلها الحالي قد عرفت تطورا في مبادئها وتقنيات تنظيمها بفعل تأثير الحماية الفرنسية، فإن المغرب وبعد الاستقلال قد أكد وأرسى دعائمها في جميع السياسات العمومية التي تم إقرارها وتنفيذها منذ الاستقلال إلى الآن، باعتقاد مقارنة ديمقراطية مع حضور هاجس الحفاظ على الأمن، ووحدة الدولة، واستقرارها الداخلي، وذلك بسيادة مركزية السلطة، والإدارة، ودون أن يتنافى في ذلك مع وجود وحدات ترابية مستقلة وهي الجماعات الترابية، والتي كان دائما يوجد بجانبها ممثل السلطة المركزية يقوم بدور الحفاظ على الأمن وتنفيذ قرارات الدولة المركزية.

وإذا كان الهدف من إقرار اللامركزية هو تمكين السكان المحليين من تدبير شؤونهم بشكل ديمقراطي ومستقل عن السلطة المركزية، فإن اللامركزية تهدف إلى تمكين السلطة المركزية من المراقبة عن قرب لكيفية تسيير الشؤون المحلية، إضافة إلى الحفاظ على الأمن، ووحدة الدولة. إلا أن الأهداف المشتركة بين الأسلوبين كثيرة ومتعددة، تتمثل في التآزر والتشارك من أجل تلبية حاجيات السكان المحليين وتحقيق التنمية.

ومن خلال التطور الذي عرفه المغرب، نجد دستور المملكة لسنة 2011² الذي تضمن مجموعة من المقتضيات المهمة، والتي ارتقت بالجهات وجعلتها تحتل مرتبة أساسية ومحورية يقوم على أساسها التنظيم الترابي للمملكة، وهكذا نجد الدستور في الفصل الأول منه وفي فقرته الأخيرة ينص على: "أن التنظيم الترابي للمملكة تنظيم لامركزي"، يقوم على الجهوية المتقدمة. ولم يكن هذا النص موجودا في الدساتير السابقة، وهذا ما يجعل من دسترة هذا المقتضى هو جعل الجهوية المتقدمة أساس التنظيم الترابي.

كما أن دستور 2011 خصص بابا للجهات والجماعات الترابية عكس الدساتير السابقة التي كانت تخصص فقط ثلاثة فصول، تقدم فيها تعريفا للجماعات المحلية، لكن الفصول التي تضمنها الدستور الجديد تشير إلى مجموعة من المقتضيات التي تتميز بها الجهات، في أفق تطبيق مشروع الجهوية المتقدمة المرتبط بالقانون التنظيمي المتعلق به.

كما أن دستور المملكة أكد في فصله 137 على أن الجهات والجماعات الترابية الأخرى ستساهم في تفعيل السياسات العامة للدولة، وفي إعداد السياسات الترابية، من خلال ممثلها في مجلس المستشارين، وذلك لضمان نجاعة تدخلات الدولة في كل مستوى من مستويات التنظيم الترابي، وضمان سدادها فيأعين المواطنين وفعالية وقعها. ويمكن للجهات أن تساهم في بلورة السياسات العمومية الترابية، إما بواسطة ممثلها بمجلس المستشارين، أو في إطار إشراكها من طرف الدولة في بلورة هذه السياسات³.

وعليه، فإن دراسة السياسة العمومية اللامركزية واللامركزية تقتضي منا تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين على الشكل التالي:

مبحث أول وستخصصه لتشخيص السياسة العمومية اللامركزية واللامركزية منذ الاستقلال إلى الآن. مبحث ثان وستتطرق من خلاله إلى تقييم هذه السياسة العمومية وحصيلتها وأفاقها.

المبحث الأول: تشخيص السياسة العمومية اللامركزية واللامركزية

يعتبر التدبير المحلي الجهوي، والإقليمي، والمحلي، وإشراك السكان المحليين في الحياة السياسية المحلية من الاختيارات الأساسية لتحقيق التنمية، وتعزيز الديمقراطية، كما تعتبر من الانشغالات الأساسية للسلطات العمومية منذ فجر الاستقلال، وهذا ما يظهر جليا من خلال الخطب الرسمية (المطلب الأول)، وكذا المناظرات الوطنية حول الجماعات المحلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: السياسة العمومية اللامركزية واللامركزية من خلال الخطب الرسمية

كما لا يخفى على أحد، فإن السياسة العمومية اللامركزية واللامركزية كانت وإلا زالت إحدا أهم مرتكزات النظام السياسي المغربي وخيارا لا محيد عنه منذ فجر الاستقلال وإلى الآن، وهذا ما يظهر جليا من خلال استقراء مختلف الخطب الملكية التي كانت تلقى في مناسبات عدة ومنها:

1- الفترة الممتدة ما بين 1955-1960:

لقد جاء في الخطاب الملكي للملك محمد الخامس أنه: "... غير خاف أن رغبنا كانت وما زالت ترمي إلى منح البلاد نظاما ديمقراطيا في نطاق ملكية دستورية. لذلك يتعين على الحكومة أن تضع أسس هذا النظام الذي يمكن الشعب من تسيير شؤون البلاد بواسطة مجالس محلية ومجلس وطني...."⁴. وفي خطاب آخر: "... إن تحرر السيادة الوطنية أجل نعمة تنقلب في أحضانها الشعوب حيث تصبح مقاليد الوطن بيد أبنائه وأموره إلى نظرم وتصرفهم... كان من بين ما أنجزناه في ميدان الإصلاح الإداري أن قسمنا المغرب إلى عمالات وجعلنا مسؤولا على رأس كل عمالة...."⁵.

¹ - عبدالله ادريسي: إصلاح التنظيم الجماعي بالمغرب: التاريخ، التشخيص، والحصيلة، مطبعة الجسور، وجدة، 2003، ص: 5 وما بعدها.

² - ظهير شريف رقم 1-11-82، الصادر في 14 منرجب 1432 (17 يونيو 2011)، بعرض مشروع الدستور على الاستفتاء، جريدة رسمية، عدد 5952 مكرر، الصادر بتاريخ 14 رجب 1432 (17 يونيو 2011)، ص: 2938.

- الظهير الشريف رقم 1-11-91، الصادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، بتنفيذ نص الدستور، جريدة رسمية، عدد 5964 مكرر، الصادر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص: 3600.

- المجلس الدستوري، قرار رقم 815-2011، الصادر في 12 شعبان 1432 (14 يوليو 2011)، المعلن عن نتائج الاستفتاء في شأن مشروع الدستور الذي أجري يوم الجمعة 28 من رجب 1432 (14 يوليو 2011)، جريدة رسمية، عدد 5964 مكرر، الصادر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص: 3628.

³ - حميد ابولاس: أهمية دسترة الجهة في دستور 2011، المجلة المغربية للإدارة المحلية للتنمية، عدد 114، يناير-فبراير 2014، ص: 51.

⁴ - انبعاث أمة، الجزء الأول، ص: 24، تشكيل حكومة جديدة بالرباط يوم السبت 2 جمادى الأولى 1375-17 دجنبر 1955.

⁵ - انبعاث أمة، الجزء الأول، الصفحات 183-184-185، انعقاد أول اجتماع لعمال العمالات والأقاليم، بالرباط يوم الخميس 3 ذي الحجة 1375-12 يوليو 1956.

ودائما وفي نفس السياق، فقد أشار الملك في إحدى خطبه إلى: "...لذلك رأينا من الأنسب تأسيس خلية اجتماعية وسياسية تكون قواما للنظام الجديد، وسعيا وراء هذه الغاية، قد عزمنا إجراء الانتخابات البلدية والقروية وعلى تحديد الاختصاصات التي سنسند لها للمجالس المحلية..."¹. ولكن، ونظرا للصعوبات المرتبطة أساسا بعدم وجود تشريع انتخابي وتقطع للدوائر الانتخابية وكون قانون الحريات العامة لم يصدر بعد، لم يتم إجراء الانتخابات الجماعية وتم تأجيلها عن الوقت المقرر لها، وذلك للتمكن من إحاطتها بكل الضمانات التي تجعلها صادقة التعبير عن رغبات الناخبين، والتريث من أجل إخراج النظم التأسيسية متقنة لخير الأجيال المقبلة². وفعلا، قد تم الإعلان عن إجراء الانتخابات الجماعية وذلك في خطاب العرش بتاريخ 18 نونبر 1959، حيث حدد يوم 29 ماي 1960 كوعد لها، وهذا ما حصل حيث وجه الملك محمد الخامس بالمناسبة بتاريخ 27 ماي 1960 خطابا أشار فيه إلى كون هذه الانتخابات تعد أول تجربة ديمقراطية في تاريخنا الحديث تحت شعار الأخوة والتضامن³. وقد عبر في خطاب آخر عن رضاه الكامل على الاستجابة الشعبية لهذا الاستحقاق الانتخابي⁴، كما أعلن بعد ذلك عن صدور الظهير الشريف المتعلق بنظام الجماعات⁵.

2- الفترة الممتدة ما بين 1961-1999:

سيراً على نهج أبيه، أكد الراحل الحسن الثاني في عدة مناسبات على أن: "...الأفكار القيومية والمبادئ السديدة التي بنى عليها سياسته ستظل فينا خالدة وسنبقى نحن وشعبنا أوفياء لها مخلصين..."⁶. وهكذا، تم التأكيد على خيار اللامركزية من خلال بعض خطبه كآلي ألفاهامام بعض المجالس البلدية كالدار البيضاء، الجديدة، أسفي، أكادير، الصويرة، والهيئات المنتخبة في العديد من الأقاليم والمدن⁷. إضافة إلى هذا، فقد أكد على تلازم اللامركزية واللامركز مع رجال السلطة والهيئات المنتخبة سواء خلال الزيارات الملكية للأقاليم أو بمناسبة استقبال العمال والمنتخبين، أو عند تخرج أفواج رجال السلطة أو تسليمهم لظواهر التعيين. ويعد خطاب عيد الشباب بتاريخ 8 يوليوز 1976 نقلة نوعية في سياسة اللامركزية واللامركز، حيث تم الإعلان من خلاله على الخطوط العريضة للاختصاصات والسلطات التي تم نقلها من ممثلي الدولة إلى المجالس الجماعية ورؤسائها، فصدر بذلك قانون 30 شتنبر 1976 وتم استقبال أعضاء المجلس البلدي لفاس من طرف الملك الراحل في 21 دجنبر 1976 بعد انتهاء الانتخابات الجماعية، وتأكيد دور العامل كممثل للحكومة، ودور المجالس المحلية (بلدية أو جهوية) كبرلمان محلي⁸.

كما أن الجهوية كانت حاضرة في الخطاب الملكية بمناسبة استقبال بعض الوفود عن جهات، ومناطق نائية بالخصوص، أو في اجتماعات المجلس الأعلى للتخطيط حيث كانت تعتبر الجهات الاقتصادية السبع أقطابا للنمو. فقد جاء في الخطاب الملكي بتاريخ 5 فبراير 1979: "أريد سلوكا جهويا وتربية جهوية، فإذا ما تربي المغاربة جهويا ووطنيا كما أردت فانه لا يمكن لمجموعة من المكونات الحسنة أن تكون إلا مجموعة حسنة"⁹. كما يعد الخطاب الملكي الملقى أمام المجلس الجهوي للمنطقة الوسطى الشمالية في 24 أكتوبر 1984، بمثابة تطوير لفكرة الجهوية من اللامركزية إلى اللامركزية حيث جاء فيه: "...فكرت أنأضعأمامأنظار البرلمان مشروع قانون خاص بمجالس الجهات المغربية التي تكون لها سلطاتها التشريعية وسلطاتها التنفيذية الخاصة بها وتكون لها هيئة الموظفين ولكن ستكون هاته الجماعات الجهوية...مرتبطة مباشرة بملك المغرب فيما يخص مطالها وبرامجها..."¹⁰. وفي رسالة ملكية إلى الوزير الأول بتاريخ 12 ماي 1987 أشار إلى: "...وهكذا ستصبح الجهة مجالا متميزا تتبلور فيه بتكافل وتناسق أولويات الاقتصاد الوطني في قطاعيه العام والخاص بغية تحقيق تهيئة رشيدة للتراب الوطني. وفي هذا الصدد، يعتبر دور الجماعات المحلية دروا أساسيا، ولتمكينها من القيام به على الوجه الأكمل سيعمل على إعداد برنامج جري لضبط مواردها البشرية والمالية بغية تحقيق توازن أفضل بين دور الدولة ودور الجماعات المحلية في الميدان الاقتصادي..."¹¹. وفي نفس السياق، وتدعيما للامركزية واللامركز، تطرق الملك الراحل في خطاب عيد العرش بتاريخ 3 مارس 1989: "...إن سيرنا شعبي العزيز في طريق اللامركزية سيرثابت بفضل التدابير المتلاحقة المتخذة تقوية للبنيات وترقية للوسائل...، إن التدابير الجديدة القاضية بمنح الجماعات المحلية قسطا من محصل الضريبة على القيمة المضافة، والمتعلقة بإحداث بنك لتنمية الجماعات المحلية، والخاصة بالتقسيم الجماعي، كل هذه التدابير سترتب عليها في السنين المقبلة تحولات ستعرفها الجماعات المحلية...، لقدأصدرنا شعبي العزيز أوامرنأ قصد مباشرة تقسيم جماعي جديد ليتسنى للديمقراطية المحلية المغربية أن تحقق وثبة إسهام وراقي جديد..."¹².

3- الفترة الممتدة ما بين 1999 إلى ما بعد:

خلال هذه الفترة، سار الملك محمد السادس على نهج والده المرحوم الحسن الثاني فيما يخص تعزيز وتقوية التوجهات العامة لسياسة اللامركزية واللامركز، وذلك بإرساء مفهوم جديد للسلطة، وربطه بمفهوم الخدمة العامة، وصيانة الحقوق، وحفظ المصالح، واحترام الحريات والقوانين، ودعم الأخلاقيات بالمرفق العام¹³.

¹ - انبعاث أمة، الجزء الثالث، ص: 195، عيد العرش، الرباط يوم الثلاثاء 5 جمادى الأولى 1378- 18 نونبر 1958.

² - انبعاث أمة، الجزء الرابع، صص: 9-10، عيد العرش، الرباط يوم الثلاثاء جمادى الأولى 1378- 18 نونبر 1958.

³ - انبعاث أمة، الجزء الخامس، ص: 140، عملية انتخاب المجالس البلدية والقروية، الرباط يوم الجمعة 27 ذوالحجة 1379- 27 ماي 1960.

⁴ - انبعاث أمة، الجزء الخامس، ص: 142، عملية انتخاب المجالس البلدية والقروية، الرباط يوم الجمعة 27 ذوالحجة 1379- 31 ماي 1960.

⁵ - انبعاث أمة، الجزء الخامس، ص: 157، صدور الظهير الشريف المتعلق بنظام الجماعات، الرباط يوم الاثنين 2 محرم 1380- 27 يونيو 1960.

⁶ - انبعاث أمة، الجزء السادس، صص: 94-101، الاجتماع مع المجلس البلدي للدار البيضاء يوم الخميس 12 شوال 1380- 30 مارس 1961.

⁷ - انبعاث أمة، الجزء السابع، صص: 4-5، تقديم وثيقة المطالبة بالاستقلال، الرباط يوم الخميس 4 شعبان 1381- 11 يناير 1962.

⁸ - انبعاث أمة، الجزء الحادي والعشرون، صص: 67-69، استقبال أعضاء المجلس البلدي لفاس، فاس يوم الثلاثاء 29 ذي الحجة 1396- 21 دجنبر 1976.

⁹ - انبعاث أمة، الجزء الرابع والعشرون، صص: 36-46، اجتماع مع المجلس الجهوي للمنطقة الاقتصادية لتانسيفت، مراكش يوم الاثنين 8 ربيع الأول 1399- 5 فبراير 1979.

¹⁰ - انبعاث أمة، الجزء التاسع والعشرون، صص: 413-414، اجتماع المجلس الجهوي للمنطقة الوسطى الشمالية، فاس يوم الأربعاء 28 محرم 1405- 24 أكتوبر 1984.

¹¹ - انبعاث أمة، الجزء الثاني والثلاثون، ص: 200، رسالة ملكية إلى الوزير الأول، الثلاثاء 13 رمضان 1407- 12 ماي 1987.

¹² - انبعاث أمة، الجزء الرابع والثلاثون، صص: 137-138، عيد العرش، مراكش يوم الجمعة 24 رجب 1409- 3 مارس 1989.

¹³ - انبعاث أمة، الجزء الرابع والأربعون القسم الثاني، ص: 793، رسالة ملكية إلى المشاركين في الندوة الوطنية حول "دعم الأخلاقيات بالمرفق العام"، الخميس 28 أكتوبر 1999.

إن مفاهيم اللامركزية، واللامركز، والجهوية، كانت حاضرة بقوة في عدة خطب ورسائل ملكية، نذكر منها بالخصوص التوجيهات المتعلقة بالتدبير اللامركزي للاستثمار، والتي تم من خلالها الربط الوظيفي بين حفر الاستثمار وتسهيله، والبنيات الإدارية المكلفة بذلك. وذلك بإحداث ما يسمى بشاك موحد على صعيد كل جهة، مع تحديد أجل معقول وسريع للبت في ملفات مشاريع الاستثمار، والتي تم على إثرها إحداث المراكز الجهوية للاستثمار، كما تم تحويل ولاية الجهات وعمال العمالات والأقاليم اختصاصات في مجال الاستثمار، والوصاية على الجماعات المحلية في إطار عدم التركيز الإداري¹.

وقد كان هذا التوجه في سياسة اللامركزية واللامركز، هو نفسه الذي تمالع به للمشاركين في الملتقى الوطني للجماعات المحلية باكاوير بتاريخ 12 دجنبر 2006، حيث جاء في الخطاب الملكي: "...إن اعترازا بالخطوات الهامة التي قطعها نظامنا اللامركزي، لا يعادله إلا حرصنا على تثبيت دعائمه بنظام الجهوية الواسعة واللامركزية الإدارية....، ومهما يكن تقدمنا في مجال ترسيخ النظام اللامركزي فإنه سيظل ناقصا ما لم يدعمه إصلاح الجهات وبناء أقطاب جهوية متجانسة واعتماد التدبير غير المتمركز للشأن المحلي..."². وقد تم التأكيد من خلال هذا الخطاب، على ضرورة تسريع مسلسل اللامركزية الإدارية، وتوسيع صلاحياته على مستوى الولاية والعمال، لمواكبة الجهوية الواسعة المراد تحقيقها.

ولم يقف الملك محمد السادس عند هذا الحد، بل زاد من تأكيده على هذا الأمر بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من الولاية التشريعية الثامنة للبرلمان بتاريخ 12-10-2007 والذي جاء فيه: "...بيد أن التفعيل الأمثل لهذه الأوراش التنموية لن يستقيم إلا بالجهوية المتقدمة و اللامركزية الإدارية اللذين نعتبرهما عماد الدولة العصرية"³.

هذا، وقد اعتبرت الحكومة من خلال البرنامج الذي قدمه الوزير الأول في تصريحه أمام مجلس النواب، أن التوجيهات الملكية الواردة في خطاب أكادير بتاريخ 12 دجنبر 2006، هي إحداهما لولياتها التي ستعمل على تكريس قواعد الديمقراطية المحلية، وتثبيت دعائمه، وترسيخ سياسة اللامركزية الإدارية في تدبير الشأن المحلي، وبناء إدارة القرب التي أضحت خيارا استراتيجيا بدعم القدرات التدييرية للإدارة الترابية، وتعزيز موقعها كفاعل أساسي في هذا الشأن، ومن الأوراش المفتوحة في سياق هذا التوجه والتي جاءت في البرنامج الحكومي نجد: تحين الميثاق الجماعي، ومراجعة نظام المالية المحلية، وتدبير الموارد البشرية ومراجعة التقسيم الجماعي، وكذا التنظيم الهيكلي للإدارة المحلية ومرافقها، واعتماد آليات البرمجة، والتخطيط، والشراكة، والعمل على إخراج الإستراتيجية الوطنية للتنمية الحضرية، تطبيقا لتوصيات ملتقى الجماعات المحلية بأكادير، مع توفير الدعم التقني، والمالي، والمساعدة للبرامج الوطنية للتنمية بالجماعات المحلية.

المطلب الثاني: السياسة العمومية للامركزية واللامركز من خلال المناظرات الوطنية للجماعات المحلية

تشكل المناظرات الوطنية حول الجماعات المحلية إحدى المحطات الهامة في تقييم حركة تطبيق سياسة اللامركزية واللامركز، وممارسة الديمقراطية المحلية. وفي هذا الإطار، تم عقد سبع مناظرات في ظرف أربع وعشرين سنة - من سنة 1977 إلى 1998 -، بمعدل مناظرة كل ثلاث سنوات. وقد كان يتم التحضير لانعقادها بدقة وعناية ملكية⁴، يتم افتتاح أشغالها بخطاب للملك، ليفسح المجال بعد ذلك لكافة المشاركين، والفعاليات لتقديم تحليلاتهم، واقتراحاتهم حول تجربة تدبير الشؤون المحلية.

وكانت كل مناظرة تتميز بشعار خاص، يعكس التوجهات العامة لسياسة اللامركزية واللامركز من خلال تفاعل الجماعات المحلية مع محيطها، وممثلي السلطة المركزية على الصعيد المحلي. ويعد الخطاب الملكي الافتتاحي بمثابة تعبير عن اختيارات الدولة وقرار سياسي للدفع قدما باللامركزية واللامركز إلى ما يحقق الأهداف الكبرى المرسومة لها.

وهكذا، فقد اتخذت المناظرة الوطنية الأولى حول الجماعات المحلية التي انعقدت بمراكش ما بين 1 و4 دجنبر 1977 شعار: "من الوصاية إلى التساكن" حيث أشار فيها الراحل الحسن الثاني إلى: "...فإذا ركزنا على الوصاية أو الحضانة نكون قد خنا روحنا ونفسنا، وما هو رد فعل الجماعة المنتخبة؟ سيكون العقم وعدم الإنجاب والتأخر في إنجاز البرامج وبالتالي الفشل المادي والمعنوي للتجربة الديمقراطية... يجب علينا أن نتعاشف في كل الظروف وفي كل الأحيان مع ما يسعى إليه الدولة....". أما المناظرة الوطنية الثانية، والتي انعقدت بالرباط ما بين 15 و17 نونبر 1979 تحت شعار: "من التساكن إلى التمازج"، فقد تطرق فيها الراحل الحسن الثاني إلى: "...أن تدخلوا في طور التمازج....، هذا يعني أنه ليست هناك ميزانية الدولة وميزانية للجماعات المحلية....".

وفي نفس السياق، فإن المناظرة الوطنية الثالثة المنعقدة بمكناس ما بين 19 و22 يونيو 1986 تحت شعار "التشارك"، فقد أشار فيها الملك الراحل إلى: "...وكنتم دائما أقول لو كان الدستور يسمح لي بأن أقدم للانتخابات ككل مواطن مغربي لما كان من أهدافنا أن نكون عضوا في البرلمان، بل كان هدي في سيكون أننا نكون عضوا في مجموعة من المجموعات البلدية والقروية..."

أما المناظرة الوطنية الرابعة المنعقدة بالدار البيضاء ما بين 27 و29 يونيو 1989 تحت شعار "الأمانة"، فقد أشار فيها إلى: "...هذه الأمانة باللامركزية أعطيناها فرحين مطمئنين، لأننا مسبقا كنا نعلم أنها ستقع ومنضعها في أيد أمينة وأمانة، واختارنا اللامركزية كذلك لأننا نعتقد أنه إذا عمت الديمقراطية جميع أنحاء المملكة الديمقراطية المحلية.... وكلما فهمت وهضمت إلا وجعلنا من اللامركزية أحسن وقاية بيننا وبين الديكتاتورية... إن الديمقراطية اليوم... هي قبل كل شيء إعطاء الجماعات المحلية مقاليد أمورها ووسائل مستقبلها....".

وفي نفس الإطار، فإن المناظرة الوطنية الخامسة المنعقدة بالرباط ما بين 21 و23 أبريل 1992 تحت شعار: "التطابق"، فقد تطرق فيها الملك الراحل إلى: "...إذالم تكن هناك ديمقراطية محلية فلن توجد أبدا ديمقراطية وطنية تهيم عليها وتطبعها بطابع الجد والاحترام والالتزام.... فلا نجاح للامركزية ولا مستقبل للامركزية إذا بقي المغاربة الكفاءة بعيدين عن الساحة السياسية....".

وسيرا على نفس النهج، فإن المناظرة الوطنية السادسة المنعقدة ما بين 28 و30 يونيو 1994 بتطوان تحت شعار: "إعلام وتكوين المنتخبين"، فقد جاء في خطاب الراحل الحسن الثاني أن: "...هذه اللامركزية ماهي أسسها وعلى ما تتركز؟ إنها تركز على ثلاث ركائز أساسية، الأولى هي المنتخب....، صاحب السلطة وصاحب

¹ - انبعاث أمة، الجزء السابع والأربعون القسم الأول، ص 8، خطاب صاحب الجلالة الملك خلال حفل الإعلان عن الرسالة الملكية الموجهة إلى الوزير الأول في موضوع التدبير اللامركزي للاستثمار، الأربعاء 9 يناير 2002.

² - انبعاث أمة، الجزء الواحد والخمسون القسم الثاني، ص 502، خطاب جلالة الملك إلى المشاركين في الملتقى الوطني حول الجماعات المحلية المنعقد بأجدير الثلاثاء 12 دجنبر 2006.

³ - انبعاث أمة، الجزء الثاني والخمسون القسم الثاني، ص 352، خطاب جلالة الملك بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة الأولى من الولاية التشريعية الثامنة للبرلمان، الجمعة 12 أكتوبر 2007.

⁴ - HAFIDA MILOUDI : les colloques nationaux de collectivités locales : essai d'un bilan, REMALD, N°13, 1995, P : 51.

الوصاية.... الوسائل التي لدى المنتخبين وممثلي الدولة ليصلوا إلى تحقيق الأهداف التي خططوها.... إن ظهر 1976..... حول لرؤساء المجالس البلدية والقروية سلطات هامة... كما أنه من أجل تحقيق التوازن خلق سلطة إدارية لها الوصاية وجعل بين يدي هذا وذاك وسائل بشرية مادية...".

وأخيراً، فإن المناظرة الوطنية السابعة المنعقدة بالدار البيضاء بتاريخ 19 و 21 أكتوبر 1998 تحت شعار: " اللامركزية وعدم التركيز"، فقد جاء في خطابه الافتتاحي أن: "...فاللامركزية كما أتصورها هي فضيلة وخلق موروث....، فاللامركزية هو المفتاح الذي يمكن الإنسان من أن يفتح باب التمتع باللامركزية على مصرعيه...وبعبارة أوضح فاللامركزية هي الميدان واللامركزية هو الوسيلة. فاللامركزية هي ثقافة واللامركزية هو العقلية...فعلياً ولأن نطلب من جميع الوزارات والمصالح العمومية أن توفد أحسن أبنائها إلى الأقاليم والجهات وعلينا نحن في الرباط في وزارتي الداخلية والمالية أن نرى كيف يمكن أن نوسع نطاق التصرف لهؤلاء الموظفين أبناء البررة المنتقين...المعروفين...بالتزاهة والاستقامة والكفاءة. وعلينا أن نقرر تفويض صلاحيات جديدة وإمكانات جديدة مالية وبشرية وعلينا أن نكون ذوي خبرة إن لم أقل خبرة دقيقة فعلى الأقل خبرة ظاهرة وواضحة لمخطط كل جهة على مدى الخمس سنوات المقبلة...". ويضيف جلالته: "...فنحن بصدد النظر مع وزارة العدل في أن نخلق في أقرب وقت ممكن...مجلس حسابات جهوية.....".

هذا، ونشير إلى أنه قد صدرت عن هذه المناظرة مجموعة من التوصيات همت إصلاح الميثاق والتنظيم الجماعي، وكذا التنظيم المالي المحلي، وإصلاح نظام المدن، ونظام مجالس العمالات والأقاليم، وتعزيز الجهوية واللامركزية.

وفي هذا الإطار، فقد أشار الراحل إدريس البصري وزير الدولة، وزير الداخلية بمناسبة المناظرة السابعة: "...وهكذا، فإن المناظرات الوطنية للجماعات المحلية لم تعد مجرد تقليد من تقاليدنا الراسخة بل أصبحت مؤسسة حقيقية ومناسبات كبرى في المسيرة التي تنهجها بلادنا بخطى ثابتة في درب التقدم والديمقراطية...".

ويضيف قائلاً: "...إذا كان المغرب قد استطاع بعون الله أن يجتاز بنجاح تجديد المؤسسات، فقد تم ذلك بفضل سياسة اللامركزية التي عيادت الطريق وأستأسس الديمقراطية...". ويضيف قائلاً: "...وفي هذا الاتجاه أبي صاحب الجلالة... إلان يعطي نفساً آخر للجماعات المحلية...باعتماها نهجاً جديداً يركز على توازن جديد بين اللامركزية وعدم التركيز...". وفي هذا الصدد حرص عاهلنا المفدى في العديد من المناسبات على إثارة انتباه الحكومة إلى خطورة التمسك بتدبير الشأن العام انطلاقاً من العاصمة وتجميع كل السلطات والموارد المالية والخبرات على المستوى المركزي...".

إن التساؤل المطروح هو البأى حد استطاعت الخطب والمناظرات والنصوص كآليات وأدوات للسياسة العمومية للامركزية واللامركزية أن تستجيب للأهداف والطموحات المعبر عنها رسمياً منذ الاستقلال وإلى حد الآن؟

المبحث الثاني: تقييم السياسة العمومية للامركزية واللامركزية

يمكن تقييم السياسة العمومية للامركزية واللامركزية من خلال دراسة عناصر التلازم بين اللامركزية واللامركزية (المطلب الأول)، وترابط هذه السياسة العمومية مع بعض السياسات العمومية الأخرى (المطلب الثاني)، لتصل إلى استجلاء واستشراف آفاقها المستقبلية.

المطلب الأول: من خلال التلازم بين اللامركزية واللامركزية

إن التلازم بين اللامركزية واللامركزية يتجلى من خلال المبادئ والأهداف المشتركة لكل التنظيمين أو المفهومين. فإذا كان اللامركزية واللامركزية يقوم على أساس تقريب الإدارة من المواطنين، وتوفير تمثيل الدولة على الصعيد الترابي، وإقامة حوار مباشر بين الدولة والجماعات المحلية، وتوفير التماسك والترابط لعمل الدولة على الصعيد الترابي، فإن اللامركزية لا تخرج في أسسها وأهدافها عن هذا الإطار العام مع بعض الخصوصيات كونها تجسد تطبيق الأسلوب الديمقراطي، ونقل الاختصاصات من الدولة إلى الجماعات المحلية.

1- حصيلة اللامركزية:

لقد مكن تطور سياسة اللامركزية من تطوير عدد الجماعات المحلية وذلك بوجود 16 جهة و 62 عمالة وإقليم و 1503 جماعة حضرية وقروية مما جعل عدد المستشارين الجماعيين هو 27767.

كما أن عدد الموظفين العاملين بالجماعات المحلية ارتفع حسب آخر إحصاء لموظفي الجماعات المحلية حسب وزارة الداخلية، المديرية العامة للجماعات المحلية لسنة 2008 "الجماعات المحلية في أرقام طبعة 2011" فكان على الشكل التالي:

توزيع الموظفين حسب صنف الوظيفة ونوع الجماعات المحلية لسنة 2008.

صنف الوظيفة	الجهات	العمالات والأقاليم	الجماعات الحضرية	الجماعات القروية	المجموع
الأطر العليا	197	4704	7844	3833	16713
تقني	36	1092	2757	937	4893
إداري	161	3612	5087	2896	11820
الأطر المتوسطة	73	6038	17228	7079	30502
تقني	38	4188	13204	4282	21757
إداري	35	1850	4024	2797	8745
أعوان التنفيذ	56	6012	14817	11684	32645
تقني	1	398	980	306	1690
إداري	41	5043	11665	10009	26819
اليد العاملة	52	7699	49198	14266	71463
فئات أخرى	-	16	227	44	287
المجموع	378	24469	89314	36906	151610

بنية موظفي الجماعات المحلية حسب صنف الوظيفة لسنة 2008

صنف الوظيفة	الجهات %	العمالات والأقاليم %	الجماعات الحضرية %	الجماعات القروية %	المجموع %
الأطر العليا	52,12	19,22	8,78	10,39	11,02

تقني	9.52%	4.46%	3.09%	2.54%	3.23%
إداري	42.59%	14.76%	5.70%	7.85%	7.80%
الأطر المتوسطة	19.31%	24.68%	19.29%	19.18%	20.12%
تقني	10.05%	17.12%	14.78%	11.60%	14.35%
إداري	9.26%	7.56%	4.51%	7.58%	5.77%
أعوان التنفيذ	14.81%	24.57%	16.59%	31.66%	21.53%
تقني	0.26%	1.63%	1.10%	0.83%	1.11%
إداري	10.85%	20.61%	13.06%	27.12%	17.69%
اليد العاملة	13.76%	31.53%	55.34%	38.77%	47.33%
فئات أخرى	-	0.07%	0.25%	0.12%	0.19%
المجموع	100%	100%	100%	100%	100%

توزيع الموظفين حسب الجهات ونوع الجماعات المحلية لسنة 2008

الجهات	الجماعات الحضرية	الجماعات القروية	العمالات والأقاليم	للجهات	المجموع
الرباط – سلا – زمور – زعيتو	11170	1686	1981	20	14929
الدار البيضاء الكبرى –	24367	732	3744	26	29022
سوس – ماسة – درعة	5105	4083	2087	24	11324
تازة – الحسيمة – تاوونات	2411	3502	1051	17	7019
تادلة – ازبال	2227	2014	1089	29	5359
فاس – بولمان	4475	1532	1242	22	7363
كلميم – سمارة	1421	1178	1215	11	3825
الغرب اشراقة – بني حسن	3874	1963	1028	21	6886
العيون بوجدور – الساقية الحمراء	1014	262	465	11	1752
مراكش – تانسيفت – الحوز	5133	4106	1931	29	11257
مكناس – تافيلالت	5692	3329	1897	32	10959
وادي الذهب – لكويرة	390	244	333	24	991
الجهة الشرقية	6184	3379	2550	30	12220
دكالة عبدة	4374	2880	830	16	8100
الشاوية – ورديفة	4012	3206	1246	21	8498
طنجة تطوان	7465	2810	1780	45	12106
المجموع	89314	36906	24469	378	151610

وأخيرا، يمكن القول بأن الجماعات المغربية لها إشعاع على الصعيد الدولي والأجنبي، من خلال التعاون اللامركزي الدولي عن طريق إبرام التوأمة مع جماعات تابعة لدول أجنبية، وكذا اتفاقيات التعاون معها ومع بعض المنظمات الدولية غير الحكومية.

2- حصيلة اللاتمرکز:

لقد تم التأكيد من خلال الخطاب الرسمية، على أهمية اللاتمرکز القائم على أساس تخويل ممثلي الدولة على الصعيد المحلي بعض الاختصاصات الضرورية، لتلبية الحاجيات المحلية. وإذا كانت اللامركزية قد عرفت تطورا ملحوظا فإن اللاتمرکز ظل تطوره محتشما، بل ومتعثرا في بعض الأحيان أمام تمسك السلطات المركزية بوسائل اتخاذ القرارات وعدم نقلها، أو تفويضها.

وقد تم التأكيد على أهمية اللاتمرکز في الاستثمار والتنمية من خلال الرسالة الملكية الموجهة إلى الوزير الأول في حكومة التناوب. ويمكن استجلاء معالم اللاتمرکز وبالتالي تقييمها من خلال الهيكلية الإدارية الترابية وممارسة الاختصاصات، وذلك بتطوير عدد الوحدات الإدارية الأساسية للاتمرکز وهي العمالات والأقاليم، والتقسيمات الإدارية الدنيا (الدوائر والقيادات والباشويات)، والمصالح الخارجية ذات الطبيعة التقنية من مديريات ومندوبيات جهوية وإقليمية. إلا أن هذه الهندسة الترابية للهيكل الإداري رغم تصميمها على صعيد التراب الوطني، لم تكن دائما مجدية أمام عدم تمكينها من الوسائل القانونية (التفويضات، وسلطة اتخاذ القرارات)، والمالية (اعتمادات مفوضة كافية)، والبشرية (عدد كاف ومؤهّل من الموظفين).

وإذا كان عامل العمالة أو الإقليم ثم من بعده وإلى الجهة الممثل الرئيسي والأساسي للسلطة المركزية وللحكومة ككل، فإن هناك مجموعة من العوائق تحول دون تمكين سياسة اللاتمرکز من تحقيق الأهداف المرسومة لها، والتي يمكن تلخيصها في النقاط التالية:

- هيمنة اللامركزية من خلال ما سبق ذكره؛
- تخوف الإدارات المركزية من تخليصها عن امتيازاتها وسلطاتها عن طريق اللاتمرکز وهو عائق ذو طبيعة نفسية أكثر منها سياسية؛
- النقص على المستوى القانوني والتنظيمي يكون العاصمة هي مركز القرار؛

- الاختلالات على مستوى الهندسة الإدارية الترابية وعدم تناسب التقسيم الإداري بين مختلف مكوناته وإشكالية التنسيق فيما بينها؛
 - نقص العوامل المالية والتقنية والبشرية واللوجستية التي بدونها لا يمكن تحقيق البرامج ولا بلوغ الأهداف المسطرة؛
 - عدم تفعيل الآليات القانونية المكلفة بنقل الاختصاصات من العاصمة أي السلطة المركزية إلى المصالح الخارجية مع الضرورة لسيورها؛
 - غياب خطة منطقية وعلمية في مسلسل اللامركز ذلك أن الإجراءات التي تتخذ (إحداث مراكز جهوية للاستثمار- اللجنة التقنية الإقليمية- التنسيق على المستوى الجهوي والإقليمي....) تأتي بشكل سريع وكأن السلطات العمومية لا تكون مستعدة أو مسطرة لها.
- 3- التلازم بين اللامركزية واللامركز
- إن تطور اللامركزية رهين بتطور اللامركز. وقد أبانت تجربة تفويض اختصاصات الوصاية على الجماعات المحلية إلى ولاية الجهات، وعمال العمالات والأقاليم عن فائدها من خلال تحقيق مجموعة من النتائج نذكر منها:
- تفويض المصادقة على أعمال وقرارات المجالس الجماعية ورؤسائها إلى الولاية والعمال؛
 - تقليص مدة المصادقة وتبسيط المساطر وتخفيف الإجراءات؛
 - تقريب الإدارة من المنتخبين على المستوى الجهوي والإقليمي؛
 - تسريع وتيرة الاستثمارات والمصادقة على مشاريع الاستثمار والتنمية من خلال المراكز الجهوية للاستثمار.
- إلا أن هذه الإيجابيات تظل محدودة أمام مجموعة من النواقص التي لا بد من معالجتها والمتمثلة في:
- ضرورة هيكلة المصالح الخارجية واللامركز لتتماشى وتطور اللامركزية؛
 - إيجاد الوسائل البشرية المؤهلة الكافية لاتخاذ القرارات والتنفيذ ومعالجة إشكالية الأمية التي تؤثر سلبا على أداء المنتخبين؛
 - إيجاد الوسائل المالية الضرورية لحل مشاكل التنمية (على شكل صناديق جهوية مثلا)؛
 - لامتراك الإجراءات والمساطر والقرارات ذات الصلة بمواضيع محلية ومنها التمويل الذاتي والجبائيات المحلية.
- المطلب الثاني: من خلال ترابط السياسة العمومية للامركزية واللامركز مع بعض السياسات العمومية الأخرى
- إن تنفيذ السياسات العمومية للامركزية واللامركز، مرتبط بمجموعة من السياسات العمومية القطاعية والتي تؤثر فيه بأشكال مختلفة. ولتجسيد هذه الفكرة، سنحاول التطرق تباعا إلى برنامج المبادرة الوطنية للتنمية البشرية مع البرامج الوطنية للتنمية المحلية.
- 1- الترابط مع البرامج الوطنية للتنمية المحلية:
- من المعلوم أن الجماعات المحلية تضع مخططات لتنميتها الاقتصادية والاجتماعية. وهذه المخططات تصطدم مع صعوبة إيجاد مصادر تمويل كافية لانجاز المشاريع، والبرامج المسطرة أمام الحاجيات المزايده خاصة في التجهيزات الأساسية. وهكذا، فإن السلطات العمومية قد قررت برامج تنمية وطنية متعددة السنوات لفائدة الجماعات القروية على الخصوص هم التزويد بالماء الصالح للشرب والكهرباء القروية والطرق القروية وإعادة تأهيل البنيات المدرسية، قروض من صندوق تجهيز الجماعات المحلية. وبعد برنامج الكهرباء القروية الشاملة إحدى الأوراش الكبرى التي مكنت من تزويد أكثر من 34364 قرية، والحاصلة على الطاقة الكهربائية 25392 خلال فترة (1996-2007) لفائدة 1972116 من عدد المساكن والحاصلة على الكهرباء 1640015¹.
- وقد تم هذا البرنامج بتركيبة مالية مكنت الدولة والجماعات والمستهدفين من المساهمة في تمويل المشاريع، كما ان الوكالة المكلفة بتنمية اقاليم الشمال قد ساهمت في جزء من هذا البرنامج الى جانب المديرية العامة للجماعات المحلية (عن طريق حصة الجماعات المحلية من محصول الضريبة على القيمة المضافة).
- 2- آفاق السياسة العمومية للامركزية واللامركز
- تعد السلطات اللامركزية والجماعات المحلية شريكا وفاعلا أساسيا في برامج المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، سواء من خلال الإعداد أو التنفيذ أو التتبع والتقييم.
- وتعترض اللامركزية مجموعة من الرهانات الرئيسية في مجال تدبير التنمية المحلية كرهان التأطير والتدبير التقني والإداري والوصاية والمراقبة الخاضعة لها وتمويل برامج وأنشطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية المحلية².
- وقد أصبحت الجماعة المحلية شريكا وفاعلا في المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، من خلال أجهزة الحكامة، والطرق المالية والمحاسبية المعتمدة في التنفيذ. ذلك أن أحداث حسابات خاصة بميزانية كل جماعة محلية تحت عنوان: "المبادرة المحلية للتنمية البشرية" وتبسيط مساطر، وإجراءات التنفيذ، وتمكين الجماعات من برامج هم محاربة الفقر، والهشاشة والإقصاء، وبرنامج أفقي يستهدف المشاريع المدرة للدخل، كلها آليات مكنت من تطوير اللامركزية، ودور الجماعات من خلالها. هذا إضافة، إلى الدور المنوط بالولاية والعمال لتنفيذ برامج المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، وبرنامج التأهيل الحضري.
- لذلك، تقوم المبادرة الوطنية للتنمية البشرية على مجموعة من الأسس، والمراكز المرجعية منها الدولية، والوطنية، التي يدور رحاها حول التصدي للمعضلة الاجتماعية بالمغرب، وتؤطر في نفس الوقت للآليات، والهيكل الداعمة لتحسين مؤشر التنمية البشرية.
- ويمكن تحديد مرتكزات المبادرة في أربع معطيات أساسية تروم الأولى: العمل على تشخيص الإشكالية الاجتماعية، والمركز الثاني: يهدف إلى تبني سياسة عمومية مندمجة تتصف بالشمولية والتكامل، ثم المركز الثالث: فينبغي على معطى التعبئة الاجتماعية، أما المركز الرابع والأهم فيعتمد مفاهيم جديدة تجد اصطلاحها في نظام الحكامة المحلية.
- وعليه، يتمثل التوجه العام للمبادرة الوطنية للتنمية البشرية في العناصر التالية³:
- تقوية دولة الحق والقانون؛
 - عصبة الاقتصاد؛
 - عصبة الإدارة؛
 - إنعاش حق المرأة والطفل والفئات الهشة؛

¹ المصدر وزارة الداخلية: المديرية العامة للجماعات المحلية – الرباط 2009.

² تقرير التنمية البشرية 2003- الحكامة وتسريع التنمية البشرية PNUD MAROC

³ جعفري (سعيد) وآخرون: " المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، السياق العام، الأسس والآليات، القرارات والمهارات " المطلوبة، الطبعة الثانية، 2007، الدار البيضاء، ص: 47.

- تقسيم ترابي متماسك؛

- تنمية البنيات التحتية.

هذه العناصر وغيرها تشكل المحاور الفرعية للمبادرة التي تستند على مرتكزين اثنين هما :

1- التصدي للعجز الاجتماعي الذي تعرفه الجماعات القروية المهمشة، والجماعات الحضرية الفقيرة، عن طريق توسيع استفادتها من المرافق والخدمات والتجهيزات الاجتماعية؛

2- تشجيع الأنشطة المدرة للدخل والمنتجة لفرص الشغل .

كما يركز تنفيذ المبادرة الوطنية للتنمية البشرية على آليتين رئيسيتين هما: المقاربة التشاركية، والمقاربة المندمجة . فإذا كانت الأولى تعتبر آلية تجديدية في ثقافة تدبير السياسات العمومية للمبادرة الوطنية، فإن الثانية بالإمكان اعتبارها آلية توحيدية لمختلف المتدخلين المعنيين بتفعيلها.

أولاً: المقاربة التشاركية

تعتبر المقاربة التشاركية إحدى منهجيات العمل المرتبطة بتدبير الشأن العام المحلي والوطني، على أنها: "مسلسل تواصلي يمكن الأفراد والأطراف المعنية من تحديد احتياجاتهم وأهدافهم والتزاماتهم، ويؤدي إلى قرارات مركزة تأخذ بعين الاعتبار آراء وتطلعات كل المجموعات والأطراف المعنية".

بناء على هذا التعريف، فإن أي عمل تشاركي ينبغي أن يتضمن العناصر التالية :

- عنصر الحوار؛

- عنصر الالتزام الذي هو نتيجة للتواصل والحوار؛

- عنصر الاعتماد على المعنيين المباشرين في تحديد الاحتياجات والأهداف؛

- عنصر وضوح القرارات و دقتها.

وتكمن أهمية المقاربة التشاركية في التنمية في كونها :

1- تمكن من تحديد الاحتياجات الحقيقية للسكان وما ينبغي الاهتمام به من مشاريع؛

ب- تساعد على تجاوز العوائق التي يمكن أن تنتج عن تصادم مقترحات الجهات والسلطات مع تطلعات السكان المحليين؛

ت- تمكن الخبراء من رصد مدى أهمية المشاريع المقترحة وفعاليتها، وكذا إمكانية إنجازها من عدمه .

كما تعتبر الضمان الوحيد لإدماج المواطنين بشكل مباشر في التنمية وممارسة السلطة. بعبارة أخرى، مشاركة المواطنين في التنمية المحلية من خلال إشراكهم ومشاركتهم في اتخاذ القرار، وصنعه من أجل تدبير فعال ومثالي للشأن العام المحلي الذي يعتبر إحدى أبرز شروط الحكامة الجيدة¹.

كما يمكن أن نظيف إلى المقاربتين المدرجتين بهذا الخطاب مقاربتين ذات أهمية وهما : (المقاربة اللامركزية ومقاربة النوع). فالأولى تعتبر مسألة أولية وسابقة، لأنها متصلة بالالتزامات الدستورية والقانونية والسياسية، ذلك أن تطبيق المقاربة التشاركية يؤدي إلى الاستجابة لمطالب الساكنة في الرفع من مستوى أوضاعها الاجتماعية، والثقافية، والاقتصادية، والسياسية .

كما أن تطبيق نفس المقاربة وفق منظور الحكامة المحلية الجيدة سيساهم في تحقيق الاستقرار الداخلي، وفي تجويد النظام الديمقراطي للبلاد. أما الثانية (أي مقاربة النوع) فإنها تعني إعطاء المزيد من الاهتمام للمرأة القروية، وتشجيعها حتى تتمكن أدوارها الريادية في إحداث التنمية الفلاحية و القروية، والدفاع عن حقوقها المادية المكتسبة، والحيلولة دون هضمها.

ثانياً : المقاربة المندمجة

قدم الخطاب الملكي السامي المتعلق بالمبادرة الوطنية للتنمية البشرية شرحاً مستفيضاً عن المقاربة المندمجة، وذلك حينما أكد جلالتة على : " أن التنمية الفعالة والمستدامة لن تتحقق إلا بسياسات عمومية مندمجة ضمن عملية متماسكة ومشروع شامل وتعبئة قوية متعددة الجهات، تتكامل فيها الأبعاد السياسية والاجتماعية والاقتصادية والتربوية والثقافية والبيئية". " كما تدلنا تلك التجارب على محدودية جدوى المقاربات التنموية غير المندمجة، ذات الطابع القطاعي الانفرادي المنعزل عن باقي القطاعات الأخرى، فضلاً عما تؤدي إليه من اختلالات ناجمة عن تعدد الفاعلين وتشتيت الجهود وتبذير الموارد".

كما وقد أكد الخطاب الملكي على أهمية البرمجة المندمجة، وحدد محاورها حين قال : " تأسيساً على هذه المقومات والمرجعيات والتجارب، فإن المبادرة التي نطلقها اليوم ينبغي أن تركز على المواطنة الفاعلة والصادقة، وأن تعتمد سياسة خلاقة تجمع بين الطموح والواقعية والفعالية، مجسدة في برامج عملية مضبوطة ومندمجة قائمة على ثلاثة محاور: أولها التصدي للعجز الاجتماعي... ثانياً تشجيع الأنشطة المنتجة للدخل والقار والمدرّة لفرص الشغل، ثالثاً العمل على الاستجابة للحاجيات الضرورية للأشخاص في وضعية صعبة، أو لذوي الاحتياجات الخاصة لانتشالهم من أوضاعهم المتردية".

من خلال ما سبق، يمكن تحديد المقاربة المندمجة في تعريف يجعلها عبارة عن سياسات عمومية، تندرج ضمن عملية متماسكة، ومشروع شامل، وتعبئة قوية متعددة الجهات تتكامل فيها الأبعاد السياسية، الاجتماعية والاقتصادية، التربوية والثقافية ثم البيئية .

وبالتالي، فهي مقارنة ضد المقاربات القطاعية الانفرادية، التي تعمل بمعزل عن باقي القطاعات الأخرى، ذلك أنها تقوم على ثلاثة وظائف أساسية هي :

أ- وظيفة التخطيط المندمج

تؤدي هذه الوظيفة هدفاً استراتيجياً يتمثل في تحديد المشروع المستقبلي بناء على نظرة إستراتيجية للمستقبل المشترك، يتم من خلالها التعامل مع العملية التنموية تعاملًا استراتيجيًا يركز على التخطيط العلمي، الذي تندمج في صياغته جميع القطاعات المعنية، وحتى غير المعنية، لأن الكل في النهاية سيصبح معنياً بالأمر ولو بطريقة غير مباشرة .

ونظراً، لأهمية التخطيط في التحديد الاستراتيجي للمشاريع النموذجية، فقد أكد الخطاب الملكي في هذا الإطار القول : " وتنبع مبادرتنا في المقام الثاني من اقتناعنا بأن إعادة التأهيل الاجتماعي عملية معقدة، شاقة وطويلة النفس، لا يمكن اختزالها في مجرد تقديم إعانات ظرفية، أو مساعدات موسمية مؤقتة، كما لا يمكن التعويل فيها على كل الأعمال الخيرية..." .

وعليه، فالتخطيط ينطلق من التشخيص، والإعداد إلى التفعيل والمتابعة، والانجاز ثم التقييم، فالمساءلة فيما يتعلق بمسؤوليات المتدخلين .

ب- وظيفة الترشيد المندمج

¹-Abbadi(Driss),"Gouvernance Participative Locale Au Maroc",Edition 2004 , Imprimerie De Fédala Mohammedia , P:17

تنتقل هذه الوظيفة من إحدى أهم شروط الحكامة المتمثلة في الفعالية التي لا يمكن تحقيقها دون تكتيف الجهود في العملية التنموية، ذلك أن الفعالية في إطار المقاربة المندمجة تسمح بتقاسم الوسائل الضرورية لمختلف الشركاء وباقي الأطراف الأخرى، والمتمثلة في الخطوات الآتية:

- تحديد الحاجيات؛
- تشخيص الوضعية الحالية؛
- وضع الوسائل الضرورية في خدمة الجميع (الوسائل المادية – البشرية – المهارات والكفاءات)؛
- إن الاستغلال المشترك والمندمج لهذه الوسائل، بدون شك سيوحد العمل التنموي، وسيوفر الجهد، ويقلص الوقت.

ج- وظيفة الرصد المندمج

جميع العمليات التنموية هي في حاجة ماسة إلى عملية رصد مستمرة لا على مستوى الإعداد أو التشخيص أو التنفيذ، كذلك هي في حاجة ماسة إلى فريق عمل مندمج، ومتكامل ومن مختلف التخصصات من أجل تحسين أثر المشاريع على الساكنة المستهدفة، وضمان أقصى فائدة ممكنة لهم، لما لهم من دور كبير في هذا المجال، خاصة وأن هؤلاء هم السبب الرئيسي في أن العمليات الإنمائية تحصل على أموال صندوق المبادرة.

بالنتيجة فإن المقاربة المندمجة، لا يمكن أن تكون ناجحة وفعالة وشفافة دون ارتكازها على المقاربة التشاركية المبنية على تدعيم الحكامة الرشيدة للمبادرة الوطنية للتنمية البشرية.

إن الاستعراض الموجز لمختلف جوانب السياسة العمومية للامركزية واللامركزية سواء من خلال الخطب الرسمية، أو المناظرات الوطنية، وتقييم هذه السياسة في تلازم مكوناتها الأساسية للامركزية واللامركزية، أو في ترابط بباقي السياسات العمومية الأخرى، ليجعلنا نستحضر التطور التاريخي للتنظيم الإداري ببلدنا وتأثيره بمختلف الحقب التي عرفت تطورات مؤسساتية مختلفة.

فمن خلال كل هذا، يتجلى لنا أن هناك نقاط قوة، ونقاط ضعف في هذه السياسة:

- 1- نقاط القوة وهي :
 - تمسك الدولة بوحدها وسلامتها وترسيخ دعائمها ومكوناتها على مر العصور رغم خضوعها لفترة الحماية الفرنسية؛
 - تكريس مبدأ التدرج في الإصلاح الإداري منذ الاستقلال والبالأ؛
 - تقسيم إداري يحاول الاستجابة لوظائف الدولة من جهة، ولحاجيات السكان من جهة أخرى؛
 - ترسيخ مبادئ تقرب الإدارة من المواطن وتبسيط المساطر؛
 - ترسيخ مبادئ الديمقراطية والاختيار الحر لممثلي السكان ضمن المجالس الجماعية المنتخبة؛
 - توسيع اختصاصات المجالس المحلية وتعزيز دورها دستوريا وقانونيا وواقعيا بتجسيدها في ثلاثة أنواع: الجهات، العمالات والأقاليم، الجماعات الحضرية والقروية.

2- نقاط الضعف:

- عدم تخلي الدولة كليا على إشرافها ومراقبتها القبلية والبعيدة لأعمال وأنشطة المجالس المحلية؛
- رغم لامتراكز الوصاية على الجماعات فإن المصالح الخارجية للسلطة المركزية يجعل عملها محدودا في اتخاذ القرارات؛
- وإن كانت السلطات المركزية تفوض بعض اختصاصاتها لمصالحها الغير ممركة إلا أن هذا التفويض يظل محدودا ويصطدم في غالب الأحيان مع ضعف أو قلة الوسائل المالية والبشرية لممارستها؛
- رغم الشعارات التي تم إطلاقها خلال المناظرات الوطنية للجماعات المحلية، لم يكن دائما ممكنا وبالشكل المطلوب نظرا للصراع أحيانا والتداخل أحيانا أخرى بين اختصاصات السلطة المحلية للامركزية واللامركزية.

خاتمة:

إن هذا العرض الموجز حول السياسة العمومية للامركزية واللامركزية مكنا من الوقوف على مجموعة من الاستنتاجات تدفعنا إلى طرح واستشراف الأفق المستقبلية لهذه السياسة.

من أهم الاستنتاجات أو الحصيلة يمكن أن نذكر:

- التركيز والتدرج في الخطاب الرسمي في اختيار اللامركزية واللامركزية كنظام إداري يساهم في تعزيز الديمقراطية المحلية، وفي تنمية مختلف المناطق والجهات؛
- من خلال الخطاب الرسمي والنصوص القانونية يتضح جليا إرادة السلطات العمومية في الحفاظ على وحدة الدولة وتماسكها بل وتركيز السلطة بالعاصمة؛
- تعد المناظرات الوطنية سواء حول الجماعات المحلية أو حول الإصلاح الإداري منبرا فكريا وإشعاعا تستمد منه كل الاختيارات والإجراءات المتخذة من طرف الدولة لتعزيز اللامركزية واللامركزية؛
- إن تلازم اللامركزية و اللامركزية جاء نتيجة لطبيعة العلاقة بين الدولة والوحدات الترابية المحلية من جانب، وأيضاً فعل التطور الحاصل في تطبيق اللامركزية وضرورة وجود مخاطب يمثل الدولة على الصعيد المحلي تكون له صلاحيات أوسع وسلطة اتخاذ القرار؛
- إن الترابط بين السياسة العمومية للامركزية واللامركزية من جهة، والسياسات العمومية القطاعية الأخرى أوضح جليا الدور المناط بالجماعات المحلية والإدارة الترابية على السواء وكل مصالح الدولة المحلية من خلال العمل التشاركي؛
- إن أية سياسة عمومية تتطلب الوقوف على جوانب القوة وجوانب الضعف فيها، وبالتالي مراقبة أدواتها، ووسائلها، وتقييم نتائجها. وقد أبرزت التجربة ضعف وسائل المراقبة أو محدوديتها (عملية التدقيق-المراقبة المالية-المراقبة القضائية).
- وعلى هذا الأساس، تطرح عدة أسئلة استشرافية في أفق تطوير هذه السياسة العمومية ومراجعتها، وذلك على الشكل التالي:
- أصبحت اللامركزية واللامركزية اختيارا أساسيا للدولة كما ينص على ذلك الدستور، بل إن الغرفة الثانية بالبرلمان مكونة أساسا من ممثلي المجالس المحلية؛

- علاقة الدولة بالجماعات المحلية والمصالح الخارجية (الوصاية – السلطة الرئاسية) يجب أن يتطور في أفق استقلالية اتخاذ القرار المحلي مع الرقابة البعيدة المشددة؛
- التقسيم الإداري للوحدات الترابية يجب أن يأخذ بعين الاعتبار احتياجات السكان، وضرورات التنمية ؛
- التسيير المالي يجب أن يخضع للتدقيق والمراقبة المستمرة طبقا لمفاهيم جديدة تعتمد على مراقبة النتائج بدل الوسائل، وتفعيل المحاسبة، والمسؤولية؛
- إحداث مرصد خاص بالمعطيات حول الجماعات المحلية يمكن من وضع سياسة عمومية وتدبير استراتيجي للامركزية واللامركزية؛
- توضيح مجال وميادين تدخل كل نوع من أنواع الجماعات المحلية فيما يخص الاختصاصات القابلة للنقل من الدولة إليها مع توفير الاعتمادات اللازمة لذلك؛
- إعادة النظر في الأدوار المناطة بممثلي الدولة على الصعيدين الجهوي والإقليمي في أفق استقلالية اتخاذ القرار مع توفير الوسائل الضرورية لذلك.

إشكالية الهوية والانتماء في المجتمعات العربية وتأثيرها على الصراع السياسي

دراسة مقارنة "بين أكراد العراق وأمازيغ المغرب"

ريام عبد الستار المفرجي

طالبة باحة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية/سلا

جامعة محمد الخامس / الرباط

تقديم:

منذ انهيار الدولة الإسلامية في زمن الخلافة العثمانية و الأمة المجتمعية ذات الهوية العربية تعاني من إشكالية دائمة تتمثل في حالة التمزق والانقسام بين الأنساق المختلفة لهذه الأمة .

نقول " أمة ذات هوية عربية " ، لكون أمتنا المجتمعية تتكون من أكثر من مكون ديني و عرقي و طائفي و قومي يشتركون بنفس الأرض و التاريخ بماضيه و حاضره و مستقبله ، و هذه من الثوابت التي لا تستطيع أي قوة إستعمارية أجنبية أن تغير هذه الحقيقة .

فلانتماء :- هو حضور مجموعة متكاملة من التقاليد و القيم و الأعراف و التقاليد التي تغلغل في أعماقها الفرد فيحيها و تحيا به ، كما و يشكل " الانتماء " جذر للهوية الاجتماعية للفرد داخل نسقه الاجتماعي . فلانتماء هو إجابة عن سؤال الهوية في صيغة من نحن ؟¹ و بالرغم من ذلك فإن تاريخ منطقتنا العربية هو مجموعة من علامات الاستفهام التي لا يستطيع أي محلل إلا أن يقف حائرا غير قادر على تقديم إجابات مقنعة .

فيكفي أن نذكر بعض النماذج في دول العالم التي تتمتع بالتنوع الأثني و العرقي و القومي ، و لكنها تعيش ضمن الحدود الترابية بحقوق و واجبات متساوية تحت مفهوم " المواطنة " .

إذا لماذا الفشل العربي في التعامل مع مشاكله ؟؟ ، على الرغم من انه يمتلك كل مصادر القوة البشرية و المادية لتحكم في مصيره ، وكذلك أن يكون طرفاً فاعلاً في النظام الدولي .

وبرغم من ذلك نلاحظ غياب الإرادة الذاتية للمنطقة و أصبح الفشل هو العنصر الأبرز للملاحم الوطن العربي في حل أزماته . يمكن أن نربط ذلك إلى أسباب و وقائع تاريخية أرتبطت بالمنطقة و رسمت شكلها الحالي و نمت فكرت التجزئة بأنظمتنا و على أمتداد رقعتنا الجغرافية وهي

كتالي :

- ❖ المرحلة العثمانية الطويلة التي انتهت بنهاية الحرب العالمية الأولى .
 - ❖ المرحلة الفرنسي – أنكليزية التي بدأت بتشكيل كيانات سياسية مجزئة داخل الوطن الواحد من جهة و تمهد الطريق للقوة الجديدة المتمثلة بالنفوذ الأمريكي بالمنطقة بعد نهاية الحرب العالمية الثانية .
 - ❖ تشكل كيانات مستقلة داخل كيان الأمة العربية تمت ولادتها مع نهاية الحرب العالمية الثانية دون أن تقطع مع فكرت التجزئة و الكيانات الجزئية الإقليمية.² و بالإستناد إلى العناصر السابقة فإن المسبب للأزمات العربية عادة ما يرتبط بعنصر خارجي يتمثل بالقوة الأستعمارية³ ، إلا أن هنالك روابط مشتركة عديدة تمثل نقاط الالتقاء للهوية الجامعة للأمة العربية .
- ولقد نظر العديد من مفكرين الفكر القومي العربي إلى أن الأمة المتجانسة مكونة من أصل واحد ، ومن ثقافة مشتركة ممتدة عبر تاريخ طويل ، و ما يبدو من فوارق قائمة بين أبنائها فإنها ليس سوى فوارق عرضية زائفة .⁴
- يعتبر هذا الطرح هو الأقرب لواقع النسق المجتمعي للأمة العربية ، و أن كان التعدد الديني القومي ، المذهبي هو السائد إلى أن هنالك ثوابت و نقاط مشتركة تجمع جميع أنساقه الاجتماعية المختلفة .

فلقد أعتمد الفكر القومي العربي على خمسة مرتكزات أساسية في تحديد هوية أنساق مجتمعتنا و هي كتالي :-

- ❖ اللغة العربية .
- ❖ الجنس العربي .
- ❖ الدين .
- ❖ الثقافة .
- ❖ التاريخ المشترك .⁵

و في السنوات الأخيرة، وما شهدته الوطن العربي من تغيرات على مستوى الساحة العربية اجتماعياً و سياسياً عرف بال " الربيع العربي " ، و ما قبله من الغزو الأمريكي للعراق و أفغانستان شهدت المنطقة حالة من عدم التوازن و التجانس بين مكوناتها تسببت في حالة من عدم الأستقرار أدت إلى بروز الولاءات الفرعية المتمثلة بالقبلية ، الإثنية ، العرقية ، المذهبية ، الدينية ، الخ

فهي نتيجة طبيعية لغياب الهوية الجامعة لكل هذه الأنساق الاجتماعية ، و التي تسببت في حالة ألا أستقرار و الأمان الجماعي بين هذه الأنساق . إشكالية الدراسة :-

¹ - كتاب الهوية و قضاياها في الوعي العربي المعاصر ، مجموعة مؤلفين ، سلسلة كتب المستقبل العربي 68 / مركز دراسات الوحدة العربية ، ص 155 .

² - مسعود الظاهر، الدولة و المجتمع بالشرق العربي ، دار الآداب ، سنة الطبع : 1991 ، ص 29 .

³ - هشام شرابي ، مقدمات لدراسة المجتمع العربي ، الناشر : الدار المتحدة لنشر ، الطبعة الثالثة ، لبنان 1984 ، ص 120

⁴ - محمد عمر أحمد أبو عزة ، واقع إشكالية الهوية العربية : بين الأطروحة القومية و الإسلامية " رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط / قسم العلوم السياسية ، سنة 2011 ، ص 32 .

⁵ - محمد عمر أحمد أبو عزة ، واقع إشكالية الهوية العربية : بين الأطروحة القومية و الإسلامية " رسالة ماجستير ، نفس المرجع ص 40 .

تواجدت في العالمين العربي والإسلامي العديد من الأقليات التي أنصهرت ديمغرافيا وجيوسياسيا مع الأغلبية من باقي مكون المنطقة ، وإن كان هذا التنوع القومي هو أغناء للتراث الثقافي والحضاري ، فإن الأمر لم يكن بهذه الشفافية من الناحية السياسية لا سيما في الشرق الأوسط .

و مما تقدم فإن الدراسة ستختص بدراسة خصوصية شعبين يتمتعان بتنوع ثقافي وتراثي ، ولكن يختلفان من الناحية السياسية هما " القضية الكردية " بالعراق و " القضية الأمازيغية " بالمغرب ، حيث يعتبر الشعب الكردي بالعراق ثاني أكبر قومية بعد القومية العربية ، وكذلك في المغرب تعتبر القومية الأمازيغية ثاني أكبر قومية بعد العربية الشعبين يتمتعان بنسيج اجتماعي متوازن ومتعايش عبر تاريخ طويل ، ولكن الظروف السياسية تختلف بهذين البلدين ، و ستحاول المقالة الإجابة عن التساؤل التالي :

إلى أي حد يمكن أن يكون الإنتماء للهوية الحضارية والثقافية لأمتنا دوراً في تعزيز روح " المواطن " ، في بناء دولة وطنية موحدة ، و سبباً لمواجهة التمزقات الطائفية والعرقية والدينية ؟

و سيتفرع عنها ثلاثة أسئلة فرعية هي كالتالي :

- ❖ هل نحن عرب أم مسلمون أم أمة حضارية ذات نسق تعددي متجانس ؟
- ❖ هل نحن أبناء الوطن أم أبناء العشيرة ؟
- ❖ هل نحن أبناء الطائفة أم الدين ؟

سنحاول الإجابة عن هذه الأسئلة بالإستناد إلى الفرضيات التالية :-

- تعتبر الأمة العربية ذات هوية حضارية تكونت عبر تراكم حضاري قديم منذ بداية البشرية ضمت قوميات وأديان وطوائف متعددة تمثل الزخم الحضاري لامتنا التي تثبتت هويتها بآزول القرن الكريم على النبي العربي محمد " صل الله عليه و سلم " باللغة العربية التي تعد لغة متطورة للغات أخرى سبقها بصورتها الحالية تنتهي لنفس المنطقة إذن الأمة العربية بهويتها الحالية بحكم الإسلام والقرآن الكريم ذات نسيج تعددي متجانس ثقافيا وحضاريا .
- تعتبر القبيلة / العشيرة من أهم مميزات مجتمعنا و يشترك بها العرب و باقي القوميات والأقليات الأخرى و الشعب الكردي بالعراق ، و الأمازيغي بالمغرب يتمتعان بنظام قبلي يخضع لنفس القوانين التي تتبعها القبائل العربية .
- تتمتع منطقتنا بتنوع ديني لكون منطقتنا العربية كانت مهد للعديد من الأديان السماوية و موطن قدم للعديد من الأنبياء ، و مثلما العرب يمتازون بالتنوع الديني أي ليس جميعهم مسلمين ، فهناك عرب مسيح ، صابئة مندائيين ، يهود ، و عبدة ديانات أخرى غير سماوية ، كذلك الشعبين الكردي و الأمازيغي فهم متعددين الأديان إذاً منطقتنا بنسجها ذات هوية عربية بحكم القرآن الكريم الذي نزل بلغة العربية على النبي العربي محمد صل الله عليه و سلم ، و لكنها أيضا الأرض التي ولد و عاش بها النبي عيسى عليه السلام و النبي موسى عليه السلام جميعهم ينتمون لهذه الأرض .

إستنادا لما سبق سيتم تقسيم الموضوع إلى ثلاث محور أساسية هي التالي :

- المحور الأول : الركائز البنيوية للخصوصية الثقافية والحضارية لامتنا العربية " العراق والمغرب " نموذجا .
- المحور الثاني : القضية الكردية بالعراق بعد الاحتلال الأمريكي للعراق
- المحور الثالث : خصوصية القضية الأمازيغية بالمغرب، ودورها في البناء المؤسساتي والثقافي والتراثي للمغرب .
- خاتمة و خلاصة .

المحور الأول :- الركائز البنيوية للخصوصية الثقافية والحضارية لامتنا العربية .

إن التواصل والتفاعل الحضاري بين القوميات والأديان ، و الطوائف المختلفة في كل أمة مجتمعية التي تجسد بنيتها و خصوصيتها بين الأمم ، فإن امتنا العربية وحدة من بين شعوب العالم التي تمتاز بهذا التراكم الحضاري والثقافي ، الذي تكون عبر تاريخ طويل تجسد بالماضي المشترك والحاضر والمستقبل .

ولو أخذنا الواقع العربي ، فهو مأزوم بالفكر ، و الفكر مأزوم بالواقع ، فإن أهم تجليات الأزمة الطائفية على السطح هي مسألة الهوية ، سواء تعلق الأمر بالعراق أو السودان أو لبنان ، و إن كانت مسألة الهوية أخذت طابعاً صدامياً ن و دموياً أحيانا في هذه البلدان ، فهي كامنة و قابلة للانفجار في بلدان أخرى و عليه فإن سؤال الهوية كان حاضراً دائما في كل الأزمنة ، و اليوم لبس زي الديمقراطية في ظل التحولات التي شهدتها المنطقة ، فهناك اليوم عدة تهديدات تهدد الوحدة الاجتماعية لانساق امتنا اليوم تتمثل بتهديدات الخارجية ، و هي قديمة في عالمنا العربي تعود أساسا إلى اتفاقية سايكس – بيكو لعام 1916 ، حيث هيأت الجغرافية السياسية التي فسحت المجال لظهور دول قطرية كونت انساق داخل النسق المجتمعي للأمة العربية سميت بالدولة الوطنية *، و هي بدورها أنتجت هوية وطنية تمايزت بتناقضات عديدة مع باقي الأنساق المجتمعية الداخلية في كل دولة قطرية عربية .

تسبب هذا بالإنسلاخ عن الهوية الإسلامية والعالم الإسلامي ، و من خلال دراستنا سنسلط الضوء على قضيتين لدولتين قطريتين هما : العراق والمغرب ، و تحديداً بما يخص القضية الكردية و القضية الأمازيغية و دورها بتفاعلات الاجتماعية و السياسية خصوصا ترابط القضيتين الكردية ، الأمازيغية بتراث العربي الإسلامي .

* يعرف المفكر العربي عبد الله العروي " الدولة " : بأنها المجتمع السياسي ، المبني على الادلجة و على الجهاز ، و تجسد الادلجة مفهومي الشرعية والإجماع ، و هي التحليل المزدوج للأخلاقيات واجتماعيات الدولة . للمزيد من الاطلاع النظر الى كتاب مفهوم الدولة ، لعبد الله العروي ، ص 210 .

أولا : الخصوصية الكردية في العراق و تجربة الإقليم الفدرالي

يعتبر الشعب الكردي مكون أساسي من مكونات المجتمع العراقي يشترك معه تراثياً وحضارياً وتاريخياً بحكم الانصهار الديمغرافي والجغرافي مع العرب ، و عبر تاريخ العراق الطويل برزت عدة شخصيات كردية ساهمت في بناء الحضارة العربية والإسلامية والدفاع عن الأمة .

على سبيل الذكر القائد صلاح الدين الأيوبي ، الجهود الكبيرة للخليفة أبو مسلم الخرساني الذي ساهم في إرساء قواعد الدولة العباسية في ذلك الوقت ، و هم أيضا من تصدى جنبا الى جنب مع العرب للقائد المغولي هولاكو خان في القرن الثالث عشر ، و أستطاع الأكراد قتل 20 ألف جندي مغولي أمام قلعة اربيل في أشهر واقعة تلاحم بها العرب و الكرد للدفاع عن الأمة و الإسلام و الوطن¹.

و لا يمكن إنكار دور الأكراد في البناء الحضاري و التراثي للمجتمع العراقي ، و الإسهام في بناء مؤسسات الدولة ، و لكن بقي الحلم الكردي بتأسيس دولة يسموها " كردستان " قائمة خصوصا مع بداية تشكل الجمعيات السياسية الكردية في القرن التاسع عشر من القرن العشرين .

فكردستان :- حسب الفكرة القومية الكردية هو الوطن المستلب و المحتل من قبل مجموعة من الدول الإقليمية هي : إيران ، تركيا ، العراق ، سوريا ، و حسب هذه النظرية ، فان كردستان هي مناطق واسعة و شاسعة تمتد من من بحيرة أورمية في أقصى شمال الشرقي إلى ملاطية في الجنوب الغربي بطول حوالي 900 كم ، و عرض يبلغ حوالي 200 كم².

هذا من جانب من جانب آخر إن المتتبع إلى الواقع التاريخي ، و الواقع الجغرافي ، و نتكلم هنا عن الحالة العراقية لا يوجد موقع على جغرافية العراق تدل على إن الشعب الكردي كان دولة مستقلة قائمة بهذه المنطقة ، فمثلا قلعة اربيل الشهيرة كانت عبارة عن معبد ضمن الحضارة العراقية القديمة و هي موقع ديني حسب الديانة العراقية القديمة ، و الرسومات الجدارية و الكتابات المسماة القديمة تدل على ذلك .

إذا كان و ما زال الشعب الكردي شعبا ضمن المكون لباقي انساق الشعب العراقي الذين تعايشوا عبر تاريخ طويل على هذه الأرض بشكل مشترك .
و الشعب الكردي في العراق هم الأكثر حظا في تثبيت حقوقهم السياسية ليست فقط " المواطنة " فحسب بل منحه مكاسب اكبر خصوصا بعد اتفاقية 11 آذار عام 1970 التي وقعها الرئيس العراقي الراحل صدام حسين الذي كان نائبا لرئيس الجمهورية آنذاك مع الزعيم الكردي الملا مصطفى البرزاني بإعلان إقليم فدرالي للكرد في شمال العراق ، و هذه الميزة لا يمتلكها باقي أكراد المنطقة ، أستطاع أكراد العراق من خلالها أن يؤسسوا نظامهم السياسي و الاقتصادي و النيابي بالمشاركة مع الحكومة المركزية في بغداد .

إذا ان الشعب الكردي جزء لا يتجزء من الشعب العراقي ككل ، و ان اقليم كردستان العراق هو جزء من التراب الوطني العراقي يعزز هذا الاقليم من المكانة الحضارية و الدولية للعراق في احترام قومياته ، و دليل على تعايش شعبي و تجانسه بعيدا عن التدخلات الخارجية .

ثانيا :- الخصوصية الامازيغية بالمغرب

للقطر المغربي تجربة أيضا مع التنوع في الثقافات و اللغات و العادات و التقاليد ، و كما أسلفنا ، فإنها أغناء لأي شعب ، و دليل على عمق جذوره التاريخية في منطقته الإقليمية و مكانته الدولية ، فالشعب الامازيغي مكون أساسي من مكونات الشعب المغربي ، و هو كالشعب الكردي يتركز في مناطق متعددة من شمال أفريقيا و أستقروا بها منها المغرب ، الجزائر .

كما ان للشعب الامازيغي لغة خاصة به سكنوا المنطقة منذ تاريخ طويل و تعايشوا مع العرب الفاتحين للإسلام . ساهم الامازيغ مع العرب لفتح اسبانيا ، أوروبا ، وكانت اسبانيا مركز جذب للامازيغ خصوصا في عهد المرابطين و الموحدين ، و استمر نشر الإسلام بالمغرب نفسه على يد الامازيغ³.

إذا مما سبق فان الشعوب العربية عرفت التنوع الديني ، المذهبي ، العرقي ، القومي ، و تعايشت معه ، و لكن تواجه الحكومات العربية اليوم تحديا أزمة في إدماج و استيعاب هذا التعدد ضمن مؤسسات الدولة ، دون الاعتماد على الأساس المذهبي ، القبلي ، الايديولوجي ، القومي باعتماد مبدأ " المواطنة " ، و إن كانت هنالك محاولات في الوطن العربي كما أسلفنا الذكر لدمج المكونات للمجتمع العربي ، و لكن ما تزال هنالك العديد من التحديات الإقليمية و الايديولوجية التي تقف حائلا لنجاح هذه التجربة السلمية في بناء الدولة بالوطن العربي .

المحور الثاني : القضية الكردية بالعراق بعد الاحتلال الأمريكي للعراق

برغم من توقيع اتفاقية 11 آذار 1970 ، التي تم بموجبها إعلان إقليم فدراليا للأكراد شمال العراق من قبل الحكومة المركزية في بغداد إلى أن الأوضاع التي مر بها العراق عام 1991 ، كانت هي بداية نقطة التحول في القضية الكردية على الساحة العراقية ، فكان لانسحاب الجيش العراقي للحكومة المركزية في بغداد المحطة الأولى في إرساء نظام حكم خاص بالشعب الكردي ضمن الحدود الترابية للعراق⁴.

كما كانت لانقسامات الداخلية التي أعقبت هذه المرحلة بين كل الكتل السياسية الكردية إضافة إلى ظروف الحصار الاقتصادي الذي فرض على العراق في ذلك الوقت جزء في فشل و تفكك المؤسسات الكردية الحديثة الولادة في الإقليم حتى عام 2004 أي بعد تغير الحكم في العراق ، فبدأ الأكراد في إعادة ترتيب البيت الكردي داخليا بتوحيد الخطاب ، و تكتل الأحزاب السياسية الكردية ، أدى إلى اكتساب أكبر قدر ممكن من المميزات للإقليم ، و كذلك المشاركة في العملية السياسية في الحكومة المركزية في بغداد .

إضافة إلى أن هنالك مجموعة من المميزات التي تميز بها الإقليم عن باقي المحافظات العراقية ساهمت في إرساء بؤادر البناء المؤسساتي للإقليم و هي كتالي :

- ❖ الاستقرار الأمني
- ❖ النمو الاقتصادي
- ❖ الحراك السياسي داخل الإقليم

إن العوامل السابقة ساعدت في نضج الفكر السياسي لدى الشعب الكردي ، حيث كان لهم دور مهم في مرحلة ما بعد نيسان 2003 ، و بروزهم على الساحة السياسية العراقية ، بأنهم اتخذوا قرارا استراتيجيا منذ بداية الاحتلال الأمريكي عام 2003 ، استنادا إلى قراءة عقلانية للواقع هو البقاء ضمن العراق فيدرالي موحد ، و التعاون مع القوى السياسية العراقية الأخرى في تحقيق قدر أكبر من المكاسب للأكراد ، مستخدمين بذلك أساليب عدة هي كتالي :-

- أسلوب القوة الناعمة مع جميع الأطراف .
- ترتيب البيت الكردي داخليا على جميع الأصعدة و توحيد القوى السياسية الكردية .
- ممارسة الضغوط بين الحين و الآخر على الحكومة المركزية في بغداد لاتخاذ قرارات لمصلحة الأكراد .

¹ - احمد تاج الدين ، الأكراد تاريخ شعب و قضية وطن ، الناشر : الدار الثقافية للنشر ، الطبعة الأولى ، سنة النشر : 2001 ، صص 5,6

² - احمد تاج الدين ، الأكراد تاريخ شعب و قضية وطن ، نفس المصدر السابق ، ص 11

³ - عز الدين المناصرة ، المسألة الامازيغية في الجزائر و المغرب ، الناشر : دار الشروق ، ص 96

⁴ - سيلين أوكلير ، الخيارات الدستورية لعراق ما بعد الحرب / معهد الديمقراطي الوطني ، الناشر : منتدى الاتحادات الفيدرالية ، سنة النشر : 2003 ، ص 16

- إملاء شروطهم على العديد من المواد الى الدستور العراقي الدائم خصوصا في موضوع " المناطق المتنازع عليها ".*
 - امتلاكهم القدرة على تكريد السياسة العراقية خصوصا باستخدامهم حق النقض بأي قرار سياسي عراقي.¹
- إذا أمام الأكراد ، و في ظل الوضع العراقي الحالي خياران لا ثالث لهما ، أما الدخول في نزاعات لا متناهية بسبب قضية كركوك و المناطق المتنازع عليها ، أو التوافق مع باقي الأطراف العراقية ضمن صلاحياتهم في الإقليم داخل الحدود الترابية العراقية الذي فيه ضمانات لسلامة جيل أو أكثر

المحور الثالث :- خصوصية القضية الامازيغية بالمغرب ، ودورها في البناء المؤسساتي والثقافي للتراث بالمغرب .

سنركز من خلال هذا المحور على دراسة السياق السوسيلوجي، والسياسي/الايدلوجي للامازيغ بالمغرب .

إن المسألة الامازيغية بالمغرب تشترك مع المسألة الكردية في العراق من حيث وضعية الامازيغ داخل النسق المجتمعي المغربي ، حيث استقر الامازيغ في الربع الشمالي الغربي من أفريقيا ، و التركيز على المعطيات الثقافية أكثر من المعطيات الطبيعية ، و من بينها استمرار اللغة الأمازيغية.²

حيث لا تتعدى مطالب الشعب الأمازيغي بالمغرب إلا بالاعتراف باللغة و الثقافة الأمازيغية ، و اقتسام الثروات الاقتصادية الطبيعية ، و هذه هي أهم الاستراتيجيات التي تبناها الفاعلين الامازيغ عبر الارتكاز على القوانين الدولية المتمثلة بحماية حقوق الإنسان وحقوق الشعوب الأصلية ضمن أنساقها المجتمعية .

و في هذا المحور سندرس الخصوصية الامازيغية بجانبين و هي كتالي :-

1. القضية الأمازيغية في سياقها الاجتماعي :-

ينتمي الأمازيغي للأرض المغربية و يشترك مع باقي المغاربة بالتراث والثقافة المشتركة ، و ذلك عبر التعايش بين انساق المغرب المختلفة .

كما و يتميز الشعب الامازيغي باللغة ألسانية الخاصة بهم ، كما هو الحال لأكراد العراق ، و لكن لا توجد منطقة خاصة بالأمازيغ بل هم موزعين على عموم تراب المملكة المغربية³.

2. القضية الأمازيغية في سياقها السياسي :-

لقد ركزت العديد من الدراسات المغربية على القضية الأمازيغية ، و في الحقيقة يمكن أن نعتبر بدات القضية تطرح بلاجندة السياسية المغربية بحدود ثمانيات القرن الماضي ، وصولا الى دستور فاتح يوليوز 2011 ، و كذلك الخطاب الملكي التوجيهي " في 9 مارس 2011 ، الذي تحدث عن الامازيغ تتالف حوله عناصر التنوع المكونة للطابع التعددي للهوية المغربية " ⁴.

خاتمة :

إن. التنوع في الهوية المجتمعية تعتبر إغناء لاي بلد ، إلا أن تعدد الهوية في الوطن العربي يعتبر من الأزمات الدائمة بسبب تعدد الولاءات القبلية و الدينية و القومية ، و بالرغم من محاولة بعض الحكومات العربية أستيعاب هذا التعدد للحفاظ على توازن الدولة كما هو الحال في " التجربة الكردية بالعراق " و " التجربة الأمازيغية في المغرب " .

و مازالت الدولة في الوطن العربي تعاني من مخاض في الاستقرار السياسي و الاجتماعي للدولة بخلق نوع من التوازن الداخلي ، هو احد الرهانات التي تواجهها الحكومات العربية و لتحقيق ذلك ينبغي التالي :-

- ❖ استيعاب التعدد و التنوع القومي ، الديني ، المذهبي في البلاد العربية .
- ❖ تهميش دور القبيلة و الولاءات الجانبية التي تسبب بإحداث شرخ في نسيج مجتمعاتنا العربية .
- ❖ تعزيز روح المواطنة بين جميع أطراف المجتمع لضمان الحفاظ على التوازن الداخلي لمجتمعاتنا العربية التي تتمتع بتنوع في الهوية المجتمعية

*المناطق المتنازع عليها هي المناطق التي أطلقتها قيادة إقليم كردستان العراق على بعض النواحي و الأفضية المجاذية للإقليم ، و برزت هذه الظاهرة بعد الاحتلال الأمريكي للعراق ، و كما أنها تعتبر من أكثر المشاكل الشائعة في مواد الدستور العراقي الدائم بين العرب و الاكراد .

10 - د ابتسام محمد العامري ، الأكراد و إستراتيجية بناء الدولة العراقية بعد الاحتلال جامعة بغداد ، الناشر : مركز الدراسات الإستراتيجية ، 2014/1/19 .
<http://www.markazaliraq.net/?state=news&viewId=15865>

² - العربي عقون ، الامازيغ عبر التاريخ " نظرة موجزة في الأصول و الهوية " ، الناشر : التنوخي للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى 2010 ، ص 20 .

- محمد بودهان ، من هو العربي و من هو الامازيغي في المغرب ، مجلة هسبريس ، 1/ فبراير 2013 .³

-محمد بودهان ، في الهوية الامازيغية للمغرب، ناشر : سلسلة في سبيل الامازيغية 5 ، الطبعة الثانية ، سنة النشر : 2013 ، ص 32 ⁴

الأثر الواقف في تحصيل الديون العمومية وأثاره

لبنى الحمير

طالبة باحثة في سلك الدكتوراه

تخصص الأنظمة الإدارية والقانونية والإدارية المقارنة

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-سلا

جامعة محمد الخامس-الرباط

مقدمة

لقد خول المشرع المغربي للخزينة العامة للمملكة صلاحية تحصيل الديون العمومية، وخصوصا الضرائب والرسوم، ومنحها سلطات واسعة لضمان استيفاء هذه الديون التي تمثل نسبة مهمة من مداخيل الدولة. وقد حددت مدونة تحصيل الديون العمومية¹ مختلف طرق التحصيل الودي وطرق التحصيل الجبري لديون الخزينة.

ويقصد بالتحصيل حسب أحكام المادة الأولى من المدونة مجموع العمليات والإجراءات التي تهدف إلى حمل مديني الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية على تسديد ما بذمتهم من ديون بمقتضى القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، أو ناتجة عن أحكام وقرارات القضاء أو عن الاتفاقات.

ونفس المدونة عرفت الدين العمومي بأنه يتضمن الضرائب المباشرة الرسوم المماثلة والحقوق والرسوم الجمركية وحقوق التسجيل والتمير ومداخيل وعائدات أملاك الدولة، وحصيللة الاستغلال والمساهمات المالية للدولة، والغرامات والإدانات النقدية، وضرائب ورسوم الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية التي يعهد بقبضها للمحاسبين المكلفين بالتحصيل باستثناء الديون ذات الطابع التجاري.

وتتمتع الخزينة العامة في إطار قيامها باستخلاص الديون العمومية بامتيازات السلطة العامة بما فيها التنفيذ المباشر، بحيث تنص الفقرة الأولى من المادة 117 من المدونة على أنه "بصرف النظر عن أي مطالبة أو دعوى، ينبغي على المدينين أن يؤديوا ما بذمتهم من ضرائب ورسوم وديون أخرى طبقا للشروط المحددة في هذا القانون". كما أن المادة 124 من المدونة تؤكد على أنه "لا يحق لأي سلطة عمومية أو إدارية أن توقف أو تؤجل تحصيل الضرائب والرسوم والديون الأخرى، أو أن تعرقل سيره العادي، تحت طائلة إثارة مسؤوليتها الشخصية المالية، وفق الشروط المحددة في ظهير 2 أبريل 1955 بشأن مسؤولية المحاسبين العموميين". لكن بالمقابل سن المشرع المغربي بعض المساطر التي يمكن من خلالها تأجيل الوفاء بالدين العمومي، هذه المساطر تختلف تبعا للجهة التي تتحكم في سيرها ومتابعة تنفيذها، فهناك مسطرة منحت للإدارة في إطار السلطة التقديرية الواسعة، وهي مسطرة التسهيلات في الأداء، فلها أن تقبلها ولها أن ترفضها² لأنها بمثابة استعطاف للإدارة وعدم الاستجابة لهذا الطلب لا يمكن أن يكون موضوع أية منازعة أو طعن قضائي، أما المسطرة الثانية فهي مسطرة وقف الأداء، وهي مسطرة إدارية لكنها مؤطرة بنصوص قانونية وفق شروط شكلية وموضوعية، وللمدين إمكانية المنازعة في رفض الطلب في حالة استيفائه للشروط المنصوص عليها. وهناك مسطرة ثالثة تكون بيد القضاء، وتسمى مسطرة إيقاف إجراءات استخلاص الدين العمومي، وهي إمكانية تدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي شرط توفر شرطين أساسيين هما: المنازعة الجديدة وشرط الاستعجال.

إن الغاية من تكوين هذه الضمانات، سواء المنصوص عليها أو غيرها هو تحقيق الأثر الموقوف الذي تتوقف نتائجه على تكوين الضمانات (المبحث الأول)، وفي حالة استنفاد المدين للمدة المتفق عليها لتكوين الضمانات فإنه يعرض نفسه للمتابعات الجبرية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الأثر الموقوف: سبل تحقيقه ومدته.

القاعدة العامة تقضي بأن أي دين، خاصا كان أم عاما، يعتبر واجب الأداء بأكمله حين حلول أجله. وبالنسبة للدين العمومي، فهو يكتسي صبغة خاصة لأنه يدخل في حالة القرارات الإدارية التي تخضع لقاعدة انعدام الأثر الواقف effet suspensif. هذا ما كرسته المادة 18 من ظهير 1935 بشأن نظام المتابعات في ميدان الضرائب المباشرة والرسوم والأداءات والتي عوضتها المادة 117 من قانون 15-97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه "بصرف النظر عن أي مطالبة أو دعوى ينبغي على المدينين أن يؤديوا ما بذمتهم من ضرائب ورسوم وديون أخرى طبقا للشروط المحددة في هذا القانون".

ومع ذلك فقد أجاز المشرع للمحاسب المكلف بالتحصيل، وبصفة استثنائية، إمكانية منح تسهيلات في الأداء- بمقتضى المادة 124 من م.ت.د-ع. لكن شريطة تقديم الضمانات المنصوص عليها في المادة 118، مما ينتج عنه تقسيط الدين المطالب به إلى أقساط أو دفعات محددة الأجل³. هذا إلى جانب مسطرة وقف الأداء التي حرص المشرع على تنظيمها بمقتضى المادتين 117 و118 من مدونة التحصيل. كما أتاحت للمدين سبل ثالث قضائي حيث يمكنه التوجه إلى القضاء الاستعجالي من أجل طلب وقف الأداء متى توفر شروطا الجديدة وحالة الاستعجال (المطلب الأول)، أما عن مدة هذا الأثر الواقف فهي تختلف بين الأثر الواقف الفوري والأثر الواقف الذي تمتد مدته إلى حين البت في المنازعة حول الدين (المطلب الثاني). ويعتبر المحاسب المكلف بالتحصيل المخاطب الأساسي بطلي وقف الأداء ومنح تسهيلات في الأداء، حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة. لكنها رغم ذلك تبقى مؤطرة بموجب المادتين المذكورتين، حيث يراقب مضمون الطلب أولا، ثم يتأكد من مدى كفاية الضمانة المعروضة، ليحدد بعد ذلك موقفه من الطلب بالإيجاب أو السلب، لكن سلطته هاته تظل موضوع مراقبة القضاء الإداري.

المطلب الأول: سبل تحقيق الأثر الموقوف للأداء

يتحقق الأثر الواقف بثلاث طرق أو مساطر: مسطرتان إداريتان تقدمان أمام المحاسب المكلف بالتحصيل وهما: طلب التسهيلات في الأداء وطلب وقف الأداء (الفرع الأول)، أما المسطرة الثالثة فهي مسطرة قضائية تقدم إلى قضاء الاستعجال (الفرع الثاني).

¹ عملت هذه المدونة على تجميع النصوص المتضمنة لعمليات استخلاص الديون العمومية التي كانت موزعة على الخصوص فيما بين ظهير 21/08/1935 المتعلق بسن نظام للمتابعات في ميدان الضرائب والرسوم المماثلة والديون الأخرى التي يستوفها مأمورو الخزينة، وظهير 22/11/1924 المتعلق بتحصيل ديون الدولة.

² يحاول المحاسب العمومي المكلف بالتحصيل التأكد من ثلاثة أمور هي: وضعية الملمزم وسمعته بصفته مدينا للخزينة العامة – طبيعة ومبالغ الديون العمومية – تقدير الضمانات.

³ حسن العفوي "المنازعة الضريبية أمام القضاء بين التأسيس والتحصيل" م.م.إ.م. ت. العدد 70 شتنبر دجنبر 2004

الفرع الأول: بين طلب التسهيلات في الأداء وطلب وقف الأداء

تعتبر المطالبتان معا وسيلتان ترومان إرجاء الوفاء بالدين العمومي، إلا أن كل مسطرة تختلف عن الأخرى من حيث الشروط القانونية، وكذا الآثار التي ترتبها. ولهذا سنعمل على مقارنة المسطرتين معا بغية التمييز بينهما وذلك من خلال الفقرتين المواليين.

الفقرة الأولى: طلب التسهيلات في الأداء

وكما سبق الإشارة إلى ذلك، الأصل أنه لا يحق لأي جهة كانت أن تغير تاريخ استحقاق دين عمومي حل أجل سداده، هذا ما أكدته المشرع المغربي من خلال الفقرة 1 من المادة 117 "بصرف النظر عن أي مطالبة أو دعوى، ينبغي على المدينين أن يؤدوا ما بذمتهم طبقا للشروط المحددة في هذا القانون"، كما نصت الفقرة 1 من المادة 124 على أنه "لا يحق لأي سلطة عمومية أو إدارية أن توقف أو تؤجل التحصيل وأن تعرقل سيره العادي تحت طائلة إثارة مسؤوليتها الشخصية والمالية".²

لكن المشرع منح للمحاسب المكلف بالتحصيل أو لرئيس الإدارة التي ينتهي إليها³، وبصفة استثنائية، إمكانية منح تسهيلات في الأداء لفائدة المدينين شريطة تقديم الضمانات المنصوص عليها في المادة 118 من المدونة، والغاية من هذه الوسيلة هو تقسيط الدين إلى أقساط⁴، فطلب منح تسهيلات في الأداء يعتبر بمثابة استعطف لوقف المحاسب لإجراءات المتابعة في حق المدين، وعدم استجابة المحاسب لهذا الطلب لا يمكن أن يكون موضوع منازعة من قبل المدين⁵. وقد سارت جل التشريعات المعاصرة على التنصيص على هذه الإمكانية لما لها من إيجابيات كثيرة من أهمها:

← تحسين علاقة المدين بالخزينة.

← الحفاظ على الاستقرار المادي والمالي للمدين.

في المغرب، تعتبر طلبات منح أجل إضافية للأداء من أكثر الطلبات التي تقدم عمليا أمام القابض، خاصة بطريقة شفوية، حيث إنه في أغلب الحالات تتم الاستجابة لها⁶.

وأمام أهمية هذه المسطرة، فقد أحاطتها جل التشريعات بمجموعة من الضوابط والشروط:

- تقديم طلب مكتوب إلى المحاسب المكلف بالتحصيل وفق شكليات محددة. فرغم أن المشرع سكت فيما يخص المسطرة المعتمدة هنا، لكن النصوص التنظيمية عملت على سد هذا الفراغ، حيث أكدت أن طلب الاستفادة من التسهيلات في الأداء يجب أن يكون مكتوبا، وهو ما يعطي بالتالي للمدين الحق في رد إداري مكتوب أيضا. ويحدد هذا الطلب في سجل خاص بالتسهيلات في الأداء على مستوى القباضة⁷، وتفتح له بطاقة تسمى "بطاقة المعلومات"، حيث تتضمن أكبر قدر ممكن من المعلومات حول المدين: ذمته المالية، وضعيته الضريبية، وكذلك سمعته كمدين للخزينة العامة للمملكة.

- الأخذ بعين الاعتبار وضعية وسمعة المدين. أثناء نظره في طلب فحص الطلب، يحرص المحاسب على التأكد من الأمور التالية:

- ✓ هل المدين غير قادر على أداء ما بذمته من ديون عمومية؟ وهل فعلا تعترضه صعوبات واقعية في الأداء؟
- ✓ ما هي عدد المرات التي استفاد المدين فيها من هذه المسطرة؟ في حالة استفادته السابقة، هل احترم التزاماته في الأداء داخل أجل استحقاقها؟
- ✓ هل المدين حسن النية أم سيء النية؟

- ضرورة تقديم ضمانات، وهي نفس الضمانات المنصوص عليها في المادة 118 من المدونة، وهي وردت على سبيل المثال لا الحصر، حيث فسح المشرع المجال للقابض لقبول أية ضمانات أخرى يرى أنها تؤمن الدين المنازع فيه، مما يعزز السلطة التقديرية للإدارة في هذه المسطرة⁸.

ويجب أن يتمحور اهتمام القابض أثناء تكوين هذه الضمانات على ثلاثة مستويات⁹:

- إعطاء الأولوية للضمانات التي لا يترتب على تكوينها أية مشاكل.
- التأكد من القيمة الحقيقية للضمانة المعروضة ومدى تغطيتها لمجموع المبالغ المستحقة الأداء.

¹- هناك من الفقهاء من ذهب إلى حد اعتبار أن مقتضيات المادة 124 من المدونة تخاطب الجميع بمن فهم القضاء. وقد نفى الأستاذ شكيري (في مقاله "آليات تأجيل الوفاء بالدين الضريبي بالمغرب بين إرادة المشرع وجهاد القضاء" م م إ م ت العدد 50. سلسلة مواضيع الساعة. 2005. ص: 104) ذلك، وأكد أن القضاء الإداري والاستعجالي غير معنيين لا بمقتضيات الفصل 11 سابقا ولا بمضمون المادة 124 من المدونة.

²- أكد عبد الرحيم احزيرك في أطروحته "إشكالية تحصيل الضرائب بالمغرب". أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق. جامعة الحسن الثاني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. عين الشق. الدار البيضاء. 2003/2004. ص: 195، أن نفس المقتضى كانت تنص عليه المادة 11 من ظهير 21 غشت 1935 في إطار ضيق يخص الموظفين فقط "لا يحق للموظف أيا كان أن يؤجل استخلاص الضرائب المعنية والأداءات المماثلة والوجيبات أيا كان نوعها ولا أن يؤجل المتابعات الراجعة للاستخلاص المذكور".

³ إن المشرع هنا أضاف عبارة "رئيس الإدارة التي ينتهي إليها المحاسب المكلف بالتحصيل"، فهو قد وضع أن إمكانية منح التسهيلات متاحة للمحاسب المكلف بالتحصيل، وكذا إلى رئيس الإدارة أي الخازن العام أو من يفوضه بالنسبة للقباضات، على عكس ظهير 21 غشت 1935 من خلال المادة 11 منه التي كانت مبهمة بحيث كانت تنص على أن هذا الاختصاص ممنوح للأعوان المكلفين بالتحصيل أي فقط القباض، وقد كان القابض العام عمليا يقوم بمنح تسهيلات في الأداء رغم أن عمله كان غير قانوني، لكن منذ 1979 لم يعد يمنح هذه التسهيلات، كما ذكر ذلك عبد الرحيم احزيرك في أطروحته، مرجع سابق ص: 196. نقلا عن "محمد بنطاهر".

⁴ مبدأ التقسيط نصت عليه بعض القوانين الخاصة. كما هو الشأن مثلا في الضريبة على الشركات، حيث تنص المادة 16 على ما يلي: "تؤدى الضريبة على الشركات عن السنة المحاسبية الجارية في أربع دفعات مقدمة على الحساب تساوي كل واحدة منها 25% من مبلغ الضريبة المستحقة عن آخر سنة مختتمة".

⁵ عبد الرحمان ابليل ورحيم الطور "تحصيل الضرائب والديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة قانون 15-97". مطبعة الأمانة. 2004. ص: 66.

⁶ -سلوى الفاسي الفهري. "إيقاف التنفيذ في استخلاص الدين الضريبي أمام القضاء المستعجل". "المنازعات الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى". منشورة بالنسبة للجمعية السادسة. الرباط 10-11 ماي. خمسون سنة من العمل القضائي. ص: 349.

⁷ -المذكرة رقم 12 بتاريخ 14 مارس 2003 المتعلقة بتنظيم العمل بالقباضات نصت على وجوب تخصيص مكتب لتلقي طلبات المزمين وشكايتهم.

⁸ -عبد الحميد الجنودي "تحصيل الديون العمومية بين التشريع والقضاء" أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق. جامعة الحسن الثاني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الرباط. أكادال 2006. ص: 209.

⁹ عبد الحميد الجنودي. "تحصيل الديون العمومية بين التشريع والقضاء". مرجع سابق. ص: 209.

- مراعاة أن تكون الضمانة هي الأقل ضررا للملزم.

الفقرة الثانية: طلب وقف الأداء

لقد منح المشرع لكل شخص مطالب بدين عمومي أن يلجأ إلى المحاسب المكلف بالتحصيل من أجل أن يوقف مطالبته بالدين أو متابعتها بإجراء من إجراءات التحصيل، لكن هذا الأمر يستلزم توفر شروط شكلية وأخرى موضوعية.

ويعتبر وقف الأداء¹ آلية إدارية لمكافحة انعدام الأثر الواقف للطعن في الدين العمومي، فكل شخص ينازع في قانونية الدين المفروض عليه ملزم بأداء مبلغه داخل الأجل القانوني²، ولا يخص هذا الواجبات الأصلية فقط، وإنما يشمل الغرامات و الجزاءات المرتبطة بها أيضا.

هذا المبدأ تقرر من خلال الفقرة 1 من المادة 117 من م د ع "بصرف النظر عن أي مطالبة أو دعوى ينبغي على المدينين أن يؤدوا ما بذمتهم من ضرائب ورسوم وديون أخرى طبقا للشروط المحددة في هذا القانون".

والهدف من تقرير هذا المبدأ هو الحيلولة دون عرقلة عملية التحصيل عن طريق مطالبات كيدية صرفة، لكنه في المقابل يجبر المدين على أداء دين ينازع فيه، وهذا الأمر حتما يعرض وضعيته المالية للخطر. ومن أجل الحفاظ على التوازن بين طرفين غير متكافئين، حرص المشرع المغربي منذ زمن طويل على إحداث مسطرة وقف الأداء التي تسعى من ناحية إلى محاربة المطالبات الكيدية ومن ناحية أخرى إلى حماية المدين المنازع.

وتمثل الإطار القانوني لوقف الأداء³ في المادتين 117 و118 من المدونة اللتين تنسخان تقريرا للفصلين 15 و16 من ظهير 21 غشت 1935، لكن ما ينبغي التأكيد عليه أن وقف الأداء ليس سلطة في يد الإدارة تمنحها لمن تشاء، ولكنه حق مخول لكل مدين مطالب بدين عمومي يمارسه متى توفرت شروطه الشكلية والموضوعية. فالشروط الشكلية تتمثل في:

- صفة طالب وقف الأداء ومضمون طلبه: لقد نص المشرع على أن المدين بضررائب أو برسوم أو بديون أخرى هو الذي يملك الصفة للمطالبة بوقف الأداء، ويرى معظم الفقهاء أنه يجب على المدين المنازع أن يحضر طلب وقف الأداء كتابة وبشكل صريح لا يدع أي لبس في استيعابه من لدن الإدارة، يوجهه المعني بالأمر إلى المحاسب المكلف بالتحصيل، باعتباره الجهة التي تتوفر على الملف الجبائي للمدين صاحب طلب وقف الأداء، وأن يذيله بتوقيعه أو توقيع وكيله المؤهل على نحو قانوني.

- أجل تقديم الطلب وضرورة المنازعة في كل أو بعض الدين: بالنسبة للأجل هو شرط لازم للاستفادة من وقف الأداء، ويعتبر أجل تقديم طلب وقف الأداء هو نفسه أجل تقديم الشكاية في الموضوع أمام مديرية الضرائب⁴. ومراقبة احترام هذه الأجل هو من اختصاص مصالح الوعاء أولا، ثم القاضي الإداري ثانيا في حالة الطعن القضائي. فالمنازعة تعني الشكاية التي يوجهها المدين، والتي تتضمن ما يفيد منازعته في أصل الدين وتوابعه، إلى مديرية الضرائب باعتبارها الجهة المختصة في تحديد الوعاء. فهناك تلازم بين الشكاية المقدمة إلى مديرية الضرائب وبين طلب وقف الأداء المقدم إلى المحاسب المكلف بالتحصيل، ومن نتائج هذا الترابط هو أن عدم قبول الشكاية ورفضها يؤدي حتما إلى عدم قبول طلب وقف الأداء أما الشروط الموضوعية فتتجلى في:

- أن ينصب وقف الأداء على الجزء المتنازع فيه. أي أن الجزء الذي لا يشكل موضوع خلاف مع الجهة مصدرة الدين لا يقبل وقف الأداء بشأنه. والملاحظ أن تطبيق هذا الشرط لا يطرح أي إشكال سوى أنه يدعم الشرط الرابع من الشروط الشكلية و يجعله شرطا ضروريا لقبول مثل هذه الطلبات.

- ضرورة تقديم ضمانة تؤمن تحصيل الدين المتنازع فيه. لقد استهدف المشرع من إقرار هذا الشرط التصدي للطلبات الكيدية التي يهدف من وراءها بعض المدينين الحصول على وقت إضافي لتبديد الأموال وإخفائها حتى لا تخضع لامتيازات الخزينة⁵.

ويعتبر هذا الشرط من أهم الشروط التي أكدت عليها مختلف التشريعات وذلك لما يحققه من توازن بين مصالح الخزينة ومصالح المدين بالدين العمومي. فمقتضيات المادتين 117 و118 من المدونة تعكس بصدق الصورة النمطية التي يرسمها المواطن عن إدارة التحصيل، والتي يلخصها المثل الذي يردده كل مغربي عند حديثه عن تعامل الخزينة مع مختلف التظلمات والدعاوى المقدمة أمامها "أد ثم اشك".
الفرع الثاني: رفع دعوى إيقاف التنفيذ أمام قاضي المستعجلات.

يقصد بإيقاف التنفيذ¹ الحكم الذي بموجبه يرى القاضي، بطلب من المعني بالأمر، أن يوقف مؤقتا تنفيذ أو إعمال قرار إداري يكون في نفس الوقت دعوى في شرعيته.

¹ يرى الأستاذ محمد النجاري في مقاله "طلبات إيقاف تنفيذ مسطرة استخلاص الديون العمومية على ضوء مدونة التحصيل الجديدة". مجلة المعيار. العدد 28 نونبر 2002 ص 8: "يرى بعض الفقهاء أن التأجيل أي إرجاء الأداء sursis هو غير الإيقاف، فالأول مسطرة إدارية تتولى البت فيها الإدارة، في حين يتولى القضاء النظر في طلبات الإيقاف، وإذا كان الأمر يختلف فعلا بين كلمة التأجيل وكلمة الإيقاف فإننا نعتقد أن النتيجة واحدة مادام أن الملزم يحصل بمقتضى قرار من الإدارة أو حكم قضائي على إرجاء مسطرة الاستخلاص مؤقتا. علما أن المشرع لما تعرض في قانون المسطرة المدنية لهاته المسطرة لم يفرق بين مسطرة التأجيل ومسطرة الإيقاف: الفصلان 147 و436 من ق م م.

² -selon Ahmed Bouriss "le nouveau code de recouvrement" instauration d'un meilleur équilibre entre le droit du contribuable et les intérêts du trésor". REMALD n°31 thèmes actuels p:93 (lorsque le contribuable conteste les sommes qui lui sont réclamées il peut surseoir au paiement de la partie contestée à condition qu'il ait introduit sa réclamation dans les délais et qu'il ait constitué des garanties propres à assurer le recouvrement des créances contestées).

³ - وإذا كان المشرع الفرنسي قد نظم مسطرة وقف الأداء بموجب 40 فصول مصدرها القانون، 6 فصول مصدرها المرسوم، 10 فصول مصدرها القرار الوزاري. وهذا أجبر فقهاء الإدارة الضريبية على التدخل بقوة بواسطة عدد كبير من الدوريات لشرح هذه النصوص سواء للملزم بالضريبة أو للمحاسب المكلف بالتحصيل بل واضطر القضاء الفرنسي لإقرار عدد مهم من القواعد من خلال اجتهاداته الكثيرة في هذه المادة، بالمقابل نجد أن المشرع المغربي خصص لمسطرة وقف الأداء مادتين فقط لا غير.

⁴ - إن المنازعة في الموضوع أو في الأساس الضريبي تحكمها مقتضيات خاصة ودقيقة، وفق القوانين الخاصة بكل ضريبة على حدة، ومن ثم فإن أجل المطالبة ورد الإدارة واللجوء إلى القضاء تحدها النصوص المنظمة لكل دين على حدة، وفي حالة السكوت تطبق آجال القواعد العامة.

⁵ - أدبيا عالي. مقارنة تفسيرية لظاهرة التملص الضريبي على الصعيد المحلي. م م إ م ت. العدد: 37. مارس - أبريل 2001. ص: 26.

أما في مجال الديون العمومية، فيقصد به وقف تنفيذ دين عمومي من طرف القضاء لفائدة المدين، إلى حين البت بحكم نهائي في منازعته في موضوع الدين.² وقد تم إقرار هذه المسطرة القضائية لخلق توازن بين امتيازات الإدارة المكلفة بالتحصيل من جهة، وضمائم المدينين من جهة أخرى، هذا إلى جانب الحد من شطط وتعسف الإدارة وتجاوز العيوب التي تشوب النظام القانوني لوقف الأداء.³

وبما أن طلبات إيقاف الديون العمومية هي طلبات وإجراءات وقتية، يكتنفها الطابع الاستعجالي على اعتبار أن الملزم يكون مدهما بالتنفيذ على أمواله وعقاره وجسده أحيانا عبر الإكراه البدني، ولذلك فقد أسند الاختصاص للقضاء الاستعجالي لما يتوفر عليه من سرعة في البت وتقصير للأجل ويسر في الإجراءات.⁴

هذا، وقد اشترط القضاء الفرنسي شروطا شكلية وأخرى موضوعية لقبول طلب إيقاف تحصيل الدين العمومي.

فبالنسبة للشروط الشكلية يمكن التمييز بين أربعة شروط أساسية:

- أن يقدم طلب وقف التنفيذ بالموازاة مع دعوى في الموضوع تستهدف المنازعة في أساس وأصل الدين المطالب به في دعوى الموضوع.⁵ ويتعلق الأمر هنا بأجل رفع طلب وقف التنفيذ إلى القضاء، "فالقضاء الفرنسي الذي يشكل مرجعنا في هذا المجال، لم يقر أجالا خاصة لتقديم مثل هذه الطلبات، عكس ما يجري به العمل في المسطرة المتعلقة بوقف أو تأجيل الأداء، وعليه، فإن طلب وقف التنفيذ يمكن أن يقدم في أية مرحلة من مراحل الدعوى⁶
- أن لا تكون أمام المدين إمكانية لطلب وقف الأداء؛ وهذا ما أقره المشرع الفرنسي وسار عليه القضاء. فمتى وجدت فرصة أمام المدين للاستفادة من طلب وقف الأداء لم يقبل منه طلب وقف التنفيذ.
- لا يقبل طلب وقف التنفيذ إلا بالنسبة لجزء الدين الذي لم يقبل بصدده وقف الأداء؛ على اعتبار أن هذه المسطرة الأخيرة هي الأصل، أما الثانية فهي مسطرة مكملية للأولى.

أما بالنسبة للشروط الموضوعية: فحسب مرسوم 30 يوليوز 1963، ومن خلال الفقرة 4 من المادة 54، فيلاحظ وجود شرطين متلازمين هما:⁷
الشرط الأول: ويتعلق بالمنازعة الجدية في أصل الدين المطالب به، وتؤكد أغلبية القرارات القضائية أن شرط جدية المنازعة يكون قائما متى كانت هناك منازعة جدية في مبدأ فرض الضريبة، أو في صفة الملزم بها، أو في شرعية الضريبة
الشرط الثاني: إذا تبين أن تحصيل الديون المطالب بها، من شأنه أن يلحق أضرارا بالمدين يصعب معها إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أو تداركها فيما بعد.⁸

المطلب الثاني: مدة الأثر الواقف لتحصيل الديون العمومية.

للاستفادة من الأثر الموقوف، لا يكفي أن يعرض الملزم صراحة الضمانات التي يرى أنها كافية لتأمين الدين محل النزاع، ولكن يجب أن يكونها فعلا، وإلا فإن المحاسب يشتر فوراً في المتابعات الجبرية بمختلف درجاتها.

ونميز في الأثر الموقوف بين الأثر الموقوف الفوري (الفرع الأول)، والأثر الموقوف الذي يستمر إلى حين البت في النزاع المعروض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدة الأثر الموقوف الفوري.

إذا قدم المدين طلب وقف الأداء بشكل قانوني، وكان مستوفيا لكافة الشروط المطلوبة، فإن الدين محل النزاع يصبح غير مستحق الأداء إلى حين تكوين الضمانات.

وهذا يعني أنه إذا واصل المحاسب المكلف بالتحصيل إجراءات المتابعات الجبرية الرامية إلى تحصيل الضريبة محل طلب وقف الأداء، فإنه يحق للملزم أن يطلب إبطالها من القضاء، وذلك في إطار المنازعة في الالتزام بالأداء. هذا الفهم أكدته مجلس الدولة الفرنسي، بحيث إنه لم يتردد في عدة مناسبات في إلغاء المتابعات

¹- أكد عبد الحميد الحنودي في أطروحته، م.س.ص:212 على أن "وقف تنفيذ الديون الضريبية بصفة خاصة من طرف القضاء الفرنسي مر بعدة مراحل بحيث إن هذا المبدأ لم يدخل الممارسة إلا مؤخرا بموجب قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 17 دجنبر 1976، هذا القرار شكل نقطة الانطلاقة للترخيص للقضاء الفرنسي بوقف تنفيذ الديون الضريبية، ويرجع السبب في تأخير اعتماد هذه الرخصة إلى النقاش الذي كان مسيطرا قبل صدور هذا القرار، حيث اعتبر أن وجود مسطرة استثنائية لوقف الأداء يغني عن مسطرة وقف التنفيذ.

²- عبد الرحمان ابليل ورحيم الطور "تحصيل الضرائب والديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة لقانون 97-15" م.س.ص:78

³- عبد الحميد الحنودي "تحصيل الديون العمومية بين التشريع والقضاء" م.س.ص:212

⁴- أكدت الأستاذة سلوى الفاسي الفهري في مقالها "إيقاف التنفيذ في استخلاص الدين الضريبي أمام القضاء المستعجل" مرجع سابق، ص:355 على أن التجربة الفرنسية أسندت اختصاص النظر في طلبات وقف التنفيذ إلى هيئة قضائية جماعية، لكنها تراجعت عن هذا الاتجاه بموجب القانون رقم:2000.597 المتعلق بالاستعجال أمام المحاكم الإدارية. أما سنده القانوني في المغرب فهو مقتضى المادة 19 من قانون 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية.

⁵- يؤكد الأستاذان عبد الرحمان ابليل وعبد الرحيم الطور في مؤلفهما "تحصيل الضرائب والديون العمومية" م.س.ص: 80: إن وقف التنفيذ لا يقدم في إطار دعوى استعجالية وإنما في إطار دعوى موضوعية".

⁶- عبد الحميد الحنودي "تحصيل الديون العمومية بين التشريع والقضاء" م.س.ص:2013

⁷..... si l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent, en l'état de l'instruction sérieuse et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée.

⁸- عبد الحميد الحنودي "تحصيل الديون العمومية بين التشريع والقضاء" م.س.ص:214.

(la condition) وفي هذا الإطار نجد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قرار له رقم 372396 بتاريخ 19 فبراير 2014 منشور بالموقع الرسمي للمجلس، حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي: d'urgence peut être remplie si ce contribuable justifie, devant le juge des référés, que des mesures de cette nature risquent d'entraîner pour lui, à brève échéance, des conséquences grave)

انظر في هذا الصدد الأمر الاستعجالي رقم 197، ملف عدد 2012/1/29 بتاريخ 2012/2/8 منشور بمجلة القضاء الإداري، العدد 2 شتاء ربيع 2013.

الجبرية المحركة في ظل هذه الشروط، بل أكثر من ذلك، اعتبر القضاء الفرنسي أن ممارسة المتابعات الجبرية من طرف المحاسب المكلف بالتحصيل تشكل خطأ جسيماً من شأنه أن يحرك مسؤولية الدولة، إذا كان الملزم قد طلب وقف الأداء وعرض ضمانات كان في مقدوره تكوينها ولم تكن كفايتها محل نزاع¹.

ولا ينقضي هذا الأثر الموقوف إلا في إحدى الحالتين:

- عندما يقوم المحاسب المكلف بالتحصيل بتبليغ المدين رفضه للضمانات المعروضة.

- أو عندما يبلغ المحاسب المكلف بالتحصيل رسالة إلى رافع الطلب، يشعره من خلالها بقبول الضمانات المعروضة، ويدعوه إلى تكوينها داخل أجل معين. إلا أن الملزم لا يقوم بتكوين الضمانات داخل الأجل الذي حدده المحاسب المكلف بالتحصيل.

وهكذا، فقد اعتبر القضاء الفرنسي أن الملزم محق في الطعن، عن طريق المنازعة في استحقاق الالتزام بالأداء، في صحة الإنذار (بصائر) الذي بلغ إليه في حين أن المحاسب لم يظهر عدم قبوله للضمانة التي يعرضها الملزم².

الفرع الثاني: مدة الأثر الموقوف إلى حين تكوين الضمانات.

لم تحدد مدونة تحصيل الديون العمومية مدة الأثر الواقف في تحصيل الديون العمومية إلا عندما يستجمع هذا الأخير كافة الشروط القانونية. إلا أنه من الثابت فقها وقضاء أن أثر وقف الأداء يمتد إلى حين صدور قرار نهائي يحسم النزاع القائم بين الملزم والإدارة.

ويفسر بعض الفقه المغربي مفهوم "القرار النهائي" بأنه:

- إما القرار الإداري الذي يبت في المطالبة التمهيدية، إذا لم يعط الملزم في هذا القرار أمام المحكمة الإدارية المختصة داخل الأجل القانوني.
- أو الحكم الابتدائي في الدعوى المتعلقة بنفس موضوع المطالبة.

وهكذا، نخلص إلى أنه في المغرب، إذا كانت الضمانات بشكل قانوني، يوقف أداء الضريبة أو جزء الضريبة محل النزاع إلى أن يصدر قرار نهائي يحسم النزاع الضريبي القائم بين الملزم والإدارة الضريبية.

وتمتد مدة وقف الأداء حتى التاريخ الذي يصبح فيه قرار الإدارة المكلفة بربط الضريبة بشأن المطالبة نهائياً، أي أن الملزم يستفيد في حالة صدور قرار الإدارة لغير صالحه من وقف الأداء طيلة أجل شهر أو ثلاثين يوماً حسب الحالات يسري انطلاقاً من يوم التوصل بالإشعار الذي تبلغ فيه الإدارة إلى الملزم القرار المتخذ بشأن مطالبته. إذا تم هذا التبليغ قبل انقضاء أجل ستة أشهر المنصوص عليه في المادة 114 من قانون الضريبة العامة على الدخل والنصوص المقابلة لها، أو انطلاقاً من تاريخ انقضاء أجل ستة أشهر دون توصله بقرار الإدارة الذي يعتبر بمثابة قرار الرفض الذي يمكن أن يصبح نهائياً ما لم ينازع فيه أمام المحكمة الإدارية المختصة داخل أجل شهر أو ثلاثين يوماً حسب الحالات.

أما بالنسبة للمطالبات التي ينظمها قانون الجبايات المحلية، فتمتد مدة وقف الأداء حتى التاريخ الذي يصبح فيه قرار الأمر بالصرف بشأن المطالبة نهائياً، أي أن الملزم يستفيد في حالة صدور قرار لغير صالحه من وقف الأداء طيلة أجل شهر يسري انطلاقاً من يوم التوصل بالإشعار الذي تبلغ فيه الإدارة إلى الملزم القرار المتخذ بشأن مطالبته، إذا تم هذا التبليغ قبل انقضاء أجل الثلاثة أشهر المنصوص عليه في المادة 16 من قانون الجبايات المحلية، أو انطلاقاً من تاريخ انقضاء أجل الثلاثة أشهر دون توصله بقرار الإدارة الذي يعتبر بمثابة قرار الرفض الذي يمكن أن يصبح نهائياً ما لم ينازع فيه أمام المحكمة الإدارية المختصة داخل أجل شهر.

وبالتالي، فإن قرار وقف الأداء ينتج أثره حتى انقضاء أجل الشهر أو الثلاثين يوماً الذي يتوفر عليه الملزم للطعن أمام المحكمة في قرار الرفض الصريح أو الضمني الصادر عن الإدارة المكلفة بربط الضريبة، وفي حالة متابعة النزاع حتى تبليغ الحكم النهائي الصادر عن القضاء. بمعنى أنه عندما يعرض النزاع على المحكمة الإدارية، يبقى الأثر الموقوف للأداء إلى أن يتم تبليغ حكم المحكمة المطعون أمامها، وينقضي أجل الاستئناف. وفي حالة الاستئناف يمتد أثر وقف الأداء إلى حين تبليغ الملزم قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى.

حسب مقتضيات الفقرتين 2 و 3 من المادة 117 من مدونة تحصيل الديون العمومية، فإن الملزم الذي يستفيد من الأثر الموقوف محصن ضد كل المتابعات لأجل أداء مبلغ الضريبة أو جزء الضريبة محل النزاع، وكذلك الأمر بالنسبة للجزاءات وفوائد التأخير المرتبطة به.

وهكذا، يستفيد الملزم المنازع من وقف إجراءات المتابعة الجبرية سواء منها الجارية ضده أو الجارية ضد المتضامنين وضد الغير الحائز، حتى ولو لم يكونوا هم الذين تقدموا بطلب وقف الأداء. كما أنه يحق له طلب إلغاء إجراءات التحصيل الجبري السابقة على طلب وقف الأداء، وهكذا، يحق للملزم مثلاً أن يطلب رفع اليد عن الحجز بمختلف أنواعه من المحاسب المكلف بالتحصيل، ولكن الملزم يتحمل في هذه الحالة كلفة هذه الإجراءات.

وهذا يعني أن الاستفادة من الأثر الموقوف لطلب وقف الأداء يمتد إلى حين البت في النزاع ومشروط بتمكن الملزم من تكوين الضمانات الكافية.

المبحث الثاني: آثار القرار البات في المطالبة النزاعية.

عندما يحصل الملزم على وقف الأداء، فإنه يتمتع بأثر موقوف إلى حين البت بقرار نهائي في مطالبته، طالما كانت الضمانات التي كونها لا تزال كافية لضمان الدين محل النزاع. ويمكن أن تشكل مطالبته موضوعاً لقرار نهائي إداري أو قضائي يقضي برفضها كلياً أو جزئياً، ومن ثم فهو يضع حداً للأثر الموقوف للأداء، فلا يبقى بالتالي أمام المدين سوى أداء دينه وإلا باشر المحاسب المكلف بالتحصيل مسطرة تحقيق الضمانات التي عرضت أمامه بداية.

فما هي آثار القرار البات عندما يكون لصالح المدين؟ (الفرع الأول)، وما هي آثاره عندما يكون لغير صالحه؟ (الفرع الثاني).

¹ - منتدى القاضي عياض عن إدارة المنتدى.

² - محمد بيصة "المنازعة في قانونية قرارات الإدارة المكلفة بربط الضريبة بين دعوى الإلغاء وطعون القضاء الشامل" م.س.ص: 370.

المطلب الأول: آثار القرار البات الصادر لصالح المدين.

عندما تتم الاستجابة لطلب المدين بالإيجاب، سواء من قبل الإدارة المعنية أو من طرف القضاء (المحكمة الإدارية أو الغرفة الإدارية بمحكمة النقض)، فإن القرار الصادر كلياً لصالح الملتزم على إثر مطالبة بوقف الأداء يقود إلى إسقاط الدين محل النزاع، فكيف ينعكس ذلك على مصير الضمانات التي كونها الملتزم؟ هل يسترجع المدين الضمانات فقط أم يسترد أيضاً مصاريف تكوين الضمانات؟ وهل تدفع له فوائد المبالغ المودعة أيضاً؟

للإجابة عن هذه الأسئلة، ينبغي أن نناقش أولاً مسطرة إرجاع الضمانات (الفقرة الأولى)، ثم نفتح النقاش حول مصير مصاريف تكوين الضمانات (الفقرة الثانية).

الفرع الأول: مسطرة إرجاع الضمانات.

بمجرد تبليغ المدين بالقرار البات لصالحه، يتوجه نحو المحاسب المكلف بالتحويل لمطالبته بإرجاع الضمانات التي بحوزته، والمحاسب بمجرد توصله بالأمر بالإسقاط، ينبغي عليه اتخاذ جميع الإجراءات لإرجاع الضمانات لأصحابها. ولا يحصل الإرجاع إلا بعد رفع اليد، وكل ضمانات تخضع لقواعد خاصة تنظم رفع اليد. وهكذا نجد بالنسبة لـ :

أ/ الديون على الخزينة: يتم رفع اليد عنها بمجرد قرار إداري عادي موجه إلى المحاسب الدافع.

ب/ الإيداع في حساب للخزينة: يرد المبلغ المودع إلى صاحبه.

ت/ سند التخزين: يبرأ سند التخزين على نحو قانوني، أي عن طريق التوقيع عليه بما يفيد الوفاء¹، ويرجع إلى صاحبه مقابل استرداد الإقرار بالإيداع المسلم من طرف المحاسب.

ج/ القيم المنقولة: وهنا نميز بين صنفين:

- بالنسبة للقيم الاسمية: يتم رفع اليد عن طريق تشطيط إشارة الرهن عن شهادة الأسهم، وسجلات السوق المالية والشركة المعنية بناء على إقرار كتابي من المحاسب المكلف بالتحويل بأن دينه المضمون بالرهن انقضى بطريقة من طرق انقضاء الالتزام.
- بالنسبة للقيم للحامل: يتم رفع اليد عن طريق تسليم القيم للملتزم مع إقرار بانقضاء الالتزام.

ح/ الكفالة البنكية: فيتم إرجاع عقد الالتزام إلى البنك الكفيل.

د/ تخصيص عقار للرهن الرسمي: فيتم التشطيط على الرهن الرسمي على العقار وفقاً لنفس شكلية تقييده، ومن ثمة يتعين على المحاسب المكلف بالتحويل أن يسلم الملتزم إقراراً بانقضاء الدين ورفع اليد.

ر/ رهن الأصل التجاري: يرد المحاسب المكلف بالتحويل عقد الرهن إلى المدين، ويتم التشطيط على الرهن وفق نفس شكلية إنشائه.

ز/ الكفالة الشخصية والتضامنية: هنا يرد عقد الالتزام إلى الكفيل.

س/ الرهن الحيازي للمنفوق: يتم إرجاع الشيء المرهون إلى رهنه مع ما يفيد انقضاء الالتزام الأصلي.

الفرع الثاني: ما مصير مصاريف تكوين الضمانات وفوائد المبالغ المودعة؟

تقضي قواعد العدالة بأنه عندما يسقط الدين محل النزاع، فإن المبالغ التي حازتها الخزينة بدون وجه حق خلال عدة سنوات أحياناً، يجب أن تنتج الفوائد حتى تاريخ إرجاعها إلى الملتزم. من هنا فالمنطق يقضي بإرجاع تلك الضمانات مع فوائدها. كما أنه من المنطقي جداً أن تتكبد الخزينة مصاريف تكوين الضمانات بعدما تبين عدم قانونية الدين المتنازع حوله.

بالنسبة لمصاريف تكوين الضمانات أو فوائد المبالغ المودعة، فالمشرع نعى منى منافياً لقواعد العدالة، وذلك على نحو صريح من خلال الفقرة 2 من الفصل 16 من ظهير 1935/08/21، حيث أكد: "يتحمل الملتزم مصاريف تكوين الضمانات، حتى وإن قبل الإسقاط الذي طلبه".

لكن في ظل الأوضاع التي صدرت فيها مدون تحصيل الديون العمومية، تجاهل المشرع هذه المرة من خلال الفقرة 2 من المادة 118² حق الملتزم في استرجاع مصاريف تكوين الضمانات أو الحصول على فوائد المبالغ المودعة.

من هنا لتحقيق العدالة، لا بد من وسيلتين:

☞ الوسيلة الأولى: تتجلى في ضرورة استصدار المدين لقرار إداري يقضي برفض إرجاع تكوين الضمانات أو رفض دفع فوائد التأخير. هنا من السهل جداً رفع دعوى أمام قضاء الإلغاء، لكننا نحتدم هنا بمنطوق المادة 20 من قانون 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، والتي تنص صراحة على أوجه إلغاء قرار إداري "كل قرار إداري صدر من جهة غير مختصة أو لعب في شكله أو لانحراف في السلطة أو لانعدام التعليل أو لمخالفة القانون، يشكل تجاوزاً في استعمال السلطة، يحق للمتضرر الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة".

☞ الوسيلة الثانية: يطالب بحقه من خلال دعوى المسؤولية الإدارية. بغية طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه. وهذا الحل سيدخله في مساطر وإجراءات أخرى.

¹ المادة 185 من مدونة التجارة.

² تنص الفقرة 2 من المادة 118 على: "يتحمل الملتزم صوائر تكوين الضمانات".

فاللحل الأمثل من كل هذا، هو ضرورة تدخل المشرع بنصوص صريحة لإقرار حق الملمزم في استرجاع مصاريف تكوين الضمانات إلى جانب الفوائد، وكذا طرق المنازعة فيها عند الاقتضاء، لأن المدونة جاءت لتجاوز النقائص التي عرفها ظهير 1935، ولتعزيز أكبر لضمائن الملمزمين، والتجسيد الفعلي لمبدأ التوازن بين امتيازات الخزينة وحقوق الملمزمين، والمنطق يقضي أنه على خاسر الدعوى تحمل المصاريف. ومن ثم كان لزاماً تحميل الخزينة العامة صوائر تكوين الضمانات على الأقل.

المطلب الثاني: آثار القرار النهائي الصادر لغير صالح الملمزم.

باستثناء الحالة التي تكون فيها أمام قرار الرفض النهائي لمطالبة الملمزم نتيجة عدم طعنه أمام المحكمة الإدارية داخل الأجل القانوني في قرار الرفض الضمني المطالبته التمهيدية، فإنه في جميع الحالات الأخرى يشكل تبليغ قرار الرفض النهائي إلى الملمزم نقطة انقضاء الأثر الموقوف لأداء الدين، ومنذ تلك اللحظة، يتابع المحاسب تحصيل مبلغ الدين¹.

من هنا يبلغ المحاسب المكلف بالتحصيل المدين بأنه يتوفر على أجل قصير لأداء الدين إضافة إلى الجزاءات وفوائد التأخير المرتبطة بها.

إذا لم يؤد المدين دينه، فإن المحاسب يقوم بتحقيق الضمانات لتصفية المبالغ المستحقة، وذلك طبقاً للقواعد الخاصة بكل ضمانات على حدة.

وهكذا نجد بالنسبة ل:

أ/ إيداع مبالغ في حساب الخزينة²: تخصص المبالغ المودعة تلقائياً لأداء الدين المستحق، وترجع المبالغ المتبقية إلى الملمزم.

ب/ ديون على الخزينة³: يتم تحقيق الضمانة عن طريق خصم الضرائب التي على كاهل المدين من المبالغ المصفاة التي يكون دائماً بها تطبيق لمبدأ المقاصة المنصوص عليه في الفصل 365 من ق.ل.ع.

ت/ سند التخزين⁴: إذا لم يدفع المدين مبلغ الدين عند حلول الأجل، يمكنه أن يعتمد على بيع البضاعة المرهونة بدون إجراءات قضائية، وذلك بعد ثمانية أيام من الاحتجاج⁵.

يقدم المحاسب المكلف بالتحصيل السند لدى المخزن العام لاستيفاء ثمن بيع السلع المرهونة.

ج/ الكفالة البنكية⁶: اعتبرت الخزينة أن المحاسب يحقق الكفالة من خلال مطالبة المؤسسة البنكية مانحة الكفالة بأداء الديون المضمونة، ما لم يتمسك البنك الكفيل بمبدأ التجريد الذي سبقت الإشارة إليه في المبحث الخاص بتكوين الضمانات.

ح/ القيم المنقولة⁷: وهنا نميز أيضاً بين صنفين:

☞ إذا تعلق الأمر بالسندات العمومية، هنا يستخلص المحاسب المكلف بالتحصيل قيمتها عند الاستحقاق.

☞ أما إذا تعلق الأمر بالديون القابلة للتداول، فإنه يتم بيعها. لكن إذا تعلق الأمر بالشركات المدرجة في البورصة، فإنه يتم بيع تلك الديون في البورصة.

د/ تخصيص عقار للرهن الرسمي⁸ أو رهن الأصل التجاري⁹: يتم تحقيق الضمانة بطريقتين:

- إما يتم رفع طلب لبيع العقار وفق الإجراءات الواردة في هذه التعليمات.
- أو عن طريق التعرض على ثمن البيع، إذا تم سواء من طرف المدين أو بناء على طلب مدينين آخرين.

ر/ سندات ممثلة لحقوق دين¹: يتم تحقيق الضمانة هنا عن طريق البيع، وبالنسبة للمؤسسات المدرجة في البورصة، يتم بيع تلك السندات داخل البورصة.

¹- محمد بيصة "المنازعة في قانونية قرارات الإدارة المكلفة بربط الضريبة بين دعوى الإلغاء وطعون القضاء الشامل" م.س.ص: 378

²-Selon l'instruction generale : " A l'expiration du sursis, si la réclamation du redevable n'aboutit pas et à défaut de paiement, le comptable réalise la garantie par l'affectation du montantconsigné au paiement des créances garanties".

³Selon l'instruction generale : " Lorsque la créance du redevable est assignée à la caisse du même comptable, celui-ci réalise la garantie par compensation".

⁴-selon l'instruction generale : le comptable réalise la garantie par la présentation du warrant au magasin général pour paiement sur le produit de vente de la marchandise.

⁵- حسب مدونة التجارة المادة 347.

⁶-selon l'instruction générale : " le comptable réalise la caution en exigeant de l'établissement bancaire qui l'a consentie le paiement des créances garanties".

⁷-selon l'instruction générale : " A l'expiration du sursis, si la réclamation du redevable n'aboutit pas et à défaut de paiement des sommes dues, le comptable réalise la garantie.

Si ladite garantie est constituée d'effets publics, elle est réalisée par la perception de leur montant à l'échéance.

Si ladite garantie est constituée de valeurs mobilières elle est réalisée par

la vente de celles-ci, qui doit s'effectuer en bourse, pour les valeurs émises par

des sociétés cotées en bourse .

⁸- selon l'instruction générale : " En cas de non aboutissement de la réclamation du redevable et à défaut de paiement des sommes dues, le comptable réalise la garantieconstituée :•soit en demandant la vente de l'immeuble, conformément à l'aprocédure exposée dans la présente instruction ;•soit en formant opposition sur le prix de vente, si celle-ci a été effectuée par le redevable ou à la demande d'un autre créancier.

⁹-selon l'instruction générale : " En cas de non aboutissement de la réclamation du redevable et à défaut depaiement des sommes dues, le comptable réalise le nantissement •soit en demandant la vente du fonds de commerce, conformément à laprocédure exposée dans la présente instruction ;•soit en formant opposition sur le prix de vente si celle-ci a étéeffectuée par le redevable ou à la demande d'un autre créancier.

ز/الكفالة الشخصية والتضامنية²: يحقق المحاسب المكلف بالتحصيل الكفالة عن طريق مطالبة الكفيل بأداء المبالغ المضمونة.

س/الرهن الحيازي للمنقول³: يحقق المحاسب الضمانة من خلال بيع الشيء المرهون، طبقا لمسطرة بيع الأشياء المحجوزة.

خاتمة:

وهكذا نلاحظ أن المشرع جعل الاستفادة من الأثر الواقف في مجال تحصيل الديون العمومية، والذي نصت عليه صراحة كل التشريعات المعاصرة، كضمانة إضافية للمدين. علما أن تعطيل أداء هذه الديون من شأنه أن يعرقل المصالح العمومية أو أن يضيعها على الإدارة المكلفة بجبايتها. لكن بالمقابل وحتى يحقق التوازن المنشود بين تحقيق ضمانات المدين والحفاظ على المال العام اشترط المشرع تقديم ضمانات تعادل أو تفوق الدين العمومي في حالة الاستفادة من التسهيلات في الأداء أو طلب وقف الأداء، واعفي المدين من الضمانة إذا طلب وقف التنفيذ أمام قاضي المستعجلات. وهذا الشرط في نظرنا شرط ايجابي لاعتبارين هما:

✓ لأنه وسيلة فعالة للتصدي للطلبات الكيدية التي تروم تعطيل تحصيل الدين العمومي.

✓ لكونه إجراء يهدف إلى الحفاظ على المال العام وعدم ضياعه.

وعلى عكس المشرعين المغربي والفرنسي اللذان اشترطا تكوين ضمانة تؤمن قيمة الدين العمومي، فهذا المشرع الجزائري لم يشترط تقديم ضمانة ولكن جعل الاستفادة من الأثر الواقف مرهونا بقرار إداري نهائي صادر عن نائب مدير الضرائب للولاية.

لكن ما يعاب على المشرع المغربي هو اشتراطه تقديم ضمانة لمن طلب الاستفادة من التسهيلات في الأداء، وهو بذلك يخالف نظيره الفرنسي، لأن هذه المسطرة من شأنها أن تعزز ثقة المدين بالإدارة الجبائية، كما أن الذي تقدم بهذا الطلب يمر بوضعية متعسرة. فكيف لنا أن نطالبه بتقديم ضمانة والمعروف أن تكوينها يتطلب مبالغ هائلة ونفس الأمر بالنسبة لاسترجاعها؟

¹-selon l'instruction générale : " A l'expiration du sursis, si la réclamation du redevable n'aboutit pas et à défaut de paiement des sommes dues, le comptable réalise la garantie par la vente des titres. Ladite vente est effectuée en bourse, pour les titres émis par des organismes cotés en bourse .

²-selon l'instruction generale :En cas de non aboutissement de la réclamation du redevable et faute de paiement des sommes dues, le comptable réalise la caution en réclamant à lapersonne qui l'a consentie le paiement des sommes garanties.

³- selon l'instruction generale : En cas de non aboutissement de la réclamation du redevable et à défaut de paiement des sommes dues, le comptable réalise la garantie en procédant à la vente de l'objet remis en gage, conformément à la procédure de vente d'objets saisis, exposée dans la présente instruction.

دور العنصر البشري في نجاح مشاريع الاستثمار

علي بن مسلم بن محاد الكثيري

طالب باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية محمد الأول وجدة

مقدمة:

غالبا ما يعتقد أن الاستثمار ملازما لضخ روس الأموال في خلق الشركات والمقاولات التجارية الكبرى، حيث أصبحت دول العالم الثالث تلهث وراء البحث عن رؤوس الأموال الأجنبية وذلك بتحفيظها على الاستثمار الداخلي، حيث تنتج العديد من الدول تقديم التسهيلات لأصحاب روس الأموال الأجانب قصد الاستثمار في هذه الدول، وهو المصطلح الذي يطلقه خبراء الاقتصاد على الاستثمار الأجنبي المباشر.

ولعل العلاقة وطيدة بين الاستثمار ومحدد وجود العنصر البشري في أي شكل من أشكال الاستثمار، إذ أن نجاح المشروع التجاري أو المقاولاتي، يرتكز بالأساس على وجود عنصر بشري يتصف بالكفاءة والتكوين الملائم لطبيعة الاستثمار المراد إحداثه.

وتثار العديد من الإشكاليات في موضوع العلاقة بين العنصر البشري والاستثمار، وأهمها على الخصوص: كيف يساهم العنصر البشري في إنجاح مشاريع الاستثمار بجميع أنواعها؟ وهل توجد إستراتيجية وطنية لتكوين لعنصر البشري للمساهمة في جلب الاستثمار الخارجي؟ وقبل ذلك مال المقصود بالاستثمار في المفهوم الاقتصادي؟ وكيف ينظر المستثمرون الأجانب إلى العنصر البشري في الوطن العربي؟

إن الإجابة على مجموعة هذه الإشكاليات سيجعلنا حتما نبحت في ماهية الاستثمار وأسس ومجالاته في الوطن العربي (أولا)، ثم بعد ذلك في العلاقة بين الاستثمار ومحدد العنصر البشري (ثانيا)، وأخيرا دور العنصر البشري المؤهل في إنجاح مشاريع الاستثمار (ثالثا).

أولا- ماهية الاستثمار وأسس ومجالاته في الوطن العربي

فمن المنظور العام للاستثمار نجد أنه يعرف في اللغة بمعان ودلالات عديدة، فهو مصدر لفعل "استثمر" الدال على "الطلب"، أي أن الاستثمار هو استخدام المال وتشغيله بقصد تحقيق ثمرة هذا الاستخدام¹، فيكثر المال وينمو على مدى الزمن². وقد جاء في الموسوعة الاقتصادية بأن الاستثمار هو "مصرف يقوم به رب العمل كي يحفظ أو يطور جهاز إنتاجه الذي يعبر عن انتقال الرأسمال النقدي إلى رأسمال منتج"³.

فيما يرى بعض الباحثين أن الاستثمار بالمعنى الدقيق للكلمة هو استعمال للدخل يترجم بزيادة في ثروة وسائل التجهيز يحدد تكوين الرأسمال ويوجهه للإنتاج وبهذا يناقض الاستهلاك الذي يهدف إلى إشباع الحاجات بإبادة الأموال والخدمات⁴.

وإذا كان الاهتمام بتعريف الاستثمار انبثق منه العديد من التعاريف، حيث جاءت هذه التعاريف بناء على طبيعة الاستثمار وأنواعه، واختلفت هذه التعاريف ما بين تعريف خاص بالاستثمار الداخلي أو الخارجي والذي يقصد به الأجنبي، وبين تعاريف الاستثمار المباشر وغير المباشر، والهدف من هذه التعاريف هو إعطاء الإطار المفاهيم لكل مدلول بغية تبيان محدداته ومجال إحداثه.

ومن هذا المنطلق ستركز على تعريف مصطلح الاستثمار الأجنبي على اعتبار أنه النوع الذي أصبح مرغوبا في جميع الدول سواء كانت متقدمة أو من دول العالم النامي، نظرا لما له من إيجابيات كبيرة على اقتصاد الدولة المستقبلية لهذا النوع من الاستثمار.

وفي هذا الصدد يعرف الاستثمار الأجنبية بأنه قيام شركة أو منشأة ما بالاستثمارات في مشروعات تقع خارج حدود الوطن الأم، وذلك بهدف ممارسة قدر من التأثير على عمليات تلك المشروعات⁵.

ومن وجهة نظرنا فإننا نرى بأن الاستثمار بصفة عامة هو تحويل رأسمال مادي نحو إنشاء وإحداث مشاريع تجارية بغرض الربح. ومنه نرى بأن الاستثمار الأجنبي هو البحث عن بيئة لإحداث مشاريع تجارية داخل حدود دولة معينة.

ولعل التعاريف السابقة توحى بأن الهدف الأسى من الاستثمار سواء كان محليا أو أجنبيا فهو تحقيق الربح من وراء خلق المشاريع التجارية، ويتوقف نجاح هذا النوع من المشاريع التجارية على توفر البيئة الملائمة، إضافة إلى ما تقوم به الدولة من تحفيظات وتسهيلات إدارية مختلفة، فأحد أهم محددات إنجاح المشاريع الاستثمارية هو توفير العنصر البشري المؤهل، إذ يعتبر في الوقت الرهان شرطا أساسيا لضخ رؤوس الأموال الأجنبية في الدول النامية أو الصاعدة.

ثانيا- العلاقة بين الاستثمار ومحدد العنصر البشري

كثير من المتابعين والمهتمين بدراسات مأل الاستثمار كخيار نحو تطوير الاقتصاديات المحلية للدول، يرون أن تبني الدول هذه السياسة لم يكن وليدة الظرفية الراهنة التي عقيبت الركود الاقتصادي العالمي، وإنما ظهر عقب تفاقم الأزمات المالية والاقتصادية بسبب زيارة الديون الخارجية سنوات السبعينيات، نتيجة اعتماد العديد من الدول خاصة دول الوطن العربي سياسة القروض التمويلية للمشاريع الاقتصادية الكبرى.

مما أدى إلى ظهور مشاكل اجتماعية اقتصادية كبيرة، تتمثل في تدهور الاقتصاديات الوطنية، والذي ترتب عنه العديد من السلبيات: أهمها على الخصوص ضعف القوة الشرائية للنقود، وارتفاع سعر الفائدة، وتفشي ظاهرة البطالة، والأمية.

ومرد ذلك في اعتقادنا إلى أن الدولة كانت إلى وقت قريب ترعى كل المشاريع الاستثمارية وتشرف عليها، حيث كانت تعتبر المحرك الرئيسي للنشاط الاقتصادي، فتغيرت وظيفتها لتصبح في الوقت الحاضر ملزمة بنهج سياسة ليبرالية منفتحة، مما ترتب عنه اقتصار دورها على التنظيم والضبط للرفع من مستوى الخدمات العمومية وتشجيع الاستثمار، الذي أضى يعتبر في أبجديات الاقتصاديات المعاصرة محرك عملية التنمية بجميع فروعها.

¹ ابن منظور، لسان العرب، دار بيروت، 1956. أورده، مصطفى خالد مصطفى، النظامي الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، الدار العلمية الدولية للنشر، الطبعة الأولى، عمان، 2002، ص: 11.

² مشار إليه لدى عبد اللطيف ناصري، إنعاش الاستثمارات الصناعية والإجراءات الجبائية والجمركية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية اكدال الرباط 2000-2001 ص: 20.

³ إدريس الكراوي وعبد العزيز النوض، "الاقتصاد المغربي: نموذجا للفلاحة والاستثمار الأجنبي"، الطبعة الأولى، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، 1988، ص: 11.

⁴ ذ. حسن خضر، الاستثمار الأجنبي المباشر، وتجربة دول مجلس التعاون لدول الخليج لعربية، بنك الكويت المركزي، الكويت، 1999.

ولعل الدور الذي باتت تشكله التنمية كعامل في الاستقرار والأمن والتطور الاقتصادي والعيش الكريم الذي يبحث عنه المواطن، كان نتيجة تبني الدول في الوطن العربي لبرامج تنمية تهم بالأساس العنصر البشري، ونستدل على الخصوص في هذا الصدد بتجربة المملكة المغربية في تبني خيار التنمية البشرية م سنة 2005 والذي بدت نتائجه الإيجابية تظهر على عدة مستويات في البنية الاقتصادية والاجتماعية للمملكة المغربية.

إذ نعتقد أن مسألة التنمية أصبحت ترتبط بشكل وثيق بأهمية الاستثمار، وبنيتة، وفاعليته، حيث أن هذا الارتباط عرف تغييرات كبيرة أمام متطلبات التنمية المتزايدة خاصة بعد الثورة التكنولوجية والعلمية التي شهدتها العالم، ولعل السبب يرجع إلى تطور مفهوم الاستثمار، الذي انتقل من مجرد كونه إيداعا ماليا إلى مفهوم يعتبر الاستثمار تخصيص الموارد من أجل إنعاش النمو، وزيادة الإنتاج.

ولئن كان الاستثمار هو حجر الزاوية في التنمية الاقتصادية، فإنه من اللازم الاهتمام بالقطاعات التي تمتلك القدرة الكافية على التأثير بشكل إيجابي في ميكانزمات التنمية، ونقص تحديد تكوين العنصر البشري وتحفيزه على البذل والعطاء.

إذ يمكن القول أن العنصر البشري بات يشكل مطلباً رئيسياً لكثيرات الاستثمارات الأجنبية، بل أصبح يشكل محمداً رئيسياً قبل التسهيلات الجبائية والعقارية التي تقدمها الدول المستقبلية للاستثمارات، لأن علاقة الاستثمار بالعنصر البشري باتت تتحكم في مصير نجاح الاستثمار.

قد يطرح المرء التساؤل حول كيف يساهم العنصر البشري في إنجاح مشاريع الاقتصادية؟ وما هو الدور الذي لعبه في جعل الاستثمارات الاقتصادية تنمو وتتطور وتحقق مبتغاها.

ثالثاً- دور العنصر البشري المؤهل في إنجاح مشاريع الاستثمار

من المسلم أن يقدم الاستثمار أدواراً حيوية كبيرة في تنشيط الحركة الاقتصادية والاجتماعية للبلدان المتقدمة والنامية على حد سواء، إلا أن ضعف البنية الاقتصادية لهذه الأخيرة دفعها إلى ضرورة تحقيق إقلاع اقتصادي حقيقي، تحاول من خلاله تقليص الهوة بينها وبين الدول المتقدمة، غير أن ذلك لن يتم إلا بوضع إستراتيجية وطنية لتكوين العنصر البشري بما يفي أغراض الاستثمارات الاقتصادية الأجنبية.

فإذا كان الاستثمار مفهوماً اقتصادياً وقانونياً بشق أنوعه ومجالاته، قد لقي قبولا لدى دول العالم تتمثل في منحه التسهيلات والتشجيعات والامتيازات التي تساهم بشكل واضح على نموه وزيادة حجمه وتطوره، ولئن كانت إحدى أهم الدوافع إلى التشجيع على الاستثمار داخل الدول النامية، من خلال ما يقدم للمستثمرين من دور الاقتصادي والمالي، وأيضاً دور انعكس على الطبقة الاجتماعية، إلا أن ذلك كما سبقت الإشارة لن يتأتى إلا بتمكين المستثمرين من رأسمال بشري يتمتع بالكفاءة والتكوين المهنى والمستوى الثقافي الذي يساهم في ترجمة طموحات الشركات المستثمرة في هذه الدول.

إذن لا بد من الإقرار بكون التشغيل أصبح اليوم، أكثر من أي وقت، يعتبر رهانا اجتماعياً وسياسياً في المقام الأول، كما أنه يشكل تحدياً اقتصادياً وضرورة أخلاقية، ليس في ظل تفشي البطالة وقلة فرص العمل فحسب، ولكن أيضاً في ظل تزايد عدد السكان المستمر.

ومن هذا المنطلق تسعى الدول إلى أحداث تنمية تستهدف قدرات العنصر البشري، وتحريره من الفقر عن طريق زيادة جلب الاستثمارات المحلية والأجنبية وتشجيعها على ضوء تفعيل القطاعات الخاصة في ظل سياسة النهج الليبرالي المعتمد على حرية الأسواق، وأيضاً من خلال تراجع الدولة عن دورها في الحياة الاقتصادية. وبذلك يكون الهدف الاجتماعي المتمثل في خلق مناصب شغل، عن طريق توظيف الأيدي العاملة للحد من البطالة، من الأهداف الأساسية المحفزة لجلب الاستثمار وتشجيعه إلى جانب مجموعة من الأهداف الأخرى الاقتصادية.

فالتأكيد على توظيف الأيدي العاملة الوطنية سواء في المشاريع الاستثمارية الأجنبية أو الوطنية، أخذ حيزاً في النصوص القانونية داخل الدول العربية، وذلك من خلال سن مجموعة من القوانين المشجعة على الاستثمار، والتي نصت صراحة على ضرورة توظيف وتدريب أكبر عدد ممكن من الشباب، وهي معادلة باتت صعبة أمام خير التكوين والكفاءة التي يشترطها المستثمرون قبل إقدامه على إحداث مشاريع استثمارية كبرى.

ونفر في هذا الصدد، أن نهج الدول العربية استراتيجيات وطنية تتيح تكوين إعداد كبرى من الشباب، وأن يقتصر هذا التدريب والتكوين على المهن المطلوبة لدى المستثمرين، ونقص تحديد المهن التطبيقية، دون الاقتصار على تدريب الشباب المهن النظرية التي لا فائدة منها، بل أكثر من ذلك ينبغي أن ينص المشرع في الدولة العربية على ضرورة إلزام أصحاب المشاريع الاستثمارية بتدريب وتكوين الأطر والكوادر المحلية وتأهيلها، نظراً لأهمية التأهيل والتدريب في الرفع من مستوى أداء المشروع وإنجاحه.

ففي اعتقادنا أن مسألة تأهيل العنصر البشري وتدريبه أصبحت لها أهمية بالغة في الوقت الحاضر، بحيث أن وجود أيد عاملة مدربة ومؤهلة يساعد بشكل كبير على تحفيز الاستثمارات وتشجيعها كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

نافلة القول أن الهدف الأسى في اعتقادنا لاستغلال الاستثمار بشقيه الأجنبي أو المحلي لتوظيف العنصر البشري، حيث أضى هذا الاتجاه من المسالك التي أخذت بها أغلبية التشريعات الاستثمارية في الدول المضيفة للاستثمار، وخصوصاً ما لها من انعكاسات إيجابية على اقتصاد الدول باعتباره أحد الأهداف، التي تسعى الدول إلى تحقيقها، ولعل المسار الذي سارت عليه دول شرق آسيا كنموذج لاستقطاب الاستثمار الأجنبي، وما رافق ذلك من إعداد البنية الملائمة لإنجاح هذه الاستثمارات وفي مقدمتها تكوين العنصر البشري وإعداده، من خلال تلقينه التكوين والتدريب في المهن المنتقلة في عالم الاستثمارات، أضف إلى ذلك تلقينها تكويناً خاصاً في اللغات الحية ساهم بشكل كبير في سهولة اندماج الشركات الاستثمارات في مشاريع كبرى كان لها الوقع الإيجابي على الدول المستقبلية، وانتقلت ذلك اقتصاديات بعض الدول في شرق آسيا إلى مرتبة متقدمة على الصعيد العالمي كما حدث بالنسبة للتجربة الإندونيسية والماليزية.

فالامتيازات والحوافز التي تقدمها قوانين الاستثمار مرهونة بما تحققه من مردودية مالية اقتصادية على خزينة الدولة، وكم حققت هذه الاستثمارات من توفير فرص عمل حدث خلالها من معضلات التشغيل التي تعاني منها جل الدول.

خاتمة:

أخيراً نقر بكون تأهيل العنصر البشري وتكوينه سيجلب حتماً رؤوس الأموال الأجنبية إلى الدول العربية، وهو ما سيساهم في تقليص البطالة وجعل الاقتصاد ينمو بشكل ملحوظ، قياساً على التجربة التي انتهجتها بعض دول شرق آسيا معتمدة في ذلك على العنصر البشري في تقوية اقتصادياتها التي أضحت من الاقتصاديات القوية على المستوى العالمي.

التصريح الإجباري بالملكيات ورهان تخليق الحياة العامة بالمغرب

مصطفى علوش

طالب باحث في القانون العام

كلية الحقوق السوسيني - جامعة محمد الخامس بالرباط.

مقدمة:

في سياق دولي متسم بتنامي خطابات الحكامة والحكم الرشيد من جهة، واتساع رقعة الجريمة والفساد إلى مستوى الظاهرة العابرة للقارات من جهة أخرى كإحدى متناقضات العولمة، واستجابة لضغوطات خارجية ومطالب داخلية على عدة مستويات، تزايد اهتمام المشرع بجرائم الرشوة والفساد كانعكاس للسياسات الحكومية الرامية إلى إعادة المصادقية إلى المرفق العام ورفع تحديات تخليقه.

وحيث إن تدبير المال العام يستهوي في كثير من الأحيان بعض المسؤولين، بعدم التمييز بين الأموال العامة والأموال الخاصة، والسعي للاغتناء غير المشروع عبر نهب المال العام مستغلين مواقعهم داخل هياكل الإدارة ومناصب المسؤولية وغيرها من المهام الانتدابية، فإن التصريح بالملكيات يشكل الآلية المثلى لرصد تطور الذمم المالية للمسؤولين تفعيلاً لمبدأ المحاسبة.

في هذا السياق، شكل ربط المسؤولية بالمحاسبة مبدأ بارزا في دستور 2011 كتجاوب من المشرع الدستوري مع المطالب الشعبية المطالبة بمحاربة الفساد. كما أن مستجدات الوثيقة الدستورية الجديدة همت أيضا مجال التصريح الإجباري بالملكيات من خلال التنصيص على الاختصاص الحصري و العام للمجلس الأعلى للحسابات فيما يخص مراقبة و تتبع التصريح بالملكيات.

الغاية من التصريح بالملكيات في التقاليد الديمقراطية العريقة هي إثبات النزاهة والشفافية، وهو سلوك يقدم عليه الفاعلون السياسيون ومسؤولي الإدارة على وجه الخصوص غداة تسلمهم مهام المسؤولية داخل مؤسسات الدولة كشرط ضروري تقتضيه الممارسة الديمقراطية.¹ إن مطلب التصريح بالملكيات لم يكن وليد اليوم، فمنذ بداية استقلال المغرب تعالت عدة أصوات مطالبة بإدراج هذا السلوك (التصريح بالملكيات) ضمن الممارسة السياسية ببلادنا، من هنا جاء شعار "من أين لك هذا؟" لوضع حد للفساد والثراء غير المشروع. فما مدى مساهمة المنظومة القانونية للتصريح الإجباري بالملكيات في تخليق الحياة العامة بالمغرب؟

لقد عرف تطور الترسانة القانونية المؤطرة لنظام التصريح بالملكيات بالمغرب فترتين مختلفتين: فترة قانون 25.92² المتسم بمحدوديته (أولا)، في حين عرفت الفترة الموالية إصدار عدة قوانين مرتبطة بالتصريح بالملكيات لتفعيل مبدأ المحاسبة، فضلا عن دسترة اختصاص المجلس الأعلى للحسابات في هذا المجال (ثانيا). بيد أن التقرير الأخير حول أنشطة المجلس برسم سنة 2013 و الصادر سنة 2015 رصد مجموعة من الثغرات في منظومة التصريح الإجباري بالملكيات. وهو ما يستوجب إصلاحها لضمان تخليق الحياة العامة و حماية المال العام (ثالثا).

أولا: محدودية نظام التصريح بالملكيات في ظل القانون رقم 25.92

قبل الخوض في مظاهر محدودية القانون 25.92 ، لا بد من الوقوف على بعض العوامل المسؤولة عن محدودية نظام التصريح بالملكيات بالمغرب. فالبعض يرى أن الدولة تفتقد لإرادة حقيقية لتفعيل قانون التصريح بالملكيات وترسيخ قيم المحاسبة لعدة أسباب منها:³

- طبيعة النظام السياسي الذي يعتمد على نظام المكافآت والامتيازات في التعامل مع النخب؛
- طبيعة الثقافة السياسية المبنية في جوهرها على الولاءات والمصاهرات العائلية والزبونية والمحسوبية؛
- افتقاد النخبة السياسية لسلوك المساءلة والمحاسبة.

تأثرا بهذه العوامل جاء القانون رقم 25.92 المنظم لعملية التصريح الإجباري بالملكيات حاملا في ثناياه بعض مظاهر المحدودية والقصور منها:⁴

- اقتصر التصريح بالملكيات على الأصول دون الفروع، فغياب هذا المقتضى في قانون 25.92 فتح المجال للتلاعب بالمال العام وتفويته إلى شجرة النسب التي يستثنى القانون من التصريح بالملكيات تحت ذريعة حماية أعراض الناس وخصوصياتهم؛
- عدم التنصيص على العقوبة في حالة مخالفة مقتضياته، فالقانون 25.92 يتضمن تصريحاً بالشرف دون جزاء في حالة عدم التصريح أو التصريح الكاذب، ولم يتم توضيح هل يكون التصريح مشفوعاً بأوراق الإثبات وكيفية رصد ثغرات ثروة المعني بالأمر؛
- عدم التنصيص بدقة على الجهة التي يتم لديها التصريح بالملكيات، فالمادة 6 من القانون تلزم أعضاء مجالس الجماعات المحلية والغرف المهنية بتقديم تصريحاتهم إلى الجهة الوصية، في حين يقدم الوزير تصريحاً بملكياته إلى الأمانة العامة للحكومة.

و يذهب البعض أكثر من ذلك من خلال وسمه بالفارغ و الكاريكاتوري والتأكيد على أن هذا القانون أريد له أن يولد ميتا.¹

¹ - مصطفى عنتر: التصريح بالملكيات بين هشاشة النص القانوني وغياب إرادة التفعيل، الحوار المتمدد عدد 1577، 10 يونيو 2006.

² - قانون رقم 25.92 المتعلق بإقرار موظفي ومستخدمي الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية وأعضاء الحكومة وأعضاء مجالس النواب ومجالس الجماعات المحلية والغرف المهنية بالملكيات العقارية والقيم المنقولة التي يملكونها أو يملكها أولادهم القاصرون، ج.ر عدد 4184 بتاريخ 6 يناير 1993، ص 10

³ - مصطفى عنتر: التصريح بالملكيات بين هشاشة النص القانوني وغياب إرادة التفعيل، مرجع سابق.

⁴ - مها الشراوي: سياسة محاربة الرشوة بالمغرب، فترة حكومة التناوب 1998-2002، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-أكادال 2004-2005 ص 41

هذه الاختلالات جعلت منظمة ترانسبرنسي المغرب تقدم مقترحات للنهوض بالإطار القانوني للتصريح بالامتلاكات وتفعيله من قبيل:²

- توسيع تطبيق هذا القانون ليشمل موظفي الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية وكل الذين يتقلدون مسؤولية عمومية أو إدارية وأن يشمل الأزواج والفروع؛

- تطبيقه عند تسلم المهام والعمل على تعيينه بشكل منتظم؛

- تأمين تتبعه ومراقبته من لدن جهاز مستقل عن المصالح الإدارية التي يتكلف بمراقبتها.

ورغبة منه في تجاوز النقائص السابقة، عمل المشرع على إصلاح القانون المشار إليه بإصدار القانون رقم 54.06³ وعدد من القوانين ذات صلة بالتصريح الإلزامي بالامتلاكات⁴ والتي عرف بعضها تغييرات بعد دستور 2011 سيتم توضيحها فيما سيأتي. فما مدى مساهمة هذا الإصلاح في تجاوز ثغرات القانون السابق؟ وأي دور للقانون الجديد في تفعيل مبدأ المحاسبة وتخليق الحياة العامة؟

ثانياً: التصريح الإلزامي بالامتلاكات ودوره في تخليق الحياة العامة

سعيًا وراء تجاوز ثغرات التصريح الإلزامي بالامتلاكات في ظل القانون رقم 25.92، صدر القانون رقم 54.06 وعدد من القوانين ذات صلة بالتصريح الإلزامي بالامتلاكات كما ذكر سلفاً. غير أن المستجد الأبرز على ضوء دستور 2011 هي دسترة اختصاص المجلس الأعلى للحسابات في هذا المجال عبر إنابة الفصل 147 منه مهمة مراقبة وتبعية التصريح بالامتلاكات به (المجلس الأعلى للحسابات).

فالأمور لا يشكل البتة مجرد تحصيل حاصل لكون المجلس هو المختص أصلاً بتلقي التصريحات وفق مقتضيات القانون 54-06 وأغله و مدونة المحاكم المالية، بقدر ما هو تكريس دستوري لهذا الاختصاص و حصره في مؤسسة دستورية مختصة ومؤهلة. كما يكرس معياري التوحيد والتنميط ويقطع مع التناثر والاستثناءات والمعاملات الخاصة.⁵ كما سيشمل التوحيد الإطار القانوني للتصريح بالامتلاكات من خلال إحالة الفصل 158 من الدستور على قانون سيحدد الكيفيات التي سيتم وفقها التصريح بالامتلاكات .

وتفعيلاً لمقتضيات هذه القوانين صدر المرسوم رقم 2.09.207 يتعلق بتحديد نموذج التصريح الإلزامي بالامتلاكات ووصل التسلم وبالحد الأدنى لقيمة الأموال المنقولة الواجب التصريح بها.⁶ تلاح بعد ذلك إصدار منشور الوزير الأول رقم 3/2010 حول التصريح الإلزامي بالامتلاكات بتاريخ 10 مارس 2010.

واستناداً إلى قوانين التصريح بالامتلاكات والمرسوم رقم 2.09.207، حدد منشور الوزير الأول المشار إليه أنفاً جملة من الأمور على النحو التالي⁷:

- الأشخاص المعنيون بالتصريح الإلزامي بالامتلاكات؛

- الممتلكات الواجب التصريح بها؛

- كيفيات التصريح ومسطرته وشروطه؛

- آجال التصريح؛

- أحكام خاصة برفض الإدلاء بالتصريحات؛

- الإجراءات التطبيقية الأولية الخاصة ببعض فئات الموظفين والأعوان العموميين.

بالنسبة للأشخاص المعنيين بالتصريح الإلزامي بالامتلاكات فهم أعضاء الحكومة والشخصيات المماثلة لهم من حيث وضعيتهم الإدارية، ورؤساء دواوين أعضاء الحكومة، رؤساء مجالس الجهات والعمالات والأقاليم، رؤساء المجالس الجماعية ومجموعات الجماعات المحلية، رؤساء مجالس المقاطعات، رؤساء الغرف المهنية، المنتخبون الأعضاء في المجالس المحلية والغرف المهنية الذين حصلوا على تفويض إمضاء أو تفويض سلطة أعضاء مكاتب المجالس المحلية والغرف المهنية.

¹ -عبد اللطيف النكادي: البنى القانونية و المؤسساتية لمحاربة الفساد بالمغرب ص 23 –متوفر على الرابط: info.worldbank.org/etools/docs/morocco-final.doc

² www.transparencymaroc.ma

(³) - القانون رقم 54.06 المتعلق بإحداث التصريح الإلزامي لبعض منتخبي المجالس المحلية والغرف المهنية وبعض فئات الموظفين أو الأعوان العموميين بممتلكاتهم، ج.ر عدد 5679 بتاريخ 3 نونبر 2008، ص 4014.

(⁴) عطفًا على القانون 54.06 الموماً إليه أعلاه، صدرت في الجريدة الرسمية عدد 5679 بتاريخ 3 نونبر 2008 ظهائر و قوانين مرتبطة بالتصريح الإلزامي بالامتلاكات وفق ما يلي :

- ظهير شريف رقم 1.08.72 صادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008) بتنظيم الظهير الشريف رقم 1.74.331 الصادر في 11 من ربيع الآخر 1395 (23 أبريل 1975) بشأن حالة أعضاء الحكومة وتأليف دواوينهم؛

- القانون التنظيمي رقم 49.07 المتتم بموجبه القانون التنظيمي رقم 29.93 المتعلق بالمجلس الدستوري؛

- القانون التنظيمي رقم 50.07 المتتم بموجبه القانون التنظيمي رقم 31.97 المتعلق بمجلس النواب ؛

- القانون التنظيمي رقم 50.07 المتتم بموجبه القانون التنظيمي رقم 31.97 المتعلق بمجلس المستشارين؛

- القانون 53.06 القاضي بنسخ و تنميط الفصل 16 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.467 الصادر في 11 نونبر 1974 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة؛

- القانون رقم 52.06 المعير و المتتم بموجبه القانون 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية؛

- ظهير شريف رقم 1.08.73 القاضي بتنميط الظهير الشريف رقم 1.02.212 القاضي بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري.

⁵ - محمد براو: المجلس الأعلى للحسابات أمام امتحان الانخراط في العهد الدستوري الجديد- مقال منشور على الرابط <http://www.hespress.com/writers/53476.html>

⁶ - ج.ر عدد 5813 بتاريخ 15 فبراير 2010، ص 464.

⁷ - منشور الوزير الأول رقم 3/2010 حول التصريح الإلزامي بالامتلاكات بتاريخ 10 مارس 2010

كما أورد المنشور بعض فئات الموظفين والأعوان العموميين الملزمين بالتصريح بالامتلاكات وهم:

الأشخاص المعينون في مناصبهم طبقاً للفصل 30 من دستور 1996 و الذي يقابله على التوالي الفصلان 49 و 92 من دستور 2011¹، الموظفون والأعوان التابعون للدولة والجماعات المحلية والمنشآت العامة والهيئات الأخرى المخول لهم سلطات معينة حددتها المادة 2 من القانون 54-06 على سبيل الحصر.

والملاحظ أن المنشور الموماً إليه أعلاه لم يشر إلى أعضاء مجلسي البرلمان وأعضاء المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية) وأعضاء الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري الملزمين كذلك بالتصريح بامتلاكاتهم.

يتضح من خلال لائحة الملزمين بالتصريح، أنه تم توسيع لائحهم مقارنة مع ما كان عليه الوضع في ظل قانون 25.92، ولا

مراء أن هذا التوسيع يعد مكسباً لدعم مسلسل التخليق ومكافحة الفساد عبر إخضاع أكبر عدد ممكن من المتدخلين في تدبير الشأن العام الوطني والمحلي لمبدأ المساءلة والمحاسبة، للحيلولة دون استغلال المنصب للاغتناء غير المشروع ونهب المال العام، كما يشكل هذا التوسيع تجاوباً مع مطالب المجتمع المدني على هذا الصعيد.

غير أن توصيات المجلس الأعلى للحسابات² تنحو معنى مغايراً من خلال التنصيص على ضرورة تماشي منظومة التصريح الإلزامي بالامتلاكات مع المعايير الدولية من خلال السعي لتحقيق أهداف منها خفض فئات الملزمين والاقتصر على المسؤولين السياسيين والعموميين لوحدهم كأعضاء الحكومة وأعضاء البرلمان والقضاة، والموظفون الكبار، والرؤساء المنتخبين للجماعات الترابية الكبيرة والمتوسطة ومسؤولي المؤسسات العمومية الوازنة اقتصادياً، بهدف الانتقال من 100000 ملزم حالياً إلى 7000 أو 8000 على غرار الدول الناجحة في هذا الميدان.

يبدو أن الإكراهات الفنية والبشرية التي تواجه المحاكم المالية في تتبع ومراقبة التصريح بالامتلاكات كانت وراء مثل هكذا توصية، مع يحمله ذلك من تناقض مع مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة. وبالتبعية جعل العديد من المسؤولين عن تدبير الشأن العام خارج نطاق مراقبة المجلس (حوالي 92000 ملزماً).

كما لا يستقيم هذا الأمر و مقتضيات الفصل 158 من دستور 2011 الذي ينص على أنه "يجب على كل شخص، منتخبا كان أو معيناً، يمارس مسؤولية عمومية، أن يقدم، طبقاً للكيفيات المحددة في القانون، تصريحاً كتابياً بالامتلاكات والأصول التي في حيازته، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، بمجرد تسلمه مهامه، و خلال ممارستها و عند انتهائها." فصيغة الفصل جاءت على سبيل الإطلاق و لم تورد أي استثناء، و هو ما يفيد أن لا مجال لأية انتقائية في صفوف الملزمين، تحت أي مسوغ كان، بمجرد توفر الشروط الموجبة للإلزامية بالتصريح بالامتلاكات.

فمجرد الورد ضمن لائحة المعنيين بالتصريح بالامتلاكات ستكون له لا محالة وظيفة بيداغوجية و يشكل نوعاً من الردع العام للمسؤولين لثنيهم عن استغلال المناصب والمسؤوليات للاغتناء غير المشروع.

مؤدى ذلك أن تمكن المحاكم المالية من الموارد البشرية الكافية من جهة، و اعتماد المعالجة الآلية للتصريحات عبر إدماج تكنولوجيا المعلومات من شأنه المساعدة على حل مشكل صعوبة تتبع و معالجة التصريحات.

و الجدير بلفت النظر إليه، أن بعض الأصوات من داخل البرلمان كانت تطالب إبان إعداد ومناقشة القوانين المتصلة بالتصريح بالامتلاكات بعدم إخضاع أعضاء البرلمان للتصريح الإلزامي بالامتلاكات بدعوى أن البرلمانين ليسوا أمرين بالصرف. غير أن هذا التبرير مردود عليه ومجانِب للصواب. ولئن كان البرلمانين لا يحملون صفة الأمرين بالصرف، إلا في حالة الجمع بين انتداب برلماني ورئاسة جماعة محلية مثلاً، فإن إلزام البرلمان بالتصريح بامتلاكاته يجد مبرراته في احتمال استغلال هذا الأخير لنفوذه داخل دائرته الانتخابية أو مستويات أخرى للحصول على مكاسب قد لا تكون مشروعة، خصوصاً وأن تمتعه بالحصانة يجعله في الواقع العملي بعيداً عن المتابعة والمساءلة.

أما فيما يخص الممتلكات الواجب التصريح بها، فهي تشمل جميع العقارات والأموال المنقولة، كما يلزم المعنيون بالأمر بالتصريح بالامتلاكات المشتركة مع الأغيار وممتلكات وأولادهم القاصرين.

والملاحظ أن التصريح بامتلاكات الأبناء، مهم ممتلكات الأبناء القاصرين دون البالغين، وهو ما من شأنه فسح المجال للالتواء على القانون،³ و ذلك عبر تفويت جزء من الممتلكات إلى الأبناء البالغين أو باقي الفروع أو الأصول.

وفيما يتصل بالحد الأدنى لقيمة الأموال المنقولة الواجب التصريح بها، فقد حددها قرار الوزير الأول⁴ في 300.000 درهم لكل صنف من أصناف الأموال المنقولة.

وبشأن كيفية التصريح ومسطرته وشروطه، فالمجلس الأعلى للحسابات والمجالس الجهوية للحسابات هي الجهة التي تتم لديها التصريحات كما ذكر سلفاً في هذا السياق، أشار المجلس الأعلى للحسابات في تقريره برسم سنة 2013 إلى أن فئة من الموظفين السامين غدت ملزمة بتقديم التصريحات بامتلاكاتهم أمام المجالس الجهوية للحسابات عوض المجلس الأعلى للحسابات، وفق الاختصاص الترابي لكل مجلس، بعد صدور القانون التنظيمي رقم 12-02 المتعلق بالتعيين في المناصب العليا.⁵

لا مراء أن إسناد مهمة استقبال التصريحات وتتبعها إلى القضاء المالي يبرز بجلاء رغبة المشرعين الدستوري و العادي في توفير شروط نجاح نظام التصريح بالامتلاكات وتحقيق الأهداف المتوخاة منه. فدخول القضاء المالي المتخصص على الخط من شأنه توفير شروط نجاح نظام التصريح بالامتلاكات عبر وضع خبرته في مجال

¹ -تطبيقاً لمقتضيات الفصلين 49 و 92 من دستور 2011، صدر القانون التنظيمي رقم 12-02 المتعلق بالتعيين في المناصب العليا ج.ر عدد 6066 بتاريخ 19 يوليوز 2012 ص 4235.

² -تقرير حول أنشطة المجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2013 –الجزء الأول ص 283.

³ -Hassan El Arif : Déclaration de patrimoine un décret d'application pipeau ? L'économiste. 20-12-2009.

⁴ -قرار الوزير الأول رقم 3.87.09 صادر في 11 فبراير 2010 يحدد الحد الأدنى لقيمة الأموال المنقولة الواجب التصريح بها من طرف الخاضعين للتصريح الإلزامي بالامتلاكات، ج.ر عدد 5813 بتاريخ 15 فبراير 2010، ص 477.

⁵ -تقرير حول أنشطة المجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2013-الجزء الأول ص 280

الرقابة والتدقيق في خدمة أهداف القانون. بيد أن هذه المهمة تعترضها العديد من العراقيل وفق ما يستشف من تقرير المجلس برسم سنة 2013 أبرزها عدم تقديم التصريحات أصلاً أو تقديمها خارج الأجال القانونية أو عدم تجديدها من قبل الملمزمين .

وقد انتقد رئيس الهيئة الوطنية لحماية المال العام¹، اعتماد سرية البيانات التي تودع لدى المجلس الأعلى للحسابات، معتبراً أن إعطاء الصلاحية للمجلس الأعلى للحسابات لمراقبة الثروة وتحريك المتابعة فيه قصور دعي إلى تشكيل هيئة مستقلة لمراقبة ثروات المسؤولين.

و تجدر الإشارة على مستوى التجارب المقارنة أن السلطة التنظيمية الفرنسية مثلاً أنطقت هذه المهمة بالهيئة العليا لشفافية الحياة العامة²، وهي سلطة إدارية مستقلة (Autorité administrative indépendante) تشتغل في استقلالية تامة عن السلطة التنفيذية. كما يتيح الإطار القانوني المنظم لها إمكانية اطلاع المواطنين على بعض المعلومات الواردة في تصريحات الملمزمين عبر الموقع الإلكتروني للهيئة³. وهو ما يشكل إضافة نوعية يجدر بالمشروع المغربي الاقتداء بها لدعم شفافية تدبير الشأن العام وتسهيلولوج إلى المعلومة عندما سيكون بصدد إصدار القانون الذي يحيل عليه الفصل 158 من الدستور.

وعلى صعيد آجال التصريح، فقد حددت النصوص القانونية أجل التصريح في 90 يوماً الموالية لتاريخ التعيين بالنسبة لأعضاء الحكومة والشخصيات المماثلة لهم، وهناك إمكانية تمديد آجال التصريح إلى 6 أشهر. أما منتخبي المجالس المحلية والغرف المهنية، فهم ملزمون بالتصريح داخل أجل 3 أشهر الموالية لانتخابهم.

مع ذلك، تكشف أرقام المجلس الأعلى للحسابات أن أعداداً كبيرة من الملمزمين بإيداع تصريحاتهم لا يقومون بذلك رغم إنذارهم أو يقومون به خارج الأجال القانونية أو لا يقومون بتجديد التصريحات (تراوح نسب تجديد التصريح بين 0% في بعض القطاعات و100% في قطاعات أخرى). وهو ما يستوجب من حيث المبدأ المساءلة التأديبية للمعنيين.

وتفعيلاً لنظام التصريح بالملكيات، فقد نصت القوانين على تجديد التصريح والتكميلي والتصريح عند انتهاء المهام. في هذا المضمار أوصى تقرير المجلس الأعلى للحسابات السالف ذكره بخفض أنواع التصريحات بالملكيات الواجب إيداعها والاقتصار على التصريح الأولي والتصريح بمناسبة انتهاء المهام. توصية لا تنسجم هي الأخرى و روح الفصل 158 من الدستور على اعتبار أن التصريح يتم، وفق منطق الفصل، على ثلاث مستويات: عند تسلم المهام، خلال ممارستها وعند انتهائها.

وينتظر من هذه المقترحات أن تسهل مراقبة تطور الذمة المالية للمتدخلين في تدبير الشأن العام الوطني والمحلي ورصد كل تطور مثير للشبهات في ممتلكاتهم. وعلى الرغم من أهميتها، فإن بعض هذه المقترحات تثير ملاحظة أساسية تهم كون تجديد التصريح كل ثلاث سنوات متأخر نسبياً، يبدو أنه كان مستحسن تجديد التصريح كل سنة تماشياً مع سنوية تقارير المجلس الأعلى للحسابات، فطول المدة قد يفسح المجال للمعنيين بالتصريح بالملكيات لتصحيح كل اختلال قد يثير الشبهة في ذممهم المالية، رغم المجهود الإضافي الذي يتطلبه هذا الإجراء.

ومن حسنات القوانين الجديدة للتصريح الإيجابي بالملكيات تنصيصها على أحكام عند رفض التصريح أو التصريح غير الكامل أو رفض تجديد التصريح، عكس ما كان عليه الأمر في ظل قانون 25.92 المنسوخ. وهو ما لا تفهم معه إحدى توصيات تقرير المجلس الأعلى للحسابات برسم 2013 من خلال التنصيص على ضرورة السعي لإدخال عقوبات ردعية لعدم التصريح أو لتصريح غير كامل أو غير صحيح. فالمطلوب هو تفعيل العقوبات المنصوص عليها، مما يكشف أن التوصية معيبة الصياغة.

إلا أنه مع ذلك يبقى يتبع التصريحات والتأكد من صحتها إحدى مناطق الظل في النصوص القانونية ذات صلة بالتصريح بالملكيات⁴. ويرى أحد الباحثين⁵ أن القوانين المتعلقة بالتصريح الإيجابي بالملكيات تبدو تمييزية فيما يتعلق بالفئات المعنية بالتصريح، ويتضح ذلك في عدم خضوع أعضاء مجلس المستشارين وأعضاء المجلس الدستوري للعقوبات المنصوص عليها في القانون. مما يكرس وضعاً لا يستجيب لطموحات التخليق المنشود.

ثالثاً: مداخل إصلاح المنظومة الحالية للتصريح بالملكيات

انسجاماً مع المهام المنوطة بها في مجال الوقاية من الفساد وتخليق الحياة العامة، قدمت الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة في تقريرها السنوي برسم سنة 2009⁶ مقترحات تهم تعديل النصوص القانونية ذات صلة بالتصريح الإيجابي بالملكيات، بغية تجاوز النقائص التي تشوبها، تتمحور أساساً حول النقاط التالية:

- توسيع لائحة الممتلكات التي يجب التصريح بها لتشمل كافة الأموال المنقولة والعقارات الموجودة بالمغرب أو بالخارج؛
- إلزام المعني بالأمر بالتصريح كذلك بالملكيات الموجودة بالمغرب أو بالخارج المشتركة مع الأغيار وكذا تلك التي يديرها لحسابهم؛
- في الحالة التي تكون فيها الزوجة ملزمة بالتصريح بالملكيات المنصوص عليها أعلاه، يعود إليها التصريح بملكيات أولادها القاصرين؛
- تمكين الجهة المختصة بتتبع ومراقبة التصريحات، عند الاقتضاء، من مطالبة أي ملزم بالتصريح بملكيات ومداخل زوجه أو أصوله أو فروعته.
- إعادة النظر في المادة 1 من قرار الوزير الأول بتاريخ 11 فبراير 2010 الذي يحدد الحد الأدنى لقيمة الأموال المنقولة الواجب التصريح بها من طرف الغاضعين للتصريح الإيجابي بالملكيات وفق ما يلي: "يحدد الحد الأدنى لقيمة الأموال المنقولة الواجب التصريح بها من طرف الأشخاص الغاضعين للتصريح الإيجابي بالملكيات في ثلاثمائة ألف درهم (300000 درهم) تطبق على مجموع الأموال المنقولة، عند تاريخ اقتنائها عن طرق الشراء أو تملكها عن طريق الإرث، الواردة في اللائحة 2 من الملحق 1 من المرسوم رقم 2.09.207".

¹ جريدة أخبار اليوم المغربية، العدد 130، 7 ماي 2010، ص 4.

² Décret n° 2013-2012 du 23 décembre 2013 relatif aux déclarations de situation patrimoniale et déclarations d'intérêts adressées à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique-Journal Officiel de la République Française (JORF) n°0300 du 27 Décembre 2013 page 21445.

³ <http://www.hatvp.fr/>

⁴ Hassan El Arif: Déclaration de patrimoine, un décret d'application pipeau?op.cit.

⁵ عبد الغني عبيزة: التحديث الإداري بالمغرب: دراسة قانونية ومؤسسية، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2010، ص 84.

⁶ التقرير السنوي للهيئة المركزية للوقاية من الرشوة برسم سنة 2009 - ص من 112 إلى 115.

تستمد مقترحات الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة وجاهاها من كون العديد من المسؤولين يملكون أموالاً منقولة و عقارات بالخارج، قد تكون متأتية من وسائل كسب غير مشروعة، مما يسهل مهمة إخفاء تطور ذممهم المالية. و حري بالذكر أن المبالغ الطائلة المسترجعة في إطار المساهمة الإبرائية للأصول و الأموال بالخارج المنصوص عليها في القانون المالي لسنة 2014 تشكل مثالا حيا عن حجم الأموال المهربة إلى الخارج. كما أن تخويل إمكانية مطالبة المزم بالتصريح، عند الاقتضاء، التصريح بممتلكات و مداخيل زوجه أو أصوله أو فروعهم سيشكل ضمانا لدرء التحايل المحتمل للملزمين على القوانين عبر تفويت الأموال إلى الأصول أو الفروع الذين لا تشملهم مقتضيات النصوص القانونية الجاري بها العمل.

فضلا عن ذلك، فتحديد قيمة الحد الأدنى لقيمة الأموال المنقولة الواجب التصريح بها من طرف الأشخاص الخاضعين للتصريح الإيجابي بالممتلكات في ثلاثمائة ألف درهم (300000 درهم) تطبق على مجموع الأموال المنقولة، بدل 300.000 درهم لكل صنف من أصناف الأموال المنقولة كما هو قائم في الصيغة الحالية للقرار، من شأنه تعزيز الرقابة على الأموال المنقولة للملزمين و قطع الطريق عن كل تحايل محتمل عبر تقسيم الأموال المنقولة (Fractionnement des biens mobiliers) إلى عدة أصناف دون أن تصل قيمة كل صنف إلى الحد الأدنى الموجب للتصريح، علما أن اللائحة 2 من الملحق 1 من المرسوم رقم 2.09.207 المتعلق بتحديد نموذج التصريح الإيجابي بالممتلكات ووصل التسلم وبالحد الأدنى لقيمة الأموال المنقولة الواجب التصريح بها حددتها في عشرة أصناف¹.

إذا كانت القوانين التنظيمية للعديد من المؤسسات الدستورية السارية المفعول في ظل دستور 1996 متضمنة لمقتضيات تهم التصريح بالممتلكات (أنظر القوانين المبينة في الهامش رقم 8)، فإنه على ضوء مستجدات دستور 2011، و اتساقا مع مقتضيات الفصل 158 منه، صدرت القوانين التنظيمية لكل من مجلس النواب²، مجلس المستشارين³ و المحكمة الدستورية⁴ خالية من أية مقتضيات تهم التصريح الإيجابي بالممتلكات من لدن أعضاء هذه المؤسسات الدستورية ما عدا استمرار العمل، بصفة انتقالية، بالأحكام المتعلقة بالتصريح بممتلكات الأعضاء المنصوص عليها في القوانين التنظيمية المنسوخة، إلى حين إقرار أحكام مماثلة بموجب قانون طبقا للفصل 158 من الدستور.⁵ و هو نفس التوجه الذي سارت عليه مسودة مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة⁶.

إن القانون المشار إليه في الفصل 158 من الدستور يعكس سعي المشرع الدستوري لتوحيد الإطار القانوني لمنظومة التصريح بالممتلكات المتسمة بتناثر مقتضياتها جراء كثرة النصوص القانونية المنظمة لها. أمر من شأنه توفير شروط أفضل لتعزيز ثقافة المساءلة و ربط المسؤولية بالمحاسبة.

و هو ما يفيد أن مقترحات الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة، وفق ما هو مبين أعلاه، ينبغي أخذها بعين الاعتبار من لدن المشرع أثناء إصدار القانون المشار إليه في الفصل 158 من الدستور تفاديا لإعادة إنتاج ثغرات النصوص القانونية الحالية.

بيد أن أكبر تحد يواجه منظومة التصريح بالممتلكات هو تفعيل القوانين بالجديّة اللازمة و وضع حد للتجاوزات التي تطالها و تفعيل التدابير المنصوص عليه في حق المخليين بها.

كما ينبغي العمل على رفع السرية عن بعض جوانب تصريحات الملزمين و تمكين المواطنين من الاطلاع عليها، كما هو معمول به في بعض التجارب المقارنة من جهة، و تفعيل لدسترة حق الولوج إلى المعلومة وفق منطوق الفصل 27 من دستور 2011 من جهة أخرى. فضلا عن ذلك، يبدو لزاما العمل على ضرورة اتساق منظومة التصريح بالممتلكات مع التزامات المغرب الدولية خاصة اتفاقية الأمم المتحدة لمحاربة الفساد، باعتبار الفساد يشكل تهديدا لاستقرار المجتمعات و أمنها و يقوض المؤسسات الديمقراطية و سيادة القانون.

تأسيسا على ما تم بسطه أعلاه، يمكن القول أن المقتضيات القانونية المتعلقة بالتصريح الإيجابي بالممتلكات من شأنها المساهمة في محاصرة الفساد ومحاربه من خلال ما تتيحه من إمكانية تتبع تطور الذمم المالية للمسؤولين المؤتمنين على تدبير الشأن العام شريطة تطبيق وتفعيل مقتضياتها بكل نزاهة وتجرد ووضع حد للاعقاب (L'impunité). بيد أن ذلك لا ينفي ضرورة إصلاحها لتساير دسترة المشرع الدستوري لمبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة انسجاما مع متطلبات الحكامة الجيدة ومطالب محاربة الفساد من جهة، ودسترة اختصاص المجلس الأعلى للحسابات في مراقبة وتبعية التصريح بالممتلكات و توحيد الإطار القانوني لمنظومة التصريح بالممتلكات من جهة أخرى.

¹ الأصول التجارية، الودائع في حسابات بنكية، السندات، المساهمات في الشركات، الأموال المنقولة المتحصل عليها عن طريق الإرث، العربات ذات محرك، الاقتراضات، التحف الفنية و الأثرية، الجلي و المجوهرات و القيم المنقولة الأخرى.

² القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب - ج. ر عدد 5987 الصادرة بتاريخ 19 ذو القعدة 1432 (17 أكتوبر 2011) ص 5053.

³ القانون التنظيمي رقم 28.11 المتعلق بمجلس المستشارين - الجريدة الرسمية عدد 5997 مكرر الصادرة بتاريخ 25 ذو الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) ص 5520

⁴ القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية - الجريدة الرسمية عدد 6288 الصادرة بتاريخ 8 ذو القعدة 1435 (4 سبتمبر 2014) ص 6661.

⁵ وردت المقتضيات الانتقالية وفق ما يلي: الفقرة الثانية من المادة 99 من القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب، الفقرة الثالثة من المادة 98 من القانون التنظيمي رقم 28.11 المتعلق بمجلس المستشارين و الفقرة الرابعة من المادة 48 من القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

⁶ المادة 103 من مشروع القانون التنظيمي رقم 106.13 يتعلق بالنظام الأساسي للقضاة.

مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في مجال التعمير

عادل المعروفي
طالب باحث بسلك الدكتوراه
كلية الحقوق طنجة

مقدمة:

يشكل موضوع التعمير المحور الأساس في للتنمية المحلية نظرا للتوسع الحضري والنمو الديموغرافي المتزايد اللذان تعرفهما المدن والتجمعات العمرانية، هذه التحولات ألزمت بالبحث عن إيجاد سياسة عمرانية تتلاءم وحجم الأوراش الكبرى ضمانا ملائمة الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للمجال العمراني في المدن.

فقد أصبح ميدان التعمير اليوم الشغل الشاغل للسلطات الإدارية والقضائية نظرا للضغط الذي تعانيه الأنسجة الحضرية بفعل ارتفاع النمو العمراني والذي أدى إلى إضعاف هياكل المدينة، وتدهور ظروف السكن، مما دفع بالمشرع المغربي إلى إرساء عقوبات زجرية للمخالفات سواء تعلق الأمر بالمقاول أو المهندس المعماري.

تنوع الجرائم والمخالفات التي قد يرتكبها كل من المقاول والمهندس المعماري أثناء تنفيذه لأعمال البناء، حيث أن مخالفة الضوابط التي أكد عليها المشرع من خلال قانوني 12.90 المتعلق بالتعمير، وقانون 25.90 المتعلق بالتجزئيات السكنية وإحداث المجموعات السكنية وتقسيم العقارات تمثل جريمة في حق المجتمع بصفة عامة، وفي حق الأفراد بصفة خاصة.

فما هي إذن هذه الضوابط؟ وما هي القوانين التي تنظمها؟ وما جزاء مخالفتها؟

كل هذه الأسئلة سأجيب عليها من خلال تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين حيث سأتناول في المبحث الأول، مسؤولية المقاول في إطار منظومة القوانين المتعلقة بالتعمير، في حين سأتناول في المبحث الثاني، مسؤولية المهندس المعماري في إطار قانون 12-90 وقانون 25.90.

المبحث الأول: مسؤولية المقاول في إطار منظومة القوانين المتعلقة بالتعمير

يمارس المقاول عملا ذو طابع إداري تنفيذي، يقوم بمقتضاه بتنفيذ الرسومات الهندسية الموضوعة من قبل المهندس المعماري، إذ يعتبر عمله عملا ماديا ذو طبيعة تجارية، هدفه تنفيذ عمله البناء وفقا للأصول الفنية المتعارف عليها، ونقل الرسومات والتصميمات الهندسية من الحيز النظري إلى حيز الواقع، وذلك بجعل البناء واقعا ملموسا، عن طريق خلط المواد المختلفة المستخدمة في البناء، وفقا لنسب محددة لا يجوز الزول عنها، و البدء في وضع أساسات البناء، بإقامة الأعمدة وفقا لما جاء بالتصميم الهندسي، الذي يتناول أيضا النسب والشروط الواجب توافرها في مواصفات البناء¹.

المطلب الأول: المخالفات المترتبة عن عدم احترام الأصول الفنية من قبل المقاول

ترتكب في مجال التعمير والبناء عدة جرائم، وإذا كانت كل هذه المخالفات المرتكبة يجب اعتبارها جرائم، فإنه من الواجب زجر أصحابها، و جريمة البناء بدون رخصة تعد من أخطر هذه الجرائم، فكيف يتم تقديم طلب الرخصة البناء؟ ثم ما هي الأحكام العامة لمخالفة البناء بدون رخصة؟

بالرجوع لقانون 12.90 المتعلق بالتعمير نجده لم يوضح كثيرا الجوانب المتعلقة بتقديم طلب رخصة البناء، و الملف المكون له و طريقة إيداعه إثبات التوصل به، و مسطرة البث فيه و كيفية اتخاذ القرارات المختلفة....

غير أن ما يميز مسطرة منح رخصة البناء في ظل قانون 12-90 المتعلق بالتعمير هو أنها تتطلب تدخل عدد من الإدارات والهيئات لإبداء الرأي بشكل مستقل قبل البث في الطلب من طرف السلطة المختصة، بدل دراسته بشكل جماعي في إطار لجنة موحدة، كما أنها تختلف من جماعة لأخرى حسب ما إذا كانت مزودة بنظام عام قديم للطرق والبناء أم لا، وكذا بوثائق التعمير².

ومن أجل سد هذا النقص في قوانين التعمير، صدرت عدة منشائر سواء من طرف الوزارة المكلفة بالتعمير والسكنى وإعداد التراب الوطني أو من طرف وزارة الداخلية³، حيث أكدت معظم هذه المنشائر على أن دراسة طلبات رخص البناء تتطلب ملفين، يتعلق الأول بطلب معلومات إدارية عن أرض معينة، أما الثاني فيهم الإذن بالبناء⁴.

وسواء تقدم المالك أو المقاول أو المهندس كطالب لرخصة البناء، فإنه يكون ملزما أمام الجهات المسؤولة عن كل المخالفات التي قد يرتكبها أثناء عملية البناء.

ومخالفة البناء بدون رخصة تم تجريمها بمقتضى تشريع خاص، والمتمثل في قانون 12.90 الخاص بالتعمير في الباب الرابع منه وذلك في المواد 40 و 71 و 76 و 78 و 79، حيث نجد أن المادة 40¹ حددت كيفية المنع من القيام بعملية البناء بدون الحصول على رخصة مسبقة، ليتم تحديد بعد ذلك في المواد اللاحقة العقوبات المقررة لهذه المخالفة.

¹ عبد الحميد الشورابي، شرح قانون المبانى، الإسكندرية منشأة المعارف 1997، ص: 109.

² محمد بوجيدة، رخصة البناء، الجزء الثاني، مطبعة دار الجيل 2000، ص: 68.

³ المنشور الصادر عن وزارة السكنى وإعداد التراب الوطني ب 21 مارس 1917، و المنشور الصادر عن وزارة الداخلية بتاريخ 28 يونيو 1985 عدد 126 و المنشور الصادر عن وزارة الداخلية عدد 222 بتاريخ 12 أبريل 1995.

⁴ بوجيدة محمد، رخصة البناء، مرجع سابق، ص: 72.

-أيضا انظر مصطفى جرموني "الرقابة على التجزئيات العقارية والأبنية بالمغرب"، الطبعة الأولى 2011، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ص: 61.

حيث نجد المادة 71 تنص على أنه يعاقب بغرامة من 10000 إلى 100000 درهم كل من باشر بناء من غير الحصول على الإذن الصريح أو الضمني، المنصوص عليه في المادة 40، أما المادة 76 من قانون 12.90 فقد حددت الأشخاص الذين يرتكبون هذه المخالفات في رب العمل والمقاول والمهندس المختص، حيث نصت على ما يلي: "يعد شريكا لمرتكب مخالفة لهذا القانون ولضوابط التعمير العامة أو الجماعية رب العمل والمقاول الذي نفذ الأشغال والمهندس المختص أو المشرف الذي صدرت منهم أوامر نتجت عنها المخالفة"

أما المواد 78 و 79 من نفس القانون فقد جاءت لتقرر ضم الغرامات في حالة تعدد المخالفات، و لتضاعف هذه الغرامات في حالة ما إذا عاد مرتكب المخالفة إلى اقتراف مخالفة تماثلها.

و قد حاول المشرع المغربي من خلال هذه النصوص و غيرها تجريم فعل البناء بدون ترخيص، إلا أن عدم التطبيق الصارم لمقتضيات قانون 12.90 المتعلق بالتعمير أدى إلى ظهور واقع عمراني مختل.

لذلك جاء مشروع قانون 04.04 ليواكب التطور الحاصل في ميدان البناء ليساير بعض التشريعات المقارنة²، و ذلك بالرفع من العقوبة المقررة لمجموعة من المخالفات المرتكبة في ميدان البناء، فإذا كان مشروع قانون 12.90 حدد عقوبة البناء من غير الحصول على رخصة بذلك في الغرامة من 10000 إلى 100000.

فإن مشروع قانون 04-04 انتقل من العقوبة المالية إلى العقوبة السالبة للحرية حيث نص على عقوبة حبسية من ثلاثة أشهر إلى سنة وغرامة مالية من 50.000 إلى 300.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كذلك جرم فعلا لم يكن مجرم في ظل قانون 12.90 و يتعلق الأمر بإدخال تغييرات على بناية قائمة دون الحصول على رخصة، حيث قرر عقوبة حبسية من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

أما عن تشييد بناية خلافا للرخصة المسلمة، و ذلك بإضافة طابق أو أكثر فإن المشرع المغربي كذلك قد قرر عقوبة حبسية تتراوح من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة مالية من 300.000 إلى مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، و ذلك بخلاف قانون 12.90 الساري المفعول الذي لم يجرم هذا الفعل أصلا.

أما فيما يخص المشاركة في ارتكاب المخالفة، و التي سبقت الإشارة إليها في المادة 76 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير، فإن مشروع قانون 04-04 أضاف إلى الشركاء المنصوص عليهم في المادة 76، جميع الموظفين أو الأعوان العموميين الذين سهّلوا ارتكاب المخالفة، و جعل العقوبات المطبقة على المشاركين هي نفس العقوبات المطبقة على الفاعلين الأصليين، علاوة على ذلك يجوز للمحكمة أن تمنعهم من مواصلة المهنة لمدة لا تتجاوز 5 سنوات، إذا كانت للمخالفة المرتكبة علاقة مباشرة بمزاولة المهنة³.

إذن من خلال هذه المقارنة يمكن القول بأن مشروع قانون التعمير 04-04 جاء لتجاوز النقائص التي تشمل كل من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير، و قانون 25.90 المتعلق بالتجزئة العقارية و تقسيم العقارات، و حتى يضيفي على العقوبات المقررة لمخالفة أحكام و قواعد التعمير طابعا زجريا.

إذا كان هذا عن المخالفات المترتبة عن البناء بدون رخصة، فماذا عن المخالفات المترتبة عن عدم احترام الأصول الفنية من قبل المقاول؟

اعتبر المشرع المغربي في المادة 68 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير، أن من ضمن المخالفات المرتكبة في ميدان البناء، عدم احترام الضوابط المتعلقة بمتانة البناء و استقراره، و تتمثل خاصة في عدم احترام المواصفات المنصوص عليها في التصميم الهندسية من أساسات، و حجم هذه الأساسات و علوها، إضافة إلى عدم احترام الأحكام التي تحظر استخدام بعض المواد أو استعمال بعض الطرق في البناء⁴. وعلى الرغم من خطورة المخالفات المرتكبة من قبل المقاول والمتعلقة بالضوابط و الأصول الفنية، فقد اقتصر المشرع المغربي في تقدير عقوبتها على الغرامة فقط من 10.000 درهم إلى 100.000 درهم⁵.

وقد كان يتعين على المشرع المغربي أن يقرر عقوبة حبسية في مثل هذه المخالفات، لردع كل مقاول سولت له نفسه التلاعب في مواد البناء، أو استخدام مواد محظورة .

نظرا للفراغ و النقص الذي طال قانون 12.90 المتعلق بالتعمير في تحديد العقوبات على مخالفة ضوابط البناء، فقد تدارك المشرع المغربي هذا الفراغ من خلال مقتضيات قانون 25.90 المتعلق بالتجزئة العقارية و تقسيم العقارات.

¹ نصت المادة 40 على أنه: "يمنع القيام بالبناء دون الحصول على رخصة لمباشرة ذلك:

- داخل الدوائر المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه و في المناطق المشار إليها في ب من المادة 18 من هذا القانون الذي يكتسي صبغة خاصة تستوجب خضوع تهيئتها لرقابة إدارية:

- خارج الدوائر المنصوص عليها في البند السابق و التجمعات القورية الموضوع لها تصميم تنمية: على طول السكك الحديدية و طرق المواصلات غير الطرق الجماعية إلى غاية عمق يبلغ كيلومترا ابتداء من محور السكك الحديدية و الطرق الأتفة الذكر و على طول حدود الملك العام البحري إلى غاية عمق يبلغ 5 كيلومترات.

- داخل التجزئات المأذون في إحداثها عملا بالتشريع المتعلق بتجزئة الأراضي و تقسيمها و إقامة المجموعات السكنية و يجب الحصول على رخصة البناء كذلك في حالة إدخال تغييرات على المباني القائمة إذا كانت التغييرات المزمع إدخالها عليها تتعلق بالعناصر المنصوص عليها في الضوابط المعمول بها."

² مثلا القانون المصري الذي أصدر عدة أوامر عسكرية كالأمر رقم 1996/7 الذي رفع من عقوبة البناء بدون ترخيص وجعلها بالحبس مدة لا تقل عن سنة، أما إذا سقط البناء كليا أو جزئيا، أو صار آيالا للسقوط نتيجة هذه المخالفات تكون العقوبة هي الأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تقل عن 7 سنوات.

فاطمة متمير، المسؤولية المعمارية للمقاول بين أزمة النص و متطلبات الإصلاح، مطبعة الأمانة – الرباط مطبعة 2010 ص:302.

³ و يتعلق الأمر هنا بالمهندس المعماري.

⁴ فاطمة متمير، المسؤولية المعمارية للمقاول بين أزمة النص و متطلبات الإصلاح، مرجع سابق، ص:330 و 331.

⁵ تنص المادة 72 من قانون التعمير رقم 12-90 على أنه: "يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 100 درهم كل من ارتكب مخالفة للقواعد المقررة في ضوابط التعمير و البناء العامة أو الجماعية فيما يتعلق باستقرار و متانة البناء و يحظر استخدام بعض المواد و الطرق في البناء و بالتدابير المعدة للوقاية من الحريق.

المطلب الثاني: احترام المقاتل لضوابط البناء المنصوص عليها في قانون 25.90

يهدف قانون 25.90 المتعلق بالتجزئيات العقارية و المجموعات السكنية و تقسيم العقارات من تحديد الضوابط و المواصفات الواجب احترامها عند بناء التجزئيات العقارية، الحد من مختلف التلاعبات التي تطال هذا الميدان.

فما هي إذن هذه الضوابط و المواصفات التي نص عليها قانون 25.90 المتعلق بالتجزئيات العقارية و المجموعات السكنية و تقسيم العقارات؟ و كيف يتم ضبط و زجر مختلف المخالفات التي تطالها؟

ترجم التجزئة الاختيارية العمرانية إلى وقع ملموس على المستوى الجغرافي، ذلك لأن التجزئيات كوسيلة عملية للتعمير، هي التي يرجع إليها تنفيذ كل مقتضيات و الاختيارات التي تنص عليها وثائق التعمير و ترجمها للواقع¹.

وإذا ما تركت التجزئيات العقارية لتقدير الأشخاص دون تنسيق، فإنها ستأخذ أشكالاً غير قانونية و غير صالحة، و بذلك ستذهب سدى جهود السلطات في وضع القوانين إذ لم تمارس تأطير و مراقبة التجزئيات لرصد كل مخالف للقوانين الجاري بها العمل.

وقد نصت المادة 43 من قانون 25.90 المتعلق بالتجزئيات العقارية و تقسيم العقارات عن كيفية ضبط و زجر هذه المخالفات، حيث: "يتوقف تشييد أبنية في تجزئة من التجزئات على الحصول على رخصة البناء حتى لو كانت التجزئة واقعة خارج المناطق التي يفرض فيها الحصول على رخصة".

و بهذا يكون المقاتل أو المنعش العقاري أو المالك ملزم بالحصول على رخصة للبناء بهدف تشييد أبنية داخل التجزئة، تحت طائلة الجزاءات المنصوص عليها في قانون التعمير رقم 12.90، بحيث تعتبر التجزئة غير قانونية²، و بالتالي تعد مخالفة للقانون يعاقب عليها بغرامة تتراوح بين 100.000 و مليون درهم³.

إن اقتصر المشرع المغربي على تقرير عقوبات مادية لا يحقق الردع العام و الخاص الشيء الذي جعل منظومة التعمير قاصرة عن تحقيق الأهداف المرجوة.

أما عن المشاركة في خرق قواعد و ضوابط التعمير فيعتبر كل من رب العمل و المقاتل الذي أنجز الأشغال، و كذا المهندس المعماري أو المهندس المعماري أو المهندس المختص أو مهندس المساحة أو كل مشرف صدرت عنه أوامر نتجت عنها المخالفة بمثابة شريك لمرتكب هذا النوع من المخالفة.

ويضاف إلى الغرامات المقررة لهذا المخالفات بمقتضى القانون أن للمحكمة السلطة التقديرية في أن تأمر بهدم التجهيزات و الأبنية المنجزة داخل التجزئات و المجموعة السكنية التي لم تحصل على الإذن المسبق و ذلك على نفقة مرتكب المخالفة⁴.

وبهذا تقوم مسؤولية المقاتل الجنائية أساساً على خرق النصوص والقوانين المعمول بها في ميدان البناء و التعمير، إما عن طريق البناء بدون ترخيص أو بخرق الضوابط و المواصفات الفنية الخاصة بالمنصوص عليها في قوانين التعمير، خاصة تلك المتعلقة بمتانة المباني و سلامتها لعدم احترام المقاتل للمقاييس الهندسية، و غشه في مواد البناء أو استعمال مواد البناء محظورة، و ذلك نظراً لما قد تسببه هذه المخالفات من أضرار جسيمة قد تصيب المالك بشخصه أو بماله، أو قد تصيب الغير الأجنبي عن عملية البناء⁵.

إلا أنه و بهذا الصدد يمكن القول أنه بالرغم من وضع المشرع المغربي لمجموعة من النصوص القانونية التي يجب على المقاتل احترامها عند قيامه بأي عملية من عمليات البناء، فإنه لا زال النقص و الغموض و القصور يعتري مختلف جوانبها، مما يجعل السلطات المختصة بضبط هذه المخالفات تتخبط في مجموعة من المشاكل، كان من الممكن تفاديها، لو ضبطت الأمور بوضوح و عولجت بشكل واضح.

المبحث الثاني: مسؤولية المهندس المعماري من خلال قانوني 12.90 و 25.90

نظراً للدور الذي يلعبه المهندسون في ضمان جودة و سلامة الأبنية سواء كانت معدة للسكن أو لاستعمال آخر⁶، فإن القانون وسع من مجال تدخل المهندس المعماري، فما هو دور المهندس المعماري في مجال التعمير؟

هذا ما سأحاول التطرق إليه في هذا المبحث من خلال مطلبين، حيث سأتناول في المطلب الأول مسؤولية المهندس المعماري في إطار قانون 12-90 المتعلق بالتعمير أما في المطلب الثاني فسأتناول مسؤولية المهندس المعماري في إطار القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئيات و المجموعات السكنية و تقسيم العقارات.

المطلب الأول: مسؤولية المهندس المعماري في إطار القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير

خصص المشرع المغربي من خلال القانون 12-90 مسؤولية المهندس المعماري في عمليات البناء، فصلاً كاملاً و هو الفصل الثاني من الباب الثالث و يتضمن هذا الفصل خمس مواد من المادة 50 إلى المادة 54، حيث تحدد هذه المواد دور المهندس و المهمة المسندة إليه⁷.

¹ إدريس البصري، دليل التعمير و الهندسة المعمارية، المطبعة الملكية 1994، ص: 69.

² التجزئة غير القانونية هي كل تجزئة أنجزت بدون الحصول على الإذن الإداري المسبق، و كل تجزئة مأذون بها و التي لم تنجز طبقاً لمقتضيات المستندات التي أعطى الإذن بشأنها، بمعنى أن الأشغال لم تنجز إما كلياً أو جزئياً، أو أنها أنجزت بكيفية مغايرة لتلك التي كانت مخططة و منح الإذن انطلاقاً منها.

³ و هذا ما نصت عليه المادة 63 من قانون 25.90 التي تنص على أنه: "يعاقب بغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم على إحداث تجزئة أو مجموعة سكنية أو مباشرة أعمال تجهيز أو بناء من أجل ذلك من غير الحصول على الإذن المنصوص عليه في المادة 2 من هذا القانون".

⁴ تنص المادة 68 من قانون 25.90 على أنه: "يجب على المحكمة أن تأمر بهدم الأبنية و التجهيزات المنجزة من أجل إحداث تجزئة أو مجموعة سكنية من غير الحصول على الإذن المنصوص عليه في المادة 2 من هذا القانون و ذلك على نفقة مرتكب المخالفة".

البصري إدريس، مرجع سابق، ص: 115.

⁵ فاطمة ميمر، مرجع سابق، ص: 343.

⁶ قد يكون هذا الاستعمال لأغراض أخرى كالصناعة و التجارة و الحرف و السياحة.

⁷ جيلالي بوحبيص، قراءات في القانون العقاري و قانون البناء، مطبعة الأمنية-الرباط الطبعة الأولى، ص: 14.

فحسب المادة 50 من قانون 12-90 المتعلق بالتعمير تعد الاستعانة بمهندس معماري ممارس في القطاع الخاص إجبارية لإنجاز كل عملية بناء داخل مدارات الجماعات الحضرية و المراكز المحددة و المناطق المحيطة بها، وكذا في المناطق ذات الصبغة الخاصة، حيث أن الاستعانة بالمهندس المعماري إلزامية للقيام بمجموعة من العمليات كتشديد كل بناء جديد، أو القيام بكل تعديل على بناية قائمة تتطلب رخصة للبناء، ثم جميع الأشغال المتعلقة بترميم الآثار، بل وأكثر من ذلك فإن قانون 12.90 المتعلق بالتعمير جعل الاستعانة بمهندس معماري حر مقيد في جدول هيئة المهندسين المعماريين شرطا للحصول على رخصة البناء¹.

أيضا تتمثل مهمة المهندس في إطار قانون 12.90 في إعداد تصاميم البنايات الجديدة أو تغيير البنايات القائمة من الواجهة المعمارية، ثم السهر على مطابقة الدراسات التقنية المنجزة من طرف المهندسين المختصين في البناء مع التصميم الهندسي، ثم متابعة تنفيذ أشغال عملية البناء، هذا فضلا عن مراقبة مدى مطابقتها للتصاميم الهندسية و لبيانات رخصة البناء و مراقبة مدى مطابقتها للتصاميم الهندسية و لبيانات رخصة البناء و ذلك إلى غاية تسليم رخصة السكن أو شهادة المطابقة².

إلا أنه يمكن أن نتساءل عما إذا كان المعنى بالأمر يجب عليه أن يقوم بنفسه بالتصريح عن انتهاء البناء أو بواسطة المهندس المعماري المشرف على تنفيذ رخصة البناء؟

بالرجوع إلى المادة 55 من قانون التعمير 12.90، فإن المشرع سمح بأن يتولى المهندس المعماري المدير للأشغال تقديم شهادة عن انتهاء البناء تغني عن المعاينة التي تقوم بها السلطة المختصة للتأكد من المطابقة³.

ولم توضح النصوص القانونية و لا حتى الدوريات و المنشورات الصادرة بتطبيقها محتوى تلك الشهادة، و أجل تقديمها و هل يجب توقيعها من كافة المهندسين المشرفين على البناء إن هم تعددوا، أم من طرف مهندس واحد؟ علما بأن الإدارة الجماعية لا تتوفر في الوقت الراهن على نموذج يستأنس به لإعداد تلك الوثيقة⁴.

للجواب على هذا التساؤل، يمكن القول بأنه من الناحية العملية أن هذه الشهادة قلما يقدمها المهندس المشرف على البناء، و تهبأ بشكل حر ودون التقيد بمعلومات أو أمور محددة.

و بهذا الصدد، فإنه حبذا لو أقرت النصوص القانونية إلزامية تقديم تلك الشهادة من قبل المهندس المعماري المعني بالأمر تحت طائلة المساءلة، و ذلك إلى جانب التصريح المتعلق بانتهاء البناء الواجب تقديمه من طرف المالك (أو صاحب رخصة البناء)، و ذلك على غرار تشريعات مجموعة من الدول التي تنص على واجب التصريح بانتهاء أعمال البناء حتى و لو تم تحت إشراف المهندس المعماري.

فمثلا في فرنسا⁴ فإن صاحب الرخصة ملزم بالتصريح بانتهاء عملية البناء كتابة و بتوقيعه وفق نموذج محدد بقرار للوزير المكلف بالتعمير (الفصل 1-460 من مدونة التعمير)، و لو كانت الأشغال موجهة من قبل مهندس معماري أو مصلحة عامة مؤهلة أو شخص ذاتي أو معنوي مختص، فإن التصريح يتم في نسختين توجه إلى العمدة و المدير الإقليمي للتجهيز و يتلقى المصريح توصيلا عن تصريحه.

أما فيما يخص إعداد التصاميم الهندسية للبنايات الجديدة أو تغيير البنايات القائمة من الواجهة المعمارية فإنها تتطلب توقيع المهندس المعماري عليها لتأخذ طابع المصادقية، و هنا يمكن القول بأن المشرع المغربي لم يشر في مواد القانون إلى توقيع المهندس المعماري على التصاميم الهندسية، إلا أنه يمكن أن يستشف ذلك من خلال المادة 12 من قانون الهندسة المعمارية و إحداث هيئة المهندسين المعماريين الوطنية الذي أكد على أنه لا يجوز للمهندس المتدرب أن يوقع باسمه التصاميم أو الدراسات التي ينجزها طوال مدة التدريب⁵.

فإذا كان المشرع المغربي لم يجعل من عدم توقيع المهندس المعماري على التصاميم الهندسية مخالفة من المخالفات التي تطل مجال البناء، فإن المشرع المصري اعتبرها كذلك في القانون رقم 106/1976 الخاص بالمباني و المعدل بمقتضى القانونين 1983 و 1984، حيث كيف هذه المخالفات على أنها جنحة عقوبتها الحبس و الغرامة (المادة 20 من قانون 1983)، بالإضافة إلى اعتبارها جريمة عمدية لأن نشاط الجاني فيها لا يتصور أن يتم عن طريق الخطأ غير العمدي أو بالأعمال أو عدم الاحتياط، كما أنها من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، حيث أن عدم توقيع المهندس على الرسومات يضرب بالمصلحة العامة، لأنه إذا حث أن أقيم المبنى على أساس غير فنية ثم انهار، فلن تقتصر أضراره على الجاني وحده، بل تمتد لتصيب عامة الناس في أرواحهم وأموالهم.

المطلب الثاني: مسؤولية المهندس المعماري في إطار القانون رقم 25-90

ألزم قانون 25-90 المجزئ على ضرورة الاستعانة بمهندسين أثناء إنجازة أشغال التجهيز، و ذلك في المواد من 13⁶ إلى 17¹ وهؤلاء المهندسون حددهم القانون في المهندس المعماري و مهندس المساحة² و المهندس المختص³ أوكل المشرع لهم سلطات مهمة تتمثل في وضع و توقيع أهم المستندات المكونة لملف طلب الحصول على الإذن بإحداث التجزئة العقارية⁴.

¹ بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 50 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير التي أكدت على أنه: "تعتبر الإستعانة بمهندس معماري حر مقيد في جدول هيئة المهندسين شرطا للحصول على رخصة البناء"

² تنص المادة 53 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير على أنه: "فيما يتعلق بكل عملية بناء أو إدخال تغييرات على بناء قائم كلف وجوبا كل من:

أ- المهندس المعماري:

- متابعة تنفيذ أشغال المبنى و مراقبة مطابقتها مع التصاميم الهندسية و بيانات رخصة البناء و ذلك إلى تسليم رخصة السكن أو شهادة المطابقة"

³ محمد بوجيدة، رخصة السكن و شهادة المطابقة، الطبعة الأولى، 2000، ص:42.

⁴ محمد بوجيدة، مرجع سابق، ص:48.

⁵ تنص المادة 12 من قانون رقم 016-89 المتعلق بمزاولة مهنة الهندسة المعمارية، على أنه "يقوم المهندس المعماري المتدرب بالأعمال التي تدخل في مهنة الهندسة المعمارية تحت مراقبة و مسؤولية المشرف على تدريبه، و لا يجوز له أن يوقع باسمه التصاميم أو الدراسات التي ينجزها طوال مدة التدريب".

⁶ تنص المادة 13 على أنه: "يجب أن يوكل إلى مهندس مهماري حر يكون مسجلا في هيئة المهندسين المعماريين القيام ب:

- تصور مشروع التجزئة من الواجهة المعماري.

وهكذا فالمجزي ملزم بأن يلجأ إلى مهندس معماري يمارس في القطاع الخاص و مسجل في الهيئة الوطنية للمهندسين المعماريين⁵ ليقوم بالمهام التالية:

- وضع تصور لمشروع التجزئة من الوجهة المعمارية يترجم على الخصوص في رسم بياني يظهر موقع التجربة، و وضعيتها و مساحتها و الغرض المخصص للبقع المختلفة، و شبكة الطرق، والتجهيزات الاجتماعية و المساحات الخضراء إلخ⁶...

كما نصت المادة 14 من قانون 90-25 على أنه يتكفل مهندس المساحة بوضع الرسم الطبوغرافي الذي يقوم المهندس المعماري على أساسه بتصوير مشروع التجزئة من الوجهة المعمارية.

في حين نصت المادة 15 من نفس القانون على أن يتكفل المهندس المختص بوضع المستندات الفنية المتعلقة بإقامة الطرق ووسائل الصرف الصحي و شبكات الماء و الكهرباء.

و قد منح المشرع في المادة 17⁷ من قانون 90-25 للمجزي مكانة اختيار أحد المهندسين⁸ للسهر على تنسيق أشغال التجهيز.

إلا أن ما يمكن ملاحظته من خلال هذه المواد أن المشرع حين ألزم المجزي على الاستعانة بمهندس، فإن إغفاله لعنصر الجزء في نفس الفصل يكون قد سلب باليسري ما منح باليمنى وجرده من الطابع الزجري⁹.

و يمكن القول بأن المسؤولية الجنائية للمهندس المعماري تتجلى في إعداداته للتصاميم الهندسية¹⁰، والتأكد من مدى صلاحية الأرض والقدرة على البناء عليها، و إعداداته للرسومات و الوثائق الخاصة للحصول على رخصة البناء، فتقوم مسؤولية الجنائية¹¹ إذا ما كانت إحدى أفعاله هاته قد نتج عنها ضررًا جنائيًا، كالتلاعب في تحديد الرسومات و التصاميم، أو عدم التمكن من تحديد مدى صلاحية الأرض، فعمل المهندس يجب أن يكون مستجيبًا لكل متطلبات الصحة و شروط السلامة و متانة البناء.

خاتمة

إن قوانين التعمير والتجزئيات العقارية تتخبط من دون شك في العديد من الإشكالات المرتبطة بمختلف مراحل الإدارية، وذلك بدءًا من غياب فعال للضبط الزجري مرورًا بأوجه الخلل المتعلقة بالتجريم والعقاب وانتهاءً بإشكالات التنفيذ وذلك لما كشفته الممارسة العملية خاصة في التفاوض عن الضبط الإداري ومحدودية وسائل الضبط الإداري وضعف التأطير والدراية القانونية في ظل محدودية الوسائل المتاحة من نقص في الوسائل المادية والبشرية المتاحة للقيام بعملية الكشف عن المخالفات وضبطها.

- وضع جميع المستندات المتعلقة بتصوير التجزئة من الوجهة المعمارية التي يجب الإدلاء بها إلى الجهة المختصة للحصول على الإذن بإحداث التجزئة"

¹ تنص المادة 17 على أنه: "يجب على صاحب التجزئة أن يعين مهندسًا معماريًا مختصًا أو مهندسًا من مهنتي المساحة ليتولى بوصفه منسقًا مهمة السهر على إنجاز الأشغال على أفضل وجه.

² مهندس المساحة أو المهندس الطبوغرافي (المساح)، شريطة أن يكون مقيدًا في لائحة المهندسين الطبوغرافيين المزاويلين بشكل حر و مسجلًا في الهيئة الوطنية للمهندسين المساحيين.

³ المهندس المختص هو المهندس المدني (VRD).

ماجدة شاهينتر " المسؤولية الجنائية للمهندس المعماري" مقال منشور بمجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص: 120⁴

⁵ الحاج شكرة، الوجيز في قانون التعمير المغربي، الطبعة الثالثة 2008، ص: 189.

⁶ دريس البصري، مرجع سابق، ص: 17.

⁷ نصت المادة 17 من قانون رقم 90-25 على أنه: "يجب على صاحب التجزئة أن يعين مهندسًا معماريًا أو مهندسًا مختصًا أو مهندسًا من مهنتي المساحة ليتولى بوصفه منسقًا مهمة السهر على إنجاز الأشغال على أفضل وجه"

⁸ مهندس معماري، أو مهندس مختص، أو مهندس من مهنتي المساحة.

⁹ جودة خليل "طبيعة مسؤولية المهندس المعماري عن عيوب أشغال التجهيز بالتجزئة العقارية مقالة منشورة ضمن أعمال اليوم الدرائي الذي ظمه المجلس البلدي المنار جليز و مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية و وحدة التكوين و البحث في القانون المدني بكلية الحقوق بمراكش، السبت 17 مارس 2001، بعنوان التجزئة العقارية و التعمير، ص: 144.

¹⁰ أسامة بلعمري " النظام الزجري في ميدان التعمير والتجزئيات العقارية – دراسة في ضوء قانون 90-12 المتعلق بالتعمير وقانون 90-25 المتعلق بالتجزئيات العقارية " رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية الحقوق مراكس لسنة 2012-2013 ص: 74

¹¹ هذه المسؤولية اعتبرها المشرع الفرنسي أكثر من مخالفة عادية في مجال البناء، و ذهب أبعد من ذلك حيث اعتبرها خيانة للأمانة.

انظر فاطمة متمير، مرجع سابق، ص: 329.

الضمانات الأساسية لشرعية الإجراءات الجزائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنية لسنة 2011

علي أحمد يوسف الشبول
قاضي لدى محكمة الجنايات الكبرى الأردنية

مقدمة:

تقوم دعائم العدل على احترام حقوق كل إنسان وقد جسد هذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقوله (أن الإقرار لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصلية فيهم ومن حقوق متساوية وثابتة يشكل أساس الحرية والعدل والسلام في العالم)⁽¹⁾. وعندما يمثل المرء أمام القاضي متهماً بارتكاب فعل جنائي يواجه الية الدولة بعقوبتها وسلطانها، ومن ثم فإن الطريقة التي يعامل بها عندما يتهم بارتكاب جريمة تدل بدقة على مدى احترام تلك الدولة لحقوق الإنسان.

لقد تم توحيد وتحديث التشريعات الأردنية في مختلف المناحي والميادين وفي مجموعة القوانين القضائية، وقد كان قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني لسنة (2011) أحد أهم هذه القوانين وأكثرها حداثة وتأثيراً بإعلانات حقوق الإنسان والمعاهدات الدولية.

لقد جاء قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني بجملة من الضمانات القانونية لحماية واحترام الحرية الشخصية ومعيار هذه الضمانات هو مبدأ شرعية الإجراءات الجزائية وهي تشكل الحدود التي ينبغي الالتزام بها والقواعد التي يجب مراعاتها.

ماذا نعني بشرعية الإجراءات الجنائية؟

إن اصطلاح الشرعية يعني خضوع التصرف أياً كان للقانون لذلك فإن شرعية الإجراءات الجزائية هي إحدى صور الشرعية بوجه عام، لأنه ينبغي أن تخضع جميع الأعمال والإجراءات للقانون من حيث صحتها وأثارها، إذ وضع المشرع الأردني قواعد موضوعية للإجراء وقواعد شكلية للقيام به بحيث لا يعتبر الإجراء صحيحاً إذا كان مخالفاً لأحكام القانون، ولم يترك المشرع الأمور على عوامها للسلطة المختصة فأمر بإلقاء القبض على المتهم وتفتيش منزله دون التقيد بالضوابط والقيود التي حددها القانون، لذلك فالبحث عن الأدلة لا ينبغي أن يكون على حساب احترام حقوق المتهم وكرامته، وإنما يجب أن يكون في إطار القواعد التي رسمها القانون ومحققاً للعدالة⁽²⁾، وعليه فإنه من موضوع الإجراءات الجزائية تنبثق شرعية الإجراءات الجزائية والتي تقوم على الاستغلال والحياد في الأجهزة والسلطات التي تشرف على جمع الأدلة والتحقيق، فشرعية الإجراءات هي الكفيلة بتطبيق المبادئ والأسس التي ينص عليها قانون الإجراءات الجزائية⁽³⁾.

أسس شرعية الإجراءات الجزائية.

تبنى قانون أصول المحاكمات الجزائية معايير المحاكمة العادلة، وتتمثل أسس شرعية الإجراءات الجزائية في⁽⁴⁾:

أولاً- اعلان حقوق الإنسان والمواثيق المتعلقة بحقوق الإنسان.

ثانياً- الدساتير.

لقد نصت الدساتير الحديثة على عدد من النصوص تستمد منها شرعية الإجراءات الجزائية مبادئها التي تتعلق بكفالة الحريات الأساسية ومن أهمها أن المحاكم مفتوحة للجميع ولا يجوز اغلاقها في وجه أي كان، وحق محاكمة المتهم أمام قاضيه الطبيعي، ومبدأ أن لا عقوبة دون دعوى جزائية وقانونية الإجراءات الجزائية، فقد نصت المادة 1.3 من قانون أصول المحاكمات الجزائية (لا يجوز القبض على أي إنسان أو حبسه إلا بأمر من السلطات المختصة بذلك قانوناً).

- مبادئ شرعية الإجراءات الجزائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنية، وتقوم على أربع مبادئ رئيسية وهي:

1. المتهم بريء حتى تثبت ادانته.
2. الإجراءات الجزائية ينظمها القانون.
3. محاكمة المتهم أمام قاضيه الطبيعي.
4. اسقاط موانع التقاضي.

وسوف نتناول كل واحد منها بالتفصيل على النحو التالي:

1. مبدأ المتهم بريء حتى تثبت ادانته

لقد توج إعلان حقوق الإنسان عام 1789 في عهد الثورة الفرنسية مبدأ افتراض البراءة في المتهم، ثم تأكد هذا المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1948، حيث نصت المادة 11 من الإعلان على ما يلي (كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة عادلة تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه) كذلك الحال بالنسبة للاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966، كذلك العديد من دساتير الدول حرصت على أن يكون هذا المبدأ في صلب قانونها الأساسي، ومن بينها الدستور الأردني، حيث نصت المادة 1/101 من الدستور على (المحاكم مفتوحة للجميع ومصونة من التدخل في شؤونها)⁽⁵⁾.

وجاء إيراد هذا المبدأ في القانون الأساسي المشار إليه ليضفي عليه أهمية خاصة إلى ما قرره المادة 1/147 من قانون أصول المحاكمات الجزائية حيث تنص على أنه (المتهم بريء حتى تثبت إدانته).

(1) د. محمد شلال حبيب، ضمانات استقلال القضاء في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة عنابة الجزائر، العدد الأول، 1982، ص 102.

(2) وائل أنور بندق، حقوق المتهم في العدالة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 368.

(3) د. محمد أمين الخرشنة، مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص 58-117.

(4) قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (9) لسنة 1961 وتعديلاته.

(5) د. هيثم الفاغوري، علانية المحاكمات الجزائية في التشريع الأردني مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصرية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن/عمان، الطبعة الأولى، 2007.

وبذلك فقد اتجه المشرع الأردني عند تحديد النطاق الإجرائي لقربنة براءة المتهم حتى تثبت إدانته في حماية الحرية الشخصية للمتهم وفي إلقاء عبء الإثبات على عاتق سلطة الإتهام، التي عليها أن تقدم الدليل الكامل على توفر العناصر التي تنشأ عنها المسؤولية الجنائية، أن افترض براءة المتهم بارتكاب فعل جنائي هو من المبادئ الأساسية في المحاكمة العادلة. أن المحاكمة العادلة تستلزم توافر شرطان على الأقل، الأول هو أن تسترشد إجراءات المحاكمة كلها من بدايتها حتى نهايتها بمبادئ المحاكمة العادلة التي وصفها المجتمع الدولي، أما الشرط الثاني فهو أن تقوم سلطة قضائية مستقلة محايدة بتطبيق هذه المبادئ، لقد نصت المعايير الدولية على جملة من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها كل متهم، وجاءت نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني متوافقة تماماً مع هذه المعايير، وهي ضمانات أوردها المشرع الأردني للمتهم وذلك على النحو التالي⁽¹⁾:

1. الحق في عدم التعرض للقبض عليه أو اعتقاله تعسفياً.
2. الحق في ابلاغه عن أسباب القاء القبض عليه وإبلاغ أسرته بنبأ القبض عليه.
3. الحق في توكيل محام.
4. الحق في سرعة إجراءات المحاكمة.
5. الحق في الإفراج عن المتهم بالكفالة.
6. الحق في عدم التعرض للتعذيب وعدم الأخذ بأقوال المتهم التي يدلي بها تحت التعذيب.
7. الحق في مناقشة الشهود.
- ان من نتائج افتراض براءة المتهم مايلي⁽²⁾:
1. وجوب اخلاء سبيل المتهم فوراً، إذا كان الحكم صادراً بالبراءة فقد نصت المادة (238) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه (إذا قضت المحكمة ببراءة المتهم أو عدم مسؤولية اطلاق صراحه في الحال ما لم يكن موقوفاً لداع آخر).
2. أن قربنة البراءة قد أثرت في توجه المشرع الأردني عندما تقرر في المادة 212 من قانون أصول المحاكمات الجزائية أنه (يمثل المتهم أمام المحكمة طلباً بغير قيود ولا أغلال وإنما تجري عليه الحراسة اللازمة....).
3. ان القانون الأردني لا يجيز طلب إعادة المحاكمة في الأحكام التي اكتسبت الدرجة الباتة في الجنايات والجنح إلا في حالات الإدانة، أما أحكام البراءة فلا يجوز طلب إعادة المحاكمة بشأنها، كما هو ظاهر من نص المادة 292 من قانون أصول المحاكمات الجزائية⁽³⁾.
4. أن قربنة البراءة لها تأصيل في قانون أصول المحاكمات الجزائية عندما نصت المادة 3/216 منه (إذا رفض المتهم الإجابة يعتبر غير معترف بالتهمة ويأمر رئيس المحكمة بتدوين ذلك في الضبط⁽⁴⁾).
5. أن النتائج التي ترسخت في المحاكم الأردنية ووضحت مبادئ قانونية متواترة نتيجة لمبدأ براءة المتهم حتى تثبت إدانته أن الشك يفسر لمصلحة المتهم، وأن الحكم لا يبنى إلا على الأدلة التي قدمت أثناء المحاكمة وتمت مناقشتها في الجلسة بصورة علنية أمام الخصوم (المادة 1/148) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني كذلك أنظر إلى قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2014/2157 تاريخ 2015/2/10 منشورات برنامج عدالة⁽⁵⁾.

2. الإجراءات الجزائية ينظمها القانون.
- ويتضح من خلال نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية، أن كافة الإجراءات الجزائية التي تتخذ في كل مرحلة ضد مرتكب الجريمة محكومة بالقانون وأن المشرع الأردني عند تحديده للقواعد القانونية للإجراءات الجزائية قد وازن بين حماية المصلحة العامة وهي مصلحة المجتمع والمصلحة الفردية بكل ما تعنيه من حقوق خاصة وكرامة لصيقة بالمتهم، وكان من النتيجة لذلك ما يلي:
1. أن سن القوانين والتشريعات هو من اختصاص السلطة التشريعية –مجلس الأمة- وهو الذي أقر قانون أصول المحاكمات الجزائية.
2. أن مجلس الأمة بصفته جهة تشريع يختص لوحده بتحديد الجهات القضائية المكلفة بالقيام بالإجراءات الجزائية وفقاً للقانون وقد حدد قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردنية اختصاص المحاكم وكيفية تشكيلها⁽⁶⁾.
3. محاكمة المتهم أمام قاضيه الطبيعي.
- لقد نصت المادة (102) من الدستور الأردني على أنه (تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام هذا الدستور أو تشريع آخر نافذ المفعول).

- ولكي يعتبر القضاء طبيعياً يجب توافر الشروط التالية:
1. أن يكون إنشاء المحكمة وتحديد صلاحياتها بموجب قانون.
2. أن تكون المحكمة دائمة إذ أن المحاكم العادية هي محاكم دائمة بمعنى أن القانون قد حدد اختصاصها دون ربطها بشخص بعينه أو بمدة زمنية معينة⁽⁷⁾.

الخاتمة:

لقد تأصل في حياتنا من خلال النص على حق اللجوء إلى القضاء لكافة الناس في الدستور وعدم تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء كما جاء في المادة (1/101) من الدستور الأردني، وذلك أن منع بعض الأفراد دون غيرهم من اللجوء للقضاء لانصافهم فيه اعتداء على حقوق الناس وحراباتهم وبعد إخلالاً بمبدأ شرعية الإجراءات لأن حق التقاضي مصان ولا يجوز تقييده، ولا يوجد في التشريعات الأردنية المعمول بها أي تقييد أو حجب للقضاء من نظر بعض الجرائم.

(¹) محمد صبحي نجم، قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنية، مضمونه، ومجال تطبيقه، عمان، 1980، ص 104 وما بعدها.

(²) محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية دراسات الشريعة والقانون، المجلد 32، العدد 1، سنة 2005.

(³) حسين يوسف مقابلة، الشرعية في الإجراءات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، 2003، ص 86-91.

(⁴) د. حمزة محمد أبوعيسى، أصول المحاكمات الجزائية، المجلد الأول، دار وائل للنشر، عمان/الأردن، الطبعة الأولى، 2012.

(⁵) تقول محكمة التمييز الأردنية (... وفي الحالة المعروضة فإن محكمة الجنايات الكبرى لم تطمئن لبينة النيابة العامة بأقوال المجني عليها فرح ودلت على الأسباب التي حملتها على عدم الاقتناع بهذه الأقوال الأمر الذي جعلها تشكك في صدقية أقوال المشتكية، وحيث أن الشك يعد لصالح المتهم فإن إعلان براءة المتهم مما أسند إليه على ضوء ما تقدم يتفق وأحكام القانون.

(⁶) أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1993.

(⁷) د. عبدالفتاح عبداللطيف الجبارة، الإجراءات الجنائية في التحقيق، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، الطبعة الأولى، 2015.

العقوبة الإدارية

الدكتور يونس نفيد
باحث في القانون الجنائي
رئيس المصالح المالية و المادية الجديدة

مقدمة :

لم يعرف المشروع المغربي العقوبة الإدارية ، لأن التعاريف تبقى من صلاحية الفقه و القضاء . بالمقابل جاء الفقه الإداري بمجموعة من التعاريف للعقوبة الإدارية . حيث عرف الفقيه الفرنسي جاك موري الجزاء الإداري (أي العقوبة الإدارية) على أنه : «قرار (نحبذ مصطلح تصرف بدل قرار) انفرادي ذو مضمون ردعي»¹. وعرف الأستاذ بيكار Picard ، أيضا الجزاء الإداري (أي العقوبة الإدارية) على أنه: «قرار نحبذ مصطلح تصرف بدل قرار (إداري انفرادي , ذو مضمون فردي , مستعمل من أجل هدف زجري»² وذهب الأستاذ محمد أمين بن عبد الله , في تعريفه للجزاء الإداري (أي العقوبة الإدارية) أنه : « قرار (نحبذ مصطلح تصرف بدل قرار) إداري انفرادي , صادر عن سلطة إدارية لجزر الإخلال بالتزامات معينة»³ أما مجلس الدولة الفرنسي فعرف الجزاء الإداري (أي العقوبة الإدارية) بأنه : «قرار (نحبذ مصطلح تصرف بدل قرار) انفرادي يتخذ سلطة إدارية , تتصرف في إطار امتيازات السلطة العامة , من أجل المعاقبة على مخالفة القوانين و التنظيمات»⁴ نستنتج من خلال هذه التعاريف أن عناصر العقوبة الإدارية تتمثل في أنها : تصدر عن سلطة إدارية (المبحث الأول) , ثم أنها تصرف إداري ذو صبغة انفرادية وذو مضمون قاعدي (المبحث الثاني).

المبحث الأول : وجوب صدور العقوبة الإدارية عن سلطة إدارية

يعرف الأستاذ جمال الدين زهير ، السلطة الإدارية بأنها : " مجموعة أعضاء , أو أعوان ينتمون إلى الجهاز الإداري , من خلال روابط رئاسية , بهدف القيام بأنشطة ذات منفعة عامة , بفضل توفرهم على امتيازات غير مألوفة في القانون الخاص"⁵. وباعتبار العقوبة الإدارية (أو الجزاء الإداري) , هي نوع من أنواع القرار الإداري التنفيذي , أي القرار الذي يتضمن في حد ذاته آثار قانونية خاصة به⁶, فإن القاعدة العامة هي وجوب صدورهما عن سلطة إدارية (المطلب الأول) , واستثناءا يمكن أن تصدر عن هيئات خاضعة مبدئيا للقانون الخاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القاعدة العامة.

نص الفصل الأول من ظهير 27 شتنبر 1957 المتعلق بإحداث المجلس الأعلى والقواعد العامة للمرافعة لديه , على أنه : " يحدث مجلس أعلى مقره بالرباط يعهد إليه البث في القضايا الآتية ما لم يصدر نص صريح بخلاف ذلك " 1... 2- طلبات إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بدعوى الشطط في استعمال السلطة"⁷. وقد عبرت عن ذلك المادتين 353 و 362 من قانون المسطرة المدنية , الصادر في 28 شتنبر 1974⁸, وكذا قانون رقم 90-41 المحدث بموجبه محاكم إدارية في مادته الثامنة التي نصت على أنه : " تختص المحاكم الإدارية ... بالبث ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة..."⁹. وبناء على مقتضيات هذه النصوص القانونية فإن السلطات الإدارية هي وحدها التي لها صلاحية اتخاذ تصرفات انفرادية تستحق نعتها " بالعقوبات الإدارية" (أو القرارات الإدارية). وأكدت هذا , محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في أكثر من قرار , بعد عدم قبولها طلبات إلغاء العقوبات (أو القرارات المضمنة لها) الصادرة عن غير السلطات الإدارية.¹⁰ وسارت مجموعة من أحكام المحاكم الإدارية على نفس النهج , حيث أكدت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء¹, على أنه يشترط في القرار الإداري المضمن للعقوبة : " أن يصدر عن سلطة إدارية وطنية".

¹-Moreau (J) ;droit administratif ;paris ;puf 1989 ;p :217-

ورد في مقال : إدريس بوزرايت ، أسس ونطاق الرقابة القضائية على الجزاءات الإدارية بواسطة دعوى الإلغاء ، المجلة المغربية للمنازعات القانونية ، 4-3/2005 ، ص 70.

²-Picard.(E) ;la notion de police administrative. Paris .LGDJ ; 1984.PP :129-130

ورد في : إدريس بوزرايت ، نفس المرجع ، ص 70.

³ - Ben Abdellah (M.A) , la police administrative dans le système juridique marocain , rabat, APREI, collection du droit public, 1989, p : 217.

ورد في مقال: إدريس بوزرايت ، نفس المرجع ، ص 70.

⁴ - Conseil D'État, section du rapport et des études les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions. Étude adoptée par l'assemblée générale du conseil d'état du 08 décembre 1994, la documentation Française, Paris, 1995, pp : 35-36.

ورد في مقال : إدريس بوزرايت ، نفس المرجع ، ص 70.

⁵-Zouhir. J.E , droit administratif, Oujda, imprimerie chems , 1999.p. 13.

⁶- Moderne.F, le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens, RFDA , mars — avril 1997, p. 9.

⁷- ظهير شريف رقم 323-57-1 مؤرخ في 02 ربيع الأول 1377 (27 شتنبر 1957) يتعلق بإحداث المجلس الأعلى والقواعد العامة للمرافعة لديه , ج.ر عدد 2347 بتاريخ 18 أكتوبر 1957, ص 1345.

⁸- ظهير شريف بميثاق قانون رقم 447-74-1 تاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية , ج.ر , عدد 3230 مكرر , ص 2741.

⁹- قانون رقم 41-90 يتحدث بموجبه محاكم إدارية , صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 225-91-1 الصادر في 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) ج.ر , عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نونبر 1993), ص 2168.

¹⁰- مثال : قرار عدد 15 , بتاريخ 20 مارس 1970 , ... ضد ملف عدد 29483 , ورد في كتاب: أحمد البخاري , أمينة جبراناجتبهادات المجلس الأعلى الغرفة الإدارية , الطبعة الأولى , المنشورات الجامعية المغربية , مراكش , 1996 , ص 54.

كما أكد بعض فقهاء القانون الإداري²، على أن القضاء بالمغرب، دأب منذ بداية الستينات وحتى نهاية الثمانينات (من القرن 20) على اعتبار القرار إداريا بمجرد صدوره من سلطة إدارية دون الأخذ بعين الاعتبار إن كانت هناك روابط تخضع للقانون العام أو القانون الخاص.

لكن بالرجوع إلى اجتهادات القضاء الإداري واجتهادات المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية)، نجد أن السلطة الإدارية ليست هي المحدد الوحيد لاعتبار العقوبة الإدارية، بدليل أنه قد تصدر عقوبات عن سلطة إدارية، ومع ذلك لا يمكن اعتبارها إدارية.

وفي مقابل ذلك قد تصدر عقوبات عن سلطة غير إدارية، ومع ذلك تعد في نظر القاضي أنها إدارية، وهذا ما سنوضحه من خلال الاستثناءات الموالية.

المطلب الثاني: الاستثناءات .

إن التركيز على المعيار العضوي، لتحديد ما إذا كانت العقوبة إدارية أم لا، قد يجعل من القرار الإداري محدود النطاق، لذلك وجد القضاء في تصرفات انفرادية لأشخاص غير إدارية صبغة قرارات إدارية، وأدخلها في اختصاص القضاء الإداري.

لدى يبقى التساؤل مطروحا، حول مدى اعتبار العقوبات الصادرة عن الجمعيات والمؤسسات العمومية التجارية الصناعية عقوبات إدارية أم لا (الفرع الأول)، كما يثور التساؤل ذاته بالنسبة لطبيعة بعض العقوبات الصادرة عن السلطة الإدارية المستقلة (الفرع الثاني) وكذا بالنسبة لطبيعة بعض العقوبات الصادرة عن المؤسسات الدستورية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التصرفات الانفرادية الصادرة عن الجمعيات والمؤسسات العمومية التجارية الصناعية

جاء في القرار رقم 340³ لمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) ، ما يلي: "أن الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم هي جمعية خاصة وقع تأسيسها في إطار الظهير الشريف بتاريخ 15 نونبر 1958، وأن القرارات التي تصدرها في المادة التأديبية تكون قابلة للطعن عن طريق دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة نظرا لكونها تدخل في نطاق المقررات المتخذة في إطار ممارسة امتياز من امتيازات السلطة العامة".

يستنتج من هذا القرار، قاعدة هامة تتجلى في أن في أن العقوبات (أو القرارات المضمنة لها) الصادرة عن الجامعة الملكية بصفة خاصة، والجمعيات بصفة عامة، تعتبر عقوبات صادرة عن سلطة إدارية، إذا كانت تدخل في نطاق العقوبات المتخذة في إطار ممارسة امتياز من امتيازات السلطة العامة، وبالتالي فإن هذه العقوبات تكون قابلة للطعن عن طريق دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة.

وبخصوص العقوبات الصادرة عن المؤسسات العمومية التجارية الصناعية، فنجد أن اجتهادات القضاء متذبذبة، حيث ترفض محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) تارة النظر في العقوبات الصادرة عن هذه المؤسسات، كما هو الشأن برفض قبول دعوى الإلغاء المقامة ضد العقوبات الصادرة عن المكتب المستقل لتوزيع الماء والكهرباء باعتباره لا يمثل السلطة الإدارية، وهذا ما أكدته قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) عدد 411⁴، وتارة أخرى يقبل القضاء الإداري الطعن بإلغاء العقوبات الصادرة عن المؤسسات العمومية التجارية الصناعية، كما هو الأمر واضح من خلال قرار استئناف عدد 369⁵ وفي قرار آخر عدد 19⁶، اقتضت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) على اعتبار فقط العقوبات الصادرة عن مدراء المؤسسات العمومية التجارية الصناعية، عقوبات صادرة عن سلطة إدارية، يمكن الطعن بالإلغاء فيها.

يتضح مما سبق، أن القضاء الإداري المغربي غير مستقر فيما يخص تحديد طبيعة المؤسسات العمومية التجارية الصناعية على موقف واحد.

الفرع الثاني: التصرفات الانفرادية الصادرة عن السلطة الإدارية المستقلة.

يصعب إعطاء تعريف للسلطة الإدارية المستقلة، لذلك التجأ بعض فقهاء القانون الإداري⁷، إلى الاكتفاء على الأقل بتمييزها عن باقي الأجهزة الأخرى، فاعتبروا أن مصطلح "إدارية" معناه إقصاء الأجهزة القضائية من مدارها، باعتبار أن التصرفات الانفرادية التي يمكن أن تتخذها لا تتمتع بحجية الشيء المقضي به، ولا تخضع لرقابة النقض من جهاز قضائي أعلى.

كما اعتبروا أن نعتها بأنها "إدارية" غير كاف في تمييزها عن الأجهزة الإدارية التابعة وحتى عن المؤسسات العامة، لذا كان من اللازم إضافة نعت آخر لها ووصفها بأنها "مستقلة" وهي بذلك تختلف عن الأجهزة الإدارية التابعة لكونها لا تدخل في تقسيم السلطة التنفيذية، فهي مستقلة عن كل وزارة، كما تختلف عن المؤسسات العامة لكونها لا تتوفر على ذمة مالية وتفتقد إلى الشخصية المعنوية، وأن الأخطاء المحتملة أن تقع فيها لا ترتب إلا مسؤولية الدولة⁸.

ومن قبيل السطوات الإدارية المستقلة بالمغرب، نجد الهيئة العليا للاتصال السمعي – البصري، إذ تعد العقوبات الانفرادية التي تصدرها من قبيل العقوبات الإدارية.

ومثال هذه العقوبات الإدارية ما تنص عليه المادة الثالثة من الظهير الذي يقضي بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي – البصري⁹، التي جاء فيها بأنه: "تناط بالمجلس الأعلى للاتصال السمعي – البصري المهام التالية: 1-... 2-... 16-... المعاقبة على المخالفات المرتكبة من لدن هيئات الاتصال السمعي – البصري، أو تقديم اقتراح بشأن العقوبات المترتبة عنها إلى السلطات المختصة، وفقا للتشريع الجاري به العمل ولدفاतर التحملات ذات الصلة..."

كما تنص المادة الخامسة عشر من نفس الظهير بأن رئيس المجلس الأعلى للاتصال السمعي – البصري مؤهل ليوقف، على الفور، رخصة الاستغلال الممنوحة للمنشأة التي تقدم الخدمات وذلك بقرار معلل يتخذه بعد أن يخبر بذلك مدير الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات والسلطة الحكومية المختصة.

¹ - حكم عدد 652 بتاريخ 26 دجنر 2001، ضد، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دلائل التسيير، عدد 16، 2004، صص. 128-129.

² - يحيى حلوي، القرار الإداري، من الأثر القانوني إلى التنفيذ المادي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة 2002-2003، ص. 14.

³ - ملف إداري عدد 90/10178، بتاريخ 31 أكتوبر 1991، ضد، قرارات المجلس الأعلى، المادة الإدارية 1958-1997، طبعة 1997، مطبعة المعارف الجديدة، ص. 205.

⁴ - المجلس الأعلى – الغرفة الإدارية، بتاريخ 23 فبراير 1968، .../... المكتب المستقل لتوزيع الماء والكهرباء، قرارات المجلس الأعلى، 1970-66، ص. 126.

⁵ - المجلس الأعلى – الغرفة الإدارية، بتاريخ 09 ماي 1996، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 51- خاص بالقضاء الإداري، السنة 20، ص. 62.

⁶ - المجلس الأعلى الغرفة الإدارية، بتاريخ 26 يناير 1977، ضد مكتب الأبحاث والمساهمات المعدنية، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 4، السنة 1978، ص. 89.

⁷ - يحيى حلوي، زهير جمال الدين، دور السلطات الإدارية المستقلة في اتخاذ قرارات إدارية انفرادية: طنجيس للقانون والاقتصاد، أشغال ندوة وطنية نظمها شعبة القانون العام مقر كلية جامعة عبد الملك السعدي بطنجة، يومي 14/15 أبريل 2000، العدد 2-2001، ص. 63.

⁸ - من ذلك الغي مجلس الدولة قرار صادر عن المجلس الأعلى السمعي البصري، وحكم على الدولة بأداء مبلغ 7000 فرنك فرنسي، انظر: يحيى حلوي، زهير جمال الدين، نفس المرجع، صص. 63-64.

⁹ - ظهير شريف رقم 1-02-212 صادر في 22 من جمادى الآخرة 1423 (31 أغسطس 2002) يقضي بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي – البصري، ج.ر، عدد 5035، 24 جمادى الآخرة 1423 (2 سبتمبر 2002) صص. 2543-2544.

ومن ضمن التصرفات الانفرادية التي أصدرها المجلس الأعلى للاتصال السمعي – البصري، والتي يمكن اعتبارها عقوبات إدارية، ما جاء به القرار رقم 04-06¹، والذي جاء فيه:

" المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري

...

لهذه الأسباب :

1- يصح بأن الوصلة الإشهارية لمنتجات وخدمات شركة... المشار عليها أعلاه، تشكل إشهاراً ممنوعاً ما لم يحذف منها مصطلح " الوحيدة " في صيغتها العربية، ومصطلحات " la seul " و " les seuls " في صيغتها الفرنسية.

2- يأمر شركة... بأن توقف فوراً بث هذه الوصلة الإشهارية، في صيغتها العربية والفرنسية، على حالتها عبر إذاعة ...

3- يأمر بتبليغ هذا القرار إلى شركة إذاعة ... وينشره في الجريدة الرسمية".

الفرع الثالث: التصرفات الانفرادية الصادرة عن بعض المؤسسات الدستورية.

القاعدة العامة أن التصرفات الانفرادية، التي تصدر عن بعض المؤسسات الدستورية، لا تعد عقوبات إدارية، كالقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، والأحكام القضائية التي تصدرها السلطة القضائية.

لكن نستثني من هذه التصرفات الانفرادية، مجموعة من التصرفات التي تعد عقوبات إدارية، كالتي تصدر عن إدارة مجلس النواب أو عن رئيسه (الفقرة الأولى)، وتلك التي تتعلق بتصرفات الضبط القضائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التصرفات الانفرادية الصادرة عن السلطة التشريعية

يتعلق الأمر بالتصرفات الانفرادية التي تصدر عن السلطة التشريعية، فهي وإن كانت لا تعتبر قرارات إدارية ولا يمكن للفاضي تكييفها بأنها إدارية، فرغم ذلك فهاته المؤسسة تتوفر على أجهزة يعهد إليها مهمة السير الحسن عن طريق إصدار تصرفات انفرادية خارجة عن نطاق القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية².

ونص القانون رقم 54-99 الفاضي بتنظيم القانون رقم 90-41 المحدث بموجبه محاكم إدارية، في مادته الثامنة على أنه: " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة ب... موظفي إدارة مجلس النواب وإدارة مجلس المستشارين"³.

ومفاد هذا النص، أن التصرفات الانفرادية ذات المضمون القاعدي، والتي لها صبغة إدارية، كالتي تصدر عن إدارة مجلس النواب أو رئيسه المتعلقة بالتعيين أو الترقية أو التأديب، تعتبر من قبيل العقوبات الإدارية، ونفس الحكم ينطبق على التصرفات الانفرادية الصادرة عن إدارة مجلس المستشارين أو رئيسه المتعلقة بالتأديب.

ومن ضمن التصرفات الانفرادية التي يمكن أن يصدرها مجلس النواب، وتعتبر عقوبات ما نصت عليه المادة 52 من النظام الأساسي الخاص بموظفي إدارة مجلس النواب⁴، التي جاء فيها:

" تشمل العقوبات التأديبية المطبقة على موظفي مجلس النواب على ما يأتي، وهي مرتبة حسب تزايد الخطورة:

1-العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى:

- الإنذار – التوبيخ ...

2-العقوبات التأديبية من الدرجة الثانية:

3-الإيقاف عن العمل ... – التأخير عن الأجرة ... – القهقرة من الرتبة ...

4-العقوبات من الدرجة الثالثة:

5-الإحالة الفورية على التقاعد العزل....".

6-وهذه العقوبات، هي نفسها التي نصت عليها المادة 54 من النظام الأساسي الخاص بموظفي إدارة مجلس المستشارين⁵.

الفقرة الثانية: التصرفات الانفرادية الصادرة عن السلطة القضائية.

إن استبعاد التصرفات الانفرادية (أو القرارات) القضائية ، أمر بديهي من زمرة العقوبات الإدارية (أو القرارات الإدارية المضمنة لها) الصادرة عن سلطة إدارية، وخصوصاً التصرفات (أو القرارات) التي تتركب منها الأحكام القضائية⁶، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قراره عدد 62⁷.

لكن نستثني من هذه التصرفات الانفرادية (أو القرارات) القضائية ذات المضمون القاعدي، تلك التي لها صبغة إدارية، التي يجب اعتبارها " عقوبات إدارية" (أو قرارات إدارية) حيث تخضع هذه التصرفات (أو القرارات) لرقابة المشروعية التي يباشرها القضاء الإداري على العقوبات الإدارية (أو القرارات المضمنة لها)، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في إحدى قراراته، الذي جاء فيها أن: " قرارات وزير العدل المتعلقة بتنظيم المرفق العمومي للقضاء، سواء المتعلقة بأعضاء المحاكم أو بملحقها، تعتبر قرارات صادرة عن سلطات إدارية يمكن للمعنيين بالأمر الطعن فيها بتجاوز السلطة وهذا ما يستفاد ضمناً من الحكم"⁸.

¹ - المجلس الأعلى للاتصال السمعي – البصري، قرار رقم 04-06، صادر في 6 مارس 2006 بشأن الوصلة الإشهارية التي تبثها إذاعة ... قصد الترويج لمنتجات وخدمات "....".

² - يحيى حلوي، القرار الإداري: من الأثر القانوني إلى التنفيذ المادي، مرجع سابق، ص: 18.

³ - قانون رقم 54-99 الفاضي بتنظيم القانون رقم 90-41 المحدث بموجبه محاكم إدارية، صدر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 199-99 صادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 اغسطس 1999) ج-ر عدد 4726، بتاريخ 16 سبتمبر 1999، ص. 2283.

⁴ - ظهير شريف رقم 189-89 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 32.89 المتعلق بتحديد النظام الأساسي الخاص بموظفي إدارة مجلس النواب، جريدة رسمية عدد 11-4226 جمادى الأولى 1414 (27 أكتوبر 1993)، ص. 2149.

⁵ - ظهير شريف رقم 170-98 صادر في 26 من رمضان 1419 (14 يناير 1999) بتنفيذ القانون رقم 32.98 بتحديد النظام الأساسي الخاص بموظفي إدارة مجلس المستشارين جريدة رسمية عدد 28-4682 ذي الحجة 1419 (15 أبريل 1999) ، ص. 879.

⁶ - ميشيل روسي، المنازعات الإدارية بالمغرب مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 1995، ص. 142.

⁷ - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، عدد 62 الصادر في 18 مارس 1977، في قضية /.../، ورد في كتاب: ميشيل روسي، المنازعات الإدارية بالمغرب، مرجع سابق، ص. 142.

⁸ - قرار عدد 6، بتاريخ 29 أبريل 1958، ... ضد...، مجموعة قضاء المجلس الأعلى 1957-1960، ص: 17 ورد في كتاب: أحمد البخاري، أمينة جبران، اجتهادات المجلس الأعلى الغرفة الادارية، تقديم الدكتور سعيد ابن البشير، الطبعة الأولى، المنشورات الجامعية المغربية، مراكش 1996، ص. 144.

ويبدو أن القضاء المغربي سار على منهاج نظيره، الفرنسي، حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته سنة 1952، على أن التصرفات الانفرادية (أو القرارات المضمنة لها)، المتعلقة بتنظيم المرفق العمومي للقضاء، قابلة للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري، وتعتبر كأنها صادرة عن سلطة إدارية، حيث جاء في هذا القرار¹ ما يلي:

« s'agissant d'un service de l'état, le service public de la justice aurait pu relever, pour le contrôle juridictionnel de son activité, des juridictions administratives » .

وبالتالي نستنتج من مضمون هذا القرار، أن التصرفات الانفرادية القضائية، ذات المضمون القاعدي والمتعلقة بتنظيم المرفق العام للقضاء، تعتبر عقوبات إدارية (أو قرارات إدارية) قابلة للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري.

إذن فالقاعدة العامة، هي أن تصدر العقوبة الإدارية عن سلطة إدارية، واستثناء قد تصدر عن أجهزة غير إدارية، وتعد في نظر القضاء أنها إدارية كما سبق الإشارة إلى ذلك.

لكن القول بأن العقوبة الإدارية يجب أن تصدر عن سلطة إدارية غير كاف، لأجل ذلك يتطلب البحث عن عناصر أخرى لتحديد الصبغة الإدارية للعقوبة الإدارية بشكل دقيق، الأمر يتعلق بعنصري الانفرادية والمضمون القاعدي.

المبحث الثاني: الانفرادية والمضمون القاعدي

المطلب الأول: الانفرادية

حسب معجم روبر Robert تطلق الانفرادية على " 1- الشيء الذي لا يعد إلا من جانب واحد 2- الشيء الذي لا يلزم إلا طرفا واحدا في القانون 3- الشيء الذي لا يصدر إلا من جانب واحد، لا يهيم إلا جانب واحد، القرار الانفرادي هو المتخذ دون استشارة الأطراف"².

أما اصطلاحاً: فأخذ جانب من الفقه بالمعيار الكمي لتحديد مفهوم " الانفرادية" فاعتبر البعض منهم على أن التصرف الانفرادي هو التصرف الذي: " يتوافق مع إبراز إرادة شخص واحد يكون بالضرورة سلطة عمومية أو عون عمومي"³.

أما الجانب الآخر من الفقه، فأخذ بالمعيار الكيفي، فقد تساءل عن الإمكانية التي من خلالها يمكن القول أن القرار القضائي الذي يعتبر تصرفا انفراديا يعبر عن مصلحة طرف وحيد، في حين انه عادة ما يكتسب صبغة توفيقية لمصالح الأفراد⁴.

ويرجع أغلبية الفقه الإداري⁵، الأخذ بالمعيار الكيفي ذلك أن كلمة "انفرادية"، لا تقتضي أن تكون العقوبة صادرة عن شخص واحد بل هناك مجموعة من العقوبات الإدارية لابد و ان تتخذ من طرف عدد من السلطات أو يشارك في إصدارها عدة مسؤولين، فهذه الخاصية لا تزج عنها طابعها الانفرادي مادامت لا تعبر إلا عن الإدارة المنفردة للإدارة⁶. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من القانون رقم 01.00 المتعلق بتنظيم التعليم العالي⁷، والتي جاء فيها على أنه: "ينعقد مجلس المؤسسة الجامعية المجتمع كمجلس تأديبي خاص بالطلبة ...".

المطلب الثاني: المضمون القاعدي.

ويتعلق الأمر بمجموع القواعد التي يتضمنها القرار الإداري (المضمن للعقوبة الإدارية)، وبدونه لا يمكن الحديث عن وجود قرار إداري (أو عقوبة إدارية) رغم توفر عنصري الانفرادية بجانب العضو الإداري. واليه يرجع الفقه لتمييز التصرفات الإدارية فيما بينها وتحديد مدلولها⁸.

بالاعتماد على معيار المضمون القاعدي، للتمييز بين العقوبة الإدارية والقرار الإداري، نستنتج أن المضمون القاعدي للعقوبة الإدارية يجب أن يكون فرديا، و أمرا، ومكتوبا، بخلاف القرار الإداري الذي يتخذ صورة الأمر أو الجوازي، والتنظيمي أو غير التنظيمي، والمكتوب أو غير المكتوب⁹.

وبالاعتماد على نفس المعيار نجد أن بعض الإجراءات الإدارية، لا تهدف دائما إلى المعاقبة على الإخلال بالتزام قانوني معين بل قد يكون الهدف منها أحيانا هو الوقاية من وضعية غير عادية، كما هو الشأن النسبة لقرارات أو تدابير الشرطة الإدارية التي يغلب عليها الطابع الوقائي أو التحفظي لحماية النظام العام، والحيولة دون وقوع اضطرابات كيفما كانت طبيعتها¹⁰، بدل الطابع الجزري العقابي، بينما نجد ان العقوبة الإدارية (أو الجزء الإداري) تستهدف زجر المخالفات وفقا للمبدأ أو القاعدة الشهيرة " لا عقوبة إلا بنص".

¹ - conseil d'état, 27 novembre 1952 préfet de la guyanerec 642 cité par morceau long (et autres) , les grands arrêtes de la jurisprudence administrative 7EME édition SIREX , Paris, 1978, p. 395.

² - Dictionnaire robert V « unilatéral » .

³ - Louis Rolland , précis de droit administratif 8 eme édition Dalloz 1943, p. 42.

ورد في كتاب : يحيى حلوي، القرار الإداري من الأثر القانوني إلى التنفيذ المادي، مرجع سابق، ص. 20.

⁴- Georges Dupuis, Définition de l'acte unilatéral, Recueil d'étude en hommage à charles eisenmann, Gujas, p. 210.

⁵ ورد في كتاب : يحيى حلوي، القرار الإداري من الأثر القانوني إلى التنفيذ المادي، مرجع سابق، ص.

⁶ - يحيى حلوي، المرجع نفسه، صص: 20 إلى 23.

⁷ - بلهاسي محمد التسولي، راجع عبد الوهاب، مقاضاة الشخص المعنوي العام في إطار القانون المحدث المحاكم الإدارية، الطبعة الأولى، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، 1995، ص. 102.

Jamal Eddine Zouhir , droit administratif, chems, 1999, p 52 ets.

⁸ - بلهاسي محمد التسولي، رافع عبد الوهاب، مرجع سابق، ص. 102.

⁷ - مرسوم رقم 2.06.619 صادر في 28 من شوال 1429 (28 أكتوبر 2008)، يتعلق بالمجلس التأديبي الخاص بالطلبة، ج.ر، عدد 11-5681 ذو القعدة 1429 (10 نوفمبر 2008)، ص. 4130.

⁸ - يحيى حلوي، القرار الإداري، من الأثر القانوني إلى التنفيذ المادي، مرجع سابق، ص. 23.

⁹ - المرجع نفسه، صص: من 23 إلى 27.

¹⁰ - إدريس بوزرايت، الزجر الإداري: أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة 2004-2005، ص. 121.

كما ان هذا المضمون القاعدي، هو معيار للتمييز ما بين العقوبات الإدارية و الإجراءات التحفظية الوقائية، وهذا ما جعل القضاء الإداري يرفض اعتبار الإجراءات التحفظية، عقوبات إدارية، ومن ذلك الإجراءات التحفظية التي تتخذها السلطات الإدارية كإزاحة السيارات الموجودة في وضعية غير مسموح بها من الطريق....، لأن هذا الإجراء يعتبر تحفظيا، لا يهدف الزجر وإنما يهدف الوقاية من الإخلال بوضعية يفرضها القانون¹. ومثال الإجراءات التحفظية بالمغرب ما تنص عليه الفقرة الأولى من الفصل 73 من ظهير 24 فبراير 1958 من النظام الأساسي العام للتوظيف العمومية²، التي جاء فيها: "إذا ارتكب أداء الموظفين صفوة خطيرة سواء كان الأمر يتعلق بإخلال في التزاماته المهنية أو جنحة ماسة بالحق العام فإنه يوقف حالا من طرف السلطة التي لها حق التأديب".

وهذا ما أكدته أيضا المجلس الأعلى³، في قضية العلي التهامي ضد وزارة الداخلية، حيث لم يعتبر الاعذار التهديدي، عقوبة إدارية قابلة للطعن بالإلغاء، والذي جاء في حيثيات قراره: "إن الإعذار التهديدي الموجه للمعني بالأمر بهدم المباني المشيدة بصفة غير قانونية وإلا اتخذت ضده إجراءات قضائية، لا يعتبر مقررًا ذا صفة تنفيذية، بل هو لا يعدوا أن يكون مجرد إجراء تحضيري ليس من شأنه التأثير مباشرة في المركز القانوني تجاه من وجه إليه، وبالتالي يكون طلب الإلغاء فيما يخصه غير مقبول".

أخيرا، نخلص إلى أن المضمون القاعدي للعقوبات الإدارية، هو مضمون زجري، وأمر، وفردى، يوجه للمخالف من أجل ردعه.

¹ - Mireille Delmas Marty, Catherine Teitgen – colley : punir sans juger : de la répressions administrative au droit administratif pénal, economica, 1992 p. 44.

² - ظهير شريف 1.58.008 بتاريخ 04 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) بشأن النظام الاساسي العام للتوظيف العمومية، جريدة رسمية عدد 2372، بتاريخ 21 رمضان 1377 (11 أبريل 1958)، ص.920.

³ - قرار رقم 10، بتاريخ 30 يناير 1970، ملف عدد 29622، مجلة قضاء المجلس الأعلى، السنة 2 مارس 1970، العدد 15، ص:74.

القيود الواردة على سلطة المحكمة الجنائية الدولية في مرحلة التحقيق.

حسينة شرون
أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة بسكرة

مقدمة:

إن المحكمة الجنائية الدولية هي هيئة قضائية دائمة نشأت بموجب معاهدة دولية اتفق أطرافها على ضرورة التحقيق ومحاكمة أشد الجرائم خطورة وأكثرها اهتماما من جانب المجتمع الدولي، وهي: الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، وجريمة العدوان. والواقع أن وجود آليات قوية ومستقلة قائمة على تحقيق العدالة الجنائية الدولية لمن أهم دعائم الحفاظ على الأمن الدولي وإعادة السلام إلى كافة أنحاء المعمورة، فضلا عن أن إنشاء تلك الآليات يعكس تطور الشعور بالمسؤولية والعدالة كقيم معترف بها على المستوى الدولي.

وقد حرص المشرع الدولي على بيان وسائل اتصال المحكمة بالدعوى أو بالجريمة. بيان ذلك أنه تحت عنوان «ممارسة الاختصاص»، تنص المادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن «للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة 5 وفقا لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية: (أ) إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام وفقا للمادة 14 حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت؛ (ب) إذا أحال مجلس الأمن، متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت؛ (ج) إذا كان المدعي العام قد بدأ بمباشرة تحقيق فيما يتعلق بجريمة من هذه الجرائم وفقا للمادة 15». ويستفاد من هذا النص أن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية محدد بالجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي. وعلى غرار القضاء الوطني، ثمة جهة للدعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية. ويطلق النظام الأساسي على الشخص المنوط به القيام بمهمة الادعاء اصطلاح «المدعي العام». والمدعي العام قد يقوم من تلقاء نفسه بمباشرة التحقيق في الجريمة، وقد يكون البدء في التحقيق بناء على إحالة من دولة طرف أو من مجلس الأمن. وستقتصر هنا في هذه الدراسة على تناول الفرض الذي يقوم فيه مجلس الأمن بإحالة «حالة» إلى المدعي العام، يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم الواردة في النظام الأساسي قد ارتكبت.

ذلك ما سنعالجه بشيء من التفصيل خلال هذه المقالة في مطلبين اثنين:

المطلب الأول: سلطة مجلس الأمن في تأجيل التحقيق أمام المحكمة الجنائية الدولية.

تشكل علاقة المحكمة الجنائية الدولية الدائمة بالأمم المتحدة، وتحديدًا مجلس الأمن إشكالية كبيرة مردها ما لمجلس الأمن، عملاً بالفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة من جهة ومكانة المحكمة الجنائية بالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة من جهة أخرى، ونظرا للدور الريادي الذي يلعبه مجلس الأمن في حفظ الأمن والسلم الدوليين، لذلك كرس له نظام روما سلطات غير مسبوقه وكما توصف هذه السلطات بالخطيرة ذلك أنه يتعطل بمقتضاها نشاط المحكمة بل قد يترتب عليها إلغاء دور تلك المحكمة فله أن يمنع البدء في التحقيق أو يوقف الاستمرار فيه أو يمنع البدء في المحاكمة أو يوقف الاستمرار فيها لمدة سنة كاملة قابلة للتجديد، إلى ما لا نهاية في حالة اضطراب الأمن والسلام العالمي أو تهديدهما بالخطر⁽¹⁾. ولسلطة مجلس الأمن في إرجاء أية متابعة أو تحقيق أساس قانوني حرره واضعوا النظام الأساسي للمحكمة.

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة مجلس الأمن في تأجيل أية متابعة أو تحقيق.

يستمد مجلس الأمن صلاحياته في إرجاء أية متابعة أو تحقيق من نص المادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة والتي نصت على ما يلي: "لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام لمدة اثني عشرة شهرا، بناء على طلب لمجلس الأمن للمحكمة في صيغة قرار يصدر عنه بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، و يجوز للمجلس تجديد ذلك بالشروط ذاتها وينطبق هذا الإجراء مهما كان مصدر الإحالة للمحكمة سواء من قبل الدولة أو المدعي العام. وتسمح هذه السلطة الممنوحة لمجلس الأمن بسحب الحالة من جدول المحكمة الجنائية الدولية⁽²⁾ بدلا من ضرورة الموافقة المسبقة لمجلس الأمن لعرض الحالة على المحكمة.

مما لا شك فيه أن هذه المادة هي أخطر نص تضمنه النظام الأساسي للمحكمة، فهو نص يضعف دور المحكمة و يجعلها في تبعية لمجلس الأمن لا حدود لها مادام قرار الإرجاء يتجدد دون تحديد هذا التجديد، لذلك جاء على لسان أحد الفقهاء أنه أضى مجلس الأمن يتمتع بنوعين من الصلاحيات ذات الأثر الدولي: الأولى هي الصلاحيات السياسية المتمثلة في حق التدخل المباشر لحفظ السلم والأمن الدوليين، والمخولة طبقا للفصل السابع من الميثاق، وكذلك استخدام حق الفيتو. والثانية هي الصلاحية القضائية المتمثلة في إرجاء التحقيق والمقاضاة⁽³⁾.

وما يلاحظ على سلطة مجلس الأمن المتعلقة بإرجاء أية متابعة أو تحقيق هو إجراء له مدة زمنية محددة باثني عشرة شهرا يبدأ حسابها من تاريخ إرسال الطلب في لائحة يصدرها طبقا لأحكام المادة 27 من ميثاق الأمم المتحدة، وتعتبر هذه المدة قابلة للتجديد لقرار آخر من مجلس الأمن.

وكان من المفروض أو من الأجدى تقييد إمكانية "التجميد" بمدة زمنية محددة، أو بعبارة أخرى الحد من إمكانية التجديد (التجميد مدّة 12 شهرا) فورودها بشكل مطلق في النظام لا يمكن أن تفسّر إلا بالرغبة لترك الباب مفتوحا أمام بعض الاستثناءات التي تستوجب عدم الإصرار على المتابعة والمحاسبة. فكان من الأجدر تصوّر نوع من التعاون بين المجلس والمحكمة في هذا الباب، تعاون يمكن المحكمة من إبداء موافقتها أو على الأقل رأيها لا أن يكون اختصاصا حصريا وانفراديا لفائدة مجلس الأمن. فمبدأ أولوية القضائي على السياسي وهو مبدأ أساسي لحسن سير وإدارة القضاء الدولي يكون قد عرف هكذا تراجعاً هاماً بالمقارنة مع المحاكم الجنائية الدولية الخاصة التي أنشأت بقرارات من مجلس الأمن نفسه⁽⁴⁾.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن ما ورد في المادة 16 يوحى بنتيجة قانونية مفادها أن لمجلس الأمن سلطات واسعة في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين، وهي الغاية التي يسعى إليها دائما بوسائل قانونية مختلفة، منها ما هو مكرس في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ومنها ما قد تجسد في الممارسة الدولية التي اتخذها هذا الأخير من خلال المحاكم الجنائية الدولية الخاصة التي أنشأها بموجب قرارات طبقا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، فالمادة 16 ما هي في واقع الأمر إلا تقنين لتلك الممارسة لذلك جاء في مبررات وجود هذا النص في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة من أنه في بعض الأحيان إبرام اتفاق سلام هو أفضل حل من فتح تحقيق وإجراء متابعة قضائية⁽⁵⁾، ويؤسس هذا الرأي موقفه بما جاء في المادة 53 التي نصت على مايلي: "يشرع المدعي العام بالتحقيق بعد تقديم المعلومات المتاحة له ما لم يقرر عدم وجود أساس معقول لمباشرة إجراء بموجب هذا النظام الأساسي، ولدى اتخاذ قرار الشروع في التحقيق ينظر المدعي العام فيما إذا

كان يرى أخذ في اعتباره خطورة الجريمة ومصالح المجني عليهم، أن هناك مع ذلك أسبابا جوهرية تدعو للاعتقاد بأن إجراء تحقيق لن يخدم مصالح العدالة⁽⁶⁾، لذلك فإذا ما رأى مجلس الأمن أن الحالة التي رفع بموجبها الإدعاء تشكل تهديدا للسلام والأمن، فله بما يملكه من سلطات - وفقا لما أشير سابقا- الحق في إصدار قرارات ملزمة لكل الدول الأعضاء في الأمم المتحدة. وهكذا فإن لمجلس الأمن الحق في إيقاف التحقيقات⁽⁷⁾ وفقا لما هو في أحكام المادة 16. هذا النص الذي يعد بحق ووفقا لسلطاته المبنية في ميثاق الأمم المتحدة الأساس القانوني لسلطة مجلس الأمن في إرجاء أية تحقيق ومتابعة أو مقاضاة. تجدر الإشارة أن السلطة التي منحت لمجلس الأمن تأسيسا على نص المادة 16، إنما تنصرف فقط بخصوص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، أما إذا مارس القضاء الوطني اختصاصه على الجرائم الدولية الواردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية للفصل فيها وفقا للقانون الوطني، فإن مجلس الأمن ليس من حقه طلب وقف إجراءات التحقيق والملاحقة لمدة اثني عشرة شهرا أو لأية مدة أخرى علة ذلك أمور ثلاثة.

أولا: أن سلطته هذه ورد النص عليها صراحة في النظام الأساسي للمحكمة بخصوص المحكمة الجنائية الدولية، وليس المحاكم الوطنية. ثانيا: أن هذه السلطة المقررة لمجلس الأمن سلطة استثنائية ومن المعروف بالضرورة أن الاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه، كما أن أي استثناء يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً.

ثالثاً: أن المجلس إذ حدث وأن طلب من المحاكم الوطنية وقف إجراءات التحقيق والملاحقة يكون بذلك قد خالف مقتضيات المادة 7/2 من ميثاق الأمم المتحدة؛ والتي قالت بوضوح بشأن عدم جواز التدخل في الشؤون التي تعد من صميم السلطان الداخلي للدول، ومما لا شك فيه أن ممارسة القضاء الوطني لاختصاصاته يعد من صميم الشؤون الداخلية لأي دولة⁽⁸⁾. غير أن لهذه السلطة الممنوحة له جملة من الانتقادات قيلت بشأنها ذلك ما سنعالجه في الفرع الآتي:

الفرع الثاني: الانتقاد الموجه لسلطة التأجيل الممنوحة لمجلس الأمن.

إذا كانت المادة 16 من نظام روما خولت لمجلس الأمن سلطة خطيرة جدا تتضمن إعاقه عمل المحكمة و تعليق مهامها في التحقيق و المحاكمة، على الرغم من أن الدول المجتمعة في روما حاولت الحد من آثار هذه السلطة باقتراح عدم تجديد مدة التعليق أو تجديدها لمدة واحدة فقط، غير أن هذه الاقتراحات قوبلت بالرفض ولم يأخذ بها. وصدر النص على هذه السلطة الممنوحة للمجلس على النحو المبين سلفا، غير أن المبررات التي قيلت بشأن المادة 16 لا تصمد أمام الانتقادات الحادة التي وجهت لها، فباتت الأخيرة تشكل قيда قانونيا على المحكمة لممارسة اختصاصاتها، فكما كان هناك ظرف سياسي يحيط بمتابعة أو تحقيق يجريه المدعي العام، يستطيع مجلس الأمن التدخل بناء على المادة 16 وفقا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ويوقف المتابعة أو التحقيق⁽⁹⁾.

ذلك أنه من الواضح أن نص المادة 16 منحت مجلس الأمن سلطة مطلقة وغير خاضعة لأي قيد أو حدود. والملاحظ من الوهلة الأولى أن صياغة النص أشار إلى البدء أو المضي وهذا يعني أن المجلس يتمتع بسلطة طلب التأجيل في أي مرحلة تكون عليها الدعوى منظورة أمام المحكمة وسواء كانت هذه المحكمة قد شرعت في مباشرة مهامها، أو حتى لو قطعت شوطا كبيرا في جمع الأدلة وإجراء التحقيقات⁽¹⁰⁾ وهنا تثار مخاوف شديدة مفادها أن يؤدي تدخل مجلس الأمن لطلب التأجيل إلى إهدار الأدلة وضياح آثار الجريمة وفقدان الشهود أو إحجامهم عن الإدلاء بشهادتهم. وهي أمور كلها قد يكون لها الأثر السلبي البالغ على حسن سير التحقيقات. ولعل الملاحظة الهامة التي يجب الإشارة إليها في معرض الحديث عن النقد الذي وجه إلى سلطة مجلس الأمن في الإرجاء، هي تلك السلطة التي جاءت على إطلاقها فمنحت لهذا الأخير التأجيل غير المحدد بفترة زمنية، ذلك أنه باستقراء نص المادة 16 نجد أنها حددت مدة التأجيل بآثني عشرة شهرا إلا أنها أجازت للمجلس لمرات غير محدودة وهو ما يفيد أن هذه الصلاحيات الممنوحة له ليست مجرد تعليق أو إيقاف وإنما اعتراض سبيل نشاط المحكمة وسد الطريق أمامها وهو ما يفيد أيضا بتبعية هيئة قضائية جنائية تبعية خطيرة لولاية هيئة سياسية.

كما أنه حري بالذكر بخصوص الآثار القانونية لهذه المادة أنه لا يوجد في النظام الأساسي للمحكمة أي بند يعطي المدعي العام صلاحية الاحتفاظ بالأدلة خلال فترة الإرجاء الأمر الذي يؤدي إلى فقدانها إذا ما تم رفع الإرجاء⁽¹²⁾.

وتظل الدوافع الحقيقية وراء إدراج المادة 16 في أن الدول الكبرى التي لها العضوية الدائمة في مجلس الأمن تهدف من وراء ذلك إلى تفادي أي إجراء قضائي من طرف المحكمة يكون ضد مواطنيها، وبخاصة أفراد قواتها العسكرية المشاركة في قوات حفظ السلام.

وهو الأمر الذي تأكد فعلا عام 2002، ذلك أن مجلس الأمن أصدر قرارا طالب فيه من المحكمة الجنائية الدولية عدم إجراء أية متابعة قضائية ضد قوات حفظ السلام الأممية⁽¹³⁾.

من خلال ما سبق نستطيع القول أن سلطة الإرجاء الممنوحة لمجلس الأمن بموجب المادة 16 من النظام الأساسي تجعل المحكمة في علاقة تبعية غير محدودة لمجلس الأمن، الأمر الذي ينجم عنه أثر سلبي على فاعلية المحكمة في قمع الجرائم الدولية الأشد خطورة في القانون الدولي والحد من ظاهرة الإفلات من العقاب التي عانى منها المجتمع الدولي، فلا زال هذا الأخير بخصوصياته تحركه وتحكمه المصالح والاعتبارات السياسية، الأمر الذي يبدو جليا في الإشكالية المطروحة حاليا على المحكمة الجنائية الدولية، والمتتمثلة في اختصاص هذه الأخيرة بشأن جريمة العدوان المنصوص عليها في المادة 05 من النظام الأساسي للمحكمة.

فجريمة العدوان تعد من الجرائم موضوع التحقيق و المقاضاة التي تدخل في الاختصاص الأصيل للمحكمة الجنائية الدولية، لكن هذا الاختصاص تم تعليقه لحين إجراء التعديلات المرتقبة عام 2009 فقد تم تنصيب لجنة تحضيرية خاصة أسندت لها مهمة وضع تعريف لجريمة العدوان بما لا يتعارض مع أحكام المادة 39 من ميثاق الأمم المتحدة التي تمنح لمجلس الأمن صلاحية تقرير وجود العدوان.

المطلب الثاني: سلطة مجلس الأمن في إحالة حالة إلى المحكمة الجنائية الدولية.

لقد خص مجلس الأمن بصلاحيات واسعة في نظام روما الأساسي بحيث يمكنه إحالة أية حالة على المحكمة يرى أنها تشكل إحدى الجرائم التي تدخل في الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، فصلاحيته الإحالة يستمد منها من الفصل السابع⁽¹⁴⁾.

1- ذلك أن مجلس الأمن عهد إليه بالمسؤولية الرئيسية في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين عن طريق اتخاذ الإجراءات التي تحول دون تهديد السلم والأمن الدوليين⁽¹⁵⁾.
2- فالحالات التي يحيلها مجلس الأمن إلى المحكمة لا تتطلب موافقة الدول، ويحق للمدعي العام حين يقوم مجلس الأمن بإحالة حالة ما للمحكمة المضي في التحقيقات ضد أي فرد مشتبه في ارتكابه جريمة تقع في نطاق اختصاص المحكمة في أية دولة وبدون الحصول على موافقة أية دولة سواء كانت دولة طرف أم غير طرف، بمعنى أنه لا يعطي أية أهمية لموافقة الدول أو رفضها، وعلى الرغم من ذلك فإنه يتعين أن نشير إلى أن الإحالة من مجلس الأمن لا تلزم المدعي العام بفتح تحقيق مع سائر التحفظات حول تطبيق هذا الحكم ميدانيا.

غير أن ما هو جدير بالمعالجة في هذا الصدد التطرق إلى الأساس القانوني الذي يستمد منه مجلس الأمن سلطانه في الإحالة وكذا إلى الآثار التي تترتب على هاته السلطة.

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة مجلس الأمن في إحالة حالة أمام المحكمة الجنائية الدولية.

جاء النص على هذه السلطة صراحة في المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة التي ورد فيها ما يلي: " للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة 05 وفقا لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية:

- إذا أحال مجلس الأمن متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم قد ارتكبت⁽¹⁶⁾.

وقد رأى الفقه أن من مبررات تمتع مجلس الأمن بهذه السلطة هو تفادي عدم تكرار تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة التي لاقت معارضة شديدة في المجتمع الدولي، كما أن الصعوبات المالية والعراقيل الميدانية التي واجهتها تلك المحاكم كانت هي الأخرى من بين الأسباب التي تقف خلف إدراج المادة 13 في النظام الأساسي كبديل عن تلك المحاكم، وإضافة إلى ما تقدم ذكره فإن من الدوافع وراء إقرار هاته السلطة لمجلس الأمن ما جاء في الفقرة 03 من ديباجة النظام الأساسي.

وهذا يعد أيضا الأساس القانوني لمنح المجلس تلك السلطة إلى إحالة حالة تهدد السلم والأمن الدولتين، وهي السلطة التي تدخل ضمن صلاحيته و دوره⁽¹⁷⁾. وما تجدر الإشارة إليه هو أن ما ورد في نص المادة 13/ب لا يوجب بأي تحديد لمضمونها فمصطلح " الإحالة " الذي ورد لأول مرة وأسند لمجلس الأمن كإجراء يدخل ضمن صلاحياته المنصوص عليها في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، لم يتم تحديده بكيفية واضحة، كما لم يحدد الجهة المحال إليها الحالة من قبل مجلس الأمن فالمادة 3/53 المحددة لصلاحيات المدعي العام للمحكمة والتي ورد فيها بناء على المعلومات الواردة إليه لم يرد فيها كلمة " قرار الإحالة " الصادر من مجلس الأمن لذلك أوصى الفقه جمعية الدول الأعضاء في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ضرورة تحديد المفهوم الواسع لعبارة الإحالة على المحكمة خلال التعديلات المرتقبة للنظام الأساسي عام 2009 و إلى جانب ذلك الغموض الوارد في المادة 13/ب، فإن الفقه الدولي أثار مسائل قانونية أخرى لا تقل أهمية عن الأولى وهي مسائل تتعلق بشكل الإحالة وأساس تفضيل مصطلح " حالة " على مصطلح قضية.

فبالنسبة لمصطلح الإحالة، فالفقه تساءل عن طبيعة و شكل الإحالة، هل يأتي في صيغة قرار ملزم، أم في شكل توصية ؟ للإجابة عن ذلك التساؤل رجع الفقه إلى الأعمال التحضيرية للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فوجد أنه تم استبعاد سلطة الجمعية العامة للأمم المتحدة لإحالة أية وضعية أو إحالة أمام المحكمة، على أساس أن هذا الأخيرة لا تملك إلا سلطة إصدار توصيات خالية من القوة الإلزامية. بناء على ذلك لا يمكن تصور الإحالة الصادرة من المجلس إلا في شكل قرار ملزم⁽¹⁸⁾ وهو ما تأكد فعلا بموجب القرار الصادر عن مجلس الأمن (1593) بتاريخ: 2005/03/31 الخاص بأحداث دارفور بالسودان؛ هذا الإقليم من السودان الذي وقعت به جرائم ضد الإنسانية، وجرائم حرب في عامي 2003 و 2004 ارتكبت بحق المدنيين، وقد اتهمت المحكمة الجنائية بتاريخ: 2007/02/27 وزير الداخلية السوداني وأحد قادة مليشيا عن ارتكابهم للجرائم السالفة والتي راح ضحيتها أكثر من 200 ألف قتيل حسب الأمم المتحدة. وقد عرض المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية لويس مورينو أو كامبو أدلة تثبت ارتكابهم 51 جريمة ضد الإنسانية وجرائم حرب غير أن الدولة السودانية تبدي رفضها القاطع محاكمة أي من مواطنيها خارج البلاد وهو الأمر الذي تجلّى من خلال تصريح وزير العدل السوداني الذي قال عقب إدلاء المدعى العام عن أسماء المشتبه بهم « أن المحكمة الجنائية الدولية لا يتعقد لها اختصاص أصيل فيما يتعلق بالسودان ذلك أن قانون المحكمة ينطبق على الدول غير الراغبة وغير القادرة على محاكمة مواطنيها، والأمر لن يحدث في السودان، هذا الأخير الذي يتمتع بقضاء مستقل ومشهود له بالنزاهة وأصدر أحكاما بالسجن وحتى بالإعدام في حق كثير من أدينوا بالجرائم في دارفور ومنهم أفراد القوات المسلحة⁽¹⁹⁾ ». وفي اعتقادنا أن قرار الإحالة الذي اتخذته مجلس الأمن بشأن النزاع في دارفور هو انتفاص وتهديد لسيادة السودان في مقاضاة مواطنيها، لاسيما وأنها أكدت قدرتها على المحاكمة ورغبها في ذلك هذا من جانب، ومن جانب آخر فحتى بالرجوع إلى أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والذي لم تصادق عليه السودان، نجد أنه أقر واعترف بالأولوية القضاء الجنائي الوطني على القضاء الجنائي الدولي وهو الأمر الذي تأكد بإقرار مبدأ هام هو التكامل بين القضاء الوطني والقضاء الدولي فاختصاص المحكمة الجنائية الدولية ماهو إلا اختصاص تكميلي وليس أصلي كما سينصرف حديثنا عنه لاحقا.

الفرع الثاني: الآثار القانونية لسلطة الإحالة من مجلس الأمن إلى المحكمة الجنائية الدولية.

مما لا شك فيه أن منح مجلس الأمن سلطة الإحالة أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة كان يهدف إلى تفادي الجهود وعدم فاعلية المحكمة بفعل عدم لجوء الدول الأعضاء في النظام الأساسي لممارسة حقها المنصوص عليه في المادة 13 من النظام الأساسي⁽²⁰⁾.

فتجربة الميثاق الدولي لحقوق الإنسان السياسية لعام 1966 الذي كرس حق الدول الأطراف في تقديم شكوى إلى لجنة حقوق الإنسان ضد دولة تنتهك حقوق الإنسان بشكل علني صارخ لم يعرف لها الواقع الدولي أي تطبيق لحد الساعة على الرغم من أنه ثمة خرق يومي لانتهاكات حقوق الإنسان في الكثير من الدول، لذلك فإن احتمال لجوء الدول إلى ممارسة ما نصت عليه أحكام المادة 13 في فقرتها الأولى هو احتمال ضئيل وقد لا يعرف تجسيد على الواقع ومراد ذلك إلى الاعتبارات السياسية والمصالح الاقتصادية التي تحكم العلاقات الدولية، فدور المحكمة الجنائية الدولية لا يمكن إدراك فاعليته إلا مع تدخل مجلس الأمن⁽²¹⁾.

وفضلا عن ما سبق فإن هدف نظام روما الأساسي من منح السلطة الإحالة لمجلس الأمن هو إضفاء الصبغة العالمية على المحكمة في التحقيق والمقاضاة، بمعنى أنه في حالة انعقاد اختصاص المحكمة ببناء على قرار من مجلس الأمن فإن هذا الاختصاص قد ينصرف إلى دول ليست طرفا في نظامها الأساسي، ذلك أن قرار مجلس الأمن في هذه الحالة هو قرار ملزم لكل أعضاء الأمم المتحدة.

كما أنه حري بالذكر أن مشكل التعاون الدولي مع المحكمة قد يثار بشكل جدي إذا ما كان الساعي إلى تحريك الدعوى العمومية أمام المحكمة هو المدعي العام أو إحدى الدول الأطراف في النظام الأساسي، فهذا الأمر قد لا يطرح في حالة الإحالة الصادرة من مجلس الأمن تأسيسا في ذلك على إلزامية قرار مجلس الأمن لكون الدول ملزمة بالتعاون مع المحكمة بفعل انضمامها إلى منظمة الأمم المتحدة⁽²²⁾.

لكن رغم كل هذه الإيجابيات عن الدور الذي قد يلعبه مجلس الأمن أمام المحكمة بفعل سلطة الإحالة الممنوحة له وفقا لحكام المادة 13/ب إلا أنها تؤدي تلقائيا إلى تعطيل العمل بمبدأ الاختصاص التكميلي وينجر عن ذلك حرمان القضاء الوطني من ممارسة اختصاصه الأصيل في المقاضاة و النظر بشأن الجريمة المرتكبة⁽²³⁾ بمعنى أن: المحكمة الجنائية الدولية تصير ذات طبيعة قانونية مخالفة لما ورد عليه النص في المادة الأولى من النظام الأساسي. فعما يتعقد اختصاصها ببناء على قرار من مجلس الأمن فيكون هذا الاختصاص أصيل، أي لا يتطلب من القضاء الوطني فتح التحقيق أو إجراء متابعة فيتعقد بذلك اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة دون إعطاء فرصة للقضاء الوطني في ممارسة ولايته القضائية، وهذا الأمر يقودنا إلى نتيجة قانونية مؤداها أن المحكمة الجنائية الدولية في هذه الحالة يكون لها السمو على المحاكم الجنائية الوطنية لذلك فلا مجال للحديث عن مبدأ التكامل⁽²⁴⁾ الذي هو من أهم المبادئ التي تقوم عليه المحكمة الجنائية الدولية، ذلك أنه لم يتم اعتماد مشروع معاهدة روما إلا بعد التأكيد على مبدأ التكامل، هذا الأخير الذي سعى واضعوا النظام الأساسي من خلاله تكريس مبدأ السيادة الدولية⁽²⁵⁾.

وإلى جانب ما تقدم ذكره يتعين القول أيضا أن إعطاء مجلس الأمن الذي يعتبر هيئة سياسية صلاحية تحريك الدعوى الجنائية سوف يقوض الثقة في حياد واستقلال المحكمة وبالتالي ينقص من مصداقيتها ذلك أن سلطة الإحالة هاته تمكن الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن من جعل المحكمة أداة ممارسة الضغط على الدول الصغيرة و النامية .

أخيراً يتعين التذكير إلى أنه بالرغم من التأييد الذي لاقتته سلطة مجلس الأمن في الإحالة من قبيل عدد كبير من الدول التي رأت أن في ذلك الحيلولة دون إقدام المجلس مستقبلاً على إنشاء محاكم خاصة، فإن هناك من ذهب نفس المذهب فرأى فيها أنها بديلاً لما كان يقوم به مجلس الأمن سابقاً في إنشاء المحاكم الدولية الخاصة⁽²⁶⁾.

خاتمة:

إن نظام روما الأساسي باعتباره تقنياً جنائياً دولياً ينص على أهم المبادئ العامة للقانون الدولي الجنائي، ونص على الجرائم الأكثر بشاعة هذا من جهة، من إيجابيات نظام روما الأساسي أنه نص على المبادئ العامة للقانون الدولي الجنائي بعدما كانت عبارة على شكل قانون غير مكتوب وهي مبادئ جليها مستمدة من التشريعات الجنائية الوطنية أهمها مبدأ الشرعية، مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي، ومبدأ مسؤولية القادة العسكريين والرؤساء الآخرين دون الاعتداد بالصفة الرسمية وهي الفكرة الجديدة للمسؤولية الجنائية الدولية التي كانت نتاج نظام روما الأساسي.

ومن جهة أخرى يعد نظام روما بمثابة قواعد تشمل مجموعة من الإجراءات أمام المحكمة الجنائية الدولية ومنها مقبولية الدعوى والإجراءات أمام المدعي العام وسلطاته والإجراءات أمام الدائرة التمهيدية التي تكمن مهمتها في اتخاذ القرارات المتعلقة بالتحقيق ومراقبة أعمال المدعي العام فيما يجريه من تحقيقات، بالإضافة إلى حقوق الأشخاص أثناء التحقيق طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 55 من ن، أ، م، ج، د. و تم التعرض في هذا الفصل بشيء من التحليل إلى أهم القيود الواردة على سلطة المحكمة في التحقيق لاسيما سلطي الإحالة و الإرجاء اللتان تشكلان بحق قيود واضحة تؤثر في الكثير من المواضع على استقلالية المحكمة وفعاليتها ذلك أن نصوص المواد 13 و 16 تجعل هذه الأخيرة في علاقة تبعية لمجلس الأمن أكثر منها في علاقة تعاون.

دور القضاء الجزري في تفعيل خصوصية قانون الشغل الجنائي.

المصطفى طایل

أستاذ باحث

بالكلية المتعددة التخصصات بالرشيدية.

مقدمة:

يأتي دور جهاز القضاء في إطار قانون الشغل الجنائي، بعد عملية ضبط الجرائم وتحرير المحاضر بشأنها من طرف أعوان تفتيش الشغل وإحالتها عليه، فممارسة الدعوى الجنائية بشأن جرائم الشغل لا تختلف كثيرا عن ما هو مقرر في نصوص المسطرة الجنائية⁽¹⁾ بخصوص سائر الجرائم، خاصة فيما يتعلق بتحريك الدعوى العمومية⁽²⁾، سواء ضد شخص طبيعي أو معنوي.

فجرائم الشغل يتم البت فيها من طرف القضاء العادي، حيث يصدر القاضي الجنائي جزاءات تبعا لظروف كل قضية، وللحجج والأدلة المقدمة في الإثبات، وبالنظر لخصوصيات القضايا المعروضة في إطار تشريع الشغل الجنائي.

فهذه الجزاءات قد تتضمن عقوبات أصلية وأخرى إضافية بحسب الجرائم التي تم ارتكابها، وإن كان قانون الشغل الجنائي قد جعل من الغرامة عقوبة أساسية لجزر المخالفات المرتكبة. ولم ينص على العقوبات الأخرى إلا بصفة استثنائية.

وبذلك فدور الجهاز القضائي يبقى مهما في السياسة الجزرية المتبعة في إطار جرائم الشغل سواء من خلال قيام الدعوى العمومية (المطلب الأول) أو من خلال مختلف العقوبات التي يكون الحكم موضوعا لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قيام الدعوى العمومية في جرائم الشغل.

لا تختلف كثيرا الدعوى الجنائية بخصوص جرائم الشغل عن غيرها من الدعاوى⁽³⁾، إذ تخضع مبدئيا إلى قواعد المسطرة الجنائية مع بعض الخصوصيات القليلة فيما يتعلق بالأشخاص المخول لهم تحريك الدعوى العمومية بالنظر للدور المتميز الذي ينهض به أعوان تفتيش الشغل في ممارسة الدعوى الجنائية (الفقرة الأولى)، إلى جانب ذلك تطرح مسألة حجية الحكم الصادر في الدعوى العمومية أمام القضاء الاجتماعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ممارسة الدعوى العمومية أمام القضاء المختص.

القاعدة أن ارتكاب كل جريمة يفرض تحريك الدعوى العمومية بشأنها، من أجل تطبيق العقوبات المقررة على مرتكبها نظرا لمساسها بالنظام العام، فحق تحريك الدعوى الجنائية، ومتابعتها مكفول للنيابة العامة أو الموظفون المختصون بمقتضى القانون كما يمكن إثارتها من طرف الشخص المتضرر طبقا لنصوص المسطرة الجنائية⁽⁴⁾، في إطار ما يسمى بالاستدعاء المباشر أو الشكاية المباشرة⁽⁵⁾.

إن الهدف من تحريك الدعوى العمومية هو توقيع العقوبة المقررة بمقتضى القانون على الطرف الجاني، لذلك فإن المشرع تشدد في من يتولى تحريكها إذ تبقى النيابة العامة الجهاز القضائي الأكثر ممارسة للدعوى العمومية⁽⁶⁾، على اعتبار أنها ممثلة للحق العام، وتملك سلطة الملاءمة في المتابعة أو الحفظ⁽⁷⁾.

فخصوصية جرائم الشغل قد تكون مانعا من تحريك الدعوى العمومية نظرا لما يملكه مفتش الشغل من سلطة توجيه التنبهات والملاحظات إلى المشغل عند ضبطه لكل خرق لأحكام قانون الشغل، أو عن طريق اللجوء إلى الإنذار القبلي الذي يقتضي من مفتش الشغل منح رئيس المؤسسة مهلة من أجل الالتزام بالمقتضيات القانونية التي تم خرقها من قبله في ميدان الصحة والسلامة حرصا من المشرع – فيما يبدو – على ترسيخ ثقافة الالتزام الطوعي بهذه المقتضيات أكثر من حرصه على سياسة الجزر والعقاب.

كما يمكن أن تعرف مسطرة تحريك الدعوى نوعا من التجديد باسم القانون⁽⁸⁾ نظرا لوجود مسطرة خاصة في إطار مدونة الشغل، إذ أن مفتش الشغل ملزم تشريعا بإحالة المحاضر المتضمنة للأفعال المجرمة على السلطة العليا في إطار التسلسل الإداري، بحيث تملك هذه الأخيرة سلطة تحريك الدعوى العمومية وإحالة المحضر على الجهة القضائية المختصة كما يمكنها الإحجام عن ذلك في إطار ما تملك من سلطة الملائمة⁽⁹⁾.

¹ - قانون المسطرة الجنائية صادر بظهير شريف رقم 1-02-255 بتاريخ 3 أكتوبر 2003، بتنفيذ القانون رقم 22-01-22 المتعلق بالمسطرة الجنائية المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003، ص: 315.

² - عبد الواحد العلوي: شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006، ص: 81.

³ - نفس الشيء يخص الجريمة الاقتصادية حيث تخضع لنفس الإجراءات الجنائية.

يراجع أستاذنا محمد شبيب: شرح القانون الجنائي (القسم الخاص)، دار النشر الجسور وجدة، طبعة 2005، ص: 264.

⁴ - الفقرة الثانية من الفصل الثاني من ق.م.ج.

⁵ - أحمد أجوييد: شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجامعية فاس، دون ذكر الطبعة، ص: 86.

⁶ - أستاذنا كززة حريشي: علم العقاب، دون ذكر المطبعة، طبعة 2006، ص: 37.

⁷ - أحمد أجوييد: مرجع سابق، ص: 83.

- وزارة العدل، شرح قانون المسطرة الجنائية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح الدلائل، الجزء الأول، العدد الثاني 2004، مطبعة فضالة الرباط الطبعة الثالثة 2005، ص: 26.

⁸ - سميرة كميلى: القانون الجنائي للشغل، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2000-2001، ص: 330.

⁹ - الفقرة الأخيرة من الفصل 58 من ظهير 2 يوليو 1947 الملغى والفقرة الثانية من المادة 539 من مدونة الشغل.

وللإشارة فإن هذا الأسلوب المسطري المتبع يبقى محل نقد من لدن أعوان التفتيش أنفسهم حيث شبه أحدهم المسطرة المتبعة "بمسطرة المناهة"، لأنه يجعل من دور مفتش الشغل دورا قانونيا خاليا من كل قوة رادعة⁽¹⁾.

غير أن التحول الذي شهدته مسطرة الإحالة في إطار مدونة الشغل من شأنه أن يرجع للقانون الجنائي بعض الفعالية من خلال تحريك الدعوى العمومية عوض ربط مصيرها بجهاز إداري مركزي.

إن إقامة الدعوى العمومية في جرائم الشغل تبقى خاضعة للقواعد العامة الواردة في قانون المسطرة الجنائية سواء تم تحريك المتابعة من قبل المطالب بالحق المدني⁽²⁾ أو من طرف النيابة العامة خاصة عند خرق مقتضيات الصحة والسلامة، وأما تحريك الدعوى العمومية بشأن خرق أحكام تشغيل النساء والأحداث فهي "غير واردة واقعا بل إنه لا تثار بشأنها حتى الدعوى المدنية، إذ غالبا ما يكون البت بشأنها مدنيا لاحقا لدعوى مدنية بشأن فصل تعسفي من العمل، أما تحريك الدعوى العمومية بشأن ذلك فهو يبقى من الأمور النادرة، أو من الغرائب القانونية إن صح التعبير، ويقصد هنا واقع القضاء المغربي عكس ما عليه الأمر على مستوى القضاء الفرنسي مثلا"⁽³⁾.

إن اختصاص النظر في خرق مقتضيات تشريع الشغل الجنائي يعود إلى المحاكم الابتدائية على اعتبار عدم وجود قضاء مختص بالبت في القضايا المتعلقة بالشغل⁽⁴⁾ فبالأحرى وجود قضاء زجري مكلف بالقضايا المثارة في إطار قانون الشغل الجنائي.

غير أن اختصاص المحاكم الابتدائية بالنظر في جرائم الشغل يرد عليه استثناء قد تشكل حوادث ونزاعات الشغل التي قد ينجم عنها موت أحد الأجراء، إذ تصبح القضية من اختصاص الغرفة الجنائية بمحاكم الاستئناف لأن الأمر يتعلق بجناية، كما تنظر هذه الأخيرة أيضا في الأحكام المستأنفة الصادرة عن المحاكم الابتدائية.

وبالنسبة لاختصاص محكمة النقض، فإنه ثبت في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الدنيا سواء كانت جنحا أو جنبايات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽⁵⁾.

هذا فيما يخص الاختصاص النوعي، أما الاختصاص المكاني للنظر في جرائم الشغل فإنه يعود إلى المحكمة التي وقعت في دائرة نفوذها الجريمة، أي التي تقع بدائرة نفوذها المؤسسة التي اقترفت بها جريمة الشغل المتابع بشأنها، أو إلى محكمة إقامة الجاني وعند الاقتضاء محكمة إلقاء القبض عليه تطبيقا لمبدأ الاختصاص الثلاثي⁽⁶⁾، إذ أن قواعد الاختصاص في إطار القانون الجنائي تعد من النظام العام، وعليه فإن تجاوز هذه القواعد يؤدي إلى بطلان الإجراءات.

وبالرجوع إلى المادة 539 من مدونة الشغل، فالمندوب الإقليمي هو المؤهل لإحالة المحضر على المحكمة المختصة وعادة ما تكون المحكمة التي توجد بدائرتها المؤسسة التي اقترفت في دائرة نفوذها جريمة الشغل التي يتابع الفاعل بشأنها.

يتمتع القاضي الجنائي عند النظر في جرائم الشغل بصلاحيات واسعة في إطار البحث في الوقائع المعروضة عليه، وتكييفها والتنقيب عن الحجج والأدلة التي تسمح بالإدانة⁽⁷⁾.

ففي إطار قانون الشغل الجنائي يمكن أن تكون الوقائع المضمنة بالمحضر تستلزم متابعة الجاني بعدة جرائم كما هو الحال في حالة تشغيل أحداث تقل سنهم عن 15 سنة في شغل ليلي أو في أعمال شاقة، فهنا يبرز بشكل واضح دور القاضي الجنائي في القضايا الاجتماعية، خاصة وأن مدونة الشغل أقرت قاعدة تعدد الغرامة بتعدد الأجراء المرتكبة في حقهم المخالفة، كما أنه يمكن متابعة الفاعل بعدة جرائم خلافا للقواعد العامة المعمول به في إطار القانون الجنائي العام⁽⁸⁾.

عندما يكون أكثر من عامل متضرر من الجريمة المرتكبة من لدن المشغل خرقا لأحكام تشريع الشغل، فإن القاضي الجنائي تناط به مهمة البحث عن العدد الحقيقي للمتضررين من هذه الجريمة وليس الاكتفاء فقط بما دون في المحضر، خاصة وأن العقوبة المخصصة لبعض الجرائم تتعدد بتعدد الأجراء المجني عليهم⁽⁹⁾.

تمتاز المسطرة الجنائية لجرائم الشغل بحرية الإثبات كما هو الشأن بالنسبة للمسطرة المتبعة بالنسبة لسائر الجرائم⁽¹⁰⁾، كما يمكن للقضاء أن يستعين بالخبرة لأجل التحقيق في بعض الجرائم التي تتطلب تخصصا تقنيا للبحث في الأسباب الكامنة وراء الحادثة، كما هو الشأن بالنسبة للجرائم المتعلقة بصحة وسلامة الإجراء.

حافظ العموري: الإجراءات والعقوبات الجزائية في قانون الشغل، المجلة التونسية للإدارة العمومية، العدد 29، السنة 2000، ص: 19.

¹ - سعيد لماني: مسطرة طولها عام وغرامة لا يتعدى قدرها 30 درهما "جريدة الاتحاد الاشتراكي عدد 3786 بتاريخ 28 مارس 1992، ص: 9.

² - الفصل 93 من ق.م.ج. وما بعده.

³ - سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 331.

⁴ - هاشم العلوي: مركز القضاء الاجتماعي في إطار التنظيم الحالي، مجلة الإشعاع العدد 4 دجنبر 1990، ص: 19.

⁵ - يراجع المادة 512 من ق.م.ج. وما بعدها.

⁶ - أحمد الخليلي: شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 1999، ص: 24 وما بعدها.

⁷ - سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 333.

⁸ - بوزيان الفهبي: نظام تعدد العقوبات الجزية في قانون الشغل، مجلة الإشعاع العدد 27 غشت 2003، ص: 40.

- ينص الفصل 118 من القانون الجنائي على أن: " الفعل الواحد الذي يقبل أوصافا متعددة يجب أن يوصف بأشدها ".

⁹ - سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 335.

¹⁰ - Parade (J): procedure pénale ed cujas 1997 p: 275.

أما بخصوص إمكانية سرقة الدليل واعتماده كأدلة للإثبات فقد اتجه القضاء الفرنسي إلى اعتبار أن أخذ الأجرة للوثائق الخاصة بالمؤسسة ونسخها لا يكيف جريمة سرقة على أساس أن الأجرة لم يكن لها القصد الجنائي لسرقة الوثائق المتنازع حولها للإضرار برئيس المؤسسة تجارياً⁽¹⁾ ولا نية أن تتسرب المعلومات الموجودة بتلك الوثائق إلى أرباب عمل منافسين⁽²⁾.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي⁽³⁾ في تعليقه على موقف القضاء الفرنسي إلى القول أن الأمر يتعلق بالنسبة لقضاة الموضوع بتبرئة الأجرة التي توجد في وضع خطير، والتي ارتكبت جرماً من أجل الحصول على الأدلة اللازمة للدفاع عن نفسها بدعوى غياب القصد الجنائي.

وأخيراً تنتهي ممارسة الدعوى العمومية بصدر حكم قضائي⁽⁴⁾ قد يكون موضوع دليل أمام القضاء الاجتماعي.

الفقرة الثانية: حجية الحكم الجنائي أمام القضاء الاجتماعي.

إن حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني يعد امتداداً لمبدأ الجنائي يعقل المدني⁽⁵⁾ فهذه الحجية تمنع القاضي المدني من أن يعيد البحث في القضية من جديد بعد أن سبق البحث فيها، بل يتعين الالتزام بما توصل به القاضي الجزري⁽⁶⁾.

ومبدأ حجية الحكم الجنائي له دورين مهمين، فمن جهة يجنب القضاء تكرار الخصومات وهذا دور سلبي، ومن جهة أخرى له دور إيجابي يتجسد من خلال تفادي كل تعارض بين الأحكام القضائية، فهذا المبدأ يفرض على القاضي المدني أخذ المسائل التي قضى فيها الحكم الجنائي في الاعتبار عند النظر في القضية المرفوعة أمامه⁽⁷⁾ ومن بينها القضايا المرتبطة بالقانون الاجتماعي.

غير أن إعمال هذا المبدأ يقتضي توفر جملة من الشروط، إذ يتطلب الأمر صدور حكم جنائي عن سلطة قضائية مختصة بصفة قانونية، وباتاً في الدعوى العمومية التي يتضمن موضوعها خرقاً للأحكام المعاقب عليها طبقاً لقانون الشغل الجنائي أو القانون الجنائي العام في الفصول المتعلقة بالشغل إلا أنه لا يشترط في الجريمة أن تكون متصلة بعمل الأجير داخل المؤسسة⁽⁸⁾.

كما يفترض لإعمال هذا المبدأ أن يكون الحكم الفاصل في الدعوى العمومية سواء بالبراءة أو الإدانة قطعياً، أما إذا كان غير ذلك فلا يعتد بحجته أمام القضاء الاجتماعي على خلفية أن الحكم يمكن أن يكون موضوع تعديل أو إلغاء عند النظر فيه من طرف محكمة أعلى درجة في إطار ممارسة طرق الطعن، مما يعني أن يكون الحكم نهائياً⁽⁹⁾ غير قابل للطعن فيه بأية طريقة من طرق الطعن، علاوة على ذلك يقتضي إعمال مبدأ حجية الحكم الجنائي أمام القضاء الاجتماعي وجود وحدة السبب ووحدة الموضوع أي وجود نوع من التطابق التام بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية⁽¹⁰⁾.

إن تطبيق مبدأ حجية الحكم الجنائي أمام القضاء الاجتماعي لأزال لم يستقر على رأي موحد وخاصة على مستوى محكمة النقض حيث تنجته تارة إلى الأخذ بهذا المبدأ وتارة أخرى تتنكر له.

ففي قرار⁽¹¹⁾ صادر عن محكمة النقض، اعتبرت الحكم الجنائي بالبراءة لا يكتسي صفة حجية الأمر المقضي به جنائياً بالنسبة للقضاء الاجتماعي وذلك من خلال اعتماد حيثية "أن الحكم المطعون فيه قد قرر بما له من سلطة تقديرية للحجج بأن الحكم الجنائي رغم تصريحه ببراءة الطالب فإن محتوياته تفيد بأن الطالب لم يكن أجنبياً عن السرقة الواقعة بمكاتب الشركة المطعونة، وأن القرار الصادر عن هذه الشركة بطرد العامل اتخذ بناء على ما ثبت لديها من عدم وجود الثقة التي يجب توفرها في العمال إزاء مستخدميهم، الذي يعتبر معه الحكم مقدراً في حدود سلطته للحجج المعروضة عليه ومبرراً تبريراً قانونياً... وأنه لا يوجد أي تناقض بين التصريح بالبراءة والاعتبارات التي أدين الطالب من أجلها في الملف الجنائي".

غير أن الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض لم تستقر على هذا الرأي إذ اتجهت إلى الأخذ بمبدأ حجية الحكم الجنائي أمام القضاء الاجتماعي، بل اعتبرت هذا المبدأ من النظام العام، وأنه لا جدوى من مناقشة ما تم التأكيد من عدم ثبوته في حق المطلوب بمقتضى حكم جنائي⁽¹²⁾.

¹-Crim 25 mars 1993 J.C.P.G 1993, N° 2148 cité par Samira Kamili Op. Cit p: 336

²-Crim 12 février 1996 cité par Fortise (E) et Cocuret (A) Op. Cit p: 70.

³-Cocuret (A), Fortise (E) Op. Cit p: 70 et s.

⁴- عبد الواحد العلوي: مرجع سابق، ص: 188.

⁵- ينص الفصل 10 من ق.م.ج على أنه: "يمكن إقامة الدعوى المدنية لدى المحكمة المدنية المختصة منفصلة عن الدعوى العمومية، غير أنه يجب أن ترجى المحكمة المدنية حكماً في هذه الدعوى في انتظار البت النهائي في الدعوى العمومية، إن كانت هذه الدعاوى جارية".

Pralus (M) : observation sur l'application de la règle, le criminel tient le civil en l'état rev. Sc crim 1992 p : 322 cité par Samira Kamili op. cit p : 355.

⁶- Henri et Léon Mazeaud, traité théorique et pratique de la responsabilité civile, (sans noter l'imprimerie), 4ème édition 1949 p: 617.

أوردته أدوار غالي الذهبي: حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني مكتبة غرب جامعة عين شمس الطبعة الثالثة، 1990، ص: 41.

⁷- سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 356.

⁸- عبد الواحد العلوي: حجية الأحكام الجنائية أمام القضاء المدني، "مطبعة النجاح الجديدة البيضاء، الطبعة الأولى 1998، ص: 300.

⁹- إدريس بوزرزايت: الزجر الإداري، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون العام، كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2004-2005، ص: 148.

¹⁰- محمد الكشور: حجية الحكم بالبراءة وطرد العامل للخطأ الجسيم، مجلة المرافعة عدد مزدوج 2-3 ماي 1993، ص: 218.

- يراجع أيضاً محمد الكشور: التعسف في إهاء عقد الشغل، أحكام التشريع ومواقف الفقه والقضاء، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1992، ص: 15.

¹¹- قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى، الملف الاجتماعي عدد 24714 بتاريخ 31 ماي 1971، أوردته عبد اللطيف خالفي: الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2001، ص: 231.

¹²- قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى، الملف الاجتماعي عدد 55449 بتاريخ 6 يونيو 1977، نفس المرجع السابق، ص: 233.

كما صدر في نفس الاتجاه:

- قرار المجلس الأعلى عدد 149 في الملف الاجتماعي عدد 89/805 بتاريخ 8 مارس 1982، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 30 أكتوبر 1982، ص: 104.

- قرار المجلس الأعلى رقم 196 في الملف الاجتماعي، عدد 89/10003، بتاريخ 13 أبريل 1992، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46 نونبر 1992، ص: 168.

وقد تبنت الغرفة الاجتماعية نفس الموقف إذ اعتبرت أن "محكمة الاستئناف استخلصت في نطاق سلطتها التقديرية أن الفصل المستند على السرقة المنسوبة للمدعي والتي لم تثبت في حقه، يكتسي صفة التعسف".⁽¹⁾

غير أن رأي الغرفة الاجتماعية، لم يستقر بصفة نهائية على الأخذ، بمبدأ حجية الأمر المقضي به جنائيا أمام القضاء الاجتماعي حيث تبنت موقفها الأول الداعي إلى اعتبار "إن الحكم بالبراءة لا تأثير له على وقوع الفعل الإجرامي وقوعا ماديا".⁽²⁾

لتعود الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض في قرار آخر⁽³⁾ لتقرير مبدأ حجية الحكم الجنائي حيث جاء في أحد حيثياته: "حيث إن الأحكام الصادرة في الميدان الجنائي تعد من النظام العام والوقائع التي يثبتها الحكم الجنائي أو ينفيها لا يمكن مناقشتها من جديد أمام القاضي الاجتماعي".

يستخلص من خلال هذه القرارات أن الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض لازالت لم تستقر على رأي موحد بخصوص إعمال مبدأ حجية الحكم الجنائي أمام القضاء الاجتماعي وإن كان يتبين من خلال موقفها أنها تميل إلى الاعتداد بالوقائع المادية الثابتة داخل المؤسسة والتي يمكن أن يستشفا قاضي الموضوع من خلال حكمه رغم وجود حكم البراءة، خصوصا وأن حكم البراءة قد يكون نتيجة عناصر لا صلة لها بتلك الوقائع.⁽⁴⁾

إن موقف القضاء المغربي من مبدأ حجية الحكم الجنائي يفترض وحدة السبب والموضوع بين ما تم الفصل فيه أمام القضاء الجنائي والقضاء الاجتماعي، غير أن إصدار القاضي الجنائي للحكم بالبراءة رغم وجود الأفعال المتابع من أجلها يسمح للقاضي الاجتماعي بإمكانية بناء أسباب جديّة ومنطقية تأسيسا على هذه الأفعال.⁽⁵⁾

إن الأحكام القضائية الصادرة بالإدانة وإن أعترف لها مبدئيا بالحجية أمام القضاء المدني بوجه عام والقضاء الاجتماعي بوجه خاص، فإن الحكم بالبراءة لازال يؤثر جدلا داخل الفقه والقضاء المغربيين بخصوص الاعتراف بحجته⁽⁶⁾ إذ أن القضاء المغربي لا يأخذ في أغلب أحكامه بحجية الحكم الجنائي القاضي بالبراءة عند النظر في القضايا الاجتماعية⁽⁷⁾، أما بعض الفقه المغربي فيذهب إلى أن المحكمة المدنية بإمكانها الحكم بالتعويض المدني نتيجة وجود خطأ على اعتبار أن هذا الأخير يختلف عن القصد الجنائي اللازم للحكم بالإدانة وبذلك فإن الحكم بالبراءة بناء على عدم وجود النية الإجرامية في الجرائم المقصودة، وانتفاء القصد الجنائي في الجرائم غير القصدية لا يقيد نظر المحكمة المدنية⁽⁸⁾.

وبغض النظر عن تباين موقف محكمة النقض من خلال الغرفة الاجتماعية في الأخذ بالحكم الجنائي من عدمه، فإنه يظهر أنه يتبنى الاتجاه الذي سارت فيه الغرفة الاجتماعية⁽⁹⁾ بمحكمة النقض الفرنسية⁽¹⁰⁾.

المطلب الثاني: أشكال العقوبات المقررة لجرائم العمل.

إن العقوبات التي تم فرضها في إطار قانون الشغل الجنائي لا تخرج عما هو مسطر في إطار القواعد العامة المعمول بها في القانون الجنائي العام، إلا أنها تتسم بالمرونة بالنظر للوسط الذي تفرض فيه هذه العقوبات، إضافة إلى تميزها بقاعدة تعدد الغرامة المالية بتعدد الأجراء المرتكبة في حقهم المخالفة، إلى جانب الطابع الاختياري الذي يميزها، وبذلك فهذه العقوبات إما أصلية (الفقرة الأولى) أو عقوبات إضافية⁽¹¹⁾ (الفقرة الثانية).

-
- قرار استئنافية البيضاء رقم 293/292 في الملف الاجتماعي عدد 02/8917 بتاريخ 19-01-2006، غير منشور.
- قرار لاستئنافية بني ملال رقم 689، في الملف الاجتماعي رقم 589 بتاريخ 05/06/2006، أوردته أزهو هيباوي: قانون الشغل الجنائي علاقات الشغل الفردية نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار كلية الحقوق جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2006-2007، ص: 134.
- ¹- قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى، الملف الاجتماعي عدد 93242 بتاريخ 29 نونبر 1982، منشور في مجلة رابطة القضاء، العدد 14 و 15 دون ذكر السنة، أورده محمد الكشيور: التعسف في إنهاء عقد الشغل م.س، ص: 118.
- ²- قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى، الملف الاجتماعي عدد 1953 بتاريخ 29 أبريل 1985، نفس المرجع السابق، ص: 119.
- ³- قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى، الملف الاجتماعي، عدد 89/1003 بتاريخ 13 أبريل 1992، منشورات قرار المجلس الأعلى، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 1996، ص: 95 وما يليها.
- ⁴- محمد الكشيور، مرجع سابق، ص: 120.
- ⁵- سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 359.
- ⁶- عبد الواحد العلوي: حجية الأحكام الجنائية أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص: 302 وما يليها.
- ⁷- قرار الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى عدد 702، الصادر في 11 أكتوبر 1982، منشور بالمجلة المغربية للقانون، العدد الأول سنة 1986، ص: 29 وما بعدها.
- قرار المجلس الأعلى، رقم 334 في الملف الاجتماعي رقم 85/483 بتاريخ 29 أبريل 1985، أورده عبد اللطيف خالفي: الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، مرجع سابق، ص: 232.
- قرار المجلس الأعلى، عدد 455 في الملف الاجتماعي، عدد 92/9125 بتاريخ 28/9/1992، مجلة الحدث القانوني، عدد 1 دجنبر 1997، ص: 13.
- قرار استئنافية البيضاء رقم 153 في الملف الاجتماعي عدد 04/1563، بتاريخ 04/11/2006، غير منشور.
- قرار استئنافية بني ملال رقم 154، الملف الاجتماعي عدد 15/2006/175، بتاريخ 24/4/2006، غير منشور.
- ⁸- أستاذنا عبد العزيز حضري، القانون القضائي الخاص، دار الجسور وجدة، طبعة 2005، ص: 314.
- ⁹- cass. Soc 19 mars 1953 droit social 1993, p: 416.
- حيث نص هذا القرار على أن: "فتح تحقيق قضائي لا يمنع من أن يكون العامل مخطئا بتصرفات معاقب عليها في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه طبقا لعقد العمل، بحيث تكون مثل هذه التصرفات، حتى وإن لم تقع تحت طائلة قانون العقوبات بطبيعتها، مبررة لإنهاء عقد العمل من طرف صاحب العمل...".
- أورده عبد الحفيظ بلخيزر: الإنهاء التعسفي لعقد العمل، دار الحدائق بيروت، طبعة 1986، ص: 236.
- ¹⁰- محمد الكشيور: إنهاء عقد الشغل، مرجع سابق، ص: 120.
- محمد الداكي: إنهاء عقد الشغل غير المجدد المدة في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة محمد الأول، وجدة، السنة 2005-2006، ص: 251.
- ¹¹- عبد الواحد العلوي: المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي، في المجرم والعقوبة والتدبير الوقائي، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1990، ص: 105.

الفقرة الأولى: العقوبات الأصلية.

تشكل العقوبات الأصلية أهم أنواع العقوبات الجنائية التي خصها المشرع الجنائي لردع مرتكب الأفعال التي تمس بمقتضيات التشريع الجنائي إذ يمكن للقاضي الجنائي الحكم بها لوحدها⁽¹⁾ دون أن تكون في حاجة إلى إضافة عقوبات أخرى⁽²⁾.

فالعقوبات الأصلية في تشريع الشغل الجنائي إما عقوبات مالية أي غرامات أو عقوبة الحبس دون أي عقوبات أخرى أصلية منصوص عليها في القانون الجنائي العام، إذ أن خصوصية الأفعال المرتكبة في إطار قانون الشغل الجنائي تكفي في غالبيتها من القاضي الجنائي إما جنحا ضبطية أو مخالفات⁽³⁾.

إذ يعد هذا في حد ذاته نوعا من المرونة التي يسعى قانون الشغل الجنائي إلى تكريسها في أفق ضمان استقرار علاقة الشغل القائمة، والتشجيع على إحداث أخرى قدر الإمكان، من خلال تشجيع الاستثمار كأحد الأهداف الرئيسة للسياسة الاقتصادية للدولة، وباعتباره أحد الروافد الأساسية لخلق مناصب شغل جديدة.

إن المشرع المغربي لم يعمد إلى تبني آلية الزجر والردع المقرر في القانون الجنائي العام، لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى تعطيل مبادرات الاستثمار والتقليص بالتالي من إحداث فرص شغل جديدة، وإنما تبني فقط عقوبات مرنة مدعمة بمبادئ غير مألوفة في القانون الجنائي العام كتعدد تطبيق الغرامة بتعدد الأفعال المرتكبة في حقهم المخالفة، إلى جانب تعدد العقوبة بتعدد الجرائم المرتكبة إضافة إلى منح الاختيار للقاضي بين الحكم بالحبس أو الغرامة أو هما معا عند وجود حالة عود إلى الجريمة⁽⁴⁾ في سبيل تحقيق التوازن بين مصالح المشغل، والأجير، والدولة.

تعتبر عقوبة الغرامة من أهم العقوبات الأصلية المنصوص عليها في تشريع الشغل الجنائي، إذ عرفها القانون الجنائي العام بأنها "إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي لفائدة الخزينة العامة مبلغا معيناً من النقود، بالعملة المتداولة في المملكة"⁽⁵⁾.

الأصل أن التعريف من اختصاص الفقه المهتم وليس المشرع، لذلك يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يعمد إلى إدراجها ضمن نوع معين من أنواع العقوبات الأصلية إضافة إلى أنه لم يحدد سبب هذا الإلزام على أساس أن هناك عقوبات مدنية أو إدارية تكون هي كذلك محلا لفائدة الخزينة العامة⁽⁶⁾، لذلك فإن الغرامة الجنائية تكون موضوع حكم صادر عن القضاء الجزائي تتبع مختلف الإجراءات المنصوص عليها في القانون المسطري⁽⁷⁾.

الغرامة الجنائية كعقوبة أصلية لم تقتصر فقط على قواعد الشغل الجنائي بل امتدت أيضا لتشمل بعض القوانين الخاصة من أجل تحقيق التطبيق الكامل لمقتضياتها، على أساس إعمال المبادئ المعمول بها في القانون الجنائي العام، غير أن قانون الشغل الجنائي اختص بقاعدة تعدد الغرامات بتعدد العمال المرتكبة في حقهم الجريمة، وهذا خلافا للقواعد العامة المعمول بها في القانون الجزائي، إذ أن المحافظة على النظام العام الاجتماعي يقتضي ذلك بالنظر إلى عدد العمال المعنيين بالجريمة، إضافة إلى أن هذا التعدد من شأنه أن يدعم الجانب الردعي⁽⁸⁾ ويخفف من الانتقاد الموجه إلى الغرامة المالية كوسيلة لردع بسبب ضعف المبالغ المحكوم بها.

اعتماد هذه القاعدة دفع ببعض الفقه إلى القول بأن العقوبات المقررة في تشريع الشغل الجنائي هي أشد زجرا من تلك المقررة في إطار القانون الجنائي العام نفسه⁽⁹⁾.

من بين الأفعال المجرمة التي خصها قانون الشغل الجنائي بقاعدة تعدد عقوبات الغرامة بتعدد الأفعال المرتكبة في حقهم المخالفة، تكليف أحداث دون الثامنة عشر للقيام بأعمال تشكل خطرا على حياتهم أو صحتهم أو أخلاقهم، أو تشغيلهم ليلا دون إذن من العون المكلف بتفتيش الشغل في النشاطات غير الفلاحية، دون منحهم الراحة المخصصة لهم، أو تشغيل الأحداث دون 18 سنة والنساء في الأشغال التي تباشر في المقالع وفي أغوار المناجم أو التي قد تشكل مخاطر بالغة عليهم أو تفوق طاقتهم، أو قد تمس بالأداب العامة، فهذه بعض المقتضيات التي سلك فيها المشرع قاعدة تعدد الغرامات بتعدد الأفعال الواقعة عليهم الجريمة⁽¹⁰⁾.

¹ - الفقرة الثانية من الفصل 14 من ق.ج. نصت على أن العقوبات تكون أصلية عند ما يسوغ الحكم بها لوحدها دون أن تضاف إلى عقوبة أخرى.

- نور الدين رمضيان: الوجيز في القانون الجنائي العام، كلية الشريعة جامعة القرويين، فاس، 1994، ص: 104.

² - أحمد الخليلي: شرح القانون الجنائي العام، القسم العام مكتبة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى 1985، ص: 298.

³ - الجريمة المعاقب عليها يجب لا يزيد حده الأقصى عن سنتين و غرامة تزيد على 1200 درهما تعد جنحا ضبطية، أما الجريمة المعاقب عليها بالاعتقال لمدة تقل عن شهر أو غرامة لا تتجاوز 1200 درهما تعد مخالفة.

- محمد الملياني: دروس في القانون الجنائي العام، مطبعة دار النشر الجسور، طبعة 2004، ص: 206.

⁴ - سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 438.

⁵ - الفصل 35 من القانون الجنائي.

⁶ - إدريس بلمحجوب: قواعد تنفيذ العقوبة والعقوبات السالبة للحرية والعقوبات المالية، وزارة العدل 1988، ص: 158.

⁷ - ناهد العجوز: الحماية العمالية الجنائية للحقوق العمالية منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى 1996، ص: 709.

⁸ - سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 445.

⁹ - Amzazi (M) : la protection pénale en droit du travail, colloque travail et sociétés faculté de droit université sidi Mohamed Ben Abdellah Fès 8-10 avril 1982.

-Boudahrain (A) : sanctions des violations des normes du travail, revue l'actualité juridique N° 16, 1999 (sans noter la page) cité par Samira Kamili, op.cit, p : 445.

¹⁰ - من خلال تتبع مختلف النصوص الجزائية الواردة في مدونة الشغل المغربية، فقاعدة تعدد الغرامة المالية تجد تطبيقا لها عند خرق المقتضيات الواردة في المواد التالية:

- المادة 25 (تسليم بطاقة الشغل).

- المادة 129 (الالتزام بمقتضيات اتفاقية الشغل الجماعية).

- المادة 203 (تجاوز مدة العمل دون مراعاة الضوابط القانونية).

- المادة 216 (الراحة الأسبوعية).

- المادة 230 (التزام الراحة في أيام الأعياد المؤدى عنها وفي أيام العطل).

- المادة 268 (العطلة السنوية المؤدى عنها).

من خلال قراءة مختلف هذه النصوص الجزية والمتضمنة لقاعدة تعدد العقوبات بتعدد الأجزاء يمكن اعتبار هذه القاعدة الواردة في تشريع الشغل الجنائي، وإن كانت تجد فيه تطبيقا مهما لها فإنها لا تتصف بالشمولية، بل ما يستخلص هو ارتباطها بحقوق العمال الناتجة عن علاقتهم بالمشغل دون أن تمس مقتضيات القانونية الخاصة بحسن سير العمل أو عرقلة عمل أجهزة المراقبة⁽¹⁾ أو الأحكام الخاصة بصحة وسلامة الأجزاء داخل أماكن العمل، إضافة إلى أن تطبيق هذه القاعدة مقيد بمبلغ معين لا يجوز تجاوزه مهما كان عدد العمال المرتكبة في حقهم المخالفة إذ أن المشرع حدده في عشرين ألف درهم، وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة تعدد الغرامة بتعدد الأجزاء الواقعة في حقهم الجريمة تشمل فقط الغرامة المتروحة ما بين 300 و 500 درهم دون سواها من الغرامات المالية⁽²⁾.

ويعود التمسك بقاعدة تعدد الغرامات بتعدد الأجزاء الذين لم يراع في حقهم تطبيق أحكام قانون الشغل الجنائي إلى الجبلولة دون استهتار المشغل بالالتزامات المفروضة عليه بالنظر لبساطة الغرامة الواحدة مهما تعدد العمال المرتكبة في حقهم المخالفة⁽³⁾، لذا كان لزاما إيجاد وسيلة لتدعيم الجانب الردي للعقوبة رغم مخالفتها للقواعد العامة المعمول بها في القانون الجنائي العام⁽⁴⁾.

والجدير بالذكر أن القضاء المغربي ومن خلال بعض الأحكام القليلة⁽⁵⁾ عمل على تفعيل قاعدة تعدد الغرامات بتعدد العمال المرتكبة بشأنهم المخالفة. أما القضاء الفرنسي فقد اتجه إلى وضع بعض القيود على تطبيق هذه القاعدة على اعتبار أن قانون الشغل الجنائي كقانون خاص يتعين تطبيقه في حدود ضيقة لطابعه الاستثنائي بالمقارنة مع قواعد القانون الجنائي العام⁽⁶⁾.

كما أخذ بهذه القاعدة أيضا القضاء التونسي في قرار له⁽⁷⁾ حيث اعتبر "أنه في حالة ارتكاب صاحب المؤسسة مجموعة من المخالفات فإن المقدار المستوجب للمخالفات يضرب في عدد العملة المستخدمين وإذا تعددت المخالفات وتعددت العملة مما يجعل المقدار الواجب القضاء به يتجاوز مقدار المبلغ المستوجب في المخالفات فإن الحكم يصدر موصوفا بكونه ابتدائي إذ أن تعدد المذكور بنوعه يجعل المخالفات جميعا تشكل وحدة تصيره جنحة".

وكذلك تبنت محكمة النقض المصرية مبدأ تعدد العقوبات بتعدد الأجزاء المرتكبة في حقهم المخالفة في العديد من أحكامها وإن كانت قد اقتصرت في تطبيقها على الجرائم المرتكبة خرقا للمقتضيات الخاصة بحقوق العمال الناشئة عن علاقتهم برب العمل⁽⁸⁾.

لم يكتف المشرع في إطار قانون الشغل الجنائي بالعقوبة المالية بل اتخذ من العقوبة الحبسية كذلك وسيلة لردع كل مخالف للمقتضيات الجزية لهذا القانون باعتبارها عقوبة سالبة للحرية، وهي عقوبة تصدر بناء على حكم يترتب عليه حرمان المحكوم عليه من حريته عن طريق وضعه داخل المؤسسات السجنية⁽⁹⁾ من أجل تأهيله وإصلاحه طبقا للنظام الجاري به العمل داخل هذه المؤسسات، كما تعد عقوبة شخصية، أي تنفذ في حق المحكوم عليه دون غيره لأن الغاية من العقوبة هو إصلاح وتأهيل الجاني، وهذا لا يتأتى إذا كان منفذ العقوبة من غير المحكوم عليه، نظرا لطابعها المرن الذي تسعى من خلاله إلى التنفيذ وفق شخصية المحكوم عليه لإصلاحه وتأهيله⁽¹⁰⁾.

فكما هو معلوم فإن العقوبة الحبسية كأحد العقوبات الأصلية يكون موضوعها هو الشخص الطبيعي دون المعنوي، نظرا لاستحالة تطبيقها عليه⁽¹¹⁾ لأن المشرع الجنائي نص على جزاءات تتناسب وطبيعة الأشخاص الاعتبارية.

إن عقوبة الحبس في إطار القانون الجنائي العام تحتفظ بنفس مميزاتها في قانون الشغل الجنائي لرغبة المشرع في القضاء على أسباب الجريمة عن طريق الزجر والوقاية معا، فتشريع الشغل الجنائي لم يعمد إلى تقرير عقوبة الحبس على الأفعال المجرمة في إطار قانون الشغل من أجل ردع المخالفين لمقتضياته بصفة مطلقة، وإنما اقتصر فقط على جرائم محددة يكون فيها مساس خطير بالنظام العام الاجتماعي الذي يسعى إلى الحفاظ على الطرف الضعيف في العلاقات الشغلية⁽¹²⁾.

- المادة 278 (الإجازات الخاصة ببعض المناسبات ورفض التغيب الممنوح لأسباب شخصية).

- المادة 361 (تحديد الأجر).

- المادة 375 (أداء الأجر).

- المادة 382 (الخاصة بضرورة تكملة الأجر المتفق عليه مع المشغل في حالة عدم كفاية المبالغ المقبوضة من الزبناء برسم الحلوان).

- المادة 391 (الاقتطاع من الأجر خلافا للشروط المحددة بمقتضى القانون).

¹- ناهد العجوز: مرجع سابق، ص: 241.

- كامل سليمان: متى تعدد الغرامات في تطبيق أحكام قانون الشغل الفردي، مجلة المحاماة، العدد الثاني، السنة 41، ص: 254.

²- يراجع في ذلك مختلف المواد السابق الإشارة إليها والتي تتضمن عقوبة مالية ما بين 300 و 500 درهم.

³- علي العريف: العقوبات في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، مجلة المحاماة العدد 6، لسنة 1970، ص: 54.

⁴- بوزيان الفهسي: مرجع سابق، ص: 38.

⁵- قرار صادر عن المجلس عدد 13-19311 بتاريخ 2001/05/16، أورده إدريس المزدغي: بعض خصوصيات القانون الجنائي الفرنسي تشريعا واجتهادا، مجلة القضاء والقانون، العدد 145

السنة الثلاثون، ص: 129.

- حكم عدد 2670/97 صادر عن المحكمة الابتدائية بمدينة العيون بتاريخ 18 دجنبر 1997، أورده سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 446.

⁶- crim juin 1971 bull crim N°197 cité par Samira Kamili Op. Cit p: 447.

من القيود الواردة على تطبيق القاعدة مثلا إذا ضبطت جريمتين واحدة تهم أجبرين والثانية تمس نفس الأجيرين إضافة إلى أجبر آخر، حيث أن المشغل لا يكون ملزما بدفع خمس غرامات وإنما فقط ثلاث غرامات.

⁷- قرار تعقيبي جزائي عدد 12462 مؤرخ في 23 فبراير 1987، منشور بمجلة القضاء والتشريع عدد 1 يناير 1989، ص: 103. أورده محمد الهادي بن عبد الله، القانون الجزائي للشغل، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة المطبعة 2001، ص: 298.

⁸- صدر عن محكمة النقض المصرية، نقض جنائي رقم 23-169-265، مجموعة محكمة النقض. نونبر 1972.

- أورده ناهد العجوز: مرجع سابق، ص: 743.

⁹- تنص الفقرة الأولى من المادة 24 من ق.ج. على أنه: "تنفذ عقوبة السجن داخل سجن مركزي مع الانفراد بالليل كلما سمح المكان بذلك ومع الشغل الإجباري فيما عدا حالة تبوث عجز بدني".

¹⁰- سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 448.

¹¹- أحمد الخليلي: شرح القانون الجنائي العام، مرجع سابق، ص: 251.

ومقارنة بالتشريع الاجتماعي الملغى يبدو أن المشرع في إطار مدونة الشغل لم يلجأ إلى العقوبة الحبسية إلا استثناء وفي حالتين اثنتين لا غير بل الأكثر من ذلك لم يأت بها المشرع على سبيل الإلزام وإنما فقط من باب الاختيار إذ يملك القاضي المختص سلطات تقديرية واسعة في تطبيقها إلى جانب الغرامة أو الاستعاضة عنها بالعقوبة المالية. بل أكثر من ذلك فإن تشريع الشغل الجنائي لم يلتفت إليها إلا في حالة العود إلى اقتراف نفس الجريمة، أي بعد تأكد المشرع أن المحكوم عليه سابقا لم يرتدع بالعقوبة المالية المحكوم بها عليه عكس قانون الشغل الجنائي المنسوخ والذي نص عليها في كثير من النصوص القانونية⁽²⁾.

أما بخصوص الحالات التي لجأ فيها قانون الشغل الجنائي الحالي إلى إقرار العقوبة الحبسية فتتمثل في تشغيل الأجراء لأداء العمل قهرا أو جبرا⁽³⁾ أو عندما يتعلق الأمر بتشغيل الأحداث أو قبولهم في المقاولات أو لدى المشغلين قبل تمامهم لسن خمسة عشر سنة كاملة⁽⁴⁾ بحيث أن العقوبة المقررة في ارتكاب أحد هذه الأفعال المجرمة هي الغرامة المالية والحكم بحبس تتراوح مدته الدنيا في ستة أيام ومدته القصوى في ثلاثة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين متى كان المحكوم عليه في حالة عود.

يبدو أن اتجاه المشرع إلى جعل العقوبة الحبسية مسألة ثانوية واختيارية بالنسبة للقضاء الجزري يوضح الأولوية التي يمنحها المشرع لمجال العمل وللعلاقات التي تنشأ داخله نظرا لما تخلفه العقوبات الحبسية⁽⁵⁾ من آثار وخيمة على الأجراء و المقاولات مع الارتباط أغلب المقاولات بشخص المشغل من جهة، ومن جهة أخرى لوجود مقاولات –سواء كانت صغيرة أو متوسطة- تشكل النسيج الاقتصادي المعول عليه لإنعاش الشغل واستقطاب الكفاءات.

شكلت العقوبات الأصلية سواء كانت حبسا أو غرامة الركيزة الأساسية للسياسة الجزرية المتبعة في قانون الشغل الجنائي لردع كل خرق للمقتضيات الشغلية، غير أن هذا لا يعني اقتصر المشرع فقط عليها بل دعمها كذلك بالعقوبات الإضافية.

الفقرة الثانية: العقوبات الإضافية.

صار قانون الشغل الجنائي على نهج القانون الجنائي العام وذلك من خلال إقرار العقوبات الإضافية إلى جانب العقوبات الأصلية بغية تحقيق نوع من الملازمة بين العقوبة المحكوم بها على الجاني والطبيعة الخاصة للجريمة من جهة أولى، ومن جهة ثانية مراعاة شخصية المرتكب للجريمة الذي يمكن أن يكون إما المشغل أو أحد معاونيه إضافة إلى ذلك تدعيم الأثر الردعي للعقوبات الأصلية⁽⁶⁾.

وبقراءة لمختلف المقتضيات الجزرية المتضمنة في قانون الشغل يتضح أن المشرع المغربي اتجه إلى اعتماد كل من إغلاق المؤسسة، وحل الشخص المعنوي كأحد العقوبات الإضافية المخصصة للزجر والردع في غياب إمكانية نشر الحكم الصادر بالإدانة الذي كان معمولاً به في إطار تشريع الشغل الملغى.

عند المشرع المغربي في إطار قانون الشغل الجنائي إلى اعتماد عقوبة إغلاق المؤسسة كعقوبة تكميلية للعقوبات الأصلية الممكنة للمحكمة النطق بها عند الفصل في كل خرق للمقتضيات الجزرية، مما يستتبع من إيقاف كلي لنشاط المقاول سواء كان داخليا أو خارجيا، فنطاق أعمال هذه العقوبة يبقى محدودا في إطار نصوص قانون الشغل الجنائي بالمقارنة مع نظيره الفرنسي، إذ لم يقر المشرع المغربي في إطار تشريع الشغل الملغى إلا حالتين لعقوبة الإغلاق⁽⁷⁾، وما يلاحظ أن المشرع في إطار هذا التشريع الملغى استعمل عبارة الإغلاق مجردة دون بيان ما إذا كان الأمر يتعلق بإغلاق مؤقت أو نهائي⁽⁸⁾.

أما بالنسبة لمدونة الشغل المغربية فقد نصت على إمكانية الإغلاق المؤقت أو الكلي حسب الأحوال وذلك من خلال المقتضيات الواردة في مادتها 300 حيث نصت هذه الأخيرة على إمكانية إصدار المحكمة للحكم بالإدانة متى كان هناك خرق للمقتضيات التشريعية أو التنظيمية الخاصة بمراعاة شروط السلامة و حفظ الصحة، مقررونا بقرار الإغلاق المؤقت للمؤسسة لمدة تتراوح ما بين 10 أيام كحد أدنى وستة أشهر كحد أقصى، سواء كانت مسطرة الإنذار جارية أم لا، ويتطلب الإغلاق مراعاة المنع المشار إليه في الفقرة الثانية من الفصل 90 من القانون الجنائي⁽⁹⁾ وعند عدم احترام هذه المقتضيات تطبق العقوبات المضمنة في الفصل 324 من القانون الجنائي⁽¹⁰⁾، كما تملك المحكمة إمكانية الحكم بالإغلاق النهائي للمؤسسة وفقا للفصل 90 و 324 من القانون الجنائي متى تعلق الأمر بحالة العود⁽¹¹⁾.

ويبدو من خلال ما تقدم مدى حرص قانون الشغل الجنائي على حماية صحة وسلامة الأجراء على اعتبار أن في ضمانها وجود واستمرار لعلاقات الشغل نفسها، فقرار الإغلاق المتخذ من طرف المحكمة يأخذ صبغة القرار الوقائي من ارتكاب جرائم الشغل خرقا للمقتضيات المتعلقة بحماية صحة وسلامة الأجراء.

¹ - سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 449.

² - نذكر من هذه النصوص:

- الفصل 59 من ظهير 2 يوليوز 1997 المتعلق بضوابط الخدمة والعمل في المجال الصناعي والتجاري والمهن الحرة.

- الفقرة الثالثة من الفصل 21 من ظهير 24 يناير 1953 المنظم لحساب الأجور و المخازن الملحقة بمحلات الخدمة المعدة لبيع السلع للمستخدمين وبالمساومة وبعقود المقاولات الفرعية.

- الفقرة الثانية من الفصل 22 من ظهير 16 يوليوز 1957 المنظم لتأسيس النقابات المهنية.

³ - المادة 12 من مدونة الشغل.

⁴ - المادة 151 من مدونة الشغل.

⁵ - خلال مشروع 1998 تم التخلي نهائيا عن العقوبات الحبسية وتم تركيز فقط على الغرامة المالية التي تراوحت ما بين 300 درهم و 30.000 درهم.

يراجع سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 452.

⁶ - سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 452-453.

⁷ - ظهير 25 غشت 1914 الملغى المتعلق بالمحلات المضرة بالصحة والمحلات المزعجة والمحرورة.

- ظهير 2 يوليوز 1947 الملغى المتعلق بضوابط الخدمة والعمل.

⁸ - سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 497.

⁹ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 90 من القانون الجنائي على أنه: "وينتج عن الحكم بإغلاق محل تجاري أو صناعي، أو أي مؤسسة أخرى في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك، منع المحكوم عليه من مزاوله نفس المهنة، أو النشاط بذلك المحل، ويشمل المنع أفراد أسرة المحكوم عليه أو غيرهم ممن يكون المحكوم عليه قد باع له المحل أو أكرهه أو سلمه إليه كما يسري المنع في حق الشخص المعنوي أو الهيئة التي كانت ينتهي إليها المحكوم عليه أو كان يعمل لحسابها وقت ارتكاب الجريمة".

¹⁰ - ينص الفصل 324 من ق.ج. أن: "كل شخص، ممن أشير إليهم في الفقرة الثانية من الفصل 90، خرق أحكام تلك الفقرة، مخالفا بذلك القرار الصادر بإغلاق مؤسسة تجارية أو صناعية، يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم".

¹¹ - الفقرة الأخيرة من المادة 300 من مدونة الشغل.

أما قانون العمل المصري، فقد أوجب، في حالة وجود خطر حال على صحة الأجراء أو سلامتهم، على الجهة الإدارية أن تأمر بإغلاق المنشأة كلياً أو جزئياً أو بإيقاف آلة أو أكثر إلى أن تزول أسباب الخطر⁽¹⁾.

من خلال المقارنة بين كل من قانون العمل المصري وتشريع الشغل المغربي يتضح أن هناك تشابه من حيث السبب الداعي إلى الإغلاق، وهو حفظ صحة وسلامة الأجراء من كل خطر حال، أي التركيز على الجانب الصحي كدافع وحيد للإغلاق سواء كان نهائياً أو مؤقتاً، إلا أن هناك اختلاف من حيث الجهة المكلفة بإصدار قرار الإغلاق، فإذا كان تشريع الشغل المغربي قد خول للسلطة القضائية صلاحية البت في قرار الإغلاق، فإن قانون العمل المصري جعل ذلك من اختصاص السلطة الإدارية.

والرأي فيما أعتقد أن تخويل النظر في قرار الإغلاق للجهاز القضائي أكثر عدالة وإنصافاً نظراً لما يخوله للجاني من إمكانية لبسط دفوعاته أمام المحكمة من جهة ومن إمكانية الطعن في القرار⁽²⁾ المتخذ من جهة أخرى.

إلا أن الإغلاق وإن كان فيه ضمانات للأجراء فإن له عواقب سيئة سواء على الجاني أو أسرته⁽³⁾ من حيث المنع من مزاولة نفس المهنة أو النشاط في المحل المغلق، كما يؤدي بالأجراء إلى فقد مورد عيشهم، وإن كان المشرع حاول التخفيف من ذلك من خلال النص على ضرورة الاستمرار في أداء مستحقات الأجراء المتعلقة بالأجور والتعويضات، والفوائد المكتسبة سواء كانت مادية أو معنوية طيلة مدة الإغلاق المؤقت⁽⁴⁾ وبذلك يعد إغلاق المؤسسة نوعاً من العقاب المالي إذ أن القانون يضمن للأجراء حقهم في استيفاء أجورهم طيلة مدته⁽⁵⁾، أما إذا كان الإغلاق نهائياً ونجم عنه فصل الأجراء نهائياً من شغلهم، فوجب على رئيس المؤسسة أداء التعويضات المستحقة للأجراء عن إنهاء عقد الشغل، بما في ذلك التعويض عن الضرر⁽⁶⁾.

وأمام ما يخلفه الإغلاق من أضرار، اتجه جانب من الباحثين إلى القول بأنه من المحيد اقتصر عقوبة الإغلاق على الجرائم الخطيرة، رغم كونه وسيلة مهمة لحظر أي تكرار للجريمة⁽⁷⁾ في حين اعتبر البعض الآخر أن عقوبة الإغلاق تزيل الاضطراب الناتج عن الجريمة، ويحول دون تكرارها إضافة إلى ما تحققه من عدالة وتوازن بين الأوضاع الاقتصادية للمنشآت المتشابهة⁽⁸⁾.

بينما اعتمد اتجاه آخر حلاً وسطاً إذ اعتبر أن إغلاق المؤسسة يخصص فقط للجرائم الخطيرة، دون أن يكون ذلك على حساب صحة وسلامة الأجراء داخل المفاولة⁽⁹⁾.

بالإضافة إلى عقوبة الإغلاق كعقوبة إضافية تمس الشخص المعنوي، نص المشرع في إطار قانون الشغل الجنائي أو القانون الجنائي العام على عقوبة حل الشخص المعنوي⁽¹⁰⁾، إذ أقرها المشرع المغربي من خلال القانون الجنائي، وذلك بإدماج جزاء الحل كعقوبة إضافية⁽¹¹⁾ دون تحديد لنطاق أعمالها بخلاف ما ذهب إليه المشرع الجنائي الفرنسي حيث علق تطبيقها بتوفر حالتين: الأولى تتمثل في تكوين الشخص المعنوي بهدف اقتراف أفعال معاقب عليها قانونياً، والثانية تتجسد في خروج الشخص المعنوي عن الغرض المقرر لإنشائه⁽¹²⁾.

وبصفة عامة فإن مجال تطبيق العقوبات التكميلية على الأشخاص المعنوية الاعتبارية، في إطار القانون الجنائي الفرنسي، سواء كانت هذه العقوبات عبارة عن غرامة مالية أو حل فإن ذلك يبقى متوقفاً على ارتكاب الجريمة من لدن شخص طبيعي فردياً كان كالرئيس أو هيئة كالمكتب المسير، وتطبيقاً لذلك أكدت محكمة النقض الفرنسية في نقضها للقرار الاستثنائي على دور ممثل الشخص الاعتباري في حدوث أفعال إجرامية⁽¹³⁾، إذ أن مسؤولية الأشخاص المعنوية ترتبط بوجود وعدمها بوجود جريمة يعود أمر ارتكابها إلى مسيرها سواء من جانب العناصر التكوينية للجريمة أو بالأخص من حيث توفر النية⁽¹⁴⁾ وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي⁽¹⁵⁾.

¹ - الفصل 215 من قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003.

² - حتى القرار المتخذ من طرف الجهة الإدارية يمكن الطعن فيه أمام المحاكم الإدارية باعتباره قراراً إدارياً متخذاً في إطار السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة غير أن شكليات الطعن تبدو معقدة يصعب إدراكها من طرف المتقاضين العاديين.

³ - أحمد الخليلي: شرح القانون الجنائي العام، مرجع سابق، ص: 354.

⁴ - الفقرة الأولى من المادة 301 من مدونة الشغل.

⁵ - حافظ العموري: مرجع سابق، ص: 28.

⁶ - الفقرة الثانية من المادة 301 من مدونة الشغل.

⁷ - ناهد العجوز: مرجع سابق، ص: 727.

- عبد ربو العوماري: فقدان الأجر كأثر لإنهاء علاقات الشغل على ضوء القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2004-2005، ص: 169.

⁸ - محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1979، ص: 230.

⁹ - سميرة كميلي: مرجع سابق، ص: 458.

- ازهور هيبوي: مرجع سابق، ص: 150.

¹⁰ - محمد الملياني: أية قواعد لضمان محاكمة عادلة للشخص المعنوي، مجلة المحامي، العدد 48 دون ذكر السنة، ص: 202-203.

¹¹ - الفصل 36 من القانون الجنائي رقم 24-03.

¹² - Le cannu (P): Dissolution, Fermeture d'établissement et interdiction d'activité, Rev. Soc 1993, p : 324 et s cité par Samira Kamili Op. Cit p : 458.

¹³ - قرار الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 97/12/2، بالنشرة السنوية تحت رقم 420. أوردته إدريس المزدغي، مرجع سابق، ص: 113.

- قرار آخر صادر عن نفس الغرفة بتاريخ 1998/7/7 بالنشرة السنوية رقم 216، أوردته نفس المرجع، نفس الصفحة.

¹⁴ - إدريس المزدغي، مرجع سابق ص: 124.

¹⁵ - قرار الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1998/7/7 المنشور تحت رقم 216 وبالتقرير السنوي ل 1998، ص: 302.

- قرار آخر صادر عن نفس الهيئة في 2000/5/24.

أوردتهما إدريس المزدغي، مرجع سابق، ص: 124.

أما بخصوص عقوبة حل الشخص المعنوي في إطار قانون الشغل الجنائي، فلا تخص سوى النقابات المهنية بموجب حكم قضائي بعد توجيه التماس من طرف النيابة العامة⁽¹⁾ وهو ما كان مقررا من خلال ظهير 16 يوليوز 1957 المتعلق بالنقابات المهنية الملغى⁽²⁾، وبذلك فإن الحكم على النقابة المهنية بالحل كعقوبة مفروضة على الشخص المعنوي تتوقف على الطلب الذي يقدمه وكيل الملك إلى المحكمة المختصة التي تملك سلطة تقديرية واسعة في الحكم بها⁽³⁾، على اعتبار أن هذه العقوبة تبقى اختيارية وليست إلزامية⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن عقوبة الحل المعمول بها في إطار قانون الشغل الجنائي بالنسبة للنقابات المهنية لا يتضمنها قانون الشغل الجنائي الفرنسي إذ اعتبر النقابات المهنية وإلى جانب الأشخاص المعنوية العامة والأحزاب أو التجمعات السياسية في منأى عن هذه العقوبة⁽⁵⁾.

وبخصوص الحالات التي أجاز فيها قانون الشغل الجنائي حل النقابة المهنية، فإنها تتمثل في مشاركة أشخاص لا يزاولون المهنة أو الحرفة نفسها، أو مهنا أو حرف متشابهة، أو حرف يرتبط بعضها ببعض، أو تساهم في إعداد منتجات محددة، أو تقديم خدمات معينة، في تأسيس النقابة المهنية، كما أن هذه الأخيرة تكون محلا لهذه العقوبة عند عدم احترامها للقانون الأساسي المنظم لها، أو السماح لأشخاص للقيام بشؤونها، أو السهر على إدارتها رغم أنهم لا يتوفرون على الشروط⁽⁶⁾ المطلوبة في الأعضاء المكلفون بإدارة النقابات المهنية وتسييرها⁽⁷⁾.

وينتج عن حل الشخص المعنوي الحظر من الاستمرار في مواصلة النشاط الاجتماعي، ولو تحت اسم آخر وإدارة وتسيير مغاير⁽⁸⁾، لذلك ذهب بعض الفقه⁽⁹⁾ إلى اعتبار عقوبة حل الشخص المعنوي بمثابة عقوبة للإعدام المقررة في قواعد القانون الجنائي العام للشخص الطبيعي.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الشغل الجنائي الحالي لم يشر إلى عقوبة نشر الحكم بالإدانة كعقوبة إضافية في حالة مخالفة مقتضيات الخاصة لتشغيل الأحداث والنساء والتي كان معمولا بها في إطار التشريع الاجتماعي الملغى⁽¹⁰⁾ بل اقتصر فقط على عقوبات الإغلاق والحل كعقوبتين تكميليتين.

إن العقوبات التي تضمنها قانون الشغل الجنائي سواء كانت أصلية متمثلة في عقوبات الغرامة والحبس أو إضافية اقتصرت على الإغلاق وحل الشخص المعنوي، فرضت مراعاة لكل حالة على حدة من جهة، ومن جهة أخرى ضمن نطاق محدود في محاولة لخلق نوع من التوازن بين المصالح المختلفة لأطراف العلاقة الشغلية، متبينا في ذلك المشرع المغربي سياسة زجرية تعتمد المرونة والاختيار في معاقبة الأفعال المرتكبة خرقا لقانون الشغل الجنائي وخاصة عقوبات الحبس أو الإغلاق، أو حل الشخص المعنوي.

ويبدو أن استعمال المشرع لعبارة "يمكن" عند الحديث عن عقوبات الإغلاق سواء كان مؤقتا أو نهائيا⁽¹¹⁾، أو عند حل الشخص الاعتباري⁽¹²⁾ تفيد الإمكان وليس الإلزام⁽¹³⁾.

واعتقد أن للقاضي دورا هاما في إطار قانون الشغل الجنائي نظرا لخصوصية هذا الأخير وتفرده عن قواعد القانون الجنائي العام على اعتبار أن مجال وقوع جرائم الشغل هو المفاوضة، وعندما أقول المفاوضة، فذلك يعني وجود مصالح مشتركة لكل من الأجراء والمشغل والدولة وكذلك المستهلك، فكل هذه المصالح جديرة بالاعتبار عند إصدار كل حكم قضائي في مجال علاقات الشغل ترتبط إلى حد كبير بالمفاوضة والصغرى والمتوسطة المعول عليها في دعم النسيج الاقتصادي الوطني وتوفير مناصب شغل لجيش احتياطي من العملة العاطلة من جهة، ومواجهة تحديات تحرير السوق العالمية من جهة أخرى.

¹ - الفقرة الأولى من المادة 426 من مدونة الشغل.

² - الفصل 22 من الظهير الشريف رقم 1-57-119 الصادر بتاريخ 16 يوليوز 1957 بشأن النقابات المهنية الذي ألغيت أحكامه إلا بالنسبة لنقابات الموظفين وكذا الهيئات المهنية التي لا تطبق عليها مدونة الشغل كما تنص على ذلك المادة 586 من مدونة الشغل المغربية.

³ - François Paul Blanc : la responsabilité pénale des personnes morales dans le droit marocain , Revue Marocain de droit N° 19, année 1988 p : 229.

⁴ - سميرة كميلى: مرجع سابق، ص: 459.

⁵ - ART 131-39 Du code de travail français.

⁶ - يراجع في ذلك المادة 416 من مدونة الشغل بخصوص الشروط المطلوبة في الأعضاء المكلفون بالإدارة والتسيير داخل النقابة المهنية.

⁷ - الفقرة الأخيرة من المادة 426 من مدونة الشغل.

⁸ - الفصل 47 من القانون الجنائي.

⁹ - عمر سالم: المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية وفقا لقانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995، ص: 96.

- سميرة كميلى: المرجع السابق، ص: 459.

- إدريس المزدغي: المرجع السابق، ص: 122.

¹⁰ - الفصل 63 من ظهير 2 يوليوز 1947 المتعلق بضابط الخدمة والعمل في القطاع الصناعي والتجاري والمهن الحرة.

¹¹ - المادة 300 من مدونة الشغل .

¹² - الفقرة الثانية من المادة 426 من مدونة الشغل.

¹³ - نفس شيء نص عليه المشرع اللبناني، إذ المحكمة ليست ملزمة بحل النقابة، بل إل الأمر متروك لسلطتها التقديرية. يراجع في ذلك:

- حسين عبد الطيف حمدان: قانون العمل دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص: 529.

مرتكزات حقوق الدفاع وآليات حمايتها في مرحلة المحاكمة

الرحالي يونس

طالب باحث بسلك الدكتوراه في القانون الخاص
حاصل على شهادة الأهلية لمزاولة مهنة المحاماة

تقديم

لا يختلف اثنان في كون أن مرحلة المحاكمة تعتبر من أهم مراحل الخصومة الجزرية، والتي تلي مرحلة إحالة المتهم وملف القضية، إما من طرف النيابة العامة أو من طرف قاضي التحقيق إلى هيئة الحكم، من أجل التثبت من صحة الأفعال الجرمية المنسوبة إلى من هو في وضعية الخضوع للاتهام من عدمه، و التي تتأتى كنتيجة و تتوحيق لقرار البراءة أو الإدانة أو الإعفاء.

وحيث أنه قبل النطق بالحكم، يقوم قضاء الموضوع الجزري بمجموعة من الإجراءات التي تهدف معرفة الحقيقة الإجرامية، ومعرفة مدى براءة المتهم من إدانته، وهو ما يسمى بالحقيقة القضائية.

والجدير بلفت الانتباه، أن القاضي الجزري وهو في صدد تكوين قناعته الوجدانية، يقوم بنوع من الموازنة بين فعل الاتهام و فعل الدفاع، وهو في ذلك يتخذ موقف الحياد، و يعتبر الفصل والحكم بين إدعاءات النيابة العامة باعتبارها ممثلة المجتمع، وبين المتهم الذي يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته بمقتضى محاكمة عادلة تؤمن له فيها مختلف ضمانات الدفاع¹ طبقا للقانون، ووفقا للمقولة القائلة "إن القانون الذي يحقق الاحترام للمتهم، إنما يدفع المتهم نفسه لإحترام هذا القانون والقائمين على تمثيله"².

وبالتالي فعندما يمثل الشخص أمام قضاء الحكم الجزري بحسب نوعية الجريمة الموجهة إليه جنائية أم جنحة أم مخالفة متهما بارتكابها، فإنه يكون قد واجه آلية الدولة بعدها وعتادها الكامل، انطلاقا من الوضع تحت الحراسة النظرية لدى الشرطة القضائية، مروراً بالتقديم أمام ممثل النيابة العامة، وصولاً إلى الاستئناف الأولي والتفصيلي لقاضي التحقيق، ومن ثمة تبقى الطريقة التي يعامل بها المتهم من طرف هيئة المحكمة هي التي تدل على مدى احترام حقوق الدفاع، لأنه لا قيمة لحق الدولة في العقاب على مديح حرية الأفراد، ولأن إساءة استخدام العقوبة يشوه أهدافها بطريقة لا محيد عنها.

ومن جهة أخرى فإن الاستماع إلى النيابة العامة وحدها ليس كافياً لإدانة المتهم، وإنما يلزم فضلا عن ذلك، حتى تتحقق القناعة الوجدانية للقاضي الجزري، لابد من تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه، من خلال مجموع الحقوق و الضمانات المخولة لقاعدته بمقتضى القانون من طرف مشرع الأمة حتى لا يدان البريء.

إذن فحقوق الدفاع ما هي في نهاية المطاف، إلا امتيازات خاصة³ ومكنت تخول للمتهم الرد على كل ما من شأنه إدانته،⁴ الشيء الذي يجعلنا نقول أن غياب حقوق الدفاع يؤدي حتما إلى تزييف الحقائق من طرف المدعي بالضرر،⁵ فالدفاع هو الضرورة المنطقية لصد الاتهام، وهناك من يرى بأنه حق أصيل ينشأ منذ اللحظة الأولى التي يواجه فيها الشخص ضابط الشرطة القضائية، وذلك من خلال تمكنه من درء الاتهام عن نفسه، إما بإثبات فساد دليله، أو بإقامة الدليل على نقيضه.⁶

لتأتى لنا بعد ذلك مشروعية التساؤل حول ما مدى احترام المشرع الجنائي المغربي لحقوق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة؟

المحور الأول: مرتكزات حقوق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة

المحور الثاني: آليات حماية حقوق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة

المحور الأول: مرتكزات حقوق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة

ترتكز حقوق الدفاع المخولة للأطراف المائلين أمام هيئة المحكمة على مجموعة من الدعامات التي تضمن سير إجراءات الدعوى العمومية بصفة سليمة وصحيحة متمثلة في مبادئ عامة مخولة للدفاع، مستمدة من روح قواعد المسطرة الجنائية باعتبارها كما يقال قانونا للشرطة (المطلب الأول).

ومن حقوق مباشرة تضمن للمتهم الإحاطة والعلم بما اتهم به، ليعد دفاعا على أساس مواجهة التهمة المنسوبة إليه بشكل يضمن كرامته وإنسانيته، لأن المتهم في نهاية المطاف بريء حتى تثبت إدانته بمقتضى حكم حائز لقوة الشيء المقضي به حسب الفصل الأول من قانون المسطرة الجنائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحقوق غير المباشرة للدفاع أثناء مرحلة المحاكمة

الفقرة الأولى: مبدأ علنية المحاكمة وشفويتها

أولاً: الحق في محاكمة علنية

بالرجوع إلى المادة 300 من ق.م.ج نجدها تنص على أن إجراءات البحث والمناقشات تتم في جلسة علنية، وتحت طائلة البطلان، ومن ثمة لا جدال في أن إتاحة الفرصة لعامة الناس حضور إجراءات محاكمة المتهم شئ يبدد الشك في نفسيته، ويولد الاطمئنان لدى العامة بحسن سير العدالة الجنائية، وتحررها من أي قيد يفقد الثقة فيها. كما تبعث علانية المحاكمة من جهة ثانية الطمأنينة والراحة النفسية للمتهم، خصوصا أن كل الإجراءات المتعلقة بمرحلة المحاكمة تتم تحت مسمع وبصر الجمهور⁷ الذي يسمح له بدخول قاعة الجلسات لدى مختلف المحاكم الجزرية، ويمكنهم الإطلاع على ما يجري من إجراءات وما يدور فيها من مناقشات،⁸ ومن حق المتهم أيضا أن يسمع الكافة دفاعه و أن تعلن برائته على الملأ.

¹ - أنظر الفقرة الأولى من المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1948.

² - راجع، عوض محمد عوض (الم) "حقوق المتهم وفقا لقضاء المحكمة العليا الأمريكية في ضوء الدستور الأمريكي" مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل، الإمارات العربية المتحدة، أبوظبي 1979، عدد 19، ص 178.

³ - هلال عبد الله (أحمد): المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة في الفكر الجنائي الإسلامي، طبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 138.

⁴ صالح محمد العادلي (محمود): حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، نوقشت بجامعة القاهرة 1991، ص 23

⁵ بوليصة (شبهة) "حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، الجزائر، ص 91.

⁶ رجب عبد الغني (حمدي): نظام الاتهام وحق الفرد والمجتمع في الخصومة الجنائية، رسالة دكتوراه نوقشت بكلية الشريعة والقانون بالقانون 1986، ص 304.

⁷ العلي (عبد الواحد): شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، ص 292.

⁸ طاهر معروف (محمد)، المبادئ الأولية في أصول الإجراءات الجنائية، دار الطبع والنشر بغداد 1972، ص 135.

وفي هذا الإطار هناك قولتين مشهورتين يزكيان مبدأ علنية الجلسات الأولى لخطيب الثورة الفرنسية ميرابو الذي قال "جيتوني بقاضي كما تشاؤون، مرتشي عدواني إذا شأتم فذلك لا يهم مادام أنه لا يفعل شيئا إلا أمام الجمهور".

وحق لجريبي بنتنام أن يقول إن العلنية عنصر أساسي للعدالة ولروحها¹ لأن القضاة يخشون المساس بالحريات والحقوق الشخصية للمتهمين عندما يعملون علانية أمام الجمهور، وقد لا يجدون نفس الحرج إذا كانت المحاكمة تجري بصفة سرية دون رقابة لهذا الجمهور، وبالتالي فإن العلنية تحمل القضاة على التطبيق السليم للقانون وعدم مخالفة الإجراءات القانونية المحددة مسبقا.

إلا أنه لا يعني الفهم أن علنية الجلسات تكون قائمة في جميع المحاكمات، وإنما هناك استثناءات واردة عليها حددتها المادتين 301 و 302 من قانون المسطرة الجنائية، بحيث لا تكون الجلسة علنية بالنسبة للأحداث الجانحين ولا تسري السرية على محامي الحدث أو من له حق في رعايته. وتكون سرية أيضا إذا اعتبرت المحكمة أن في علنية الجلسة خطر على الأمن أو على الأخلاق وتصدر موقفا يجعلها تنعقد كذلك.

أما بالنسبة لمنطوق الحكم فيكون بجلسة علنية طبقا لأحكام المادة 364 من القانون السالف الذكر، والتي تنص على أنه يتلى منطوق كل حكم أو قرار أو أمر في جلسة علنية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

إلا أننا نتساءل بخصوص المادة 302 من ق م ج كيف يمكن لعلنية الجلسة أن تكون خطرا على الأمن وخصوصا أن المشرع لم يحدد طبيعة هذا الحصر الذي يهدد الأمن من خلال علنية الجلسة؟

الأمر يبقى على عموميته، وأن كان بعض الفقه يقول أن المراد بالأمن في هذه الحالة، هو مراعاة النظام العام، والذي يتعلق بالمبادئ التي تعبر عن المصالح والقيم العليا للمجتمع، و مثال ذلك الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي من أجل تفادي ما يؤدي إليه نشر أخبار المحاكمة من تهديد أمن الدولة خشية تأثير الدعايات على نظامها². أما الاستثناء الآخر على عينة الجلسات الذي أتى به المشرع لحماية فئة خاصة من التشهير بها وهي فئة الأحداث الجانحين، حيث أن المادة 478 تنص بصريح العبارة على أنه يجري البحث والمناقشات ويصدر الحكم بجلسة سرية، ويجب أن يخص الحدث شخصيا ومساعداه بمحامييه وممثله قانوني ما لم تعفي المحكمة الحدث أو ممثله القانوني من الحضور.

وتأكيدا على مبدأ العلنية وعلاقته بحقوق الدفاع جاءت المادة 439 من قانون المسطرة الجنائية بأن لرئيس غرفة الجنايات أن يتحقق من توفر شروط العلنية ويتلوا القرار النهائي الصادر بالإدانة أو البراءة في جلسة علنية، لأن حقوق الدفاع لا تقبل التجزئة أو التبعيض فيما أن تأخذ كلها أو تترك كلها.

ثانيا: الحق في شفوية إجراءات المحاكمة

إن مبدأ شفوية إجراءات المحاكمة هو قوام مبدأ المواجهة بين الخصوم في الدعوى الجنائية، و وسيلة هامة تفيد القاضي الجنائي في تكوين قناعته الوجدانية، وتثير له سبل الوصول إلى الحقيقة القانونية للتهمة المنسوبة إلى الظنين المائل أمام عدالة المحكمة، بحيث يدلي بالشهود والخبراء والمترجمين بأقوالهم أمام القضاء الجنائي ويتم مناقشتهم فيها طبقا لما نصت عليه المادة 287 من ق.م.ج "لا يمكن للمحكمة أن تبني مقررهما إلا على حجج عرضت أثناء الجلسة ونوقشت شفويا وحضوريا أمامها".

وبالتالي فمبدأ الشفوية يجد أساسه القانوني في نص المادة أعلاه، ومن ثمة نخلص إلى القول أن مبدأ شفوية الجلسات يعتبر ركيزة رئيسية لحق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة³ و أن المحكمة لا تبني حكمها فقط على أوراق الملف من محاضر ضبط الشرطة القضائية، ومحاضر الاستنطاق التي يقوم بانجازها عناصر النيابة العامة أو محاضر التحقيق الإعدادي الذي يقوم به قضاة التحقيق، وأن الأمر يستلزم فضلا عن ذلك مناقشة أدلة الإثبات بصفة شفوية مع المتهم و باقي أطراف الخصومة الجنائية.

إذن فشفوية المحاكمة حق لكل متهم و واجب على كل محكمة، وهو إجراء جوهري للمحاكمة العادلة من جهة، و حق غير مباشر من حقوق الدفاع من جهة ثانية، ومن دونه لا تصح المحاكمة، بحيث أن الأهمية من شفوية المحاكمة هي علم المتهم بجميع الأدلة المقدمة ضده، والتي تتيح له بسط دفاعه تنفيذا لها، و في ذلك ذهب محكمة التمييز الأردنية إلى أنه على المحكمة مجددا في المحاكمة أن تستمع إلى الإفادات والشهادات، وتمحص الأدلة الأخرى، ولا تكتفي بالإطلاع على أوراق التحقيق أو المحاكمة الجارية في دعوى أخرى⁴.

ورجوعا إلى قانون المسطرة الجنائية المغربي في مادته 337 في فقرتها الأولى يؤدي الشاهد شفويا، ويمكنه بصفة استثنائية أن يستعين بمذكرات كتابية بإذن من رئيس الهيئة، وبعد أداء كل شهادة، يسأل رئيس الجلسة المتهم عما إذا كان لديه ما يقوله ليرد على ما وقع الإدلاء به، ويطرح على الشاهد الأسئلة التي يراها ضرورية، وكل ذلك إنما يدل على أهمية شفوية المحاكمة وتكريسها كحق من حقوق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة.

الفقرة الثانية: مبدأ الحضورية وإعفاء المتهم من إثبات برائته

أولا: مبدأ الحضورية

لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتحقق مبدأ المواجهة بين خصوم الدعوى الجنائية في غياب المتهم وأطراف الدعوى العمومية والمطالب بالحق المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية، وذلك باستدعائهم حسب الفصول من 308 إلى 310 من ق.م.ج ويتضمن هذا الاستدعاء تحت طائلة البطلان، بيان يوم وساعة ومحل انعقاد الجلسة، ونوع الجريمة وتاريخ ومحل ارتكابها، والمواد القانونية المطبقة بشأنها، ويتعرض للإبطال الاستدعاء والحكم إذا لم يفصل بين تاريخ تبلغ الاستدعاء واليوم المحدد للحضور إلى الجلسة أجل 8 أيام، وهو وقت معقول من أجل استعداد المتهم لإعداد دفاعه.

الشيء الذي يمثل الفرصة الأخيرة للمتهم من الدفاع عن نفسه درءا للإتهام الموجه إليه، بحيث أن حضور المتهم مسألة ضرورية و مؤكدة من حيث المبدأ ولا يجوز مخالفتها إلا استثناء، وهذه الاستثناءات الواردة على مبدأ الحضورية تم التنصيص عليها في مقتضيات المادة 311 من ق.م.ج التي تحيل على المادة 314 من نفس القانون.

° يحظر المتهمون شخصيا، مالم تعفهم المحكمة من الحضور، وإما أنه يطلب المتهمون شخصيا من المحكمة أو بواسطة محاميهم عدم الحضور حسب الفقرة الأولى من المادة 311 من ق.م.ج.

بيد أن حضور المتهم لوحده أمام المحكمة ليس من شأنه أن يعطي لمبدأ الحضورية قيمته، وإنما الأمر مرتبط بحضور جميع الخصوم حتى يتسنى للمتهم الإحاطة الشاملة بكل عناصر الدعوى والعلم بالأدلة وحجج خصومه، بالإضافة إلى أن حضور كل من أطراف الدعوى أمام هيئة المحكمة يمنع الطريق على القاضي الجنائي في النظر في ملف النازلة المعروضة عليه في أن يحكم بعلمه الشخصي.

ثانيا: إعفاء المتهم من إثبات برائته

1- بكار (حاتم) حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، المرجع السابق، ص 184.

2- فخري عبد الرزاق الحديدي (عمر)، المرجع السابق، ص 125.

3 بكار (حاكم)، المرجع السابق، ص 207.

4- قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية رقم 2453/جنايات 72 بتاريخ 22/10/1972 المنشرة القضائية ع 4، ص 3 الصفحة 248 أوردته الأستاذ فخري عبد الرزاق الحديدي (عمر) مرجع

سابق، ص 129.

بالرجوع إلى المادة الأولى من قانون المسطرة الجنائية والتي تنص على أن كل متهم أو مشتبه فيه يعتبر بريئا حتى تثبت إدانته قانونا بمقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها كل الضمانات القانونية، ويفسر الشك لصالح المتهم.

فمن خلال هذه المادة يتبين أن كل من وجه إليه أصعب الاتهام من طرف النيابة العامة أو قاضي التحقيق، يعتبر بريئا كأصل، ومعنى ذلك هو افتراض البراءة حتى يثبت عكسها، ومن ثمة فإن إلقاء القبض على أي شخص بتهمة معينة يعتبر بريئا منها وسلطة الاتهام هي التي تثبت بمختلف وسائل الإثبات ارتكاب المتهم للجريمة المنسوبة إليه، أي أن سلطة الاتهام تقوم بإثبات عكس البراءة المفترضة في المتهم.

إذن فإثبات ارتكاب المتهم للفعل الجرمي المتابع من أجله، يتحمل إثباته من يدعي خلافا هذا الأصل في الإنسان والذي هو البراءة، فالنيابة العامة باعتبارها سلطة الاتهام الرئيسية هي التي يقع على عاتقها عبئ الإثبات¹ والمتهم تبعاً لذلك هو معفى من إثبات برائته لأنها مفترضة فيه أصلاً بمقتضى المادة الأولى من قانون المسطرة الجنائية، وكل ما عليه هو مناقشة أدلة الإثبات التي تجتمع حوله لكي يضع فيها بدور الشك ليفسر هذا الشك لصالحه، بل أن للمتهم حق الصمت ولا يمكن تأويل هذا الصمت ضده² طبقاً للقاعدة الفقهية القائلة بأن البيئة على من يدعى والمدعي في هذه الحالة هو النيابة العامة، وبالتالي يجب عليها أن تثبت إدعائها، وإلا أصبحنا أمام سلطة يمكن أن تتناول على كل من تطاله يدها بدون هذا القيد.

وهناك استثناءات محدودة على هذه القاعدة من بينها اعتراف المتهم بارتكاب الفعل الجرمي تحت وطأة الدليل القاطع المقدم من النيابة العامة، إلا أنه في ذات الوقت يدفع بأنه كان في حالة دفاع شرعي عن النفس، وفي هذه الحالة ينتقل عبئ الإثبات من النيابة العامة إلى المتهم، مادام أنه أصبح هو المدعي وعليه إثبات ما يدعيه.

وإذا كان هناك اتجاه يقول بأنه على النيابة العامة أن تفند إدعاءات المتهم وإثبات عدم صحة دفعه، من منطلق أن كل ما يبيده المتهم من دفع إنما يريد من ورائه إثارة الشك، الذي يفسر لصالحه، وعلى النيابة العامة إزالة هذا الشك، ولا يكون ذلك إلا بإثباتها لعدم صحة هذا الدفع.

و الجدير بالذكر أن مسألة إعفاء المتهم من إثبات برائته نجد لها خرقاً سافراً في قانون المسطرة الجنائية من خلال الفصل 290 الذي ينص على أن المحاضر المنجزة بشأن التثبت من الجرح والمخالفات يوثق بمضمونها إلى أن يثبت العكس، وفي نظرنا أن هذه المادة ما هي إلا إهدار لقرينة البراءة بحيث أن المتهم يفترض فيه البراءة إلى أن يثبت عكسها، لكن والحالة هذه أن الأصل هو صحة ما هو مضمن بالمحضر إلى أن يقوم المتهم بإثبات عكسه، وهو ما لا يتماشى وإعفاء المتهم من إثبات برائته، لأنه في هذا الإطار يكون المتهم ملزماً بإثبات عكس ما ورد في المحضر، وهذا فيه مساس بحقوق الدفاع من طرف المشرع الجنائي المغربي الذي خلق تضارباً عميقاً ما بين مقتضيات نص الفصل الأول و الفصل 290 من ق.م.ج.

المطلب الثاني: الحقوق المباشرة للدفاع أثناء مرحلة المحاكمة

في إطار هذا المطلب المرتبط بالحقوق المباشرة المخولة للدفاع أمام مرحلة المحاكمة، ارتأينا أن نقسمه إلى قسمين أولهما متعلق بالحقوق المخولة لجميع المتهمين بدون استثناء، وثانيهما لحقوق الدفاع المخولة للمتهمين في وضعية خاصة.

وبالتالي إن صح لنا القول هناك حقوق للدفاع مباشرة أي عامة يستفيد منها جميع المتهمين (الفقرة الأولى) وحقوق للدفاع مباشرة لكنها تتبث لفئة خاصة من المتهمين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحقوق المخولة لجميع المتهمين أثناء مرحلة المحاكمة

أولاً: حق المتهم في الإحاطة بالتهمة الموجهة إليه

إن حق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة لا يمكن أن يكون فعالاً ما لم يكن المتهم على علم بالمنسوب إليه وبكل ما يتعلق باتهامه وإحاطته بالتهمة الموجهة إليه، وبدون هذه الإحاطة يبقى حق الدفاع مشوباً بالغموض وفاقداً لقيمته الجوهرية، بحيث لا يمكن أن نتصور أي دفع أو دفاع دون إحاطة المتهم بالمنسوب إليه. هذا وأن إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه تأتي مباشرة بعد التثبت من هويته، وهو ما معناه توجيه الاتهام إلى المتهم وسؤاله عن التهمة لمعرفة أقواله بشأنها ومواجهته بالأدلة القائمة ضده وإعطائه الحرية الكاملة في الإدلاء بما يشاء دفاعاً عن نفسه³.

ومن ثمة فعدم منح هذه المكنة للمتهم يعد خرقاً لمبدأ الحضورية، وتصبح حضورية المتهم صورية فقط أثناء مرحلة المحاكمة، إذن فالمحاكمة من إحاطة المتهم بالتهمة الموجهة إليه ما هو في الأصل إلا تأمين لحق الدفاع⁴ من خلال معرفته بكل الأدلة القائمة ضده، ولهذا كان حق الإطلاع حفا مهماً من حقوق الدفاع، وإن كان المشرع المغربي لم ينص على هذا الحق في المادة 304 من ق.م.ج التي تحدد إجراءات المحاكمة، وذلك بقولها يتحقق الرئيس في كل قضية من هوية المتهم وينادي على الشهود ويتأكد من حضور الطرف المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية والخبراء والترجمان ويأمر بانسحاب الشهود والخبراء ويشعر في دراسة ملف القضية والتي تشمل البحث والمناقشات دون ذكر لإحاطة المتهم بالمنسوب إليه، التي يجب أن تكون ضرورة كحلقة واصله ما بين التحقق من هوية المتهم والمناداة على الشهود وهذا نوع من التقصير في حق هذا المبدأ، إلا أنه تم تدارك هذا الأمر في المادة 319 من نفس القانون بقولها يستجوب الرئيس المتهم عن هويته ويخبره بالتهمة الموجهة إليه التي لا تستقيم إلا مع ذكر النصوص القانونية المجرمة للسلوك الذي ارتكبه المتهم.

ثانياً: حق المتهم في إبداء أقواله بحرية

إن الوصول إلى الحقيقة الجنائية لا يمكن أن يتأتى لعدالة المحكمة إلا بإعطاء الفرصة للمتهم في الإبداء بأقواله بكل حرية، ومن ذلك رده على شهادة الشهود، وعلى اتهام النيابة العامة، ورده أيضاً على أسئلة رئيس الجلسة.

إذن فالمتهم كأصل يمكنه أن يقدم ما يشاء من دفاع شفوي أو كتابي مادام أنه ليس هناك مانع، وله أن يقدم مختلف المستندات والوثائق التي تثبت براءته، فالأهم أن تكون لازمة ومنتجة في الدفاع.

إلا أن هناك بعض المتهمين الذين يفضلون الصمت ويرفضون الكلام والإجابة عن الأسئلة الموجهة إليهم، وما نريد الإشارة إليه أن صمت المتهم ليس قرينة على ارتكابه للفعل الجرمي المنسوب إليه، ومع ذلك يجب على المحكمة أن تتأكد من كون أن المتهم قادر على الدفاع عن نفسه بنفسه، وهل سيكون هذا الدفاع فعالاً أم لا ؟

إلا أن الأمر هنا متعلق بترك الحرية للمتهم في أن يقول كل ما من شأنه أن يراه ملائماً لإثبات برائته وبكل حرية، ويمكنه أيضاً أن يطلب الحصول على موافقة استدعاء شهود النفي، وله أن يطلب الإطلاع على ملف القضية، والحصول على نسخ منه⁵ وهو ما ذهب إليه بعض التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري الذي يؤكد على ضرورة تحقق رئيس الجلسة مما إذا كان قد تلقى المتهم تبليغاً بقرار الإحالة فإن لم يكن قد بلغه، سلمت إليه نسخة منه حتى يحاط علماً بالتهمة المنسوبة إليه⁶.

¹ العلمي (عبد الواحد)، المرجع السابق، ص 382.

² عبد المنعم أحمد (فؤاد)، "نقل عبء الإثبات بين الشريعة والقانون" [www.Alukah.net\(17/12/2011\);\(20h35min\)taille du fichier3Mo](http://www.Alukah.net(17/12/2011);(20h35min)taille du fichier3Mo)

³ بيسوني أبو الروس (أحمد)، المتهم المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 1990، ص 407.

⁴ فتحي سرور (أحمد)، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الرابعة، القاهرة، سنة 2006، ص 507.

⁵ راجع مقتضيات المادة 315 من ق.م.ج

ولا يقتصر الأمر على إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه بل يتعداها إلى تنبيه المتهم عند تغير التهمة المنسوبة إليه، بحيث أن غرفة الجنايات يمكنها إعادة تكيف الجريمة المحالة عليها طبقا للمادة 432 من ق.م.ج التي تنص على أن غرفة الجنايات لا ترتبط بالتكيف المحال عليها، ويجب عليها أن تكيف قانونا الأفعال التي تحال عليها وأن تطبق عليها النصوص القانونية المتلائمة مع نتيجة بحث القضية بالجلسة، لي طرح التساؤل بعد ذلك هل تقوم غرفة الجنايات بإحاطة المتهم علما بالتكيف الجديد للتهمة المنسوبة إليه؟

الجواب يأتي في الفقرة الثانية من المادة 432 من ق.م.ج، فمثلا إذا كان المتهم متابعاً من قبل النيابة العامة بجريمة القتل العمد وتبين لغرفة الجنايات أن هناك ظروفًا للتشديد كسبق الإصرار والترصد فغرفة الجنايات في هذه الحالة تقوم بتغيير تكيف الجريمة ولا تأخذ بهذه الظروف المشددة إلا بعد الاستماع إلى إيضاحات الدفاع، وهذا تصريح ضمني على إحاطة المتهم بالتكيف للجريمة المرتكبة. ثالثا: حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ

مما لا شك أن للمتهم الحق في أن يكون له محام قبل موعد الجلسة، ليتسنى له الحضور لمؤازرته وتحضير دفاعه، وهو ما يستوجب أن يكون مركز النيابة العامة كسلطة للاتهام أثناء مرحلة المحاكمة موازيا للمركز القانوني للدفاع، وبحقوق مماثلة لحقوقها حفاظا على التوازن الطبيعي المفترض بين خصوم الدعوى الجنائية، باعتبار المتهم طرفا ضعيفا أمام خصم قوي هو النيابة العامة، من منطلق أن المتهم لا يستطيع الدفاع عن نفسه ويدخله الخوف ويكون بحاجة إلى من يساعده.

لذلك يحق للمتهم أن يلجأ إلى تنصيب محام لمؤازرته في جمع أطوار مسطرة المحاكمة طبقا للفصل 315 من ق.م.ج الذي ينص على أن لكل متهم أو لمثله القانوني أن يعين محاميا وذلك للإطلاع والحصول على نسخ من وثائق ملف النازلة، بحيث أن مؤازرة المحامي تكون بصفة إلزامية في الجنايات أمام غرفة الجنايات، وخيرا فعل المشرع نظرا لخطورة الجريمة المرتكبة والتي يمكن أن ينتج عنها عقوبات قاسية في حق المتهم إذا ثبتت إدانته.

أما بالنسبة للجنح فتكون مؤازرة المحامي إلزامية ولكن في حالات محددة منها:

- إذا كان المتهم حدثا يقل عمره عن 18 سنة أو بكما أو أعى أو مصابا بأي عاهة أخرى من شأنها الإخلال بحقه في الدفاع عن نفسه.
 - إذا كان المتهم في وضعية صحية يتعذر عليه فيها الحضور إلى الجلسة، و وجدت أسباب لا يمكن معها تأجيل الحكم حسب الفقرة الرابعة من المادة 312.
- هذا ويمكن القول أنه في الحالة التي لم يتم فيها اختيار أي محام من طرف المتهم أو إذا تخلف المحامي المختار أو المعين عن حضور المناقشات أو رفض القيام بمهمته أو وضع حدا لها فإن رئيس الجلسة يعين على الفور محاميا.
- و يحق للمحامي أن يتصل بموكله بكل حرية ويمكنه أن يطلع على جميع محتويات الملف والحصول على نسخ من وثائقه.² أما بخصوص الاستعانة بالمحامي في حالة ارتكاب جنحة من الجنح التي لم يستلزم فيها المشرع إلزامية المؤازرة أو في حالة ارتكاب المتهم لمخالفة فالحالة هذه متروكة لاختيار المتهم في أن يعين محام يؤازره في القضية من عدمه، مادام أن المشرع لم يتطرق للتنصيص على هذه النقطة.
- إلا أن الأشكال الذي يثار في حالة ما إذا سلم المحامي بإدانة موكله من خلال الأدلة القاطعة الموجهة من طرف النيابة العامة فهل تلزم المتهم أيضا؟
- فالقاعدة الفقهية القائلة بأن المتهم ومؤازره شخص واحد، لا تطبق في مثل هذه الحالة لأن الحق في الدفاع مخول للمتهم كأصل وللمحامي كاستثناء في إطار كونه وكيلًا، والوكيل لا يمكنه القيام بشيء يضر بموكله.

ونخلص إلى القول بأن الاستعانة بالمحامي خلال مرحلة المحاكمة فيه ضمانات لسلامة الإجراءات وعدم إستعمال أية وسائل محظورة ضد المتهم، الأمر الذي يجعل هذا الأخير مطمئنا إلى حد كبير لأن هناك من يرقى مصالحه ويساعده في إثبات برائته.

الفقرة الثانية: الحقوق المخولة للمتهمين في وضعية خاصة

إن هذا النوع من زمة الحقوق المخولة للدفاع أثناء مرحلة المحاكمة مرتبط بأوضاع خاصة للمتهمين المائلين أمام عدالة المحكمة، ومن ذلك المتهم الذي يقدم في حالة اعتقال أو المتهم الأجنبي أو الأصم والأبكم، بالإضافة إلى نوع خاص من المتهمين المتابعين في حالة أمراض عقلية.

أولا: الحق في متول المتهم حرا أمام المحكمة

لتفعيل حق المتهم في الدفاع عن نفسه بكل حرية وطلاقة، لا يمكن أن يتأتى ذلك إلا من خلال متول المتهم في مرحلة المحاكمة حرا طليقا، وعدم تكبيل يديه أو رجليه مرفقا فقط بحراس لمنع من الفرار.³

و إذا حضر المتهم مكبلا خشية هروبه فيجب ألا يبقى كذلك أثناء محاكمته، والحكمة من ذلك تكمن في كون المشرع الجنائي المغربي أراد بذلك توفير القدر اللازم من الحرية للمتهم لما يمكنه من الدفاع عن نفسه واطمئنانه بأنه برئي إلى أن تثبت إدانته بمقتضى حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، كما أن هذا الإجراء مهم لحفظ كرامته وإنسانيته.

ذلك أن المتهم لم تتم إدانته بعد، وهو ما يجعل المتهم قد يشعر بالإهانة والمذلة و الحط من كرامته أمام جمهور الناس الحاضر في الجلسة طبقا لعلنية الجلسات.

ثانيا: حق المتهم في الاستعانة بمترجم

يجب أن يتاح لكل متهم الاستعانة بمترجم أثناء مرحلة المحاكمة، وخصوصا إذا كان المتهم لا يفهم اللغة المستعملة في المحكمة، ونعطي كمثال على ذلك شخص سائح من دولة معينة ضبط متلبسا بجريمة فساد، سرقة، هجرة غير شرعية... فالحالة هذه يجب أن تستعين المحكمة بمترجم محلف حتى تتمكن من بسط يدها على مختلف عناصر النازلة، وحتى يفهم المتهم دفاعه ويعدده على أحسن وجه، وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 318 من قانون المسطرة الجنائية "إذا كان المتهم يتكلم لغة أو لهجة أو لسان يصعب فهمه على القضاة أو على أطراف الشهود أو إذا اقتضت الضرورة ترجمة مستند أدلي به للمناقشة، عين الرئيس تلقائيا ترجمانا- تحت طائلة البطلان- بشرط أن يكون الترجمان بالغاً من العمر أكثر من 18 سنة وغير مدعو لأداء الشهادة في القضية " وإذا كان الترجمان غير محلف وجب أن يؤدي اليمين على أن يترجم بأمانة⁴، ويمكن ترجيح الترجمان من طرف المتهم أو النيابة العامة أو الطرف المدني أو المسؤول المدني وقت تعيينه مع بيان موجب تجريجه، وتثبت المحكمة في هذا الطلب بمقرر غير قابل لأي الطعن.

أما إذا كان المتهم أصمًا أو أبكمًا فإن المحكمة تغير سير الجلسات وتراعي في ذلك مقتضيات المادة 121 من ق.م.ج، بحيث توجه الأسئلة إلى المتهم وترد الأجوبة في هذه الحالة كتابية، وإذا كان المتهم الأصم أو الأبكم لا يعرف الكتابة وهذا هو الشائع يساعده شخص يحسن التخاطب مع المتهم ممن اعتاد التحدث معه، فإن لم يكن من يساعده حاضرا فأى شخص قادر على التفاهم معه.

وبالتالي فإن حق الاستعانة بمترجم في حالة شخص لا يحسن التخاطب باللغة أو اللهجة المستعملة في المحكمة أو من يقوم مقامه يحسن التخاطب مع الأشخاص الذين ليس لهم القدرة على الكلام أو السمع، هو حق من الحقوق المهمة المخولة للدفاع أثناء مرحلة المحاكمة لأنه ليس من العدل في شيء أن يتم محاكمة أشخاص لا يمكنهم التواصل مع

1- أنظر المادة 271 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

2- راجع المادة 421 من قانون المسطرة الجنائية

3- أنظر المادة 423 من قانون المسطرة الجنائية

4- راجع المادة 120 من قانون المسطرة الجنائية

قضاة الموضوع ولا يمكنهم درء التهمة عن أنفسهم، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 14 من معهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية "إن من حق كل شخص أن يزود مجاناً بترجمان إذا كان لا يفهم أو يتحدث اللغة المستعملة في المحكمة".

و يمكن القول أن الحق في الاستعانة بترجمان مثله في ذلك مثل الاستعانة بالمحامي، ودليلنا في ذلك هي الفقرة الأخيرة من المادة 423 من ق.م.ج بقولها "يتأكد رئيس غرفة الجنايات من حضور محامي المتهم، وفي حالة تغيبه يعين من يقوم مقامه ويتأكد من حضور الترجمان في الحالة التي يكون من اللازم الاستعانة به".

ثالثاً: الحق في الإيداع بمؤسسة لعلاج الأمراض العقلية

ما من شك أن المحكمة وهي تنظر في ما مدى ثبوت الجريمة من عدمها في حق المتهم المائل أمامها، فإنها تستحضر إنسانية هذا المتهم إيماناً منها بحقوق الدفاع، وأن تتعامل مع بعض المتهمين بنوع خاص من المعاملة، وتقصده هنا الأشخاص المرضى عقلياً، وفي ذلك تنص المادة 389 من ق.م.ج ففي فقرتها الثالثة على أنه إذا تبين للمحكمة أن المتهم كان وقت ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه مصاباً بخلل في وقواه العقلية أو أن الخلل قد حصل له أثناء المحاكمة فإنها تطبق حسب الأحوال مقتضيات الفصول 76-77-79 من مجموعة القانون الجنائي. وهذا فيه ضمانات قوية لحقوق المتهم وهو ما أكدت عليه كذلك المادة 435 من قانون المسطرة الجنائية.

المحور الثاني: آليات حماية حقوق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة

إذا كانت حقوق الدفاع تعتبر بمثابة الدرع الواقي من تلفيق التهم، وسياجاً منيعاً يروض سلطة النيابة العامة في الإدعاء، من منطلق أن الظلم أينما كان يهدد العدل في كل مكان¹، فإن هذه الحقوق لا يمكن أن تستقيم من الناحية الوجودية من دون آليات حقيقية لحمايتها من أجل أن يتم تطبيقها تطبيقاً فعلياً على أرض الواقع، فهي التي تجعل قواعد المسطرة الجنائية قانوناً للأبرياء كما يقال، ووسيلة لحمايتهم من التعسف في ممارسة السلطة من بعض الأخطاء التي قد تشوب المساطر القضائية، وفي ذلك إحقاق لمجموعة من الضمانات، ولعل أهمها قرينة البراءة كأصل للتعامل مع كل مشتبه فيه، فقد أكدت على ذلك المبادئ السمة للشريعة الإسلامية "فعن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " (إدروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا عن سبيله فلن يخطئ الإمام في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)².

المطلب الأول: تقييد سلطة القاضي الجنائي

إن القاضي الجنائي وهو في صدد إعداد ملف النازلة المعروضة عليه يحكم باقتناعه الصميم³، إلا أن هذه القناعة الوجدانية ليست مطلقة ليحكم بها القاضي على المتهم المائل أمامه بكل إطلاقيتها، وإنما ترد عليها بعض القيود التي ما هي في حقيقة الأمر إلا آليات لحماية حقوق الدفاع خلال مرحلة المحاكمة، ومن ذلك التقييد بحدود الدعوى المحالة على هيئة المحكمة (الفقرة الأولى) بالإضافة إلى ما يجب أن يبرر اقتناع القاضي في المقرر الصادر عنه.

الفقرة الأولى: التقييد بحدود الدعوى وتعليل الأحكام

أولاً: التقييد بحدود الدعوى

من المسلم به أن النيابة العامة هي التي تحرك الدعوى العمومية في حق المتهم بارتكابه لفعل إجرامي، إنطلاقاً من صك الاتهام، أو ما يصطلح عليه بالتكييف القانوني، وهو المرحلة التي بعدها يقوم ممثل النيابة العامة بإحالة الملف على قاضي التحقيق أو على هيئة الحكم، فإنه والحالة هذه لا يجب على المحكمة وهي تنظر في ملف النازلة وتبين لها على أن المتهم بريء من الفعل المنسوب إليه من طرف سلطة الاتهام، ولكن اتضح لها من خلال مناقشة المتهم على أنه مرتكب لأفعال إجرامية أخرى غير تلك المتابع من أجلها فلا يمكن للمحكمة وتحت طائلة البطلان أن تدّين أو تعفي المتهم ما لم تقم أية متابعة ضده، ومهما تبين للمحكمة من علاقة وطيدة للمتهم مع الجريمة الثانية، وهذا ما يمكن أن نستشفه من نص المادة 433 من ق.م.ج بقولها "إذا تبين لغرفة الجنايات أثناء المناقشات وجود أدلة ضد المتهم بسبب أفعال أخرى وطلبت النيابة العامة الإشهاد بالاحتفاظ بحقها في المتابعة يأمر الرئيس بتقديم المتهم الحاضر بالجلسة الذي صدر لفائدة حكم بالبراءة أو الإعفاء من التهمة الأولى بواسطة القوة العمومية إلى ممثل النيابة العامة.

وفي ذلكيتين لنا على أن هناك التزام بحدود الاختصاص الموكل إلى كل من قضاء الحكم وقضاء النيابة العامة بالإضافة أيضاً إلى أنه لا يمكن لقضاء الحكم أن يوجه الاتهام إلى المتهم المائل أمامه بارتكاب لأفعال جرمية أخرى، لأن في ذلك خرق لمبدأ حياد قاضي الموضوع الذي لا يمكن له بأي حال من الأحوال أن يكون خصماً للمتهم وحكما في نفس الوقت، وفي ذلك ضمانات لحماية حقوق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة. وهو ما معناه أن المحكمة تلتزم بقرار الإحالة ويبقى لها في نهاية الأمر أن تقتنع أولاً تقتنع بقرار الإحالة المتضمن للتهمة المنسوبة إلى الظنين، ونورد مثلاً على ذلك- لو أن المتهم اعترف أمام هيئة المحكمة باقتراه لجريمة السرقة المتابع بشأنها من طرف النيابة العامة ولكن تبين للمحكمة على أن المتهم كان قد ارتكب جريمة التزوير، وحيث أن المحكمة لم تقتنع باعتراه على جريمة السرقة فبرئته من هذه التهمة، ومن ثمة لا يمكنها أن تدّينه بجريمة التزوير لأنها تعتبر وقائع مستجدة لم ترد في صك الاتهام، وإن هي حكمت في الجريمة الثانية تكون قد تجاوزت ولايتها وتعرض حكمها للنقص.

إلا أن هناك استثناء على هذه المسألة والإستثناء مرتبط بسلطة غرفة الجنايات بإعادة تكييف الوقائع المحالة عليها وذلك طبقاً للمادة 432 من ق.م.ج "لا ترتبط غرفة الجنايات بتكييف الجريمة المحالة عليها، ويجب عليها أن تكيف قانونياً الأفعال التي تحال إليها، وأن تطبق عليها النصوص الجنائية المتلائمة مع نتيجة بحث القضية بالجلسة، ويمكن أيضاً لغرفة الجنايات وهي تنظر في ملف النازلة إذا تبين لها وجود ظرف من ظروف التشديد مثلاً، كسبق الإصرار والترصد في جريمة القتل العمد، فيمكنها أن تقوم بإعادة التكييف الجريمة مع شرط أساسي هو أنه لا يمكنها أن تأخذ بهذا الطرف المشدد إلا بعد الاستماع لمطالب النيابة العامة وإيضاحات الدفاع وهو ما يكرس آلية حمانية لضمان حقوق المتهم أثناء مرحلة المحاكمة.

ثانياً: تعليل الأحكام

من القيود الواردة على سلطة القاضي الجنائي في اقتناعه الصميم لتعليل الأحكام بالإدانة ضد المتهم، وهو ما يشكل في جوهره ضمانات لتحقيق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة، لأن تسبب الأحكام من أعظم الضمانات التي فرضها القانون على القضاة، إذ هو مظهر قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث، وإمعان النظر للتعرف على الحقيقة التي يعلنونها في أحكامهم.

و بالتعليل يسلم المتهم من الاستبداد في الحكم الفاصل في موضوع نزاعه مع القانون، لأن هذا التعليل يقدم إلى المتهم نفسه أولاً وإلى الجمهور ثانياً.

هذا ويمكن القول على أن تسبب الأحكام له أهمية بالغة، وتمثل فإن القاضي يكون ملزماً بتبرير ما وصل إليه في قراره، وهو شيء يخدم حقوق الدفاع لأنه بطريقة ضمنية يتجاوز القاضي النظرة السطحية لقضية المتهم ويقدم الحجج في منطوق حكمه، انطلاقاً من تحديد الأدلة التي تم الاعتماد عليها لبناء الحكم بالإدانة والرد على دفعات المتهم سواء الشكلية منها أو الموضوعية.

و هذا الأمر هو ما نصت عليه المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية "ويحكم القاضي بإقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقاً للبند رقم 8 من المادة 365 بعده" ونصت عنه كذلك المادة 364 "بقولها تكون الأحكام والقرارات والأوامر الصادرة عن هيئات الحكم محررة ومعللة بأسباب.

1- مقولة مشهورة منسوبة لما رتن لوتر كينغ.

2- رؤوف عبید "مبادئ الإجراءات الجنائية" دار الجيل للطباعة 1989، الصفحة 466

3- المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية

وحيث أنه بدون هذا التعليل يبطل هذا الحكم طبقاً للفقرة الأولى من المادة 370 التي تنص على أنه تبطل الأحكام والقرارات أو الأوامر إذا لم تكن تحمل الصيغة المنصوص عليها في المادة 365.

الفقرة الثانية: عدم الإعتداد ببعض وسائل الإثبات

لا جدال في كون أن آليات حماية حقوق الدفاع هي متواجدة في مختلف نصوص قانون المسطرة الجنائية، ومن بينها عدم الاعتداد ببعض وسائل الإثبات التي تعتبر في جوهرها سياجا يقيّد سلطة القاضي الجنائي من جهة، وضمانة لحقوق الدفاع من جهة ثانية، لأنها في حقيقة الأمر تشكل استثناء على حرية الإثبات بمختلف وسائله، ومنها عدم الاعتداد ببعض الوثائق الكتابية واستبعاد نوع خاص من الشهادة والاعتراف.

أولاً: عدم الاعتداد ببعض الوثائق الكتابية

إن النية العامة وهي توجه صك الاتهام إلى المتهم يتعين عليها تقديم وسائل الإثبات لتبرر إدعائها بما يصل إليها من أدلة، إلا أن المشرع الجنائي وإذا كان قد نص على حرية إثبات الجرائم بمختلف وسائل الإثبات، فإنه قد منع الاعتماد على بعض وسائل الإثبات ومنها على الخصوص ما نص عليه في المادة 294 من قانون المسطرة الجنائية، بحيث لا يمكن أن ينتج الدليل الكتابي من الرسائل المتبادلة بين المتهم ومحاميه، وهذا فيه ما فيه من ضمانة لحقوق الدفاع وفيه حماية لسرية التواصل ما بين المحامي وموكله. إذن فمهما كانت الرسائل المتبادلة بين المحامي والمتهم تحمل من الاعتراف والأدلة ضد المتهم لا يمكن للمحكمة بأي حال من الأحوال أن تعتمد عليها وذلك بصراحة الفصل أعلاه، وهو ما يدخل ضمنه الاعتراف الصادر عن المتهم في المكاتيب والأوراق لإثبات الخيانة الزوجية والفساد طبقاً للفصل 493 الشيء الذي يجعلنا نفهم على أن المشرع وضع ضمانة مهمة لحماية حقوق الدفاع لتفعيل حق الاستعانة بالمحامي، كذلك هو الأمر بالنسبة لبعض المحاضر كيفما كانت نوعيتها سواء محاضر يوثق بمضمونها إلى أن يتبث العكس أو محاضر لا يطعن فيها إلا بالزور أو المحاضر التي لا تعتبر إلا مجرد معلومات وبيانات لا يعتد بها، ويمنع على القاضي الجنائي الأخذ بها في الحالة التي لا تكون فيها هذه المحاضر صحيحة من حيث الشكل وضمن فيها محررها وهو يمارس مهام وظيفة من خلال ما عاينه أو تلقاه شخصياً في مجال اختصاصه طبقاً للمادة 289 من قانون المسطرة الجنائية ومن بين الوثائق الكتابية التي يتم استبعاد الأخذ بها ضد المتهم وثائق الإجراءات التي أبطلت من ملف التحقيق التي تحفظ في كتابة الضبط بالمحكمة ويمنع الرجوع إليها لاستخلاص أدلة ضد الأطراف وضد المتهم تحت طائلة متابعات تأديبية في حق القضاة والمحامين حسب المادة 213 من قانون المسطرة الجنائية، ومن ثمة فإن تنصيب المشرع على عدم الاعتداد بمثل هذه الوسائل للإثبات يشكل ضمانات وآليات لحماية حقوق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة.

ثانياً: استبعاد نوع خاص من الشهادة والاعتراف

إذا كانت الشهادة والاعتراف وسيلتين من وسائل الإثبات في المادة الجزئية، والتي يمكن من خلالها إثبات ارتكاب الجريمة من طرف المتهم، إلا أن المشرع جعل كل من الشهادة والاعتراف يخضع للسلطة التقدير لقاضي الموضوع، إن هو اطمئن لهذه الأدلة يحكم بإدانة المتهم، وإن هو لم يطمئن إليها حكم ببراءة هذا الأخير إلا أن هذه القاعدة العامة يرد عليها استثناء.

فبالنسبة للشهادة لا يمكن بأي حال من الأحوال سماع شهادة المحامي على موكله بما يعلمه عن القضية ولو في أخطر الجرائم لأن حق الدفاع هو حق متأصل في روح قوانين الطبيعة ومبادئ العدالة¹.

إذن فالمادة 334 تكرر لعدم الاعتداد ببعض الوسائل الإثباتية ضمانات بحق المتهم في محاكمة عادلة ولأن شهادة المحامي على موكله خرق وإخلال بحقوق المتهم وضرب سافر لمعادلة الحقيقة الجنائية التي تستوجب فعل الاتهام وفعل الدفاع وإن أقر المشرع شهادة المحامي على موكله إنما يثقل كاهل المتهم ويصبح المحامي خصماً وهذا غير منطقي لأن المتهم في نهاية المطاف يثق بالمحامي فيفصح له بكل ملابسات القضية لأنه يرى فيه اطمئناناً نفسه وإحساسه بوجود شخص إلى جانبه يدافع عنه وهذا هو مضمون حق الدفاع الذي هو مؤازرة المتهم.

والأكثر من ذلك يذهب الفقه إلى القول بأن المتهم ومحاميه شخص واحد وبالتالي لا يمكن للمحامي أن يشهد ضد نفسه بحسب هذا الرأي.

المطلب الثاني: آثار الإخلال بحقوق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة

إن قواعد قانون المسطرة الجنائية وهي تقرر حقوق دفاع المتهم أثناء مرحلة محاكمة لا تكفي وحدها للقول بتكريس هذه الحقوق وإنما يلزم فضلاً عن ذلك وجود ضمانات قوية كافية بتفعيل هذه الحقوق على أرض الواقع ابتداء من الحق في التمسك بقربنة البراءة في الإجراءات المسطرية وكل إخلال بأي حق من حقوق الدفاع يجب أن يرتب عنه المشرع الجنائي أثراً معيناً لأن قانون المسطرة الجنائية عندما لا يضمن حقوق المتهم باعتباره الطرف الضعيف تصبح قواعده جامدة ونوعاً من العيب. وبالتالي فإن مختلف الآثار المترتبة عن خرق حقوق الدفاع يترتب إما الحق في الطعن وإما البطلان.

الفقرة الأولى: حق المتهم في الطعن

يكفل المشرع في قانون المسطرة الجنائية للمتهم الحق في الطعن بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 323 بقولها "يبقى حق الطعن محفوظاً ليستعمل في آن واحد مع الطعن في الحكم الذي يصدر في جوهر الدعوى" ومن ثمة فإن الطعن في نظرنا، ما هو إلا تلك الرخصة المقررة للمتهم ولأطراف الدعوى لاستظهار عيوب الحكم الابتدائي، ومن هذه العيوب كل إخلال بحقوق الدفاع من طرف المحكمة وذلك إما بغرض إلغاء الحكم أو تعديله على الوجه الذي يزيل هذه العيوب ويعطي للمتهم فرصة أخرى لإظهار برائته عن طريق الحقوق والضمانات التي تم خرقها عبر مجموعة من الإجراءات التي تستهدف إعادة موضوع النازلة على القضاء وتقدير قيمة الحكم².

أولاً: أثر الطعن في الأحكام

مما لا شك فيه أن الطعن في الأحكام يعد ضمانة رئيسية من ضمانات حقوق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة، فإن افتراض إخلال قضاء الموضوع بخرق لأحد مقتضيات حقوق الدفاع هو أمر وارد مادام أن القاضي بشر، وكل بني البشر خطأ، لذلك تقرر الطعن في الأحكام للحصول على البراءة أو تعديل الحكم لمصلحة المتهم.

ومن ثمة فإن الطعن في الأحكام يوقف تنفيذ الحكم الصادر ضد المتهم في المرحلة الابتدائية لأن المتهم إلى حدود هذه اللحظة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته بمقتضى حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، والذي يستنفذ جميع طرق الطعن المتاحة، وإذا لم يمنح المتهم هذه المكنة فإنه يعتبر مداناً بحسب حكم محكمة الدرجة الأولى المصدرة للإدانة وهذا ما حددته المادة 597 من ق م ج في فقرتها الثانية "يقع تنفيذ المقررات الصادرة عن هيئات الحكم بطلب من النيابة العامة عندما يصبح المقرر غير قابل لأي طريقة من طرق الطعن العادية أو للطعن بالنقض".

ونستنتج من هذه المادة على أن الأحكام الجنائية الصادرة عن المحاكم الجزئية التي يتم الطعن فيها لا تنفذ إلا بعد اكتسابها الحجية القطعية باستنفاد طرق الطعن أو بفوات أجل الطعن.

¹ - وبالرجوع إلى المادة 334 من ق.م.ج نجدها تقول بالحرف "لا يمكن سماع شهادة محامي المتهم بما علمه بهذه الصفة".

² - ضاري خليل (محمود)، مجموعة قوانين الإجراءات الجنائية العربية، الجزء الأول، مطبعة البرموك بعدد 1984، ص 65 إلى 66.

ونخلص للقول بأن عدم تنفيذ قرار الإدانة على المتهم إلا بعد الطعن فيه أمر يكرس حقوق الدفاع ويعطي للمتهم الذي تم الإخلال بحقوق دفاعه أن يطعن في هذا الحكم ويفند الأدلة القائمة ضده، ولعل أهمها التعرض على الأحكام الغيابية بإجراء محاكمة المتهم في غيبته يضيع ضمانات محاكمته¹ أما الاستئناف فيعطي للمتهم الحق في عرض قضية على هيئة قضائية أعلى درجة من أجل مناقشة النازلة من جديد بما فيها حقوق الدفاع.

ثانيا: عدم جواز الإضرار بالمتهم نتيجة طعنه

مادام أن الحكمة من الطعن هي التركيز على حقوق الدفاع من خلال إصلاح ما يسمى بالخطأ القضائي أو أي عيب يشوب الحكم،² تحقيقا للعدل ورفع الظلم عن المتهم وفق القاعدة الفقهية القائلة "إن تبرة المتهم خير من إدانة البريء" وبذلك فإن حق الطعن كآلية لحماية حقوق دفاع المتهم أثناء مرحلة المحاكمة مقرون بقاعدة مهمة وهي أنه لا يجوز أن يضار الطاعن بسبب طعنه، والحكمة من هذه القاعدة هي أن تظلم المتهم لا ينبغي أن يكون وبالا عليه، لأنه والحالة هذه فالمحكوم عليه سيقبل بالحكم الابتدائي ولا يطعن فيه لأن الطاعن إذا لم يستفيد من طعنه لا ينبغي أن يضار به،³ ولكن إذا ما قامت النيابة العامة بالطعن في القرار الصادر عن الهيئة الابتدائية فإن هذا المبدأ لا يتم العمل به.

الفقرة الثانية: البطلان

إن الأصل في إبطال الإجراءات الغير المشروعة وما يستتبعها من إهدار للدليل المنبعث منها خير جزاء في مواجهة الجهة التي قامت بهذا الإجراء الغير المشروع. لذلك فالبطلان هو الجزاء المترتب عن الإجراء المخالف لما هو منصوص عليه قانونا⁴ والذي يقرره قانون المسطرة الجنائية كأثر للإخلال بأي حق من حقوق الدفاع إما صراحة بنص خاص وإما بصفة عامة كما هو محدد في نص الفصل 751 من قانون المسطرة الجنائية.

فما هي إذن أسباب البطلان؟ وما هي آثاره؟

أولا: أسباب البطلان

للبطلان أسباب متعددة إذا توافرت إحداها تكون نتيجة العمل الإجرائي هي البطلان وهذه الأسباب ما هي في حقيقة الأمر إلى مظاهر للإخلال بحقوق الدفاع.

إذن فالبطلان يترتب على مخالفة كل قاعدة إجرائية مخولة كحق للدفاع ومن خلاله يمكن إبطال الإجراءات الغير المشروعة⁵ المضرة بالمتهم.

ومن أمثلة أسباب البطلان في التشريع الإجرائي المغربي طرد المتهم أو محاميه من الجلسة وحرمانه تبعا لذلك من الدفاع عن نفسه في حالة ما إذا أحدث اضطرابا أو حرض على الضوضاء بوسيلة ما بقاعة الجلسة، أو بأي مكان يباشر فيه علينا تحقيق قضائي، وذلك بغض النظر عن المتابعات التي يتعرضون إليها عملا بمقتضيات المواد من 359 إلى 361 المتعلقة لجرائم الجلسات ويأمر رئيس المحكمة بطرد المتهم من الجلسة ويتابع المناقشات في غيبته حسب مقتضيات المادة 358.

ومن أسباب البطلان عدم تسبب الحكم أو عدم التنصيص على مقتضيات الواردة في المادة 365 أو الاستماع إلى شهادة المحامي على موكله حول ما يعلمه بهذه الصفة أو الحكم على شخص أجنبي أو أصم أو أكم بدون الاستعانة بمترجم أو من يحسن التخاطب مع المتهم، أو الاعتماد على محاضر غير صحيحة من حيث الشكل ولم يضمن فيها محررها صفتها وفي مجال اختصاصه.

كما أن أسباب البطلان تتعلق أيضا بالزامية تعيين محام للمتهم في حالة ارتكاب جريمة، فإذا قامت المحكمة بمحاكمة المتهم بجناية دون حضور من يؤازره يكون مصير هذا الإجراء البطلان أو حتى الاستماع إلى الشهود بدون أداء اليمين القانونية وبدون التأكد من حياد الشاهد بنفي أو اصل القرابة أو العداوة بين الشاهد والمتهم.

ومن أسباب البطلان أيضا أن تحكم المحكمة على المتهم بجرم برئ من أجله وتبين لها من خلال المناقشات أن المتهم ثابتة في حقه جريمة أخرى لم ترد في قرار الإحالة واللائحة طويلة...

وعموما يمكن القول على أن أسباب البطلان هي متعددة والتي ما هي إلا خرق لحقوق الدفاع وكل خرق لهذه الحقوق ما هو إلا إجراء لم ينص عليه القانون.

ثانيا: آثار البطلان

للبطلان في قانون المسطرة الجنائية أثرين أساسيين أحدهما متعلق ببطلان الإجراءات المعيبة والآخر متعلق ببطلان الأحكام.

فبالنسبة لبطلان الإجراءات المعيبة: يتميز في هذا الإطار بين البطلان العام 'أو الإنعدام كما يسطح عليه بعض الفقه' المنصوص عليه في المادة 751 من قانون المسطرة الجنائية، بقولها كل إجراء يأمر به هذا القانون ولم يثبت إنجازه على الوجه القانوني يعد كأنه لم ينجز، ومعنى ذلك أن كل إجراء فيه حق من حقوق الدفاع ولم يتم إنجازه على الوجه المنصوص عليه يعتبر وكأنه لم يكن وعن تأصيل كلمة كأنه لم ينجز يدل معناها على العدم وغياب الوجود، ومن ثمة يتم استبعاد هذا الإجراء لأنه في نظر القانون منعدم ولا يصح لإنتاج أية آثار قانونية ضد المتهم، كما لا يصح الاعتماد على ما نتج عنه من أدلة.

وللاشارة فقط فإن هذا النوع من البطلان يسري بأثر رجعي على كل الإجراءات التي شملتها المسطرة ولم يتم إنجازها وفق الوجه القانوني، ولذلك يقال على أن للبطلان أثر كاشف وليس منشا، أي أنه موجود منذ اللحظة التي خرق فيها أي إجراء من الإجراءات التي تنص على حماية حقوق الدفاع وهذا الإخلال يوجب البطلان.

هذا من جانب أما من جانب آخر، فإن هناك بطلان خاص ببعض الإجراءات المعينة، ونورد كمثال على ذلك إجراء الجلسات بصفة علنية، فالمادة 300 من ق.م.ج تنص على أنه يجب تحت طائلة البطلان أن تتم إجراءات البحث والمناقشات في جلسة علنية، فالمشرع في هذه الحالة رتب البطلان مباشرة على عدم التقيد بهذا الإجراء، لأن عدم التقيد به عبث بحقوق الدفاع من غير الاستثناءات الواردة عليه.

أيضا هناك إجراء مرتبط بحقوق الدفاع وهو الاستعانة بمترجم تحت طائلة البطلان فحسب المادة 318 في فقرتها الثانية التي تنص على أنه إذا كان المتهم يتكلم لغة أو لهجة أو لسان يصعب فهمه على القضاة أو على الأطراف أو الشهود يعين الرئيس تلقائيا مترجما ولا ترتب عن ذلك الإخلال بالبطلان.

إذن يمكن أن نستنتج أن البطلان العام المنصوص عليه في المادة 751 أو البطلان الخاص الذي أقره المشرع ببعض الإجراءات يشكلان ضمانا أساسية لبطلان الإجراءات المعيبة وعدم الاعتداد بها لأن فيها خرقا سافرا لحقوق المتهم.

وإذا كان البطلان ينصب على الإجراء المعيب فإنه لا يمكنه أن يتجاوز لينصب على الإجراءات التي تم إنجازها قبله لأنها مستقلة عنه وتبقى صحيحة مادام أنها احترمت وأنجزت طبقا للقانون. فإذا ما تم إبطال الشهادة لعدم تأدية اليمين فتبقى الإجراءات الأخرى صحيحة كالاتماع إلى الخبراء والمترجم، إلا أن الإجراءات اللاحقة لهذا الإجراء المعيب

¹ -الحديثي عبد الرزاق (محمد)، حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 184.

² -القحطاني بنعبد الله (سعود)، المرجع السابق، ص 201.

³ -عوض محمد (عوض)، المبادئ العامة في القانون الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1999، ص 782.

⁴ -فتحي سرور (أحمد)، نظرية البطلان في قانون لإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959، ص 111.

⁵ -البراك (عبد الله) حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية السعودية والمواثيق الدولية، دراسة تأصيلية، مقارنة ومطبوعة أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في فلسفة العلوم الأمنية، جامعة نايف، الرياض 2007، ص 612.

الذي تم إبطاله تعتبر باطلة لأنها بنيت على باطل، ومنها الحكم القضائي المبني على إجراءات باطلة مادام أن الإجراء التالي بني حكمه على الإجراء الأول الذي تم إبطاله، وعليه فالإجراءات اللاحقة للإجراء الباطل تكون صحيحة في حالة معينة وهي إذا لم تكن مترتبة عليه¹.

أما بالنسبة لبطلان الحكم: فمما لا شك فيه أن الغاية من الأحكام هي تنفيذها لأنها تشكل حقيقة اقتنع بها قضاء الموضوع بشأن وقائع جرمية معينة منسوبة إلى المتهم، وهذا حق الدولة في العقاب إلا أنه ومع ذلك فهناك حق آخر هو حق المتهم في الدفاع عن نفسه، ومن أواخر الحقوق التي يمكن للمتهم المطالبة بها هي إبطال الحكم في حالات معينة، وهي الحالات التي نصت عليها المادة 370 من قانون المسطرة الجنائية "تبطل الأحكام والقرارات القضائية إذا لم تكن تحمل الصيغة المنصوص عليها في المادة 365 ومن بينها :

- عدم ذكر الأسباب الواقعية والقانونية التي إبنى عليها الحكم أو القرار أو الأمر ولو في حالة البراءة.
 - إذا لم تكن هيئة الحكم مشكلة طبقا للقانون المنظم لها أو صدر الحكم عن قضاة لم يحضروا في جميع الجلسات التي درست فيها الدعوى.
 - إذا لم تكن الأحكام معلقة أو كانت هناك تعليقات متناقضة.
- ويمكن القول أن الإخلال بأحد هذه الإجراءات التي يبنى عليها الحكم تؤدي مباشرة إلى إبطال هذا الحكم وفقا للقاعدة الفقهية ما بني على باطل فهو باطل.

¹-فتحي سرور(أحمد)، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 374.

صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في التشريع الفرنسي

أعيسلامي عبد الحكيم

طالب باحث بسلك الدكتوراه قانون الخاص بوجدة.

المقدمة

ان تطور السياسة العقابية بصفة عامة وغرض العقوبة بصفة خاصة ، قد ادى الى معاملة الجاني المحكوم عليه معاملة انسانية تهدف الى اصلاحه وتيسير اعاده ادماجه ، بعد ان كان في السابق لا تهدف سوى الى الإنتقام وردع دون سواه، ولتكريس هذه المعاملة الإنسانية وحماية حقوقه في مرحلة تنفيذ العقوبة ، برزت قناعة لدى الفقه والتشريعات الوطنية الى ضرورة ادخال عنصر القضاء لمواصلة الإشراف على مرحلة تنفيذ العقوبة ليقوم بمهمة تأهيل المحكوم عليه.¹

وانسجاما مع هذه القناعة، عمل المشرع الفرنسي على تبني تدخل القضاء في مرحلة التنفيذ العقوبة، واحداثها لأول مرة جهاز قاضي تطبيق العقوبات في قانون الإجراءات الجنائية لسنة 1958 بمقتضى المادتين 721 و722 منه، والذيعين من بين القضاء الجالس بقرار لوزير العدل بعد اخذ رأي المجلس الاعلى لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، حيث حددت المادة 722 من ذات القانون الإطار العام لمهامه المتمثلة في تحديد العناصر الأساسية للمعاملة العقابية بالنسبة للمحكوم عليه مع تبيان اهم صور هذه المعاملة ، وكما عمدت المادة 166 من ذات القانون على مزيد من تحديد لمهامه ، فحددها في العمل على كفالة تفريد تنفيذ الحكم القضائي بتوجيه ورقابة ظروف تطبيقه.²

وقد تعززت صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات الفرنسية ابتداء من سنة 1970 مع تبني نظام التدابير البديلة للمحكوم عليه (العمل من اجل المنفعة العامة ، المنع من الإقامة...) وتوسعت هذه الصلاحيات بعد تعديل القانون رقم 72-1226 الصادر بتاريخ 29 دجنبر 1972 المعدل لقانون الإجراءات الفرنسي ، بحيث اصبح بإمكانهم منح الإفراج الشرطي في الحالات التي تكون فيها العقوبة تقل عن ثلاث سنوات مع اسناد الإختصاص بالإفراج الى وزير العدل في حالة تجاوز العقوبة هذا الحد.

وبالرغم من كل هذه المحطات الإصلاحية التي مر بها قاضي تطبيق العقوبات الفرنسي ، فان مرحلة التعديل لقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي 9 مارس 2004³ شكلت قطيعة مع المحطات السابقة على مستوى الصلاحيات الممنوحة له، والتي وسع منها في مجال التنفيذ الذي واكبه مجموعة من تعديلات⁴ مست بعض مواد قانون الإجراءات الجنائية كان اخرها تعديل 13 دجنبر 2014 عملت على تدعيم هذه الصلاحيات بالرغم من كونها تعديلاتها جزئية لم تغيير من الإطار العام لصلاحياته قاضي تطبيق العقوبات وفق تعديل 9 مارس 2004.

وعليه، نتساءل عن أهم الصلاحيات الممنوحة لقاضي تطبيق العقوبات في التشريع الفرنسي وفق اخر التعديلات؟ ومدى مساهمتها في تحقيق تأهيل المحكوم عليه؟ وإجابة عن هذه الاسئلة سنعالج موضع البحث من خلال تطرق للصلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في التشريع الفرنسي التي تندرج في اطارين : الاول يتعلق بتتبع المحكوم عليهم في حالة سراح (المطلب الاول) ، والثاني بتنظيم عقوبات الحبس النافذ (المطلب الثاني).

المطلب الاول : تتبع المحكوم عليهم في حالة سراح.

تتجلى اهم صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في التشريع الفرنسي المرتبطة بتتبع المحكوم عليهم في حالة سراح باتخاذ مجموعة من تدابير ترتبط ببدائل عقوبات البعض منها يعتبر ببدائل تقليدية (الفقرة الاولى) ، والبعض الاخرى يعتبر ببدائل حديثة (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى : البدائل التقليدية.

المقصود بالبدائل التقليدية التي يختص قاضي تطبيق العقوبات الفرنسية بالإشراف عليها تلك البدائل التي ظهرت في مرحلة اولى لتجنب مساوئ العقوبة السالبة للحرية والتي تسمح بتتبع المحكوم عليه خارج اسوار السجن، والتي نجد من بينها بديل ايقاف تنفيذ العقوبة (اولا)، وبديل تأجيل النطق بالعقوبة مع الوضع تحت الإختبار (ثانيا).

اولا : وقف التنفيذ مع الوضع تحت الإختبار : le sursis avec mise a l'épreuve

¹ - لمزيد من التفاصيل حول اقرار الفقه والتشريعات الوطنية لإشراك القضاء في مرحلة تنفيذ اراجع:

- لطيفة المهداتي، الشرعية في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، الشركة الشرقية، الطبعة الاولى، الرباط، 2005، ص 203 وما يليها.

- موسى مسعود ارحومة ، اشراف القضاء على تنفيذ كضمان لحقوق نزلاء المؤسسات السجنية، مجلة الحقوق العدد 44، ص 203 وما يليها

- امينة عتيوي ، شرعية تنفيذ الجزاء الجنائي ، اطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بمراكش، السنة الجامعية 2003-2004، ص 266 وما يليها.

² - محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 1973 ، ص 279.

³ - قانون رقم 204-2004 المؤرخ 9 مارس 2004 المعدل والمتمم لقانون المسطرة الجنائية الفرنسي

راجع الموقع الإلكتروني :

<https://www.legifrance.gouv.fr>

⁴ - ونجد من بين هذه التعديلات على التوالي :

- تعديل قانون رقم 526-2009 المؤرخ في 12 ماي 2009

- تعديل قانون رقم 672-2011 المؤرخ في 16 يونيو 2011

راجع الموقع الإلكتروني

<https://www.legifrance.gouv.fr>

يعتبر قاضي تطبيق العقوبات المحرك الأساسي لوقف التنفيذ مع الوضع تحت الإختبار ، فهو الذي يسهر على مراقبة تنفيذه،¹ بكل ما يلزم المحكوم عليه من التزامات تفرض بمقتضى الحكم الصادر بالإدانة أو بقرار يصدر من قبله في أي وقت²

ولأداء عمله على أحسن وجه يساعد موظفين اجتماعيين ينتقون من طرف مستشاري الإدماج والإختبار التابعين للإدارة السجنية الذين من طرف وزارة العدل³

وهكذا، تقوم هذه الجهات المختصة بإعداد وتنفيذ البرامج الإصلاحية بإعداد تقارير دورية عن المحكوم عليه ومدى التزامه بتنفيذ البرامج الإصلاحية ومدى استفادته من إجراء إيقاف التنفيذ ورفعها لقاضي تطبيق العقوبات الذي يملك صلاحيات تقريرية واسعة هذا الشأن ، فقد يقرر تعديل الالتزامات المفروضة عليه أو إضافة التزامات جديدة لم تكن مقرر من قبل حسب المادة 2-739 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي حتى توافق حالته وتحقق ما استهدفه الوضع تحت الإختبار ثم بناء اجتماعي للمحكوم عليه.⁴

وكما يتوفر قاضي تطبيق العقوبات على سلطة اصدر امر معلق بحبس المحكوم عليه في أقرب سجن لعدم مراعاة الالتزامات المفروضة عليه ، أما في حالة احترام كل الالتزامات والإجراءات وعدم ارتكاب أية جريمة خلال فترة التجربة التي يجب ألا تتعدى ثلاث سنوات ، فإن الحكم يعتبر لاغياً.⁵

وهكذا، يتضح ان المشرع الفرنسي لم يتوقف عند منح قاضي تطبيق العقوبات صلاحية الرقابة على وقف تنفيذ العقوبة مع الوضع تحت الإختبار ، بل امتد الى منحه سلطات ذات طبيعة تقريرية تسمح له بتغيير الالتزامات أو تعديلها للخاضع لهذا البديل بشكل تسمح له بتحقيق تأهيل المحكوم عليه.

ثانيا تأجيل النطق بالعقوبة مع الوضع تحت الإختبار

L'ajournement du prononcé de la peine avec mise en l'épreuve.

يقصد بتأجيل النطق بالعقوبة مع الوضع تحت الإختبار بكونه تعليق للعقاب مصاحب بإجراءات إحاطة أو مراقبة أو التزامات محمولة على المنحرف⁶

هذا التأجيل مع الوضع تحت الإختبار لا يطبق إلا في مجال الجنح ويقتصر تطبيقه على الشخص الطبيعي دون المعنوي. وقد بينت المادة 63-132 من قانون الجنائي الفرنسي حدود سلطة القاضي في تقديره بقولها إذا كان المتهم شخصاً طبيعياً، وحضر الجلسة يجوز للمحكمة أن تؤجل النطق بالعقوبة بالشروط للقواعد المبينة في المادة 6-132 مع وضع المتهم تحت الإختبار لمدة لا تزيد على سنة.⁷

وفي هذه الحالة، فإن المحكمة هي التي تحدد الإلتزامات التي ينبغي أن يخضع لها المستفيد من نظام تأجيل النطق بالعقوبة مع الإختبار، بينما يتولى قاضي تطبيق العقوبات الفرنسي دور مراقبة احترام المتهم الذي يقع محل إقامته في دائرته للإلتزامات المفروضة عليه خلال فترة الإختبار والتأكد من تنفيذها، ومدى فعالية الإختبار القضائي في إصلاحه وتأهيله، وذلك من خلال دراسته للتقارير الواردة إليه من عون الإختبار واستدعائه للمتهم للتأكد من صحة ما جاء في تلك التقارير.⁸

ولا يتوقف دور القاضي تطبيق العقوبات بهذا المجال عند مجرد المراقبة بل نجد انه منح له دور إيجابي يتمشى مع الدور التفريدي التنفيذي الحركي للمحكوم عليه تبعا لتطور سلوك الخاضع لهذا البديل، حيث يملك في هذا الصدد صلاحية تغيير أو إلغاء الإلتزامات⁹ المفروضة على الخاضع لهذا التدبير، وكما يملك صلاحية الاعتقال المؤقت للخاضع بعد استشارة الوكيل العام ويتخذ قرار معلق ويغير المحكمة الجنحية بهذا الإجراء، إذا كان يتعلق الأمر بشخص في حالة فرار أو يقيم بالخارج.¹⁰

الفقرة الثانية : البدائل الحديثة.

يملك قاضي تطبيق العقوبات الفرنسي بجانب البدائل التقليدية على صلاحية الإشراف والرقابة على البدائل الحديثة أفرزها تطور العصر، وتمثل هذه البدائل في كل من العمل من أجل المنفعة العامة (أولا) والوضع تحت المراقبة الإلكترونية (ثانيا).

أولا : العمل من أجل المنفعة العامة : Travail d'intérêt général

ينص المشرع الفرنسي بالنسبة للجنح المعاقبة عليها بالحبس على بديل العمل من أجل المنفعة العامة بنجز لفائدة جماعة محلية أو مؤسسة عمومية أو جمعية ذات نفع عام شريطة موافقة الخاضع لها والذي حدد عدد ساعته ما بين 40 إلى 280 ساعة¹¹ على ألا يتجاوز تنفيذه 18 شهرا¹.

¹- Bernard Bouloc, "pénologie execution des sanctions des sanctions adultes et mineur3" " edition,dalloz, 2005,p265.

²- المادة 739 من ق.م.ج الفرنسي المعدل بقانون 2011-939 المؤرخ 10 غشت 2011

³- Bernard Bouloc, pénologie execution des sanctions des sanctions adultes et mineur ,op cit, p 269.

⁴- المادتين 739 الفقرات 2، 3، 4 من ق.م.ج الفرنسي. المعدل بقانون 2011-939 المؤرخ 10 غشت 2011 للمزيد من التفاصيل راجع:

- Bernard Bouilouc, pénologie,exécution des sanctions adultes et mineurs,op cit,p 268 et 5.

- أحمد فتحي سرور، الإختبار القضائي، دراسة في الدفاع الاجتماعي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ص 287 وما يليها.

⁵- لطيفة المهداتي، الشرعية في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، المرجع السابق، ص 84.

⁶- جمال شهلول، "قاضي تنفيذ العقوبات" التجربة الفرنسية"، مجلة القضاء والتشريع، العدد 1، السنة 2003، ص 107.

⁷- للمزيد من التفاصيل حول تأجيل مع الوضع تحت الإختبار، راجع: عصام عفيفي عبد البصير، تجزئة العقوبة نحو سياسة جنائية جديدة، دراسة تحليلية تأهيلية مقارنة. طبعة 2004، ص 41.

⁸- تتمثل هذه الإلتزامات حسب التشريع الفرنسي فيما يلي:

- مباشرة نشاط مهني أو تعليم أو تأهيل مهني.

- الإقامة في مكان معين

- الخضوع للفحص الطبي وتنفيذ برنامج علاجي، يمكن القاضي إلزام المحكوم عليه بالإقامة في مستشفى أو مصحة علاجية إذا ما رأى ضرورة لذلك.

- الامتناع عن قيادة أنواع معينة من السيارات.

- الامتناع عن التواجد في أماكن معينة خلال فترة الإختبار.

⁹- أيمن رمضان الزيني، العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 283.

¹⁰- المادة 3-747 من ق.م.ج الفرنسي المعدل بقانون 2004-204 المؤرخ في 9 مارس 2004.

¹¹- المادة 8-131 من ق.ج الفرنسي.

ويلعب قاضي تطبيق العقوبات دوراً مهماً في تحديد إجراءات تنفيذ العمل من أجل المنفعة العامة، وكذا وقف تنفيذ مع العمل من أجل المنفعة العامة حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 22-131 من القانون الجنائي الفرنسي على اختصاص قاضي تطبيق العقوبات الذي يقع في دائرته محل إقامة المحكوم عليه بتحديد أساليب تنفيذ العقوبة²، والإشراف على تطبيقها.

بالإضافة إلى هذا، يتوفر قاضي تطبيق العقوبات في ظل التشريع الفرنسي على صلاحيات أخرى ذات طبيعة تقريرية تتماشى مع عملية التفريد التنفيذي الحركي للمحكوم عليه تبعاً لتطور سلوكه، حيث يملك في هذا المجال أن يغير طرق تنفيذ العمل من أجل المنفعة العامة في أي وقت وله أن يستبدلها بالغرامة بقرار معلل بناء على طلب المعني بالأمر أو العون، أو بعد تقديم مستندات وكيل الملك³، وكما له أن يستبدلها بعقوبة السجن لا تتجاوز ستة أشهر بنفس شروط استبدال الغرامة⁴. وله أيضاً أن يوقف تنفيذ عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة لأسباب خطيرة على النظام الصحي، العائلي المهني أو الاجتماعي⁵.

ثانياً: وضع تحت المراقبة الإلكترونية le placement sous surveillance électronique

يملك قاضي تطبيق العقوبات الفرنسي صلاحية إخضاع المحكوم عليه لنظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية شريطة أن تكون العقوبة المتبقية أو المطلوب تنفيذها لا تتجاوز أكثر من عام واحد علاوة على ضرورة صدور موافقة صريحة منه⁶ مع التزام هذا الأخير بالخضوع إلى مجموعة من القيود والالتزامات. ويساعده في مراقبة الخاضع لتنقل عن بعد موظفو الإدارة السجنية المختصة بذلك⁷ ومن أجل تأكد من عدم وجود تأثيرات جانبية على صحة الشخص الخاضع له أن يعرضه في أي لحظة أمام طبيب من أجل التأكد من عدم وجود خطر على صحته وكما له في حالة خرقه لإحدى الإلتزامات المفروضة عليه صلاحيات إلغاء أو استبدال هذا النظام بنظام آخر سواء بنظام الحرية الجزئية أو نقل إلى الخارج⁸.

ومن أجل ممارسة هذه الصلاحيات على أحسن وجه، فإن قاضي تطبيق العقوبات تساعده مصلحته السجنية للإدماج والإختبار بإنجاز تقرير حول احترام هذه التدابير من طرف الخاضعين لها⁹.

ويفيد هذا النظام في تخفيف من اكتظاظ السجون والمساعدة الشخص على الإدماج في المجتمع، وتجنب مساوئ الناتجة عن الإختلاط ببعض المجرمين بالصدفة مع آخرين محترفين في السن.

المطلب الثاني : تنظيم عقوبات الحبس النافذ

يقوم قاضي تطبيق العقوبات بدور هام في تنظيم عقوبات الحبس النافذ، ويتمثل دوره هذا في إختياره من بين مختلف أساليب تنفيذ العقوبة أفضلها لتتناسب مع الوضعية المهنية والاجتماعية والعائلية للمحكوم عليه وهو بهذا يقوم بعملية التفريد العقابي الحركي للمحكوم عليه الذي يهدف إلى تشجيع المحكوم عليه على تأهيله نفسه وتسهيل إعادة إدماجه¹⁰.

وتعتبر أساليب تنفيذ العقوبة نوع من الانظمة المعاملة العقابية التي تسمح بتأهيل المحكوم عليها إعادة ادماجه في المجتمع، والتي يملك قاضي تطبيق العقوبات الفرنسي صلاحية تقريرها، وتتوزع هذه الانظمة ما بين نظام نصف الحرية والإفراج الشرطي (الفقرة الأولى) وكذا تجزئة العقوبة وتخفيضها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : نصف الحرية والإفراج الشرطي.

سنتناول في هذه الفقرة كل من نظام نصف الحرية (أولاً) والإفراج الشرطي (ثانياً) كأنظمة يتوفر فيها قاضي تطبيق العقوبات على صلاحية واسعة تسمح له بتفريد التنفيذ تبعاً لتطور سلوك المحكوم عليه.

أولاً : نظام نصف الحرية La semi-liberté:

يملك قاضي تطبيق العقوبات الفرنسي صلاحية إخضاع المحكوم عليه لنظام الحرية الجزئية في حالة كون العقوبة المتبقية له لا تتجاوز سنة واحدة، وكذا إذا قبل باستفادته من نظام الإفراج الشرطي¹¹. وذلك شريطة مراعاته لبعض الإلتزامات الملقاة عليه، وكما يتولى أيضاً قاضي تطبيق العقوبات مراقبة إجراءات تنفيذ هذا النظام، وله أن يلغي هذا النظام؛ إذ أبان المحكوم عليه عن سلوك سيء أو عدم مراعاته للإلتزامات المفروضة عليه، وكما يملك علاوة على هذا صلاحية تغيير أو استبدال هذا النظام بنظام العمل بالخارج، أو الوضع تحت المراقبة الإلكترونية¹².

ويفيد تطبيق هذا النظام على المحكوم عليه باجتناها لاختلاط بسجناء نظراً لتغيبه طيلة فترة النهار، وبالتالي تجنب عدوى الجريمة ممن هم أشد منه خطورة، علاوة على ضمان اندماجه في محيطه الاجتماعي.

ثانياً : الإفراج الشرطي: La libération conditionnelle

¹-المادة 54-131 من ق.ج. الفرنسي.

²-المادة 23-131R من ق.ج. الفرنسي.

³-المادة 1-733 من ق.م.ج. الفرنسي المعدل بقانون 1436-2009 المؤرخ 24 نوفمبر 2009.

⁴-المادة 27-131R من ق.ج. الفرنسي.

⁵-المادة 22-131 من ق.ج. الفرنسي.

⁶-المادة 7-723 من ق.م.ج. الفرنسي المعدل بقانون 1436-2009 المؤرخ 24 نوفمبر 2009.

⁷-المادة 9-723 من ق.م.ج. الفرنسي المعدل بقانون 2004-2004 المؤرخ في 9 مارس 2004.

⁸-المادة 13-723 من ق.م.ج. الفرنسي المعدل بقانون 2004-2004 المؤرخ في 9 مارس 2004.

⁹-l' aménagements de courtes peines cité par <http://www.cdad-valdemarne.justice.fr/fiches-pratiques/fiche/id/39103/03/2016> تاريخ زيارة الموقع

¹⁰-isabelle dréan-rivet : la personnalisation de la peine dans la code pénal, harmattan, paris, 2005, p.228.

¹¹-المادة 1-723 من ق.م.ج. الفرنسي المعدل بقانون 896-2014 المؤرخ في 15 غشت 2014.

¹²-المادة 2-723 من ق.م.ج. الفرنسي المعدل بقانون 896-2014 المؤرخ في 15 غشت 2014.

يختص قاضي تطبيق العقوبات الفرنسي بعد اخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات بمنح الإفراج الشرطي للمحكوم عليه في حالة كون العقوبة المحكوم بها تقل أو تعادل 10 سنوات وكون العقوبة المتبقية على قضائها تقل أو تعادل 3 سنوات في باقي الحالات الأخرى تختص به محكمة تطبيق العقوبات¹. وذلك بعد أن تتوفر فيه الشروط العامة للاستفادة من هذا الإفراج والمتمثلة في بذل مجهود من أجل التأهيل الاجتماعي سواء بقيامه بممارسة نشاط مهني أو بالإنضباط في الدراسة، أو قيامه بتكوين مهني أو بالتدريب أو بعمل مؤقت².

وكما يملك أيضا صلاحية مراقبة وتتبع مدى مراعاة المخرج عنه للتدابير المنصوص عليها في قرار الإفراج. وكذا تحديد تدابير المساعدة، مثال ذلك الإلزام بالإقامة في مراكز الإيواء أو استقبال، والمنع من ممارسة بعض المهن التي تسهل للمخرج عنه ارتكاب جريمة جديدة أو الإلزام بالخضوع لعلاج طبي³، دون أن ننسى إمكانية الغاء القرار الإفراج الشرطي في حالة ادانته بجريمة من جديد أو سوء سلوكه⁴.

ومما لا شك فيه، ان جعل جميع قرارات الإفراج الشرطي تحت بصر وبصيرة قاضي تطبيق العقوبات الفرنسي، سواء بالنسبة لصلاحية منح الإفراج أو تقريره تدابير والتزامات مساعدة للمخرج عنه، سيجعل من الإفراج الشرطي نظاما لتأهيل يهدف إلى تكملة أساليب المعاملة العقابية الحديثة، ويحقق التدرج في عودة المحكوم عليه للتألف مع الحياة الاجتماعية من جديد

الفقرة الثانية تجزئة العقوبة وتخفيضها.

بالإضافة إلى الأنظمة المعاملة العقابية السابقة، فإن قاضي تطبيق العقوبات في ظل التشريع الفرنسي يملك أيضا صلاحية تطبيق أنظمة أخريتمسمح له بالقيام بعملية التفريد التنفيذي للمحكوم عليه خلال مرحلة تنفيذ، والتي تتوزع بين كل من تجزئة العقوبة (أولا) وتخفيضها (ثانيا).

أولا: تجزئة أو تقسيط تنفيذ العقوبة: *la fraction de peine*

وفقا لهذا النظام، فإن قاضي تطبيق العقوبات الفرنسي يملك تنفيذ العقوبة على دفعات، حيث يقرر بناء على طلب المحكوم عليه منحه أيام محددة يتم تنفيذ العقوبة فيها، وباقي الأيام الأخرى، يقضيها في الوسط الحر مع مراعاة أن لا توافق أيام التنفيذ أيام العمل الرسمية، بمعنى ألا يتم حبسه خلال أيام العطلات، والمناسبات الرسمية، حيث يستفيد من أساليب المعاملة الحديثة التي تسهم في الكشف عن حقيقة شخصية، والتطورات التي تطرأ عليها، وعلاج ما بها من انحراف⁵.

وهكذا، يمكن لقاضي تطبيق العقوبات الفرنسي مواد الجرح ولأسباب جدية طبية أو مهنية أو اجتماعية بالنسبة للمحكوم عليه، عندما تكون العقوبة المتبقية على قضائها تقل أو تعادل سنتين، أن يأمر بإيقافها أو تجزئتها خلال فترة أربع سنوات ودون أن تقل مدتها عن يومين⁶، ويتخذ هذا القرار بعد أخذ رأي ممثل الإدارة السجنية، وفق مسطرة المواجهة في غرفة الاستشارة بعد تقديم الاستنتاجات النيابية العامة والإستماع للمحكوم عليه⁷ والتي يمكن أن يخضع فيها المستفيد من توقيف أو تجزئة العقوبة لواحد أو أكثر من الإلتزامات وقف تنفيذ مع الإختبار وكما يملك قاضي تطبيق العقوبات صلاحية تغيير قرار تجزئة العقوبة الذي تنطق به محاكم الموضوع⁸.

لا شك أن تقرير هذا النظام على المحكوم عليه سيخففه مساوئ الكثيرة للعقوبات القصيرة المدة، خصوصاً المرتبطة باختلاطه بالمجرمين المحترفين، علاوة على أن تقرير هذا النظام يفيد في تعزيز وتقوية الروابط الأسرية والاجتماعية، وبالتالي سهولة اندماجه من جديد في المجتمع.

ثانيا: تخفيض العقوبة: *La réduction de peine*

يملك قاضي تطبيق العقوبات بعد استشارة لجنة تطبيق العقوبات صلاحية الموافقة على إقرار عدة تخفيضات للعقوبة بالنسبة للمحكوم عليه شريطة عدم تجاوزه لشهرين في السنة، وأربعة أيام في الشهر عندما تكون مدة الحبس المتبقية على تنفيذها أقل من سنة هذا بالنسبة للمحكوم عليه في حالة العود. أما بالنسبة للمحكوم عليه الذي لا يوجد في حالة العود، فلا ينبغي أن تتجاوز مدة تخفيض عقوبته ثلاثة أشهر في السنة و سبعة أيام في الشهر. ويشترط لكي يستفيد المحكوم عليه بهذه التخفيضات أن يبين عن بذل مجهودات من أجل التأهيل الاجتماعي سواء بالنجاح في امتحان جامعي أو مدرسي أو مهني يعبر على اكتسابه لمعارف جديد⁹.

خاتمة

نخلص مما سبق، انقاضي تطبيق العقوبات في ظل التشريع الفرنسي يتوفر على صلاحيات متنوعة وواسعة تمثل في حقيقتها صلاحيات تدخلية إيجابية تهدف بالقيام بعملية التفريد التنفيذي الحركي للمحكوم عليه تبعا لتطور سلوكه وذلك باختيار أفضل وسائل التنفيذ لكي تتناسب مع ظروفها الاجتماعية والشخصية بهدف تأهيله و إعادة إدماجه في مجتمعه، وما يسهل عليه تحقيق هذه المهمة هو اتخاذ مجموعة من التدابير تشكل أغلبيتها العظمى أنظمة للمعاملة العقابية بجانب بدائل للعقوبات تجنبه الآثار السلبية للعقوبات السالبة للحرية وتمكنه من تأهيل المحكوم عليه في أحسن ظروفه ما يجعل بحق قاضي تطبيق العقوبات الفرنسي يمثل تجسيد الفعلي للقضاء التنفيذي في ظل السياسة العقابية الحديثة الذي يجعل من تأهيل المحكوم عليه أهم أهدافه.

¹ - المادة 730 من قانون الإجراءات الفرنسي المعدل بقانون 2014-896 المؤرخ في 15 غشت 2014.

² عبد الصمد الزعنوني، بدائل العقوبة السالبة للحرية، مقارنة قانونية مقارنة، إشكالية السجن والحرية، دار السلام الرباط 2000، ص 55-56.

³ مصطفى المساوي، الإفراج المفيد بشروط -دراسة مقارنة-، بحث نهاية الماستر ق.ج والعلوم الجنائية، السنة 2011-2012، ص 18.

⁴ - المادة 733 من ق.م.ج الفرنسي المعدل بقانون 2010-242 المؤرخ في 10 مارس 2010.

⁵ - عبد الرحيم صديقي، علم العقاب، دار الثقافة العربية، 2001، ص 186.

⁶ - المادة 720-1 من ق.م.ج الفرنسي المعدل بقانون 2014-896 المؤرخ في 14 غشت 2014.

⁷ - المادة 712-6 من ق.م.ج الفرنسي المعدل بقانون 2009-1436 المؤرخ في 24 نوفمبر 2009.

⁸ - المادة 720-1 من ق.م.ج الفرنسي المعدل بقانون 2014-896 المؤرخ في 14 غشت 2014.

⁹ - المادة 721-1 من ق.م.ج الفرنسي المعدل بقانون 2014-896 المؤرخ في 15 غشت 2014.

المرجعية التشريعية مدونة الحقوق العينية، قانون رقم 39.08

هشام ناشي

طالب باحث بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية / سلا.

مقدمة:

بتاريخ 24 نونبر 2011 صدر بالجريدة الرسمية عدد 5998 القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.1.178 بتاريخ 22 نونبر 2011 والتي أصبحت سارية التفعيل ستة أشهر بعد نشرها.

وقد أتى هذا المقتضى التشريعي في إطار تحديث المنظومة التشريعية المغربية، ولأسيما في مجال المعاملات العقارية، بهدف الخروج من الازدواجية التشريعية التي اصطبل بها التشريع العقاري منذ مدة، ذلك أن التصرفات العقارية والحقوق العينية كانت خاضعة لقواعد الفقه الإسلامي ولأسيما للراجح والمشهور من المذهب المالكي إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ، في حين كانت تخضع المعاملات المنصبة على العقارات المحفظة للمقتضيات التي كانت وارد (قبل نسخها) في ظهير 19 رجب 1333 الموافق ل 12 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة.

كما أن هذا المقتضى التشريعي جاء في سياق سياسة الإصلاح التشريعي الذي تبنته وزارة العدل، والذي هم تنقيح العديد من النصوص القانونية، وإخراج أخرى جديدة، ومراجعة العديد من النصوص الأخرى، وتدوين العديد من المقتضيات الجديدة، والتي نجد على رأسها تدوين المقتضيات المتعلقة بالعقارات المحفظة وغير المحفظة ضمن مدونة واحدة بالرغم من الاختلاف الموجود بين النظامين.

هذا، ولما كانت مدونة الحقوق العينية المتضمنة للقواعد المنظمة للحقوق العينية أحد أهم أقسام القانون المدني، فقد احتفظت بما سبق أن اشتمل عليه التشريع المتعلق بالعقارات المحفظة من الأحكام الخاصة بالعقود المنشئة لحق عيني على عقار محفظ كالكراء الطويل الأمد، والارتفاق والرهن بنوعيه الرسمي والحيازي، وأضافت إليها عدة عقود وتصرفات استقرت عليها الممارسة المغربية وجرى العمل بها، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإذا كان واضعو مدونة الحقوق العينية قد راموا من وراء سننها وضع حد للتمييز الذي عرفه العقار على مستوى القواعد المطبقة، فإنه عند التمحيص في مقتضياتها سندرك أن الازدواجية لا زالت قائمة حتى في أمور لا تتسم بأية خصوصية معتبرة، الأمر الذي يفرض بنا إلى القول بأن ثنائية الإسناد أي الرجوع إلى الفقه وخاصة الفقه المالكي، والقانون المتمثل في التشريع العقاري المغربي لا زالت قائمة، وهو الأمر الذي نستشفه من القراءة الأولية لفحوى المادة الأولى من المدونة التي جاء فيها " تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار " ونصت الفقرة الثانية منها على أنه " تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور، وما جرى به العمل من الفقه المالكي ".

هذا، ولعل الباحث في مادة مرجعيات مدونة الحقوق العينية سيجدها متعددة ومتنوعة، وهو الأمر الذي يعكس غنى المنظومة العقارية الوطنية، وتنوع وتعدد تجلياتها القانونية والميدانية المسطرية والإدارية والقضائية، وكذا على مستوى الأجهزة أو الجهات الإدارية والقضائية، مما يجعل من بلدنا المغرب أو يفترض فيه على الأقل أن يكون مؤهلا لأن يقدم نموذجا أو تجربة عقارية مكتملة ومتكاملة المواصفات، بحكم تعدد المرجعيات والتراكبات، هذا بالنسبة لمن ينظر لهذا التعدد في جانبه الإيجابي، أما بالنسبة لمن ينظر إليه على العكس من ذلك فقد يرى فيه عاملا مؤثرا بشكل سلبي على تحقيق الأمن القانوني والقضائي، ويؤدي إلى تضارب في العمل القضائي بسبب عدم وجود مرجعية ملزمة يعود إليها القاضي فيما يصدره من أحكام وقرارات قضائية.

إن الدارس الموضوعي لمقتضيات مدونة الحقوق العينية، سواء من حيث المصطلح أو الصيغ التعبيرية التي عرضت بها مختلف الأحكام، سيكتشف أن المرجعية التي استمد منها المشرع أحكام هذا القانون تتجاوز مرجعيات مختلفة (مرجعية فقهية، ومرجعية تشريعية قانونية، ومرجعية قضائية، ومرجعية عرفية مستمدة مما جرى به العمل)، وعليه فإذا كان الفقه الإسلامي المستمد من أحكام الفقه المالكي قد شكل مصدرا رسميا ومركزيا في بلورة قواعد وأحكام مدونة الحقوق العينية، فإن هذا لا ينقص من قيمة التشريع المتمثل في مجموعة من النصوص القانونية التي ساهمت كذلك في بناء مدونة الحقوق العينية التي نجدها نصت في غير ما مقتضى منها، على أن لا يقع تعارض بين نصوصها ومقتضيات النصوص والتشريعات الخاصة، وعليه فإن الأمر يفرض علينا البحث والكشف عن أهم الصلات والروابط التي تربط بين مدونة الحقوق العينية، والعديد من النصوص القانونية المؤطرة للملكية العقارية أو للعلاقات القانونية التي تنصب عليها، كما يفرض أيضا إبراز أثر تلك النصوص والتشريعات في مجموع مقتضيات المدونة.

فإلى أي مدى ساهم التشريع والقوانين الخاصة في بلورة أحكام مدونة الحقوق العينية، وهل كان للقواعد القانونية دور في صياغة مقتضياتها ؟ هاته الأسئلة وغيرها سنحاول الإجابة عنها في هذه الدراسة وصولا لإجابة كافية ومقنعة عن الإشكال المحوري الذي يطرحه الموضوع والمتمثل في : أين تتمثل المرجعية التشريعية لمدونة الحقوق العينية، وما هي ملامح وتجليات تلك المرجعية من خلال النصوص والتشريعات الخاصة ؟؟ .

وعليه، فإذا كان جليا أن مشرع مدونة الحقوق العينية قد اعتمد على مجموعة من النصوص والقوانين الخاصة في صياغة بنود تلك المدونة، فإن الأمر يفرض الكشف عن تلك النصوص وملامسة أهم الروابط التي تجمعها بالمدونة، ولعل هذا ما سنتولى استنباطه في هذا المقال، وذلك في محورين اثنين:

المحور الأول : مركز قانون الالتزامات والعقود والتشريع العقاري في مدونة الحقوق العينية .

المحور الثاني : المرجعية التشريعية للمدونة من خلال القوانين الخاصة .

المحور الأول: مركز قانون التشريع العقاري في مدونة الحقوق العينية.

تعتبر مسألة دراسة المرجعية التشريعية لمدونة الحقوق العينية من الأهمية بمكان، ذلك أن الدارس للأحكام والقواعد التي تضمنتها هذه المدونة سيتساءل عن مدى ارتباطها وانسجامها في الآن نفسه مع ثلة من المقتضيات التي اشتملت عليها الترسنة التشريعية بالمغرب، ولعل هذا ما عبر عنه الأستاذ أحمد ادريوش بقوله : " وعموما فالتأمل في مقتضيات هذه المدونة عموما، يدعونا إلى التساؤل عن درجة انسجامها مع عدد غير قليل من المقتضيات التي تضمنها التشريع المغربي في قانون التحفيظ العقاري، وفي قانون الالتزامات والعقود، وفي مدونة الأسرة، وفي مدونة الأوقاف وهذا ورش كبير لبحث القانوني الأكاديمي ⁽¹⁾ " .

¹ - د . أحمد ادريوش، تأملات نظرية حول مدونة الحقوق العينية، الكراسية الثانية، مطبعة الأمنية - الرباط - الطبعة الأولى 2014-2015، الصفحة 9.

فإذا كان الوضع القانوني للملكية العقارية والحقوق العينية قبل صدور مدونة الحقوق العينية قد عرف اختلافا جوهريا على مستوى النص الواجب التطبيق مما أثر بشكل جلي على مستوى نتائج العمل القضائي المغربي، فإنه بعد صدورهما لم يعد هناك مجال لذلك الاختلاف، " إذ تم الحسم تشريعا في أولوية الرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود لسد أي فراغ قانوني بالأسبقية على قواعد الفقه الإسلامي، لهذا حدد المشرع القواعد التي تحكم الحقوق العينية العقارية والتي يجب الرجوع إليها في تنظيم هذه الحقوق، وذلك لتسهيل علم القاضي والمتقاضين بالنصوص القانونية التي أصبحت أكثر وضوحا وسلاسة شكلا وموضوعا (1)". وفي هذا الإطار أيضا يقول الأستاذ محمد القدوري " أخضعت مدونة الحقوق العينية المنازعات العقارية لنصوصها (أي نصوص المدونة) بالدرجة الأولى، ثم التشريعات الخاصة الأخرى، في الدرجة الثانية، ثم نصوص قانون الالتزامات والعقود، في الدرجة الثالثة، ثم المبادئ والقواعد المقررة في الراجح، والمشهور، وما جرى به العمل في مذهب الإمام مالك، في الدرجة الرابعة (2)".

فالمادة الأولى من المدونة صريحة في تحديد المرجع الاحتياطي لهذا القانون في حالة غياب نص واجب التطبيق، وهو قانون الالتزامات والعقود في الدرجة الأولى، ثم الفقه المالكي في الدرجة الثانية، وبذلك يكون المشرع قد نعى منى التيار الفقهي الداعي إلى جعل المرجع الأساسي للعقار بعد المدونة هو قانون الالتزامات والعقود ثم الفقه المالكي في الرتبة الثانية (3)".

كما يستفاد من نص المادة المذكورة، أن المشرع قد هدف من ورائها إلى توحيد القواعد القانونية المطبقة على العقار سواء كان محفظا أو غير محفظ، وبالتالي تكون مقتضيات مدونة الحقوق العينية هي الواجبة السريان على التصرفات العقارية، ما لم تتعارض مع نصوص خاصة تتعلق مثلا بالملك العام والأموال المحبسة والأراضي الجماعية والتي يمكن أن تتضمن قواعد مخالفة.

وقد لاحظ بعض أعضاء مجلس النواب في معرض مناقشتهم لهذه المادة داخل قبة البرلمان أن واضعها لم يكن موفقا في إعدادها، ذلك أنه بعد أن أكد في الفقرة الأولى على أن المدونة هي صاحبة الولاية العامة في تنظيم المعاملات العقارية والحقوق العينية، تراجع في الفقرة الثانية، وأحال بداية على ق.ل.ع عند خلو المدونة من مقتضيات تنظم بعض التصرفات، وفي حالة خلو هذا القانون من مقتضيات يعول على الراجح والمشهور وما جرى به العمل في الفقه المالكي، وفي هذا تناقض مع تصريحات وزير العدل في كلمته التقديمية لمشروع المدونة التي أكد فيها على القطع على وجه الدوام مع ازدواجية القوانين، وكان من الأجدي أن يأتي الراجح والمشهور نص تشريعي ما دام الأمر يتعلق بمدونة .

وقد كان جواب الحكومة على هذه الانتقادات أن العقار غير المحفظ كان خاضعا على وجه الدوام لأحكام الفقه الإسلامي، ولأسيما الفقه المالكي والاجتهاد القضائي، وأنه رغم ما بذل من جهد فلا يمكنه أن يعالج كل الحالات، لذا جاءت هذه المادة بالإحالة على الشكل المذكور (4)".

وفي جميع الأحوال " فإن المصدر الأول لتنظيم الحقوق العينية هي مقتضيات مدونة الحقوق العينية، وإذا لم يجد القاضي ما يسعفه فيها أمكنه الرجوع إلى ق.ل.ع، وفي حالة خلو هذا الأخير يمكنه التماس القاعدة التي تحكم النزاع بالرجوع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي، وعلى القاضي اختيار الأنسب (5)". وهكذا، فإذا كانت الإحالة في المادة الأولى من المدونة صريحة في جعل ق.ل.ع هو المصدر الاحتياطي الرسمي الأول في التماس الحلول القانونية في حالة عدمها في المدونة، فما هو مركز هذا المصدر بالنسبة لمقتضيات المدونة ؟ وماهي المكانة التي حظيت بها أحكام التشريع العقاري داخل نفس المقتضيات ؟

أولا : مركز ق.ل.ع بالنسبة لمدونة الحقوق العينية .

من المتعارف عليه في الساحة القانونية والقضائية ببلدنا، أن ق.ل.ع يعتبر الشريعة العامة لباقي القوانين، ذلك أن القاضي في حال لم تسعفه القوانين الخاصة في إيجاد الحل القانوني الملائم يمكنه الركن إليه لإيجاد الحل المناسب، وتماشيا مع ذلك فإن القاضي سواء قبل صدور المدونة أو بعده حينما يتعلق الأمر بعقارات محفظة أو عادية يمكنه - إذا لم تلي غايته نصوص المدونة - أو القواعد المنصوص عليها في القوانين الخاصة إن وجدت، الالتفات إلى القواعد العامة المضمنة في ق.ل.ع، خاصة وأنه تعرض للعديد من الموضوعات التي لها ارتباط بالحقوق العينية العقارية.

ولعل لسائل أن يسأل عن السر وراء صمود ق.ل.ع لمدة من الزمن دون أن تطاله يد التغيير والتعديل، وإجابة عن هذا السؤال يقول أحد الأساتذة الأجلاء " ... يجمع الكثير من المهتمين بهذه المدونة على أنها تمتاز بالوسطية والاعتدال سواء في الجانب المتعلق بالالتزامات أو بالجانب الخاص بالعقود المسماة، ويرجع أصل هذا الاعتدال إلى الحذر الشديد الذي توخاه واضعوا هذه المدونة، بنهجهم لسياسة التوفيق بين مختلف النظريات الثابتة في مجال الفقه والتشريع بما في ذلك تلك المستمدة من المدرستين اللاتينيتين والجرمانية أو تلك المستقاة من مبادئ الفقه الإسلامي والأعراف التي كانت سائدة آنذاك في المجتمع التونسي باعتبار أن ق.ل.ع ماهو إلا صورة طبق الأصل للمجلة التونسية التي وضعت في بداية القرن العشرين 1906، أي قبل بسط الحماية على المغرب بسنوات " ويضيف قائلا " ...ومن جهتنا فإننا لن نبالغ في القول بأن السر وراء صمود هذه المدونة في وجه رياح التغيير إنما يكمن في عناصر القوة الذاتية التي تشمل عليها كبنيان تشريعي متناسق المحاور فيه من الاعتدال والوسطية ما كان كافيا لتقبله من جميع الأطياف المشكلة للمجتمع المغربي أثناء الحماية وبعدها (6)".

من هذا المنطلق يمكن القول بأن إحالة مشرع مدونة الحقوق العينية على نصوص ظ.ل.ع، واعتباره المصدر الرسمي التكميلي الأول لنصوص المدونة قد عد فعلا مستحسننا من لدن جل الباحثين والمهتمين بالشأن العقاري ببلدنا، وفي نفس الوقت انتصارا للرأي الذي كان يرى في الرجوع لأحكامه الأسبقية على نصوص وقواعد الفقه المالكي، ذلك أن إحالة المشرع على ضرورة الرجوع لقواعد ق.ل.ع، قد اعتبر من النقاط الهامة التي حسبت للمدونة، إذ صرحت دون غموض أو لبس، بالزام القاضي باللجوء إلى القواعد العامة لقانون الالتزامات والعقود فيما لم يرد فيه نص في مقتضياتها، وبذلك تكون قد حسمت النزاع الذي كان سائدا في الوسط الفقهي والقضائي قبل صدورهما، فيما يخص القانون الواجب التطبيق على العقارات المحفظة .

1 - د. محمد الهيني، دور المرتكزات الأساسية لمدونة الحقوق العينية في ضمان الأمن القانوني والقضائي العقاري مقال منشور بمجلة الحقوق - العدد 6، سنة 2012، الصفحة 19 .

2 - د. محمد القدوري " مستجدات المادة العقارية - قراءة الشكل والمضمون - "، مقال منشور ضمن مجلة الحقوق العدد 8، الجزء 2، مطبعة المعارف 2014، الصفحة 46-47 .

3 - د. محمد البوشواري " قانون مدونة الحقوق العينية - قراءة في الأصول والمرجعيات، مقال منشور ضمن مجلة المنير القانوني، العدد 7-8-2015، الصفحة 20 .

4 - أنظر في هذا الإطار: تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 39.08 يتعلق بمدونة الحقوق العينية - دورة أبريل 2011، السنة التشريعية الرابعة، الولاية التشريعية الثامنة، الجزء الأول، ص 20-21.

5 - د. العربي محمد مباد - تأملات في مدونة الحقوق العينية - الجزء الأول - مطبعة الأمانة - الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2015، الصفحة 8.

6 - د. عبد القادر العرعاري، وجهة نظر خاصة في مادة القانون المدني المعمق بين الفقه والقضاء، مطبعة الأمانة - الرباط - الطبعة الأولى 2010 - الصفحة 13 .

وغنى عن البيان أنه من مميزات قانون الالتزامات والعقود التي ينفرد بها دون غيره من القوانين، شمول نصوصه على أحكام عديدة تنتمي إلى مجالات قانونية متعددة، كالإيدان التجاري، ومجال الأسرة. وكذلك ما يتعلق بالعقارات والحقوق العينية والتصرفات المتعلقة بها. ومن الطبيعي أن يتقرر ذلك مادام ظهر الالتزامات والعقود يعد الشريعة العامة التي تحكم سائر المسائل المدنية غير المحكومة بنص خاص، وكذلك باعتباره مصدرا مكملا عندما يعوز القاضي الحكم في النصوص الخاصة.

وتأسيسا على هذا، فإن بين مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود تقاطعا كبيرا على عدة مستويات، مثل قواعد رفع الضرر وإزالته وضمائنه، وما يخص التصرفات القانونية الواقعة على العقارات، وما يتعلق بالشفعة والقسمة وكل ما يهم إدارة الملكية الشائعة وما يهم الرهن والامتيازات الواقعة على العقارات، إضافة إلى مقتضيات أخرى متفرقة.

فعلى مستوى قواعد رفع الضرر مثلا، نجد أن ق.ل.ع قد شكل الأساس القانوني لالتزامات الجوار في كل من الفصلين 91 و92، إذ نص الأول على أنه "للجيران الحق في إقامة دعوى على أصحاب المحلات المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة بطلب، إما إزالة هذه المحلات، وإما إجراء ما يلزم فيها من التغيير لرفع الأضرار التي يتظلمون منها، ولا يحول الترخيص الصادر من السلطات المختصة دون مباشرة هذه الدعوى"، كما نص الفصل 92 على أنه "ومع ذلك يحق للجيران أن يطلبوا إزالة الأضرار الناتجة عن الالتزامات العادية للجوار، كالدخان الذي يتسرب من المداخن، وغيره من المضار التي يمكن تجنبها والتي لا تتجاوز الحد المألوف".

ويقابل هذه المقتضيات المادة 71 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه "ليس للجيران أن يطالبوا بإزالة مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما لهم أن يطالبوا بإزالة المضار التي تتجاوز الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له. ونصت في فقرتها الثانية على أنه "لا يحول الترخيص الصادر من السلطات المختصة دون استعمال الحق في المطالبة بإزالة الضرر.

وتبقى المادة الحاكمة في مجال رفع الضرر، هي القاعدة الفقهية التي قننها مشرع مدونة الحقوق العينية في إطار المادة 21 منها التي نصت على أنه "لا يسوغ لمالك العقار أن يستعمله استعمالا مضرا بجاره ضررا بليغا، والضرر البليغ يزال.

أما على مستوى الشيعاء، الذي يعتبر مظهرا من مظاهر الممارسة العقارية بالمغرب، فقد تم تنظيمه في إطار القانون المغربي من خلال الفصول 960 إلى 981 من ظهير الالتزامات والعقود، بموازاة مع المواد 24 إلى 27 من مدونة الحقوق العينية، كما نظم أيضا وخصوصا منه الشيعاء الإجباري، من خلال مجموعة من النصوص المتفرقة، خاصة في إطار ميثاق الاستثمارات الفلاحية بموجب ظهير رقم 1-69-30 بتاريخ 25 يوليوز 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة بدوائر الري⁽¹⁾، وظهير 1962/06/30 المتعلق بضم الأراضي⁽²⁾.

كما أنه منظم بنصوص خاصة في إطار المرسوم رقم 267.66 بتاريخ 04 يوليوز 1966 المتعلق بقانون الإصلاح الزراعي الذي عوض بظهير 1.72.277 بتاريخ 29 نونبر 1972 المتعلق بمنح بعض الفلاحين أرضا فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص⁽³⁾.

هذا بالإضافة إلى الأحكام الخاصة التي تضمنها ظهير 1.95.152 بتاريخ 11 غشت 1995 بتنفيذ القانون رقم 34.03 المتعلق بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري، ودوائر الاستثمار بالأراضي الفلاحية غير المسقية.

وهكذا إذا تمعنا جيدا في مختلف الأحكام المضمنة في قانون الالتزامات والعقود لوجدناها تشمل العديد من القواعد الكفيلة بحل النزاعات العقارية المختلفة، التي نذكر منها على سبيل المثال، قواعد الإنثاب والبيع والمقايضة والكراء والعارية، والحراسة والحالة والشركة والقسمة والصلح والشفعة والرهن الحيازي ... وهكذا، وهي قواعد لا تتعارض في مجملها مع قواعد الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾.

فمن خلال ما تقدم يتضح أن تأثر المدونة بمقتضيات ظهير الالتزامات والعقود قد بدا واضحا سواء من خلال الشواهد التي أوردها، أو من خلال شواهد أخرى لا يتسع المقام لإيرادها جملة، الأمر الذي يفرض ضرورة التوفيق بينهما بهدف استقرار المعاملات وحماية الملكية العقارية وعدم الترجيح بينهما، ذلك أن تطبيق المقتضيات العامة الواردة في ظ.ل.ع وتغليبها على المقتضيات الخاصة الواردة في المدونة المعتبرة عامة في موضوعها اتباعا للأهواء والأغراض الخاصة من شأنه أن يحدث خللا في المنظومة التشريعية العقارية، بل يتوجب السير وفق نية المشرع وما قرره في هذا الإطار، تطبيقا لقاعدة الخاص يقدم على العام عند التعارض والمستفادة من فحوى المادة الأولى من المدونة.

ثانيا: تجليات تأثر المدونة بقواعد التشريع العقاري.

لعله من الثابت تاريخيا أن العقار في المغرب ومعه شتى مناحي حياة المغاربة المالية والشخصية كان يخضع لقواعد الفقه الإسلامي المستمدة من المذهب المالكي بناء على قاعدة الراجح والمشهور وما جرى به العمل في إطاره، مع الاحتفاظ للأعراف بمكانتها البارزة، والتي لم تكن تتعارض في أغلبها مع الشريعة الإسلامية، لكن بعد خضوع المغرب لنظام الحماية ودخول الاستعمار الأجنبي بعد إبرام معاهدة الحماية سنة 1912، ثم مسخ تلك الوضعية لجعلها تتوافق وقصد المستعمر، وتأسيسا على هذا قام الاستعمار الذي كان محملا بأهداف وغايات أراد تحقيقها من الحماية، بإدخال مختلف الآليات الضرورية لتسهيل تحقيق تلك الأهداف التي من ضمنها السيطرة على الأراضي وانتزاعها من أيدي ملاكها الأصليين، ووضعها تحت تصرف المعمرين الأجانب، قصد استغلالها لصالح الدولة المستعمرة.

هذا، ولقد عدت الآلية التشريعية إحدى الوسائل الهامة التي وظفت لأجل تحقيق أهداف المستعمر، إذ عمد من وراءها إلى وضع ترسانة تشريعية مكثفة، شكلت تحولا جذريا في بنية المنظومة القانونية المغربية التي كانت تعتمد أساسا على أحكام الفقه المالكي بالنسبة لأغلبية الشعب المسلم، مما نتج عنه ظهور قوانين عصرية من حيث الشكل والمضمون.

وقد اعتبر ظهير رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 بمثابة ظهير التحفيظ العقاري⁽¹⁾، الذي أدخل بموجبه المعمر نظام التحفيظ العقاري إلى المغرب، أحد أبرز وأهم القوانين التي خدمت مصالح المستعمر، وقد تميز بكونه يطهر العقار من كل التصرفات السابقة بعد تأسيس الرسم العقاري الذي يكتسي حجية مطلقة لا يمكن

1 - جاء في بيان أسباب هذا الظهير "الكيفية الحالية المتبعة في تعيين ذوي الحقوق لا تساعد إلا على مضاعفة مؤسسات الاستغلال الصغير التي لا تتلاءم مساحتها مع أعمال استثمار معقول، وهذا يتعين القيام في دوائر التي يتأتى بها استقرار العقارات الجماعية التي تستند أساسا لتحقيق استثمارهم، وتعتبر العقارات المذكورة لبلوغ هذه الغاية مشاعة بين ذوي الحقوق ... وسيعمل من جهة أخرى على اتباع طريقة خاصة بنقل الإرث من ذوي الحقوق حتى يتجنب تكاثر عدد الملاكين على الشيعاء ...".

كما جاء في الفصل 7 منه "لا يمكن أن يباشر التخلي على الحصص المشاعة إلا لفائدة ملاك على الشيعاء ...".

2 - الذي أقر بشكل ضمني التملك على الشيعاء من خلال الفصل 22 الذي جاء فيه "إن كل تقسيم للقطع الموجودة بقسم وقع ضم أراضيه بعضها إلى بعض يتوقف سعيها في جعل حد لتجزئة الأراضي الفلاحية المضمونة على سابق إذن من اللجنة المحلية ...".

3 - ومما جاء في الفصل الثالث منه في الفقرة الأولى بأن حق الملكية المخول للمستفيدين من التجزئات الجماعية يتكون من حصص مشاعة فيما بينهم"، ونص في الفصل 14 منه "إن القطع الموزعة بموجب ظهيرنا هذا غير قابلة للقسمة ...".

4 - د: محمد الكشور، بيع العقار بين الرضائية والشكل، دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وفي مواقف القضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى سنة 1997 ص 28.

إخراج العقار منها، وكانت تكمن خطورته كذلك في الجبل بحيثياته ومختلف مراحل نظرا للأمية التي كانت مستفحلة بين أفراد الشعب المغربي، خاصة فيما يتعلق بالتعرض وأجاله، وأهمية التحفيظ في حماية الملكية العقارية مما نتج عنه فقدان مجموعة من الملاك الأصليين لأراضيهم لصالح الفرنسيين والأجانب، وكما سبق بيانه فالتحفيظ لا يبدو أن يكون في بداياته سوى آلية معتمدة لغايات استعمارية، خصوصا أمام رفض المغاربة تفويت أراضيهم للمعمرين رغم الإغراءات التي كانت تقدم لهم. وهكذا ترتب عن إدخال نظام التحفيظ إلى المغرب ظهور نوع جديد من العقارات سميت بالعقارات المحفظة، مما كان معه لازما إحاطتها بإطار قانوني ينظمها اعتبارا للخصوصية التي تتميز بها وكون جميع التصرفات والحقوق الجارية عليها لا يعتد بها ما لم تقيد في الرسم العقاري، فتم إصدار ظهير 02 يونيو 1915 والموافق ل 19 رجب 1333 الذي نظم العقارات المحفظة والحقوق المتفرعة عنها.

ونظرا لتقادم نصوص هذين الظهيرين المذكورين وعدم قدرتهما على مواكبة التطورات الحاصلة وفضهما للمنازعات المطروحة، عمد المشرع لتجاوز كل هاته الإكراهات إلى سن مدونة الحقوق العينية التي وضعت بالأساس لتنظيم العقارات المحفظة وغير المحفظة والتي في طور التحفيظ، والحقوق الواقعة عليها، وإنهاء الازدواجية التي ميزت التنظيم القانوني للعقارات، كما أن المشرع المغربي هدف من خلال هذا القانون إلى سد الثغرة الحاصلة في النظام القانوني المغربي بسبب غياب تشريع يطبق على الحقوق العينية الواردة على العقارات غير المحفظة وبعض المعاملات الجارية عليها.

فإلى أي مدى تأثر المشرع بالمقتضيات التي كان منصوبها عليها في كل من ظهير 1913 بمثابة ظهير التحفيظ العقاري، وظهير 19 رجب 1333 بمثابة التشريع المطبق على العقارات المحفظة؟

أ - تأثر المشرع بمقتضيات ظهير 19 رجب 1333 المنسوخ.

لعله بالدراسة التفصيلية والم دقيقة لكل من مقتضيات الظهير بمثابة التشريع المطبق على العقارات المحفظة، ول مقتضيات مدونة الحقوق العينية التي نسخت مقتضيات الظهير المذكور، يتحصل لدينا أنه لا يوجد أي اختلاف جوهري بينهما، اللهم بعض المستجدات على مستوى البناء العام لكلا القانونين، وأيضاً على مستوى معالجة بعض المقتضيات بنوع من الوضوح الذي يعكس الاختصار المخل الذي كانت عليه في ظل ظهير 1915، في حين ظلت مقتضيات أخرى على حالها دون أن تشهد تنظيماً متميزاً عن ما سبق تقريره في ظهير 1915.

إن المستقرى لآراء الفقه المغربي الواردة في هذا الصدد سيجدها لم تخرج عن إفصاحها وتقديرها بكون مقتضيات مدونة الحقوق العينية لا تعدوا أن تكون سوى نسخا لمقتضيات ظهير 1915، الأمر الذي يفيد بأن المشرع المغربي ظل وفياً لأحكام الظهير المذكور، وفي هذا الإطار يقول الأستاذ أحمد ادريوش "وقد احتفظت المدونة بما سبق أن اشتمل عليه التشريع المتعلق بالعقارات المحفظة من الأحكام الخاصة بالعقود المنشئة لحق عيني على عقار محفظ كالكرء الطويل الأمد، والاتفاق والرهن بنوعيه الرسمي والحيازي، وأضافت إليها، عدة عقود استقرت عليها الممارسة المغربية"⁽²⁾، وهو القول والتوجه نفسه الذي نجده للأستاذ عادل حاميدي الذي صرح في هذا الإطار قائلاً "...وهكذا لا يسعنا ونحن نقرأ نصوص مدونة الحقوق العينية قراءة أولى عرضية وظاهرية إلا أن نصدع بالملاحظات التالية، أبرزها: تبني مشرع مدونة الحقوق العينية عند صياغتها لأكثر مقتضيات القانون العقاري المنسوخ..."⁽³⁾.

وفي نفس الإطار نجد الأستاذ محمد الشليح يفيد قائلاً: "إذا غضضنا الطرف عما أقدمت عليه المدونة من إعادة للصياغة قصد إجمال ما كان في ظهير 2 يونيو 1915 أو تفصيل ما كان مجملاً في هذا الظهير... جاز لنا القول إن أهم هذه الإضافات بالمقارنة مع ظهير 2 يونيو 1915 تكمن في وقائع وتصرفات قانونية تتصل اتصالاً وثيقاً كأدوات باقتصاد السوق، وكان من المستحسن أن تصاغ هذه الأدوات على نحو يجعلها من أدوات اقتصاد السوق التي تظهر نجاعتها في تحقيق التنمية المرجوة"⁽⁴⁾. وأضاف قائلاً: "ومن الأمانة على إجمال الفصل أو تفصيل المجلد نذكر الأمثلة التالية:

- ما يقع عليه الرهن الرسمي: أجملت المادة 165 من المدونة ما كان مفصلاً في الفصلين 157 و 158 من ظهير 2 يونيو 1915.
- الرهن الإجباري في الحالات التي يقرها القانون، أجملت المادة 171 من المدونة ما كان مفصلاً في الفصل 163 من ظهير 2 يونيو 1915.
- الإجمال في المادة 64 من المدونة بالاقتصار على "منفذ غير كاف لاستغلاله" بدل تفصيل أنواع هذا الاستغلال في الفصل 142 من ظهير 2 يونيو 1915.
- الإنقاص والإضافة: مثلاً ما صيغ في المادة 81 من المدونة إذ أسقطت من الفصل 37 من ظهير 2 يونيو 1915 الكراء الطويل الأمد والرهن الحيازي، وفصلت الحقوق العرفية في حق الزينة وحق الهواء أو التعلية.

- تفصيل ما يظهر أنه مجمل في ظهير 2 يونيو 1915: لقد كان ظهير 2 يونيو 1915 يحيل في شأن الحقوق العرفية الإسلامية على أحكامها التي جرى بها العمل من الفقه المالكي (الفصل 197) مع تفصيل بعض الأحكام الخاصة بتقييد ريعها ومقداره ومدة تقادم المطالبة به، وإمكانية الدائن بالبيع من طلب بيع العقار المنقل بهذه الحقوق لاستيفاء دينه، كما أن الفصل 483 من ق.ل.ع قد نظم هذه الحقوق العرفية على نحو مجمل بذكر حق من هذه الحقوق هو الفضاء الطليق أي الهواء والهواء العمودي أي التعلية، فجاءت مدونة الحقوق العينية لتفصيل تنظيم نوعين من هذه الحقوق، هما حق الزينة وحق الهواء أو التعلية"⁽⁵⁾.

بالإضافة لما ذكر فإنه بالمقارنة الموضوعية لظهير 1915 ومدونة الحقوق العينية على مستوى الحقوق العينية والوقائع والتصرفات المكتسبة لها، فقد حاولت المدونة في خضم هذا الأمر توحيد المفاهيم المتعلقة بالعقار المحفظ وغير المحفظ، حتى لا تفسر الحقوق العينية تفسيراً معيناً حين تتعلق بعقارات خاضعة للتحفيظ وتفسر بمعنى مغاير عندما تتعلق بعقار غير محفظ، وحتى لا تنعم الازدواجية في ميدان يطالب فيه الجميع بالتوحيد والتبسيط"⁽⁶⁾، غير أن التوحيد محصور في القواعد المشتركة بين العقارات المحفظة وغير المحفظة مع وجود تمايز فيما استعصى على التوفيق.

فالمتحصل مما سبق إذن، أن المرجعية التشريعية لمدونة الحقوق العينية خصوصاً من خلال ظهير 1915 ثابتة ومتحققة سواء على مستوى النماذج التي أوردناها، أو على مستوى باقي المقتضيات التي تضمنتها المدونة بين دفتها، لكن هذا الأمر لا ينقص من قيمة المدونة كنص جديد تضمن العديد من المقتضيات التي لم تكن منظمة من قبل، ومن بينها:

¹ - تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي قام بتعديل مقتضيات هذا الظهير بمقتضى القانون رقم 14/07 بمثابة قانون التحفيظ العقاري و الذي خرج تزامناً مع قانون رقم 39/08 بمثابة مدونة الحقوق العينية.

² - د. أحمد ادريوش، تأملات عامة حول إصلاح القوانين العقارية، مجلة الحقوق المغربية، العدد 7، ص 21.

³ - د. عادل حاميدي، القواعد الفقهية وتطبيقها القضائية في المادة العقارية والمدينة - مطبعة النجاح الجديدة - الطبعة الأولى - سنة 2013، ص 31.

⁴ - د. محمد شليح - محاولة في استنطاق لسان مدونة الحقوق العينية المغربية " مفاهيم الحقوق العينية العقارية بين اقتصاد السوق و اقتصاد السوق"، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي- عدد مزدوج 5-6 2012/2013، مطبعة البلايل - فاس - ص 85-86.

⁵ - نفسه ص 80.

⁶ - المذكرة التقديمية لمشروع القانون رقم 39.08، انظر تقرير لجنة العدل والتشريع، مرجع سابق، ص 4.

- تضمن المدونة لباب تمهيدي خصص لبيان نطاق التطبيق، وتحديد المفاهيم والقواعد المؤطرة لموضوعاتها، وهو الأمر الذي خلا منه الظهير المنسوخ.
- نظرا للخصوصية التي يتميز بها العقار غير المحفظ وتعدد الأسباب التي يمكن أن تكسب الملكية فيه، على عكس العقار المحفظ الذي لا يتم الاعتراف فيه إلا بما هو مقيد في السجل العقاري، هو ما دفع بالمشروع إلى تنظيم مجموعة من الوقائع والتصرفات التي تكسب ملكية العقارات المحفوظة وغير المحفوظة، بعضها نظم لأول مرة، وبعضها أعيدت صياغته وتعزيزه بالأحكام الفقهية والاجتهادات القضائية، وبعض الحلول الملائمة لحل بعض المشاكل التي تطرحها الممارسة العملية، ونتيجة لذلك فقد قام المشروع نظرا للدور الذي يمكن أن يقوم به إحياء الأراضي الموات وعقد الممارسة⁽¹⁾ في تنشيط الاستثمار في الأراضي الفلاحية فقد تم تنظيمها لأول مرة، حيث لم يسبق أن صدر بشأنها أي قانون، وما قيل عن هذين الحقين يقال أيضا عن الهبة والحيازة اللتان تولى المشروع تنظيمهما كذلك، خلافا للشفعة والقسمة والالتصاق التي كانت بعض أحكامهما منظمة من قبل، بحيث تمت إعادة صياغتها وتعزيزها بمقتضيات جديدة.

وخلافا لما سبق ذكره فقد أعاد المشروع صياغة مجموعة من المقتضيات التي سبق له أن تناولها في الظهير السابق، لتتلاءم مع الحاجات العملية وما تقرر عن طريق الاجتهاد والعمل القضائي، مع ما تتطلبه خصوصية العقار غير المحفظ، ويتعلق الأمر هنا بالالتصاق والشفعة والقسمة...، كما قام المشروع بالإحالة فيما يخص القواعد والأحكام المتعلقة بالأوقاف على مقتضيات مدونة الأوقاف⁽²⁾، وفيما يخص الأحكام المتعلقة بالميراث والوصية على مدونة الأسرة⁽³⁾.

ب- تأثر المدونة بقواعد ظهير التحفيظ العقاري (قانون رقم 14/07).

بعد أن تبث لدينا في النقطة السابقة تأثر المدونة أو بالأحرى مشروع المدونة إلى حد بعيد بمقتضيات المرسوم الملكي الصادر في 02 يونيو 1915، وأنه لم ينطلق من فراغ بل استند إلى أرضية تتمثل في القواعد والأحكام التي كان يشتمل عليها المرسوم المذكور الذي وضعت نصوصه أساسا لتطبيق على الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات المحفوظة، ونتيجة لذلك استقر المشروع - وبعد أن تبين له وحدة القواعد الموضوعية التي تنظم العقار بنوعيه - على إخضاع العقارات غير المحفوظة للقواعد القانونية المنصوص عليها في التشريع المطبق على العقارات المحفوظة، مع تحديد ما كان يسمى بالحقوق العينية العرفية الإسلامية ووضع قواعد قانونية تنظمها حتى يمكن تطبيق هذا التشريع على العقار المحفوظ وغير المحفوظ، مع الإبقاء على مسألة الزدوجية في ما استعصى على التوحيد.

فإذا كان هذا حال المدونة مع مقتضيات ظهير 1915، فما هو حالها مع مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري؟

إن المتأمل في مقتضيات مدونة الحقوق العينية، ومقتضيات ظهير التحفيظ العقاري الذي خرج تزامنا مع صدور مدونة الحقوق العينية⁽⁴⁾، سيظهر له أن المشروع تأثر إلى حد كبير بمقتضيات هذا الأخير، إذ نجده قد ضمن المدونة العديد من المقتضيات التي يرجع أصلها ومكانها الطبيعي إلى ظهير التحفيظ العقاري، ومن الدلائل على ذلك ما يلي:

- الحث على مبدأ التحفيظ إما بمقتضيات صريحة (المواد 263 و 274)، أو من خلال تسهيل مهمة الفصل في التعرضات بقواعد موضوعية معروفة مسبقا ضمنا لمبدأ الاستقرار القانوني.

- التوفيق بين كل من القوة التبوتية للرسوم العقارية واستقرار المعاملات من جهة، وبين الحماية الواجبة للملكية العقارية من جهة أخرى (المادة 2).

- تحديد طبيعة ومفهوم التقييد بالسجلات العقارية، هل هو شكلية نفاذ أم شكلية صحة وانعقاد (المادة 274 بخصوص شرط الحوز في الهبة والصدقة).

- إقرار أدوار جديدة للتقييد الاحتياطي أهمها أنه أضى شكلية نفاذ الدعوى في مواجهة الغير إذا كانت ترمي إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منثني أو غير لحق عيني عليه (المادة 13)، كما أضى شكلية لقبول الدعوى من لدن المحكمة إذا كانت ترمي إلى قسمة عقار محفظ (المادة 316)، هذا فضلا عن النظام الخاص بالتقييد الاحتياطي للرهن (المواد 173 و 185 و 186)⁽⁵⁾.

وإذا كان بعض هذه المقتضيات منصوصا عليه في ظهير 1915، فإن القاسم المشترك بينها هو أن مصدرها المادي هو الاجتهاد القضائي، وهي بذلك دليل جديد على مدى مساهمة هذا الأخير في تطوير نظام التحفيظ.

ومن جهة أخرى كثيرة هي المستجدات التي جاءت خارج ظهير التحفيظ العقاري كما تم تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14/07، بعضها سابق على هذا القانون، والبعض الآخر معاصر له، وبعضها تطبيق لمبادئ وقواعد نظام التحفيظ العقاري⁽⁶⁾، وهكذا فعلى مستوى سن مبدأ التشجيع على التحفيظ والتسجيل، ويهدف درء المخاطر الناتجة عن عدم التحفيظ سواء على مستوى الأمن القانوني أو استقرار المراكز القانونية ودعم الثقة والأمان وقرينة السلامة في المعاملات العقارية سواء بالنسبة للأطراف أو الغير، استوجب المشروع لزومية إجراء التحفيظ أو التسجيل لحفظ الحقوق وفك المنازعات والمشاحنات وتوقيفها قبل وقوعها والتأكيد على عدم التراخي في تسجيلها⁽⁷⁾.

وفي هذا الإطار نصت المادة 263 من المدونة على أنه " من أثبت أنه يحوز ملكا حيازة مستوفية لشروطها وأدرج مطلبها لتحفيظه يعتبر حائزا حيازة قانونية إلى أن يثبت العكس".

كما نصت المادة 305 من المدونة على أنه " إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشافع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به".

ولإعطاء القوة والمصادقية للرسم العقاري وتفادي إشكالية تعديل وتحيين الرسوم العقارية وإبطال التسجيلات وزرع الطمأنينة، تم فرض إجبارية التقييد الاحتياطي باعتباره الإجراء الوحيد لضمان الحقوق العينية والتحملات العقارية على الرسم العقاري، لكون نشأة الحقوق ونقلها وتعديلها وإسقاطها مرتبط بإجراء التقييد، وهذا يضي على البيانات الواردة به القوة التبوتية المطلقة في مواجهة الكافة.

¹ - راجع في هذا الإطار ما قاله الدكتور محمد شيلح عن هذين التصرفين، و الذي تساءل في ختام تعليقه عنهما قائلا: هل هذه الإضافات هي التي في مقدورها أن تجعل الملكية العقارية غير المحفوظة بالأساس قادرة على المساهمة في التنمية؟ انظر في هذا الإطار مقالته المعنونة: محاولة في استنطاق لسان مدونة الحقوق العينية المغربية، مرجع سابق، ص 89-92.

² - نصت المادة 130 من مدونة الحقوق العينية على أنه " تطبق على حق الجبس الأحكام الواردة في مدونة الأوقاف".

³ - نصت المادة 264 من مدونة الحقوق العينية على أنه " تنتقل ملكية الحقوق العينية العقارية عن طريق الإرث والوصية وتسري عليها أحكام مدونة الأسرة".

⁴ - الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011، القانون رقم 14/07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 بتاريخ 22 نونبر 2011، المغير و المتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري.

⁵ - د. أحمد ادريوش، تأملات نظرية حول مدونة الحقوق العينية -الكراسة الثانية- مرجع سابق- ص 10-9.

⁶ - نفسه ص 10.

⁷ - دور المرتكزات الأساسية لمدونة الحقوق العينية في ضمان الأمن القانوني و القضائي العقاري، مرجع سابق ص 28.

ولذلك يعتبر التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري شرطا جوهريا لحفظ الحق والإعلان عنه بالرسم العقاري تطبيقا لمبدأ الأثر الإنشائي للتسجيل وفق مقتضيات القانون العقاري مما يخول الاحتجاج به في مواجهة الغير، لضمان الأمن القانوني للمعاملات العقارية، فمن خلال التقييد الاحتياطي تبقوا الحقوق مضمونة وفي منأى من الضياع طالما أن المشرع خول أصحابها حق الاستفادة من رتبة التقييد من تاريخ إجرائه، وذلك في مواجهة أصحاب التقييدات اللاحقة سواء أكانت نهائية أم مؤقتة، لذلك يعتبر كل تقييد عقاري قابل للتحويل إلى تقييد نهائي للحق في المستقبل بأثر رجعي، فدوره يتمثل في حفظ التقييدات المؤقتة للمراكز القانونية وضمان الاحتجاج بها في مواجهة الأغيار⁽¹⁾.

ثم إن التقييد الاحتياطي يهدف إلى حماية حق عيني على العقار المطلوب إجراء القيد عليه لحفظ حق الطالب لا المحافظة على حق شخصي كما نصت على ذلك المادة 13 من المدونة بقولها " إن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها اتجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا".

ونصت أيضا المادة 316 من المدونة على أنه " لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء وتم تقييدها احتياطيا إذا تعلق بقار محفظ". أما على مستوى الحجية النهائية للرسم العقاري، فإذا كان الفصل الأول من قانون رقم 14/07 المتعلق بنظام التحفيظ العقاري قد نص في فقرته الثانية على أن "تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به"، و نص في الفصل 62 منه على أن " الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق غير المقيدة"، فإن مشرع مدونة الحقوق العينية لم يفقه التأكيد على نفس المبدأ، ولكن بشكل ملطف سيرا على اجتهاد مبدئي لمحكمة النقض حيث جاء في المادة الثانية من المدونة على أن " الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها"، ونصت في فقرتها الثانية على أن " ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيط من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، ولا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة به داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيط عليه".

وقد أكد العمل القضائي لمحكمة النقض على أن الرسم العقاري ذو طابع نهائي غير قابل للطعن، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى أنه "... بمقتضى الفصلين 2 و 62 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري، يترتب عن إقامة رسم الملكية تطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة بالكتاش العقاري، وهو يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية الكائنة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المسجلة، ولذلك فإن القرار حين علل قضائه بأنه لا يمكن الاحتجاج بالشراء الذي أبرم قبل التحفيظ ولم يقع الإدلاء به أثناء مسطرة التحفيظ لأن التحفيظ يطهر العقار من كل تكليف سابق..."⁽²⁾. كما جاء في قرار آخر له على أن " إقامة الرسم العقاري له صفة نهائية لا تقبل الطعن ويحسم كل نزاع يتعلق بالعقار ولا يمكن الاحتجاج بأي حق عيني سابق على التحفيظ لم يسجل على الرسم العقاري"⁽³⁾.

وهكذا يبدو أن مدونة الحقوق العينية قد تأثرت بقواعد ظهير التحفيظ العقاري، إذ أن علاقة التأثير والتأثر واضحة وبشكل جلي، سواء من خلال ما أوردناه من أدلة في هذا الباب، أو من خلال مقتضيات أخرى، الأمر الذي يفضي بنا إلى القول أنه وإن اختلف النص المؤطر لتلك المقتضيات، فإنها كلها تهدف إلى استقرار المعاملات القانونية المنصبة على العقارات على اختلاف طبيعتها القانونية ونظامها القانوني، لكن ما يتوجب الإشارة إليه في هذا الموضوع هو أن مدونة الحقوق العينية تضمنت حقيقة بعض المقتضيات التي يرجع مجالها لقانون التحفيظ العقاري، إذ نصت على قواعد وأحكام لا تجمعها أي صلة بموضوع الحقوق العينية وفي هذا الإطار يقول أستاذنا أحمد ادريوش متسائلا عن موقع المادة الثانية ضمن مقتضيات مدونة الحقوق العينية "... السؤال الثاني: ويتعلق بموقع هذه المادة (قاصدا المادة الثانية) ضمن "الأحكام العامة" من مدونة الحقوق العينية المخصصة عادة للمقتضيات المتعلقة بنطاق القانون ومصادره، إذ لا علاقة للمقتضيات الواردة في هذه المادة الثانية بموضوع النطاق أو بموضوع المصادر، وإنما أفحمت هناك دون وجود رابط أو وحدة في الموضوع، ويظل هذا السؤال كذلك محتفظا براهنيتها، وهو يتعلق بالبناء العام للمدونة"⁽⁴⁾.

المحور الثاني: المرجعية التشريعية للمدونة من خلال القوانين الخاصة.

إن المشرع المغربي، ومن خلال ما أتبعناه في المحور الأول، قد اعتمد في صياغة أحكام مدونة الحقوق العينية، على مجموعة من المراجع التشريعية، والتي أتى على رأسها ظهير الالتزامات والعقود، والتشريع المطبق على العقارات، بالإضافة إلى أحكام الفقه المالكي، بل لم يقف الأمر عند هذا الحد، بل تعداه كما تجلى ذلك، إلى اعتبار القانون المرجع الرسمي الاحتياطي الأول للمدونة في حال غياب نص واجب التطبيق، والقانون المتحدث عنه هنا هو قانون الالتزامات والعقود.

وهكذا فالتأمل في مقتضيات مدونة الحقوق العينية يدعو إلى التساؤل عن درجة انسجامها مع عدد غير قليل من المقتضيات التي تضمنها التشريعي المغربي، خصوصا على مستوى بعض النصوص الخاصة التي أحالت عليها المدونة غير ما مرة، ليس فقط في الميدان العقاري، بل في مجالات أخرى، ومن تم فالإشكال الرئيسي الذي يثير الانتباه في هذا الصدد، هو درجة الانسجام بين مقتضيات المدونة ومختلف المقتضيات التي تضمنتها القوانين الخاصة ذات الصلة بالمدونة، وما تضمنته هاته الأخيرة من مقتضيات مخالفة أو مشابهة، سواء منها التي صدرت في نفس التاريخ أو الصادرة في تواريخ سابقة أو لاحقة.

من هذا المنطلق فإن دراسة المرجعية التشريعية لمدونة الحقوق العينية من خلال القوانين الخاصة والبحث عن درجة الانسجام بين مقتضياتها ومقتضيات تلك القوانين، تقتضي أولا حصر لائحة القوانين ذات الصلة بالمدونة والتي أحالت عليها، ثم ثانيا البحث عن درجة الانسجام بين مجمل تلك المقتضيات. أولا: القوانين ذات الصلة بالمدونة:

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية على نطاق تطبيقها، إذ ورد فيها "تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار"، وقد أثار حصر هذا النطاق عدة نقاشات فقهية حول المقصود بالتشريعات الخاصة بالعقار، والتي من الممكن أن تتعارض مقتضياتها مع أحكام المدونة، وفي خضم هذا النقاش نجد بعض الباحثين من اعتبر أن المشرع خطى خطوة مهمة نحو توحيد التشريع العقاري بمقتضى ما

¹ - نفسه، ص 29.

² - قرار المجلس الأعلى رقم 61، الصادر بتاريخ 4 يناير 2006 في الملف المدني عدد 1/4229/2004، منشور بمجلة محكمة، العدد الأول، شتنبر 2006، ص 122.

³ - قرار المجلس الأعلى في الملف الإداري رقم 187271، الصادر بتاريخ 21 أبريل 1972، منشور ضمن مجموعة قرارات المجلس الأعلى -المادة المدنية - 1986/1966، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1985، ص 84.

⁴ - أحمد ادريوش، تأملات نظرية حول مدونة الحقوق العينية - الكراسة الثانية - مرجع سابق - ص 18.

نصت عليه المادة الأولى من المدونة، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد المجيد بوكير " ... خطى المشرع خطوة جبارة بموجب المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية الجديدة وذلك في اتجاهين:

الاتجاه الأول: ومناطه ابتغاء توحيد القانون الواجب التطبيق على العقار بما يرفع تلكم الإزدواجية التي عابت القانون المغربي لعقود خلت دون أن يكون بالإمكان تجاوزها، وهو ما كان يضر بقاعدتي التوقع والاستقرار القانونيين اللتين تطمئنن الأطراف على مراكزهم المكتسبة وحقوقهم الثابتة.

الاتجاه الثاني: القطع مع بعض الرأي الفقهي القانوني الذي كان يرى الرجوع للقانون الفرنسي كمصدر احتياطي عند عدم القاعدة في التشريع المغربي وهو ما كان يضرب الاستقلال التشريعي لبلادنا في صميمه.

غير أن مبادرة المشرع لاعتناق مبدأ التوحيد المار بنا تفصيله سوف يصطدم بجدار سميكة من الخصوصيات التي تعود أصولها و جذور نشأتها لسياق النظريات الفقهية الإسلامية المالكية، أو تلك التي تبلورت في سياق القانون المقارن⁽¹⁾.

وفي اتجاه آخر نجد من رأى أن مقتضيات المدونة لن تغني عن الرجوع إلى المقتضيات القانونية التي لها صلة بالملكية العقارية، وفي هذا الصدد ورد على لسان الأستاذ عبد الرزاق الصبيحي في تعليق له على مضمون المادة الأولى من المدونة⁽²⁾ " ... ويفهم من هذه المادة أن مدونة الحقوق العينية ليست بديلا عن التشريعات الخاصة بمختلف الأنظمة العقارية، بل يمكن اعتبارها بمثابة الشريعة العامة لمختلف هذه الأنظمة وبالتالي فإن مرجعية الأحكام المنظمة للعقار تصبح كالتالي: التشريعات الخاصة، فمدونة الحقوق العينية، فظهير الالتزامات والعقود، فالأحكام الفقهية وفق الراجح والمشهور وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى: " و ينبغي أن نستثني من هذه التراتبية من هذه المرجعية العقارات الوقفية، لأنها تخضع لتراتبية مرجعية أخرى نصت عليها مدونة الأوقاف في المادة 169"⁽³⁾.

وخلافا لهذا الرأي، الذي قدم النصوص الخاصة في التطبيق على أحكام مدونة الحقوق العينية، نجد من رأى عكس ذلك، وفي هذا الصدد ذهب الأستاذ محمد القدوري إلى اعتبار نصوص المدونة هي الأحق بالتقديم على باقي التشريعات الأخرى، إذ قال "فيما يخص النصوص المطبقة على المنازعات العقارية، أخضعت مدونة الحقوق العينية المنازعات العقارية، لنصوصها (أي نصوص المدونة)، بالدرجة الأولى، ثم التشريعات الخاصة الأخرى في الدرجة الثانية، ثم نصوص قانون الالتزامات والعقود في الدرجة الثالثة، ثم المبادئ المقررة في الراجح، فالمشهور، وما جرى به العمل في مذهب الإمام مالك في الدرجة الرابعة"⁽⁴⁾.

ونعتقد من جهتنا أن مدونة الحقوق العينية كنص عام جاء ليطبق على الملكية العقارية وما تعلق بها من حقوق عينية أصلية وتبعية، وليضع حدا لتعدد وتشتت القوانين التي كانت تسري عليها، لا يمكن الجسم في مدى سبقيتها من عدمه على النصوص الخاصة لأن ذلك من اختصاص القضاء، وإنما يمكن القول بأن مقتضياتها " ملزمة للجميع مع التقيد بمبدأ " لا اجتاه مع وجود نص " و احترام التراتبية التي تقضي بتقديم النص التشريعي الخاص على النص التشريعي العام، و هما معا على القاعدة الفقهية التي تعتبر مصدرا للتشريع، والتي لا يلجأ إليها إلا عند انعدام النص كما جاء في إحالة المدونة عليها"⁽⁵⁾.

وهكذا فإحالة مدونة الحقوق العينية على القواعد المضمنة في بعض القوانين الخاصة لا يمكن قراءته في أنه يحمل أي تعارض أو تضاد مع قواعدها، وإنما يمكن أن ينظر إليه على أنه تكامل و تجانس تشريعي غايته توضيح الإطار القانوني للملكية العقارية من جهة، ومن جهة أخرى الإقرار على أن المدونة لم تحط بنصوصها جميع متعلقات العقار بنصوص محددة.

فما هي أهم التشريعات والنصوص الخاصة، التي لها صلة وطيدة بمدونة الحقوق العينية؟

يمكن حصر لائحة تلك النصوص في ما يلي:

- القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز⁽⁶⁾.
- القانون رقم 106.12 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية⁽⁷⁾.
- القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار⁽⁸⁾.
- القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات⁽⁹⁾.
- القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير⁽¹⁰⁾.
- القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالإحتلال المؤقت⁽¹¹⁾.
- القانون رقم 27.13 المتعلق بالمقالع⁽¹²⁾.
- القانون رقم 10.95 المتعلق بالماء⁽¹³⁾.
- القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة⁽¹⁴⁾.

¹ - د. عبد المجيد بوكير- توحيد الأحكام في المادة لعقارية- أي حل لإشكالية تنازع الاختصاص الموضوعي ارتضته مدونة الحقوق العينية الجديدة، مقال منشور ضمن مجلة الحقوق، العدد 7- ص 39.

² - د. عبد الرزاق الصبيحي "مدونة الحقوق العينية بين ضرورة التوحيد وإكراهات الخصوصية، مقال منشور ضمن مجلة الحقوق، العدد 7، مرجع سابق، ص 80.

³ - التي نصت على أن "كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها و اجتاهدا بما يراعي فيه تحقيق مصلحة الوقف".

⁴ - د محمد القدوري – مستجدات المادة العقارية – قراءة في الشكل و المضمون – مجلة الحقوق – العدد 8 مرجع سالف ص 46 – 47.

⁵ - د محمادي لمعكشاوي – المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة – على ضوء التشريع و الفقه و القضاء (قانون رقم 39.08) مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء- الطبعة الأولى-2013- ص-8

⁶ - منشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 7 نونبر 2002 ، ص 3183.

⁷ - منشور بالجريدة الرسمية عدد 6465 بتاريخ 9 شعبان 1437 (16 ماي 2016) ص3781.

⁸ - منشور بالجريدة الرسمية عدد 5172، بتاريخ 1 ذي القعدة 1424 (25 دجنبر 2003) ص 4375.

⁹ - منشور بالجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 (15 يوليوز 1992) ص 880.

¹⁰ - منشور بالجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 (15 يوليوز 1992)، ص 887.

¹¹ - الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 (15 يونيو 1983)، ص 980

¹² - منشور بالجريدة الرسمية عدد 6374 بتاريخ 15 رمضان 1436 (2 يوليوز 2015) ، ص 6082.

¹³ - القانون رقم 10.95 المتعلق بالماء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.154 صادر في 18 ربيع الأول 1416 (16 غشت 1995) ، الجريدة الرسمية عدد 4325 بتاريخ 24 ربيع الثاني 1416 (20 شتنبر 1995)، ص 2520.

¹⁴ - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.56، الصادر في 14 فبراير 2006، الجريدة الرسمية عدد 5400 المؤرخة في 02 مارس 2006، ص 566.

- القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق⁽¹⁾.
- القانون رقم 67.12 المتعلق بالكراء السكني والمهني⁽²⁾، مع مختلف النصوص التشريعية المتعلقة بالكراء.
- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة⁽³⁾.
- القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك⁽⁴⁾.
- القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة⁽⁵⁾.
- الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431 موافق ل 23 فبراير 2010 بشأن مدونة الأوقاف⁽⁶⁾.
- القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة⁽⁷⁾.
- القوانين المتعلقة بأملاك الدولة والجماعات المحلية والأراضي السلالية.
- بالإضافة إلى تشريعات ونصوص خاصة أخرى.

وهكذا، فنص المدونة في أكثر من مادة منها على أن لا يقع تعارض بين نصوصها، و بعض النصوص الخاصة، وتأكيدا أيضا في غير ما مادة قانونية على ضرورة التقيد بالضوابط والإجراءات المنصوص عليها في بعض القوانين الخاصة، هو تأكيد من المشرع على أن المدونة كنص عام في موضوعه لا يمكن أن ينظر إليه بمعزل عن التشريعات الخاصة سواء منها المؤطرة للملكية العقارية أو المؤطرة لمجالات وموضوعات أخرى لها صلة من قريب أو من بعيد بموضوع العقار، وهو إقرار منه أيضا على أن للتشريعات الخاصة بصمات واضحة ضمن موضوعات المدونة، و شكلت إلى جانب غيرها من المرجيات العامة للمدونة، مرجعية قائمة الذات.

وتأسيسا على ذلك، فما هي أهم الروابط و الصلات بين نصوص المدونة، والمقتضيات المنصوص عليها في بعض القوانين والتشريعات الخاصة؟ لعل هذا ما سوف نحاول استنباطه في النقطة الموالية، مركزين في ذلك على بعض النماذج فقط، وذلك لكون إحاطة الكل بالدراسة لن يكفيه الجيز والزمان.

ثانيا: تجليات تأثير المدونة بمقتضيات بعض النصوص الخاصة:

الثابت نظريا، ومن خلال ما ضمنناه في الأسطر أعلاه من هذا المحور، أن مدونة الحقوق العينية تأثرت إلى حد بعيد بمقتضيات بعض النصوص والتشريعات الخاصة، إذ تأثرت على مستوى توثيق التصرفات العقارية بمقتضيات القوانين العقارية الصادرة قبل، وعلى مستوى بعض الحقوق العينية الأصلية، كحق الارتفاق من قبيل حق الشرب وحق المجرى بمقتضيات قانون الماء الواردة في هذا الباب، وعلى مستوى إقرار قاعدة عدم جواز حيازة الأجانب مهما طال أمدها، بالضوابط القانونية الواردة في هذا الإطار، والتأثر على مستويات عدة ببعض المقتضيات الخاصة، و هذه أمثلة فقط تتناولها بالدراسة تباعا.

أ- التأثر على مستوى توثيق التصرفات العقارية.

إن توثيق التصرفات العقارية، أمر فرضه المشرع من خلال الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود، والذي ينص على أنه "إذا كان المبيع عقارا أو حقوق عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

فالمشرع وانطلاقا من النص أعلاه، فرض وأوجب ضرورة كتابة عقد البيع المنصب على عقار أو حقوق عينية عقارية أو أشياء يمكن رهنها رهنا رسميا في محرر ثابت التاريخ ويجب تسجيل هذا المحرر وفق الشكل المحدد بمقتضى القانون، غير أن هذا الفرض، أو ضرورة الكتابة التي سعى وحاول المشرع من خلالها تنظيم مسألة توثيق المعاملات العقارية تبقى عاجزة عن تحقيق المبتغى، ذلك أنه اقتصر في الفصل 489 من ق.ل.ع على البيع فقط دون أن يعرض لباقي التصرفات العقارية المهمة، كما أن حديثه عن المحرر الثابت التاريخ يعتبر موجها للمحركات العرفية دون المحركات الرسمية، على اعتبار أن هذه الأخيرة تصبح ثابتة التاريخ منذ تاريخ التأشير عليها من الجهات المختصة بتحريرها، كما أنه أكد على ضرورة تسجيل العقود، إذ لا يكون لهذه الأخيرة أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجلت تبعا للشكل المحدد قانونا⁽⁸⁾. ووعيا وإدراكا من المشرع المغربي لأهمية التوثيق، لم يقتصر على تنظيمه بالقواعد العامة التي ذكرنا، بل تدخل عبر مجموعة من النصوص القانونية الخاصة، لتدارك النقص والتغرات التي شابت الفصل 489 من ق.ل.ع، وهو ما يستنتج من خلال القانون رقم 44.00، والقانون رقم 5100، والقانون رقم 18.00⁽⁹⁾. هذه القوانين سعت إلى تنظيم والإزام وحصر وتوثيق التصرفات التي تدخل في إطارها في المحركات الرسمية أو الثابتة التاريخ والتي يتم تحريرها من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض.

وقد أشار المشرع في النصوص القانونية المشكلة للقوانين المتعلقة ببيع العقار في طور الإنجاز (القانون رقم 44.00)، والمتعلقة بالإيجار المفضي إلى تملك العقار (القانون رقم 51.00)، والقانون المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية (القانون رقم 18.00)، إلا أنه استصدر لائحة تتضمن المهنيين الذين لهم الحق في توثيق التصرفات العقارية إلى جانب من سبقت الإشارة إليهم أعلاه – أي ذوي الاختصاص في كتابة المحركات الرسمية – وإن كان مشروع اللائحة قد اقتصر فقط على وكلاء الأعمال، وهو ما يؤكد نية المشرع في تضيق الخناق أكثر ما يمكن على المحركات العرفية، إذ لا يجب أن تحرر إلا من طرف الأشخاص المؤهلين وفقا لضوابط وأحكام يحددها قانون مهنتهم، ليبقى السؤال مطروحا حول مدى نجاح المشرع في تدارك الهفوات والنقصات المذكورة؟ وهل تملك من الأجهزة والهيكل التوثيقية ما يجعلنا مستعدين ومهيئين لتعميم الرسمية في الميدان العقاري؟ وهل الأهمية التي تحتلها المحركات الرسمية باعتبارها ضمانا قوية متى احترمت فيها الضوابط والأحكام القانونية المتعلقة بها، كاف لإنهاء أو لإلغاء العمل بالمحركات العرفية ؟

¹ - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.179 الصادر في 22 نونبر 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998، المؤرخة في 24 نونبر 2011، ص 5611.

² - الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 28 نونبر 2013، ص 7328.

³ - الجريدة الرسمية عدد 5184، بتاريخ 3 فبراير 2004.

⁴ - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 الصادر في 18 فبراير 2011، ج.ر عدد 5932، بتاريخ 7 أبريل 2011، ص 1072.

⁵ - الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 06 نونبر 2008، ص 4044.

⁶ - الجريدة الرسمية عدد 5847، بتاريخ 14 يونيو 2010، ص 3154.

⁷ - الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996) ص 2187.

⁸ - عبدالحق صافي- عقد البيع، دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 1998، ص 173 وما بعدها.

⁹ - قد سبقت الإشارة إلى أرقام وتاريخ الجريدة الرسمية الصادرة بها القوانين المذكورة .

هذه الأسئلة حاولت مدونة الحقوق العينية الإجابة عليها من خلال تأكيدها في المادة الرابعة رغبة المشرع في التوجه نحو الرسمية في توثيق التصرفات العقارية، ولرغبته من خلالها في تعزيز الضمانات التي من شأنها أن تمنح للمتعاملين في الميدان العقاري نوعاً من الأمن والثقة والاطمئنان في النصوص المؤطرة لتوثيق تصرفاتهم، إذ حصرت إمكانية توثيق المعاملات العقارية فقط في المحرر الرسمي الذي يختص بتحريه الموثقون والعدول، أو في المحرر الثابت التاريخ الذي يتولى تحريره المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض، وكل ذلك ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

كما حسمت النقاش الفقهي والقضائي، حول طبيعة الكتابة المشتركة والمفروضة في البيوع العقارية خاصة، ومختلف المعاملات المنصبة على العقار عامة، هل هي للإثبات أم للانعقاد، حيث أن هذا النقاش لم يعد له مبرر بعد أن أكدت المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية على كون الكتابة في المعاملات الواردة على العقار هي للانعقاد، فهذه المادة رتبت على تخلف الكتابة جزاء البطلان، وهو جزاء يتقرر في حالة تخلف الركن⁽¹⁾.

وقد قصد المشرع من وراء كل ذلك، حماية المتعاملين في الميدان العقاري وجعلهم يقدمون على إبرام تصرفاتهم وتوثيقها بطريقة آمنة تهدف إلى استقرار معاملاتهم وتعزز اطمئنانهم وثقتهم في النصوص القانونية المؤطرة لهذه المعاملات، ومن المعاملات والتصرفات العقارية التي أوجب المشرع ضرورة توثيقها في محرر رسمي فقط تأثراً بمقتضيات القوانين الخاصة بنجد، عقد العمري (م 105)، الرهن الحيازي (147)، عقد المغارسة (م 268)، عقد الهبة (م 274)، وغيرهما.

ب – التأثير على مستوى إقرار قاعدة عدم جواز حيازة الأجانب :

من المعلوم لدى جل الدارسين والباحثين في المادة العقارية، أنه لأول مرة تم تنظيم الأحكام المتعلقة بالحيازة في نصوص خاصة ضمن مدونة الحقوق العينية، وهي الأحكام المضمنة بالمواد (من المادة 239 إلى المادة 263)، وهو الأمر الذي استحسنته جل المهتمين والممارسين لكون هاته الأحكام ستساهم بشكل كبير في حل المنازعات المطروحة على هذا المستوى، ولعل المدقق لتلك الأحكام سيجدها أنها قررت مجموعة من القواعد الهامة، لعل من بينها إقرار قاعدة عدم جواز تملك الأجانب للعقارات عن طريق الحيازة، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 239 على أنه " ولا تقوم هذه الحيازة لغير المغاربة مهما طال أمدها ".

ولعل مصدر هاته المادة يرجع إلى القوانين المؤطرة لمسطرة تملك العقارات من قبل الأجانب في المغرب، وإلى ما قرره الاجتهاد القضائي على هذا الصعيد، وخصوصاً قرار المجلس الأعلى (سابقاً محكمة النقض حالياً) عدد 1917 الصادر بتاريخ 2003/06/24 في الملف المدني عدد 1950 بتاريخ 01 أبريل 2001 الذي جاء فيه أن " حق تملك الأجنبي غير المواطن المغربي للعقار بالمغرب، إنما يكون بطريق الشراء فقط وبإذن من الدولة المغربية، لذلك فإن حيازته للعقار داخل المغرب لا تكسبه ملكيته ولو طال ما دامت غير مقرونة بالشراء والترخيص من الجهة المختصة ".

وهكذا، فأصل قاعدة عدم جواز تملك الأجانب للعقارات عن طريق الحيازة بالمغرب يرجع إلى الاجتهاد القضائي، ولعل منعهم من هذا التصرف لا يعني منعهم من باقي التصرفات القانونية الأخرى من قبيل البيع والشراء، وإنما لهم نفس الإمكانية المتاحة للمواطن المغربي في تملك العقارات فوق التراب المغربي، وذلك وفق شروط ومسطرة محددة بالقانون⁽²⁾، ذلك أن شروط وإجراءات نقل الملكية العقارية للأجانب بالمغرب تتم بحسب الغرض من هذه الملكية، أي بحسب ما إذا تعلق الأمر بتملك عقارات بالمجال الحضري بغرض السكنى أو الاستعمال المهي أو التجاري، أو الصناعي أو الحرفي أو بتملكها بالمجال القروي بغرض الفلاحة.

وعلى هذا الأساس، فإذا كان للأجانب نفس صلاحيات المواطنين المغاربة فيما يخص اقتناء وتملك عقارات في المجال الحضري المغربي، فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للأراضي الفلاحية، وذلك وفقاً لأحكام الظهير الشريف رقم 1/73/645 المؤرخ في 23 أبريل 1975 المتعلق باقتناء العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة خارج الدوائر الحضرية، والذي أكد في فصله الأول على أن اقتناء العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة الكائنة كلاً أو بعضاً خارج الدوائر الحضرية يحتفظ به للأشخاص الذاتيين أو المعنويين المغاربة المحددة وفقاً لهذا الظهير، والذي أقصى الأجانب سواء أكانوا في شكل أشخاص طبيعيين أو معنويين من إمكانية تملك تلك العقارات.

إذن بإقرار المشرع المغربي لقاعدة عدم جواز حيازة الأجانب يعد تأثر منه بالنصوص القانونية المنظمة لتصرفاتهم خصوصاً منها العقارية بالمغرب، هذا من جهة، و من جهة ثانية بغية تحقيق تكامل تشريعي وقانوني على هذا المستوى.

ج- التأثير بمقتضيات قانون الماء:

يعتبر الماء مورداً طبيعياً أساسياً للحياة، ومادة ضرورية يتركز عليها الجزء الأكبر من الأنشطة الاقتصادية للإنسان، كما أنه مورد نادر يتميز بتوفره بعدم الوفرة والانتظام في الزمان والمكان، وهو أخيراً شديد التأثير بالانعكاسات السلبية للأنشطة البشرية، من أجل ذلك فإن ضرورات التنمية الاقتصادية والاجتماعية تفرض اللجوء إلى تهيئة الماء لتلبية حاجيات السكان التي تعرف تزايداً مستمراً، وغالباً ما تكون هذه الحاجيات متنافسة، بل وحتى متناقضة، الأمر الذي يجعل عملية تدبير الماء جد معقدة وتنفيذها صعباً، لمواجهة هذه الوضعية كان التوفر على أدوات قانونية ناجعة قصد تنظيم توزيع الموارد المائية ومراقبة استعمالها، وكذا ضمان حمايتها والحفاظ عليها أمراً ضرورياً وأكداً.

و لعل هاته الأهداف هي ماسعى المشرع المغربي إلى تحقيقها من خلال القانون رقم (10.95) (الذي أحلنا على مراجعته سابقاً)، بالإضافة إلى نصوص قانونية أخرى، نجد من بينها القانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية، هذا الأخير الذي تأثرت بمقتضياته، بمقتضيات القانون السابق على عدة مستويات، من بينها، التأثير على مستوى المقتضيات المنظمة للاتفاقات العقارية، خصوصاً تلك المتعلقة بحق الشرب (المواد من المادة 50 إلى المادة 55)، وحق المجرى (المواد من المادة 56 إلى المادة 59)، وحق المسيل أو الصرف (المواد 60 إلى المادة 65)، بحيث أن هذه المقتضيات تأثرت إلى حد بعيد بمقتضيات المادة 28 و 25 من القانون رقم 10.95.

¹ - نصت المادة الرابعة من المدونة على أنه " يجب أن تحرر – تحت طائلة البطلان – جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك ".

- يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حرره.

- تصحح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدارتها.

² - و من تلك النصوص القانونية: ظهير الالتزامات والعقود، والقانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، والقانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، والقانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، والقانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات، والظهير الشريف رقم 1/59/171 المؤرخ في 12 ماي 1959 بشأن العمليات العقارية التي تحققها دولة أجنبية أو مؤسسة عمومية أجنبية، والظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1/73/645 المؤرخ في أبريل 1975 المتعلق باقتناء العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة خارج الدوائر الحضرية، والظهير الشريف رقم 1/73/613 المؤرخ في 2 مارس 1973 المتعلق باسترجاع الأراضي الفلاحية من الأجانب، والظهير الشريف رقم 1/63/345 المؤرخ في 13 نونبر 1963 المنظم لتملك الأجانب والأشخاص المعنوية للأراضي الفلاحية، والظهير الشريف رقم 1/63/289 الصادر في 7 جمادى الأولى 1383 (26 شتنبر 1963) بتحديد الشروط التي تسترجع الدولة بموجبها أراضي الاستعمار، والظهير الشريف رقم 1/63/288 المؤرخ في 26 شتنبر 1963 الخاص بمراقبة العمليات العقارية الواجب إنجازها من طرف بعض الأشخاص والمتعلقة بالأملاك الفلاحية القروية.

ومما يؤكد وبشكل جلي تأثر المدونة بمقتضيات قانون الماء باعتباره من النصوص الخاصة التي أحالت عليها المادة الأولى من المدونة، ما ورد في المادة 228 والتي أحالت بشكل صريح على مقتضيات القانون رقم 10.95، والتي نصت على أنه "إذا وقع تغيير في مجرى النهر أو اتخذ النهر مجرى جديدا فإنه تسري في شأنهما الأحكام المنصوص عليها في المادتين 3 و 4 من قانون 10.95 المتعلق بنظام المياه".

وبالرجوع إلى مقتضيات المادتين اللتين أحالت عليهما المدونة نجدها نصت على مجموعة من الضوابط المؤطرة لحدود الملك العام المائي، ونطاق هذا الأخير، وإجراءات الاستفادة من حق المسيل في حالة وقوع تغيير في مجاري المياه والأمطار⁽¹⁾.

بالإضافة إلى التشريعات الخاصة المذكورة، فإن المدونة تأثرت إلى جانب ذلك بمقتضيات قانون التعمير (قانون رقم 12/90) خصوصا على مستوى المواد 68 و 78، و بمقتضيات القانون المتعلق بترز الملكية لأجل المنفعة العامة (قانون رقم 7/81)، وبالقانون رقم 25/90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، وبمقتضيات قانون المقالع وغير ذلك.

هذا، وقد لخصت المادة 234 من المدونة التي نصت على أنه "يجوز لملك الأرض أن يقيم عليها جميع أنواع المغروسات والبناءات التي يرثها مع التقيد بالقوانين والأنظمة، كما يمكنه أن يحدث تحتها كل بناء، وله أن يقوم بكل تنقيب يرثيه، وأن يستخرج جميع المواد التي يمكن أن يحصل عليها ما عدا الاستثناءات الناتجة عن القوانين والضوابط الجاري بها العمل"، المرجعية التشريعية العامة للمدونة من خلال القوانين والتشريعات الخاصة خصوصا على مستوى قانون التعمير والمقالع، وتفسير ذلك أن مالك العقار يتوجب عليه في حالة التصرف في عقاره:

- بالبناء: أن يخضع للقواعد والضوابط المنصوص عليها في قانون التعمير والتجزئات العقارية والنصوص الخاصة الأخرى.

- بالتنقيب أو باستخراج مواد معينة: بالخضوع للضوابط والشروط المنصوص عليها في قانون المقالع.

كما تأثرت أيضا بالمقتضيات المنظمة لأحكام الدولة والجماعات المحلية...، و ذلك من خلال تنصيبها فيما يخص إحياء الأراضي المواد بضرورة التقيد بالقانون، إذ نصت على أن "الأراضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة، ولا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة طبقا للقانون"، إذ يتوجب الرجوع في هذا الإطار إلى القوانين والمراسيم وكذا المناشير والدوريات الوزارية المنظمة لكيفية استغلال أراضي الدولة من أملاك عامة أو خاصة...، كما تأثرت بمقتضيات مدونة الأسرة من خلال إحالتها في المادة 264 عليها، والتي نصت على ضرورة الرجوع لمدونة الأسرة فيما يتعلق بأحكام الميراث والوصية، ونصت على أنه "تنتقل ملكية الحقوق العينية العقارية عن طريق الإرث والوصية وتسري عليهما أحكام مدونة الأسرة".

و هكذا يبدو من خلال الأمثلة التي أوردناها، أن مدونة الحقوق العينية اتخذت من التشريع المتمثل في مقتضيات بعض النصوص الخاصة مرجعا هاما في بلورة أحكامها، كما يبدو أيضا أن هناك انسجاما شبه تام بين مقتضياتها ومقتضيات تلك النصوص والتشريعات، اللهم بعض الاستثناءات⁽²⁾.

خاتمة:

يبدو من خلال هاته الدراسة أن مدونة الحقوق العينية كنص تشريعي جيء به لتوحيد القواعد المطبقة على الملكية العقارية والحقوق العينية، وهو المعنى المفهوم من مضامين الفقرة الأولى من المادة الأولى من المدونة، فإنه لا يغني عن ضرورة الرجوع إلى التشريعات والنصوص الخاصة، وهو المعنى المستفاد من نفس المقتضى، ذلك أن القانون يكمل بعضه بعضا ليحصل الانسجام التشريعي الذي تغياه المشرع.

كما نخلص إلى أن المرجعية التشريعية للمدونة ثابتة ومحقة، وقد بدا ذلك جليا من خلال الشواهد التي أوردناها سواء على المستوى الموضوعي أو الإجرائي لبعض النصوص الخاصة، أو من خلال شواهد أخرى لم يسعها المقام، إذ البحث على هذا المستوى لا تكفيه هذه الأسطر وإنما يفتح بابا واسعا ورحبا للبحث والمناقشة على المستوى القانوني.

وختامنا نقول بأن مدونة الحقوق العينية في عمومها خطوة في الاتجاه الصحيح، ولينة هامة وأساسية في درب الإصلاح التشريعي في الميدان العقاري، وهي جهد عظيم تم فيها جمع العديد من القواعد الفقهية المستمدة من الفقه المالكي، والقواعد القانونية المستمدة من التشريع الخاص في قالب تشريعي حديث وموحد، إلا أنها في النهاية هي ككل اجتهاد تشريعي لا يعدوا أن يكون جهدا بشريا يرد عليه اختلاف وجهات النظر كما يرد عليه التطوير والإضافة//.

¹ - أنظر في هذا الإطار مقتضيات المادة 3 و 4 من القانون رقم 10.95 المتعلق بالماء.

² - قلنا انسجام شبه تام، لأن هناك مقتضيات وردت في المدونة لم تنسجم مع مقتضيات بعض النصوص الخاصة، ومن أمثلة ذلك التقاطعات الحاصلة بين كل من مدونة الحقوق العينية ومدونة الأوقاف على مستوى بعض مقتضيات المنظمة للحقوق العينية العرفية، أنظر في هذا الصدد: عبدالمجيد الكتاني [الحقوق العينية العرفية بين مدونة الأوقاف ومدونة الحقوق العينية وأحكام الفقه المالكي] مقال منشور بمجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية [، العدد 4، يناير 2013، الصفحة (241-263)].

الشرعية الدستورية للحريات العامة وحقوق الإنسان بالمغرب

قراءة في دستور فاتح يوليوز 2011.

عزيز باكوبة

طالب باحث في العلوم السياسية

استاذ زائر بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق الدار البيضاء

تقديم :

إذا كانت الحقوق والحريات العامة بالمغرب في قلب المسألة الدستورية منذ أول دستور للمملكة لـ 1962، إلا أن هذه الحقوق والحريات عرفت تطورا ملحوظا مع دستور فاتح يوليوز 2011 الذي رسخ لدولة الحق والمؤسسات الديمقراطية بتوسيعه مجال الحريات الفردية والجماعية و ضمان ممارستها، وتعزيز منظومة حقوق الإنسان بكل أبعادها، السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتنمية والثقافية والبيئية، ولاسيما بدسترة التوصيات الوجيهة لهيأة الإنصاف والمصالحة والالتزامات الدولية للمغرب.

و إذا كان دستوري 1992 و 1996 قد اعترفا في ديباجتهما بحقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا، فإن دستور فاتح يوليوز 2011 لم يقف عند هذا الحد فحسب بل توسع في مجال الحقوق والحريات و ضمان آليات حمايتها، مما جعل منه دستورا لحقوق الإنسان و ميثاقا لحقوق و واجبات المواطنة بحيث :

- نص صراحة على حماية منظومتي حقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني و النهوض بهما و الإسهام في تطويرهما، مع مراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق و عدم قابليتهما للتجزئ.
 - جعل المواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية مع ما يستلزم ذلك من العمل على ملائمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة.
 - مساواة الرجل والمرأة في الحقوق المدنية، و ذلك في نطاق احترام أحكام الدستور و قوانين المملكة المستمدة من الدين الإسلامي.
 - تكريس المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية.
- كما نص دستور 2011 على أهم حقوق الإنسان و يتعلق الأمر أساسا بـ :

- قرينة البراءة،
- شروط المحاكمة العادلة،
- تجريم التعذيب و الإختفاء القسري، و الإعتقال التعسفي، و كل أشكال التمييز و الممارسات المهينة للكرامة الإنسانية،
- ضمان حرية التعبير و الرأي،
- ضمان الحق في الحصول على المعلومات،
- ضمان مقومات العيش الكريم،
- ضمان الحق في تقديم العرائض و الملتزمات.

و لم يقف دستور 2011 عند هذا الحد فحسب بل عزز أيضا الضمانات الدستورية لحقوق الطبقة العاملة، و للعدالة الاجتماعية و التضامن الوطني، كما ضمن أيضا حرية المبادرة الخاصة و دولة القانون في مجال الأعمال.

كنا عزز الدستور أيضا المكانة الدستورية للأحزاب السياسية و الهيئات النقابية و المهنية و منظمات المجتمع المدني. و بالعودة إلى الدستور المغربي الجديد لفاتح يوليوز 2011، يتبين لنا على مستوى الشكل أنه لم يحصر الحقوق والحريات في باب الأحكام العامة أو المبادئ الأساسية و في الديباجة كما جرت عليه العادة مع الدساتير السابقة للمملكة، بل خصص لها بابا مستقلا و هو الباب الثاني الذي عنوانه تحت اسم الحريات و الحقوق الأساسية، و يتضمن هذا الباب 22 فصلا (و بالضبط الفصول من 19 إلى 40). و على مستوى المضمون فقد تناولت هذه الفصول بالتفصيل مختلف الحريات و الحقوق سواء المتعلقة بشخص الإنسان أو بنشاطه أو بفكره و ضميره، ناهيك أيضا عن باقي الحقوق و الحريات الأخرى المنصوص عليها في باقي الفصول الأخرى من الدستور و لاسيما في الباب الأول المتعلق بالأحكام العامة و بالديباجة كذلك.

و في قراءة لمضامين دستور 2011 فإن الملاحظة الأساسية لتي يمكننا التوقف عندها هي إيلاء أهمية بالغة لمجموعة من الحقوق والحريات التي أبى المشرع الدستوري إلا أن يصيب عليها حصانة دستورية لضمان عدم انتهاكها و دسترة مجموعة من المؤسسات و الهيئات التي ائتمنها على حماية حقوق الأفراد و حرياتهم و في مقدمتها المحكمة الدستورية، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، و مؤسسة الوسيط.

سنحاول فيما يلي دراسة أولا الحقوق و الحريات المنصوص عليها في دستور 2011 سواء تعلق الأمر بالحقوق المدنية و السياسية أو بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، قبل أن ندرس في المحور الثاني هيئات و مؤسسات حماية حقوق الإنسان فضلا عن الواجبات التي أوجب الدستور على المواطنين احترامها و ذلك في نطاق التلازم بين حقوق و واجبات المواطنة.

أولا . الحقوق والحريات

أ. على مستوى حقوق المواطنين المدنية و السياسية

1. حرية الإنتماء السياسي و المشاركة السياسية

أ. بالنسبة لحرية الإنتماء السياسي

و أهم تجلياتها تأسيس الأحزاب السياسية، هذه الأحزاب التي تؤسس و تمارس أنشطتها بحرية و في نطاق احترام الدستور و القانون، و هي تعمل على :

- تأطير المواطنين و تكوينهم السياسي،
- تعزيز انخراط المواطنين في الحياة الوطنية،

- تدبير الشأن العام،
 - المساهمة في التعبير عن إرادة الناخبين،
 - المشاركة في ممارسة السلطة بالوسائل الديمقراطية و في نطاق المؤسسات الدستورية.
- كما أن تنظيم الأحزاب السياسية و تسييرها يجب أن يكون مطابقا للمبادئ الديمقراطية. و بما أن حرية الإنتماء السياسي من مستلزمات حق المشاركة السياسية في السيادة الوطنية و في إدارة الشؤون العامة عن طريق الانتخابات الحرة، فقد نص الدستور صراحة على أن الانتخابات الحرة و النزهاء و الشفافة هي أساس مشروعية التمثيل الديمقراطي، و الأكثر من ذلك فقد ألزم الدستور السلطات العمومية بالحياد التام إزاء المترشحين و بعدم التمييز بينهم¹.

ب. بالنسبة لحرية المشاركة السياسية عن طريق الانتخاب و الترشيح

لقد نص دستور 2011 على حق كل مواطنة و مواطن في :

- التصويت،
- الترشح للانتخابات،
- التمتع بالحقوق المدنية و السياسية.

شرط بلوغ سن الرشد القانونية

مع النص صراحة على تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء و الرجال في ولوج الوظائف الانتخابية.

كما اعترف دستور فاتح يوليوز بمجموعة من الحقوق و الحريات للأجانب المقيمين بالمغرب الذين أصبحوا يتمتعون بنفس الحريات الأساسية المعترف بها للمواطنين المغاربة، بل الأكثر من ذلك فقد سمح الدستور المغربي لهؤلاء الأجانب بالمشاركة في الانتخابات المحلية للمغرب و ذلك بمقتضى :

- القانون،
- أو تطبيقا لاتفاقيات دولية،
- أو ممارسات المعاملة بالمثل.

2. حرية تأسيس منظمات المجتمع المدني و الإنخراط فيها

و أهم تجلياتها تأسيس الجمعيات و النقابات و ممارسة أنشطتها بحرية، و في نطاق احترام الدستور و القانون، كما أن هياكلها و تسييرها يجب أن يكون مطابقا للمبادئ الديمقراطية، و عدم جواز حلها أو توقيفها من لدن السلطات العمومية إلا بمقتضى مقرر قضائي.

أ. حرية تأسيس الجمعيات و الإنخراط فيها :

بالنسبة للجمعيات فقد تمت دستورها في 2011، و أصبحت بموجب ذلك تتمتع بمجموعة من الحقوق الدستورية، حيث نص الفصل 12 من الدستور على :

- حق جمعيات المجتمع المدني و المنظمات غير الحكومية على ممارسة أنشطتها بحرية و في نطاق احترام الدستور و القانون.
- مساهمة الجمعيات المهتمة بقضايا الشأن العام و المنظمات غير الحكومية في إطار الديمقراطية التشاركية في إعداد قرارات و مشاريع لدى المؤسسات المنتخبة و السلطات العمومية و كذا في تفعيله و تقييمها.

ب. حرية تأسيس النقابات و الإنخراط فيها :

بموجب الدستور أصبحت المنظمات النقابية للأجراء و الغرف المهنية²، و المنظمات المهنية للمشغلين التي تساهم في الدفاع عن الحقوق و المصالح الاجتماعية و الإقتصادية للفئات التي تمثلها و في النهوض بها، و قد أوكل الدستور للسلطات العمومية العمل على تشجيع المفاوضة الجماعية، و على إبرام اتفاقيات الشغل الجماعية، وفق بطبيعة الحال الشروط التي ينص عليها القانون.

3. حرية التجمعات العمومية

إذا كانت الدساتير السابقة للمملكة قد نصت جميعها في الفصلين التاسع و الرابع عشر على ضمان حق الإضراب³ و حرية الاجتماع⁴، فإن من مستجدات دستور 2011 هو ضمان أيضا بموجب الفصل 29 منه حريات التجمع و التظاهر السلمي، و بالتالي ضمن الدستور صراحة لكل مواطن حرية :

- الاجتماع،
- و التجمع،
- و التظاهر السلمي،

و ذلك إلى جانب حريات : تأسيس الجمعيات، و الإنتماء النقابي و السياسي، و حق الإضراب.

مع العلم أن الدستور أوكل إلى القانون صلاحية تحديد شروط ممارسة الحريات سالفة الذكر، في حين أوكل إلى القانون التنظيمي المتعلق بالإضراب صلاحية تحديد شروط و كيفية ممارسة هذا الحق.

4. حرية الإعلام و الإتصال⁵

لقد اعتبر دستور 2011 حرية الإعلام و الإتصال حقا دستوريا، حيث نص صراحة على أن حرية الصحافة مضمونة، و أكد على عدم جواز تقييدها بأي شكل من أشكال الرقابة القبلية، و هذا تطور دستوري مهم في هذا الجانب.

¹ الفصل 11 من دستور 2011.

² و يتعلق الأمر بـ: الغرف الفلاحية – غرف التجارة و الصناعة و الخدمات – غرف الصناعة التقليدية – غرف الصيد البحري.

³ الفصل 14 من دساتير : 1962 و 1970 و 1972 و 1992 و 1996.

⁴ الفصل 9 من دساتير : 1962 و 1970 و 1972 و 1992 و 1996.

⁵ الفصل 28 من دستور 2011.

و بما أننا لا يمكننا تصور قيام نظام ديمقراطي دون احترام حرية الإعلام، فقد أكد الدستور الجديد على حق الجميع في التعبير، و نشر الأخبار و الأفكار و الآراء بكل حرية، و من غير قيد، باستثناء ما ينص عليه القانون صراحة.

كما حث المشرع الدستوري السلطات العمومية على تشجيع تنظيم قطاع الصحافة، بكيفية مستقلة، و على أسس ديمقراطية، و على وضع القواعد القانونية و الأخلاقية المتعلقة به.

5. حرية الدين أو المعتقد¹

على مستوى حرية الدين لم يطرأ أي تغيير في دستور 2011 الذي نص بدوره على أن : "الإسلام دين الدولة، و الدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية". مع العلم أن دستور 2011 قد نص كذلك في ديباجته على أن الهوية المغربية تتميز بتبوأ الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها، و ذلك في ظل تشبث الشعب المغربي بقيم الإنفتاح و الإعتدال و التسامح و الحوار، و التفاهم المتبادل بين الثقافات و الحضارات الإنسانية جمعاء.

6. حرية الفكر و الرأي و التعبير بكل أشكالها

لقد ضمنت الدساتير² السابقة للمملكة حرية الرأي و حرية التعبير بجميع أشكاله، و لم يقف دستور 2011 عند هذا الحد فحسب، بل ضمن أيضا حرية الفكر³، و حرية الإبداع و النشر و العرض في مجالات الأدب و الفن و البحث العلمي و التقني⁴.

كما ألزم الدستور⁵ أيضا السلطات العمومية بدعم تنمية الإبداع الثقافي و الفني و البحث العلمي و التقني و النهوض بالرياضة، و السعي لتطوير هذه المجالات و تنظيمها بكيفية مستقلة و على أسس ديمقراطية و مهنية مضبوطة.

7. الحق في التمتع بالحرية الشخصية

و في مقدمة هذه الحقوق :

أ. الحق في الحياة :

نص عليه الفصل 20 من الدستور باعتبار هذا الحق هو أول الحقوق لكل إنسان.

و قد خلق هذا الفصل نقاشا حادا و لاسيما عند الحقوقيين، فبينما يرى البعض أن الحق في الحياة يعني ضمينا إلغاء عقوبة الإعدام، يرى البعض الآخر عكس ذلك و يعتبر أن المشرع الدستوري لو كان يقصد بحق الحياة إلغاء عقوبة الإعدام لنص صراحة على ذلك كما هو الشأن بالنسبة لبعض الدول التي تنص دساتيرها صراحة على إلغاء عقوبة الإعدام.

ب. الحق في الأمن الشخصي :

نص الدستور على هذا الحق في الفصول 21 و 22 و 23، هذه الفصول التي أكدت على :

- احترام الحريات و الحقوق الأساسية المكفولة للجميع.
- عدم جواز المس بالسلامة الجسدية أو لمعنوية لأي شخص.
- عدم جواز معاملة الغير تحت أي ذريعة معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة، أو حاطة بالكرامة الإنسانية.
- تجريم التعذيب بكافة أشكاله، و معاقبة كل من يقدم على ذلك.
- منع الإعتقال التعسفي أو السري و الإختفاء القسري، و اعتبار ذلك من أخطر الجرائم، و ما يستوجب ذلك من عرض مقترفيها لأقصى العقوبات.
- ضمان قرينة البراءة و الحق في محاكمة عادلة.
- تمتع المعتقلين بالحقوق الأساسية و بظروف اعتقال إنسانية، فضلا عن إمكانية استفادتهم من برامج للتكوين و إعادة الإدماج،
- حظر كل تحريض على العنصرية أو الكراهية أو العنف،
- المعاقبة على جريمة الإبادة و غيرها من الجرائم ضد الإنسانية و جرائم الحرب، و كافة الإنتهاكات الجسيمة و الممنهجة لحقوق الإنسان.

ج. الحق في حماية الحياة الخاصة :

و يتعلق الأمر بالحق المنصوص عليه في الفصل 24 من الدستور من خلال :

- عدم انتهاك حرمة المنزل⁶،
- عدم انتهاك سرية الإتصالات⁷ الشخصية، و عدم الترخيص بالإطلاع على مضمونها أو نشرها أو باستعمالها ضد أي كان إلا بأمر قضائي.
- ضمان حرية التنقل.

د. الحق في الحصول على المعلومات⁸ :

و يتعلق الأمر بالمعلومات الموجودة في حوزة :

- الإدارة العمومية،
- المؤسسات المنتخبة،

¹. وافق المغرب نهاية الأسبوع الأخير من مارس 2014 في المجلس الأممي لحقوق الإنسان بجنيف على مشروع القرار الأممي حول : " حرية الدين أو المعتقد " خلال ختام الدورة الخامسة و العشرين لمجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة. و ينص القرار على : « ضرورة حماية حق كل فرد في اختيار معتقداته و إظهارها و ممارستها بالتعليم و الممارسة و التعبد و إقامة الشعائر علانية، كما يؤكد القرار الذي صوتت عليه كافة الدول الإسلامية الحاضرة، على حرية الأفراد في أن يكون أو لا يكون لهم دين أو معتقد، بما في ذلك حقه في تغيير دينه أو معتقده».

². الفصل التاسع من دساتير : 1962 و 1970 و 1972 و 1992 و 1996.

³. الفقرة الأولى من الفصل 25 من دستور 2011.

⁴. الفقرة الثانية من الفصل 25 من دستور 2011.

⁵. بموجب الفصل 26 من دستور 2011.

⁶. كان منصوص عليها في الدساتير السابقة بموجب الفصل العاشر منها.

⁷. كان منصوص عليها في الدساتير السابقة بموجب الفصل الحادي عشر منها، غير أن الدستور آنذاك كان يستعمل عبارة "المراسلات" عكس دستور 2011 الذي سماها " الإتصالات الشخصية " لأن هذه الأخيرة لها مدلول أوسع و أعم.

⁸. منصوص عليها في الفصل 27 من دستور 2011. و ليس لها مقابل في الدساتير السابقة للمملكة.

- الهيئات المكلفة بمهام المرفق العام.
- و يستثنى من ذلك المعلومات المتعلقة ببعض المجالات و التي قيدها من جهة الدستور بنفسه في الفقرة الثانية من الفصل 27، إضافة إلى قانون الحق في الوصول إلى المعلومة.
- و حسب الفقرة الثانية من الفصل 27 من الدستور : " لا يمكن تقييد الحق في المعلومة إلا بمقتضى القانون بهدف :
- حماية كل ما يتعلق بالدفاع الوطني،
- حماية أمن الدولة الداخلي و الخارجي،
- الحياة الخاصة للأفراد،
- الوقاية من المس بالحريات و الحقوق الأساسية المنصوص عليها في الدستور،
- حماية مصادر المعلومات و المجالات التي يحددها القانون بدقة. "

II. على مستوى حقوق المواطنين الاقتصادية و الإجتماعية و الثقافية

لقد رفع الفصل 31 من دستور 2011 من الحقوق ذات الطبيعة الاقتصادية و الإجتماعية و الثقافية، مقارنة مع ما كان منصوصا عليه سلفا مع الدساتير السابقة لا سيما في الفصلين 12 و 13 منها.

و الملاحظة الأساسية الأولى التي يمكن التوقف عندها هي أن الدستور الجديد لم يتوقف فقط عند ضمان الحقوق الاقتصادية و الإجتماعية و الثقافية و إنما حث أيضا الدولة و المؤسسات العمومية و الجماعات الترابية بالعمل على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب استفادة المواطنين¹ على قدم المؤسسات من مجموعة من الحقوق و هذا شيء جديد. و بالتالي فدور الدولة هنا إيجابي لأنها غير مطالبة فقط بعدم الإعتداء على هذه الحقوق، و إنما مطالبة أيضا بتحقيقها و هو ما أكد عليه صراحة دستور فاتح بوليوز.

و سنحاول أن نميز في هذا المحور ما بين الحقوق الفردية المضمونة لكل فرد و الحقوق الجماعية التي ضمنها الدستور لفئات معينة من فئات الشعب. مع العلم أن معظم هذه الحقوق تدستر لأول مرة.

أ.الحقوق الفردية :

و يتعلق الأمر بالحقوق و الحريات التي ضمنها الدستور لجميع المواطنين و ذلك على قدم المساواة، و هي :

1.الحق في الرعاية الصحية

بالنسبة للحق في الرعاية الصحية فقد أكد الدستور صراحة و لأول مرة على هذا الحق من خلال الفصل 31 الذي نص على :

- الحق في العلاج و العناية الصحية،
 - الحق في الحماية الإجتماعية و التغطية الصحية.
- 2.الحق في الشغل و ما يرتبط به

لقد ضمن دستور 2011 على غرار الدساتير السابقة الحق في الشغل غير أن ما يميز دستور 2011 على هذا المستوى هو حث السلطات العمومية على توفير الدعم في البحث عن منصب شغل أو في التشغيل الذاتي. فضلا عن الحق في ولوج الوظائف العمومية حسب الإستحقاق.

أما بالنسبة للحق في الإضراب فقد ذهب دستور 2011 في نفس اتجاه الدساتير السابقة² بضمان هذا الحق و باعتباره حق دستوري و بترك للقانون التنظيمي صلاحية تحديد شروط و كفاءات ممارسته³.

3.الحق في التربية و التعليم

لقد نصت الدساتير السابقة للمملكة في الفصل 13 منها على أن : " التربية و الشغل حق للمواطنين على السواء ". و بالتالي يلاحظ على أن هذه الدساتير اقتصررت فقط على ذكر الحق في التربية كحق للمواطنين على السواء، دون أدنى إشارة لحق التعليم الذي لم يرد ذكره في هذه الدساتير. في المقابل نجد على أن دستور 2011 كسر من جهة هذا الجمود الذي طال الفصل 13 منذ 1962، و من جهة أخرى أولى أهمية بالغة للحق في التربية و التعليم، حيث أكد دستور 2011 في الفصل 31 على :

- الحق في الحصول على تعليم عصري ميسر الولوج و ذي جودة،
- الحق في التكوين المهني و الإستفادة من التربية البدنية و الفنية.
- فضلا عن الحق في التنشئة على التنشيث بالهوية المغربية و الثوابت الوطنية الراسخة.

4.الحق في بيئة سليمة

لأول مرة تقريبا نجد أن الدستور المغربي ينص صراحة على هذا الحق، حيث اعتبر الحق في الحصول على الماء و العيش في بيئة سليمة جزء لا يتجزأ من الحقوق الأساسية للمواطنين، مثلها مثل الحقوق الأخرى.

5.الحق في الملكية و حريات المبادرة و الماولة و التنافس الحر

بخصوص حق الملكية فقد ضمنها الدستور و أكد على عدم الحد من نطاقها و ممارستها بموجب القانون إلا إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية و الإجتماعية للبلاد⁴.

¹ و عندما نقول المواطنين فالمقصود الرجال و النساء على حد سواء.

² الفصل 14 من دساتير : 1962 و 1970 و 1972 و 1992 و 1996.

³ الفصل 29 من دستور 2011.

⁴ حسب الفصل 35 من دستور 2011 : " يضمن القانون حق الملكية.

و يمكن الحد من نطاقها و ممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية و الإجتماعية للبلاد. و لا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات و وفق الإجراءات التي ينص عليها في القانون ".

و يقابل تقريبا الفصل 35 من دستور 2011 الفصل 15 من الدساتير السابقة حيث نصت في هذا الصدد:

أما بالنسبة لحرية المبادرة والمقاولة والتنافس الحر فقد تم التنصيص عليها مع دستور 2011 الذي أكد من جهة على ضمان الدولة لهذه الحرية، و من جهة أخرى على عملها. أي الدولة .على تحقيق تنمية بشرية مستدامة من شأنها تعزيز العدالة الاجتماعية، و الأهم من هذا الحفاظ على الثروات الطبيعية الوطنية و على حقوق الأجيال القادمة.

كما نص الدستور أيضا على :

❖ سهر الدولة على ضمان تكافؤ الفرص للجميع، و الرعاية الخاصة للفئات الاجتماعية الأقل حظا.

❖ قيام السلطات العمومية على الوفاقية من كل أشكال الإنحراف المرتبطة بـ :

- نشاط الإدارات و الهيئات العمومية،
 - استعمال الأموال الموجودة تحت تصرف هذه الإدارات و الهيئات،
 - إبرام الصفقات العمومية و تديرها.
- كما تقوم السلطات العمومية أيضا بالزجر عن هذه الإنحرافات.

❖ معاقبة القانون على :

- المخالفات المتعلقة بـ :
 - حالات تنازع المصالح،
 - و على استغلال التسييريات المخلة بالتنافس النزيه،
 - و كل مخالفة ذات طابع مالي.
 - الشطط في استغلال مواقع النفوذ و الإمتياز، و وضعيات الإحتكار و الهيمنة، و باقي الممارسات المخالفة لمبادئ المنافسة الحرة و المشروعة في العلاقات الإقتصادية.
- ب.الحقوق الجماعية :

و هي الحقوق و الحريات التي خص بها الدستور فئة معينة من فئات الشعب، و يتعلق الأمر بـ :

1.حقوق الأسرة و الأطفال¹

لقد اعتبر الدستور المغربي الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع و من هذا المنطلق فقد حث الدولة على ضمان الحماية الحقوقية و الاجتماعية و الإقتصادية للأسرة بما يضمن و حدتها و استقرارها و المحافظة عليها، نفس الأمر أيضا بالنسبة للأطفال الذين حاول الدستور أن يوفر لهم حماية دستورية بتكليف الدولة بالسعي لتوفير الحماية القانونية و الإعتبار الاجتماعي و المعنوي لجميع الأطفال بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية، و اعتبار التعليم الأساسي حق للطفل و واجب على الأسرة و الدولة.

2.حقوق الشباب²

بما أن الشباب هو النواة الحقيقي لأي مجتمع وعموده الفقري، و بما أن الشباب هو الثروة الأولى للمغرب و أهم مكونات الرأس المال اللامادي، فقد أبى المشرع الدستوري المغربي إلا أن يولي أهمية لهذه الفئة بدسترة مجموعة من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها، بل و تكليف السلطات العمومية باتخاذ التدابير الملائمة لتحقيقها و في مقدمة ذلك :

- توسيع و تعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية و الإقتصادية و الثقافية و السياسية للبلاد،
- مساعدة الشباب على الإندماج في الحياة النشيطة و الجموعية،
- تقديم المساعدة للشباب الذين تعترضهم صعوبة في التكيف المدرسي أو الاجتماعي أو المهني،
- تيسير ولوج الشباب للثقافة و العلم و التكنولوجيا و الفن و الرياضة و الأنشطة الترفيهية.

3.حقوق ذوي الإحتياجات الخاصة³

حسب الفصل 34 من دستور 2011⁴ فالمقصود بذوي الإحتياجات الخاصة هم :

❖ النساء، و الأمهات، و الأطفال، و الأشخاص المسنين،

❖ الأشخاص الذين يعانون من إعاقة جسدية، أو حسية حركية، أو عقلية.

حيث نص الدستور على ضرورة قيام السلطات العمومية بوضع و تفعيل سياسات موجهة إلى الأشخاص و الفئات من ذوي الإحتياجات الخاصة، و قد أكد الدستور على ضرورة سهر السلطات العمومية على :

- معالجة الأوضاع الهشة لفئات من النساء و الأمهات و الأطفال و الأشخاص المسنين و الوقاية منها.
- إعادة تأهيل الأشخاص الذين يعانون من :
 - إعاقة جسدية،
 - أو حسية حركية،

- الفصل 15 من دساتير 1962 و 1970 و 1972 و 1992 : " حق الملكية مضمون. للقانون أن يحد من مداه و استعماله إذا دعت إلى ذلك ضرورة النمو الإقتصادي و الاجتماعي المخطط للبلاد. لا يمكن نزع الملكية إلا في الأحوال و حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون ".

- الفصل 15 من دستور 1996 : " حق الملكية و حرية المبادرة الخاصة مضمونان. للقانون أن يحد من مداهما و ممارستهما إذا دعت إلى ذلك ضرورة النمو الإقتصادي و الاجتماعي للبلاد. و لا يمكن نزع الملكية إلا في الأحوال و حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون ".

¹. ينص عليها الفصل 32 من دستور 2011.

². ينص عليها الفصل 33 من دستور 2011.

³. ينص عليها الفصل 34 من دستور 2011.

⁴. ليس لهذا الفصل مقابل في الدساتير السابقة للمملكة.

■ أو عقلية.

بل الأهم من ذلك إدماجهم في الحياة الاجتماعية والمدنية، و تيسير تمتعهم بالحقوق والحريات المعترف بها للجميع.

ثانياً. الواجبات التي يفرضها الدستور على المواطنين، و هيئات حماية حقوق الإنسان

I. الواجبات التي يفرضها الدستور على المواطنين

إذا كان الدستور المغربي الجديد قد رفع من هامش الحقوق والحريات التي أصبح يتمتع بها المواطن المغربي على قدم المساواة بغض النظر عن جنسه أو لونه أو انتماءه الاجتماعي أو الجهوي أو اللغوي أو أي وضع شخصي مهما كان، فإنه في المقابل أي الدستور قد ألزم جميع المواطنين على ممارسة الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور والقانون بروح المسؤولية والمواطنة الملتزمة التي تتزامن فيها ممارسة الحقوق بالنهوض بأداء الواجبات.

و في هذا الصدد نص الدستور على مجموعة من الواجبات التي يتوجب على المواطنين أيضا القيام بها و يتعلق الأمر بـ:

- مساهمة كل المواطنين في الدفاع عن الوطن و وحدته الترابية تجاه أي عدوان أو تهديد¹.
- تحمل الجميع كل على قدر استطاعته التكاليف العمومية².
- مع العلم أن القانون وحده من له الحق في إحداث هذه التكاليف العمومية و توزيعها و ذلك وفق الإجراءات المنصوص عليها في الدستور.
- تحمل الجميع بصفة تضامنية و بشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها³:

■ التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد،

■ التكاليف الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد.

II. هيئات حماية حقوق الإنسان و النهوض بها :

و يتعلق الأمر أساسا بالمؤسسات و الهيئات المنصوص عليها في الباب الثاني عشر من الدستور و بالضبط في الفصول: 161 و 162 و 164، و هذه الهيئات هي :

1. المجلس الوطني لحقوق الإنسان⁴

مع دستور 2011 تم الإرتقاء بالمجلس الإستشاري لحقوق الإنسان من مجلس استشاري إلى مجلس وطني يستمد شرعيته من الدستور الذي اعتبره من مؤسسات و هيئات حماية الحقوق والحريات.

يتولى المجلس الوطني لحقوق الإنسان الذي يعتبر مؤسسة وطنية مستقلة :

- النظر في القضايا المتعلقة بالدفاع عن حقوق الإنسان والحريات وحمايتها،
- ضمان الممارسة الكاملة لهذه الحقوق والحريات، والنهوض بها.
- صيانة كرامة و حقوق و حريات المواطنين والمواطنات، أفرادا وجماعات، وذلك في نطاق الحرص التام على احترام المرجعيات الوطنية والكونية في هذا المجال.

2. مؤسسة الوسيط⁵

الوسيط مؤسسة وطنية مستقلة ومتخصصة، كانت تسعى في السابق ديوان المظالم غير أن مع دستور 2011 أصبحت تحمل إسم الوسيط و تتمثل مهمتها الدستورية في :

- الدفاع عن الحقوق في نطاق العلاقات بين الإدارة و المرتفقين،
- الإسهام في ترسيخ سيادة القانون،
- إشاعة مبادئ العدل والإنصاف، و قيم التخليق والشفافية في تدبير الإدارات و المؤسسات العمومية و الجماعات الترابية والهيئات التي تمارس صلاحيات السلطة العمومية.

3. الهيئة المكلفة بالمنصفة و محاربة جميع أشكال التمييز⁶

بموجب الفصل 19 من الدستور أحدثت هيئة للمنصفة و مكافحة كل أشكال التمييز بهدف تحقيق مبدأ المنصفة بين الرجال و النساء، و بموجب الفصل 134 من الدستور تسهر الهيئة المكلفة بالمنصفة و محاربة جميع أشكال التمييز، بصفة خاصة، على احترام الحقوق والحريات المنصوص عليها في الفصل 19 من الدستور، و المتمثلة في تمتع الرجل و المرأة على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية و السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية و البيئية، الواردة في :

- الباب الثاني من الدستور المتعلق بالحريات و الحقوق الأساسية، و في مقتضيات أخرى،
- الإتفاقيات و المواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب.

مع مراعاة الاختصاصات المسندة للمجلس الوطني لحقوق الإنسان، حتى لا يكون هناك تداخل للإختصاصات ما بين الهيئة المكلفة بالمنصفة و محاربة جميع أشكال التمييز و المجلس الوطني لحقوق الإنسان.

4. المحكمة الدستورية

إلى جانب الهيئات السالفة الذكر يمكننا أيضا الحديث عن المحكمة الدستورية.

إن تفوق الدستور على القانون العادي يستلزم مراقبة دستورية القوانين، و مراقبة دستورية القوانين تعني التأكد من أن الأعمال و القوانين الصادرة عن الحكام مطابقة للدستور، بمعنى آخر " التحقق من قبل سلطة مختصة عن مدى انطباق القانون الأدنى من الدستور مع أحكام الدستور، و ذلك بإمكانية إلغاء النص الغير دستوري أو تعطيل العمل به و عدم تطبيقه".

¹. حسب الفصل 38 من دستور 2011، الذي يقابله تقريرا الفصل 16 من دساتير: 1962، 1970، 1972، 1992، 1996.

². حسب الفصل 39 من دستور 2011، الذي يقابله تقريرا الفصل 17 من دساتير: 1962، 1970، 1972، 1992، 1996.

³. حسب الفصل 40 من دستور 2011، الذي يقابله تقريرا الفصل 18 من دساتير: 1962، 1970، 1972، 1992، 1996.

⁴. ينص عليه الفصل 161 من دستور 2011.

⁵. ينص عليه الفصل 162 من دستور 2011.

⁶. ينص عليها الفصل 164 من دستور 2011.

و إذا كانت الرقابة على دستورية القوانين تعتبر من أهم الضمانات التي تكفل نفاذ القواعد الدستورية و تطبيقها فإن المحكمة الدستورية بالمغرب أصبحت تمارس بموجب دستور 2011 مجموعة من الإختصاصات منها ما هو قديم كان يمارسه المجلس الدستوري و منها ما هو جديد تم إيكالها إلى المحكمة الدستورية لتعزيز دورها الرقابي، و لعل أبرز ما يمكن تسجيله في هذا الصدد هو نظر المحكمة الدستورية في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون، أثراً أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور¹، و هذا يعني على أن القاضي الدستوري قد أصبح بدوره مؤتمناً دستورياً على حماية حقوق و حريات الأفراد و بالتالي صار بإمكان المحكمة الدستورية إلغاء أي نص قانوني يمس بحقوق الأفراد و حرياتهم و لو بعد إصدار هذا النص و دخوله حيز التنفيذ.

5. الهيئة العليا للإتصال السمعي البصري

تعتبر الهيئة العليا للإتصال السمعي البصري من الهيئات الدستورية المتعلقة بالحكمة الجيدة و التقنين، و هي تتولى بموجب الفصل 165 من الدستور و في إطار احترام القيم الحضارية الأساسية و قوانين المملكة، السهر على احترام:

- التعبير التعددي لتيارات الرأي و الفكر،
 - الحق في المعلومة في الميدان السمعي البصري،
- كما تسهر الهيئة كذلك بموجب الفصل 28 من الدستور على احترام التعددية اللغوية و الثقافية و السياسية للمجتمع المغربي.

¹. بموجب الفصل 133 من دستور 2011، الذي ليس لها مثيل في الدساتير السابقة على هذا المستوى.

أزمة الجزاء الجنائي وآليات تجاوزها

فاتن الوزاني الشاهدي

باحثة القانون الخاص

مقدمة:

تمثل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة أهم المشاكل التي تواجه السياسة العقابية الحديثة لما تثيره من تعقيدات وصعوبات تتعلق بفعالية هذه السياسة في تحقيق أغراض العقوبة المختلفة خاصة الغرض الإصلاح والتأهيلي.

فالعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة تحمل الكثير من الأضرار والمساوئ¹، مما حمل الفقهاء إلى التعرض لها حيث انتقدوها بشدة لما تشكله تلك الأضرار والمساوئ من عقبة في تحقيق أهداف السياسة العقابية.

فحول مدى فعالية هاته العقوبات ومدى جدوى الإبقاء عليها أو إبدالها بعقوبات أخرى غير سالبة للحرية، تعددت الآراء وتباينت الاتجاهات إلى أصوات ترى أن اللجوء إلى العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة ليس هو الحل الوحيد للعقاب، إذ لا يجب اللجوء إليه إلا عند الضرورة القصوى، وبالتالي فمن أجل إصلاح العدالة الجنائية كان لا بد من توظيف فلسفة جديدة على مستوى هذا النوع من العقوبات وهي فلسفة البدائل، وأصوات أخرى ترى عكس ما سبق بحيث تطالب بعدم التخلي عن عقوبة الحبس على اعتبار أنها الأصل والبدائل مجرد استثناء، وأن هذه العقوبات تحقق غرضا أساسيا للعقوبة وهو الردع بنوعيه²، من أجل ذلك تنمى أن لا يتم اللجوء إلى العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة إلا عند الضرورة القصوى والاتجاه نحو تركيز بدائل لها على اعتبار النتائج السلبية التي تخلفها في الجنب البسيطة وما لها من انعكاسات أخرى إن على المستوى الفردي، الاجتماعي، الاقتصادي أعلى مستوى تزايد معدلات عود الجناة الذين سبق لهم أن حوكموا بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة إلى سلوك درب الجريمة من جديد بمجرد تنفيذ عقوبتهم، إضافة إلى تأثيرها على برامج الإصلاح والتأهيل.

في ظل كل الإشكالات التي سبق ذكرها والتي تطرحها العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة سنحاول إبراز بعض مظاهر الأزمة العقابية من خلال الحديث عن مثالب العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة (الفرع الأول) ثم الحديث عن آليات تجاوز تلك المثالب لحل الأزمة العقابية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مثالب العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة

كان ثمة اعتقاد ولازال إلى حد كبير بأن عقوبة السجن وحدها تشكل عاملا رادعا أولا ثم عاملا وقائيا ثانيا للفرد بعد خروجه من السجن.

فالمؤشرات العامة تشير إلى أن العقوبات السالبة للحرية عموما والقصيرة المدة على وجه الخصوص لم تحقق أهدافها الردعية المرجوة من أهداف السياسة الجنائية المبينة عليها بصورة عامة، لذلك فالوقاية الافتراضية لعقوبة السجن ليست أكيدة ونتائجها غير مضمونة.

ففي ظل عقوبة السجن لازلنا نلاحظ ازديادا عاما في حجم الجريمة والإجرام كما وكيفا، وذلك على المستوى العالمي، إذ يصل حجم الزيادة في الأنماط الإجرامية والسلوكية المنحرفة الأخرى إلى حوالي 5% كل سنة، هذا زيادة على ارتفاع عدد المسجونين أنفسهم في المؤسسات العقابية عبر العالم وبخاصة في الدول الصناعية³.

لهذا فقد يقول قائل أن البحث في مثالب العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة لا يأتي بجديد، فمن المنطقي أن تكون لها سلبيات لأنها لم تشرع ليعيش المحكوم عليه بها رغد العيش، وهذا قول خاطئ جدا لأن السجن ليس معناه القضاء على السجن بل هو البوتقة التي تنصهر فيها شخصية المجرم لإعادة هيكلة من جديد، لذلك فإن مساوئ هذه العقوبة ليست بمنأى عن الانتقاد.

وعليه فإذا كان الواقع العملي للمسجون⁴ قد أبان على أن العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة تطرح عدة مشاكل⁵ ومساوئها أكبر من محاسنها التي تكاد لا توجد مما جعلها تنتقد وتعارض بشدة⁶، فما هي إذن تلك المساوئ إن على المستوى الفردي والاجتماعي (مبحث أول) أو على المستوى الاقتصادي (مبحث ثاني).

المبحث الأول: مثالب العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة على المستويين الفردي والاجتماعي

كثيرة هي المثالب الفردية والاجتماعية التي تطال المحكوم عليه وأسرته، ولتناول هذا المبحث بالدراسة ارتأينا معالجة الأساسي منها⁷ وذلك بحديثنا أولا عن ظاهرة الاكتظاظ باعتبارها من الظواهر التي تساهم في إعاقة إصلاح المتهمين وإعادة إدماجهم في النسيج الاجتماعي، وظاهرة العود التي أثبتت عدم استطاعة العقوبات السالبة للحرية بصفة عامة والقصيرة المدة على وجه الخصوص تحقيق الردع والوقاية الفردية أو الجماعية من الجريمة (مطلب أول) كما سنتحدث عن الوصم الاجتماعي

1- ولاشك أن هذه الأضرار في مجملها تؤدي إلى نتائج سلبية على المحكوم عليه سواء من الناحية القانونية أو الإدارية أو الاجتماعية أو الفقهية لذلك فالمعاملة العقابية التي يحصل عليها نزيل السجن خلال تنفيذ العقوبة السالبة للحرية خصوصا القصيرة المدة منها، والتي مهما بلغت من الموضوعية فانها تبقى غير كافية لإعادة تأهيل السجن وإعادته تأقلمه مع الحياة الاجتماعية من جديد. للمزيد من التفصيل أنظر: محمد إبراهيم زيد، الآثار الاجتماعية للعقوبات السالبة للحرية، المجلة المغربية القومية، المجلد 13، ع 1970/3، ص: 325.

2- خوري عمر، العقوبات السالبة للحرية وظاهرة اكتظاظ المؤسسات العقابية في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية عدد 4/2008 ص 576 و577.

3- احسن طالب، الجريمة والعقوبة والمؤسسات الإصلاحية، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، 2002، ص: 207.

4- ميشيل فوكو، المراقبة والمعاقبة ولادة السجن، مركز الإنماء القومي، بيروت 1990، ص: 265-266.

5- Jean Languier, criminologie et science pénitentiaire, 4^{ème} édition, aDlloz, France, Paris, p:88.

6- J.Paradel, Droit Pénal Général, édition Cujas, Paris, 2001, p: 519.

7- وقولنا الأساسي منها نعني به تلك المساوئ التي نرى من وجهة نظرنا المتواضعة أنها أولى بالدراسة والتحليل من المساوئ الأخرى.

باعتباره من أبرز النتائج السلبية التي تنتج عن العقوبات السالبة للحرية عموماً والقصيرة المدة على وجه الخصوص ثم أخيراً سنتطرق للخلاوة الشرعية التي لا تتحقق مع هذا النوع من العقوبات (مطلب ثاني).

المطلب الأول : الوصم الاجتماعي وظاهرة العود

لم تعد وظيفة السجون تقتصر على الجانب المتعلق بسلب حرية المحكوم عليه، إنما أصبح من أهدافها تأهيله لحياة بعيدة عن العود إلى الانحراف من جديد (فقرة ثانية) وتبعده عن كافة العلل الاجتماعية التي من الممكن أن توجهه كالوصم الاجتماعي (فقرة أولى) لذلك فإنه يجب أن يتلقى عناية تشمل مختلف نواحي شخصيته من أجل تزويدها بالقدر الكافي لمواجهة كافة الصعوبات التي يمكن أن تعترضها في المستقبل¹.

الفقرة الأولى: الوصم الاجتماعي

من أبرز النتائج السلبية للمحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة نجد تلك النتائج المترتبة عن الوصم الاجتماعي²، الذي يسوق المحكوم عليه إلى تشكيل سلوكه وفق منظور الآخرين إليه، وهذا طبقاً يفاهم في تعميق الهوية الاجتماعية بين الفرد ومحيطه، فتغلق أمامه كل الأبواب وترصد في وجهه كل الفرص المشروعة، وقد تزعمه على سلوك طريق الانحراف أو الاستمرار فيه وذلك نتيجة للطبيعة الموصومة لرد الفعل الاجتماعي أو بالأحرى للعقوبة الاجتماعية³، فدور المجتمع في الوصم يؤدي لا محالة بالشخص الموصوم إلى التماثل والتطابق الفعلي مع صفة الوصم التي ألصقت به وذلك تحت تأثير الضغط الذي يولده رد الفعل الاجتماعي⁴ والذي يدفعه للاستسلام وقبول التمييز الاجتماعي حياله، ولا شك في أن ذلك يكون أشد وطأة على نفسية المحكوم عليه⁵.

فبعد انتهاء فترة العقوبة الجبسية القصيرة المدة يعود المحكوم عليه بها من جديد لمجتمعه الأساسي، وهنا تظهر على السطح مشكلة على جانب كبير من الخطورة وهي مدى إمكانية تقبل النسيج الاجتماعي لعضو من أعضائه سبق أن زج به في السجن لقضاء فترة عقوبته السالبة للحرية، وذلك حتى ولو كانت تلك العقوبة قصيرة المدة وحتى لو كان ما اقترفه من جرم لا يشكل درجة كبيرة من الخطورة ومدى استعداد أفراد المجتمع لإعادة الروابط والعلاقات الاجتماعية مع المفرج عنهم أو إنشاء روابط وعلاقات اجتماعية جديدة معهم.

وترتبط بالمشكلة السابقة مشكلة أخرى لا تقل خطورة عن سابقتها، وهي مدى تقبل أو رفض أفراد المجتمع لأفراد أسرة وعائلة تم الزج بأحد أعضائها في السجن، خاصة إذا ما كان من قد تم الزج به في السجن هو عائل الأسرة ومدى تأثير العلاقة بين المحكوم عليه وأفراد أسرته وعائلته⁶ نتيجة هذا الرفض الاجتماعي، ومدى استعداد أفراد المجتمع⁷ أيضاً لإعادة الروابط الاجتماعية معهم وإنشاء روابط وعلاقات اجتماعية جديدة معهم سواء خلال فترة العقوبة أو عقب انتهائها؟ فالركيزة الأساسية والمحور الرئيسي الذي تقوم عليه المشاكل السابقة، لا تكمن فيما اقترفه المحكوم عليه من جرم أدى للزج به في السجن، أو مدى خطورة نمط الأثر الذي تركه هذا الجرم في الشعور الكامن بالعدالة الكائن داخل نفوس أفراد المجتمع، وإنما يكمن في الصورة الذهنية السيئة الراسخة في أذهان أفراد المجتمع اتجاه السجن وكل من يزج به بين جدرانها وكل من تربطه بالمحكوم عليه علاقة قرابة بل حتى صداقة⁸.

فعلى غرار ما ذهب إليه بعض الفقهاء⁹ نرى أن الوصم الاجتماعي هو بمثابة العقوبة الأساسية التي يتعرض لها المحكوم عليه حينما يخرج من السجن، فالمجتمع وصاحب العمل... غالباً ما يرفضونه، الشيء الذي يجعله يحس بأنه غريب في مجتمع الشرفاء، مما يدفعه للعودة من جديد إلى المجتمع الذي يحس فيه بذاته وكيانه ألا وهو مجتمع السجن باعتباره المكان الوحيد الذي يمكن أن يرحب به ولا يتحقق ذلك إلا بعد ارتكابه جريمة أخرى.

فلا شك إذن في أن إعادة إنشاء الروابط والعلاقات الاجتماعية بين المفرج عنهم بعد تنفيذهم للعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة وبين أفراد النسيج الاجتماعي، هو الغاية التي تصبو إليها أية سياسة عقابية، فالهدف من عقاب الجاني هو بالدرجة الأولى إصلاح كل فاسد أو معوج في سلوكه أو أخلاقه لتأهيله لتلك

¹- علي محمد جعفر، العقوبات والتدابير وأساليب تنفيذها، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون طبعة، ص: 135.

²- جعفر العلوي، عجوزات مرقف العدالة الجنائية، بعض التجليات وسبل المعالجة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 36/2002، ص: 76. أنظر أيضاً مرجع سامية محمد جابر، الانحراف الاجتماعي بين نظرية علم الاجتماع والواقع الاجتماعي، دار المعرفة الجامعية الإسكندرية، ص 170-173.

³- جعفر العلوي، دروس في علم الإجرام، مكتبة المعارف الجامعية، دون ذكر سنة الطبع، فاس، ص 41-42.

⁴- محمد بن جلون، السجل العدلي وإشكالية حقوق الإنسان، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، الرباط أكادال، 2001-2002، ص: 237.

⁵Mourice Casson, pourquoi punir ? chronique de criminologie, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé N° 4, 2006, p : 126-128.

1- فلا شك أن العلاقات الاجتماعية التي تربط المحكوم عليه بأفراد أسرته وعائلته تصيبها العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة بتداعيات وآثار جسيمة، سواء خلال تنفيذ المحكوم عليه للعقوبة داخل السجن أو بعد انتهائها، ولعل البعض من تلك الآثار والتداعيات نجد وصمة العار التي تلحق بأفراد تلك الأسر والعائلات نتيجة الزج ببعض من أعضائها داخل جدران السجن وما يترتب عليها من فقدهم لاعتبارهم الاجتماعي ولفظ المجتمع الذي يمثلون جزءاً من نسيجه لهم، وهو ما يتعكس بدوره على العلاقة بينهم وبين المحكوم عليه، وهذا التغير في معطيات وأسس العلاقة ينجم عنه العديد من الآثار السلبية منها، الفتور، الشقاق، الهجر أو الانفصال....

7- وفي هذا الإطار تتعدد وتباين تأثيرات العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة على العلاقات الاجتماعية التي تربط ما بين أفراد أسر وعائلات المحكوم عليهم بأفراد المجتمع، وذلك بحسب الظروف والأوضاع الاجتماعية لكل فرد وعضو من أعضائها، ونمط ومدى الرابطة الاجتماعية التي تربطهم بكل فرد أو جماعة من الأفراد المكونة للنسيج الاجتماعي، وبصفة عامة فإن قدر من تلك العلاقات يكون عرضة للتأثر بدرجات متفاوتة وفي اتجاهات مختلفة نتيجة لتنفيذ أحد أفراد الأسرة أو العائلة لعقوبة سالبة للحرية داخل السجن حتى لو كانت قصيرة المدة.

فالعلاقة بين كل فرد من أفراد أسرة المحكوم عليه وعائلته وبين أصحاب الأعمال الذين يعملون لديهم مثلاً تتعرض للتأثر سلبياً وبشدّة عقب دخول أحد أفراد الأسرة أو العائلة للسجن ، وقد يصل التأثير السلبي للعلاقة إلى حد فقدان صاحب العمل للثقة في هذا الفرد، وبالتالي يكون معرضاً لفقدان لوظيفته وبالتالي مودره المالي دونما ذنب اقترفه، كما ستتأثر سلبياً كنتيجة لتلك العقوبة العلاقات التي تربط هذا الفرد مع أقرانه في العمل، المدرسة، أو الجامعة أو..... وهو ما يؤدي لرفضه رفضاً نسبياً في مده الشيء الذي تنتج عنه تداعيات خطيرة مثل تركه للدراسة أو العمل. للمزيد من المعلومات بخصوص هذه النقطة راجع مرجع د. عطية مهنا، الآثار الاجتماعية للحبس القصيرة المدة على المحكوم عليه وأسرته، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة 1999، ص: 192، وما بعدها.

8- أيمن رمضان الزيني، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها "دراسة مقارنة"، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، طبعة أولى، 2003، ص: 62-80.

9- جاسم محمد راشد الخديج، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، دراسة مقارنة، دار الشروق، طبعة 2000، ص: 82.

الغاية، ولكن تحقيق هذه الغاية ليس بالأمر اليسير لارتباطه بمفاهيم متعددة مثل الرأي العام لأفراد المجتمع، والصورة الذهنية المرسخة في عقولهم اتجاه من ينج به في السجن لقضاء عقوبة سالية للحرية طالت مدتها أو قصرت¹.

وإذا كانت ردود أفعال أفراد المجتمع اتجاه المحكوم عليهم وأفراد أسرهم قد تتسم في بعض الأحيان ببعض مظاهر الشفقة والعطف، إلا أنها لا تخلوا من انعدام للثقة بهم ومشاعر الخوف والعار اتجاههم، وتلك المشاعر قد تتوارى مؤقتاً خلف مظاهر الشفقة والعطف ولكنها قد تتجلى بوضوح في مواقف معينة خاصة في بعض المواقف والعلاقات الاجتماعية التي تربط المحكوم عليهم ببعض أفراد المجتمع مثل علاقات العمل والزواج، هاته العلاقات التي قد تتوتر وتتسم بالفطور أو النفور أو اللفظ وهو ما قد يؤدي لفقد هؤلاء المخرج عنهم لوظائفهم وبالتالي لمواردهم المالية، مما يمهّد الطريق أمامهم للاتجاه إلى درب الجريمة من جديد كنتيجة مباشرة لما يتعرضون له من لفظ اجتماعي وصعوبة في إعادة الاندماج في النسيج المجتمعي من جديد².

الفقرة الثانية: ظاهرة العود

عند خروج المحكوم عليه بعقوبة سالية للحرية قصيرة المدة من السجن فإنه يخرج محملاً بالكثير من مشاعر القلق والتوتر عن كيفية استقبال أفراد مجتمعه له ومدى تقبلهم له وقدرته على الاندماج بينهم واندماجه داخل النسيج الاجتماعي من جديد، إضافة إلى كونه يكون محملاً بمشاعر الحزن والإحباط وخبرات إجرامية وقيم فاسدة يكون قد اكتسبها خلال فترة العقوبة، فإذا لم يجد من المجتمع الاستعداد الكافي لتحقيق الاندماج والتواصل فإن ما اكتسبه من خبرات إجرامية وقيم فاسدة سيتفاعل مع ما قد يكون لديه من استعداد ونقص في الوازع الديني والخلقي لتزايد احتمالات عودته مرة أخرى إلى درب الجريمة، وهذا ما يساهم في إفساد المنحرفين المبتدئين بدلاً من إصلاحهم³.

والعود إلى الجريمة من الناحية القانونية⁴ يعبر عن معنى محدد يختلف عن نظيره في الاستعمال الشائع لذلك التعبير، فهو ليس مجرد تكرار للجرائم، وإنما هو تكرار بشروط محددة ينص عليها القانون وتكشف عن مغزى إجرامي يرغب المشرع في مواجهته، ويمكن تعريفه بأنه ارتكاب الجاني لجريمة أخرى بعد سيق صدور حكم بات ضده بالإدانة وتوافر علاقة بين الحكم السابق والجريمة التالية فضلاً عن توافر الشروط المطلوبة في كل من الحكم⁵ والجريمة.

فالعود من وجهة نظر علم العقاب⁶ لا يعتبر الجاني المحكوم عليه في جريمة جديدة عائداً ما لم يكن قد نفذت عليه فعلاً العقوبة الصادرة ضده بسبب الجريمة السابقة⁷.

و يؤثر العود مشكلة حادة في السياسة الجنائية حول معاملة المجرم العائد، فالفرض أن هذا الأخير قد وجه إليه إنذار رسمي سابق متمثل في العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة من أجل عدم العودة إلى الإجرام، ولكنه لم يأبه بذلك وأصر على المضي في طريق الجريمة كاشفاً بذلك عن استهائته بأحكام القضاء والمصالح المحمية جنائياً⁸.

فالدلالة الإجرامية لجريمة العائد أوضح بكثير منها لدى المجرم المبتدئ، وهذه الخطورة الإجرامية التي تنكشف لدى العائد تدعوا منطقياً لمآخذته بالثبديد⁹، وهذا التثبديد مبني على الجانب الشخصي وحده، إذ تبقى ماديّات الفعل واحدة في جريمة العائد وفي جريمة المبتدئ، كما يؤثر العود من ناحية أخرى البحث عن عوامله وعن المعاملة العقابية للعائدين، فقد لوحظ في كافة المجتمعات تقريباً ارتفاع نسبة العود إلى الإجرام¹⁰، وأن هذه النسبة ترتفع بوجه خاص لدى نزلاء السجون السابقين وأن العود ينقلب في كثير من الحالات إلى ما يشبه احتراف الإجرام، وأن العائدين والمعتادين على الإجرام يحتاجون إلى معاملة عقابية خاصة تختلف عن تلك التي يتلقاها المجرمون المبتدئون.

ويكشف تضخم ظاهرة العود بوجه عام عن واحد من أوجه الخلل في مواجهة الظاهرة الإجرامية سواء بالعجز عن القضاء على العوامل الإجرامية أو عدم تنظيم سبل الوقاية من الإجرام على نحو محكم أو فشل السياسة العقابية في اختيار الجزاء الجنائي المناسب والمعاملة العقابية الملائمة¹¹.

فلقد ناقش المؤتمر الثالث للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في استوكهولم في الفترة من 9 إلى 18 أغسطس سنة 1965 إجراءات مكافحة العودة إلى الجريمة¹² حيث بحث فيما يتعلق بالعود ما يلي:

أولاً يلاحظ على كثير من سياسات مكافحة الجريمة وأسلوب ممارستها لهذه المشكلة أنه رغم أن هذه السياسات لا غبار عليها، إلا أن بعض الأفراد ممن يعانون من اضطرابات نفسية عميقة قد استقر الإجرام في نفوسهم وارتضوه مساراً لحياتهم، ويلاحظ أيضاً ارتفاع نسبة العائدين بعد دخولهم السجن لأول مرة وكرد فعل لمعاملة السجن حيث يشعرون بعدها بمرارة في نفوسهم.

¹- نور الدين العمراني، مرجع سابق، ص: 15، أنظر أيضاً عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبداية للعقوبات السالبة للحرية، طبعة أولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 2003، ص: 84-85.

²- بوجمعة الزناكي، بدائل العقوبات السالبة للحرية، الشغل من أجل المنفعة العامة، مجلة الإشعاع، يونيو، عدد 24، ص: 90.

³- نور الدين العمراني، مرجع سابق، ص: 14.

⁴- أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2، 1996، ص: 608.

⁵- فلووجود حالة العود في القانون المغربي مثلاً يلزم أن يكون الحكم الجنائي السابق قد حاز قوة الشيء المقضي به طبقاً لمقتضيات المادة 155 من القانون الجنائي، وفي هذا صدر قرار عدد 378 من المجلس الأعلى بتاريخ 88/12/7 ملف عدد 88/306، مجلة المحامي، عدد 2، ص: 135.

⁶- صالح بن محمد آل رفيع العمري، العود إلى الانحراف في ضوء العوامل الاجتماعية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، طبعة 2002، ص: 24.

⁷- ويختلف العود بهذا المعنى عن التعدد المادي أو الحقيقي للجرائم، ففي هذا الأخير لا يوجد حكم بات بالإدانة يفصل بين الجرائم المتعددة، كما أنه يختلف عن التعدد المعنوي للجرائم الذي يقوم على وحدة الفعل وتعدد النصوص الجنائية، التي انتهكت بموجبه، بينما العود يفترض تعدد الأفعال واستقلالها عن بعضها وصدور حكم بات يفصل بينها، ولكن هذا الاختلاف لا يمنع من إمكانية توافر كل من العود والتعدد لدى شخص واحد إذا توافرت الشروط الخاصة بكل منهما على حدة، كما لو أدين شخص بحكم بات عن جريمة ثم ارتكب بعد ذلك أكثر من جريمة تتحقق بها حالها العود والتعدد. أنظر مرجع: ناهد صالح، التنبؤ بالعود إلى الإجرام، المجلة الجنائية القومية، 1966، ص: 477.

⁸- ناهد صالح، مرجع سابق ص: 477 وما بعدها.

⁹- Mourice Cusson, Le contrôle social du crime, PUF, Dépôt légal, 1^{ère} édition 1983, France, p: 174.

¹⁰- عبد الله السجورة، بدائل العقوبات السالبة للحرية، مجلة المحاماة عدد 24، مايو 2002، ص: 189.

¹¹- أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، مرجع سابق، ص: 609.

¹²- محمد أحمد المشهداني، أصول علمي الإجرام والعقاب في الفقهاء الوضعي والإسلامي، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 2002، ص: 22 و23.

كما أن برنامج منع الجريمة يحقق غرضين نافعين، أولهما الإقلال من احتمال عودة المذنب إلى الجريمة بعد قضائه مدة العقوبة، وثانيهما اتخاذ إجراءات إيجابية مؤثرة لمكافحة عوامل العودة إلى الجريمة.

فكما أشار بعض الفقه¹ فإنه يظهر أن السجن قد توقف عن ممارسة دوره كمكان للردع الخاص، والأرقام العالية² التي سجلها العود إلى ارتكاب الجريمة تعد دليلاً واضحاً على ذلك، فقد أصبح السجن مدرسة للجريمة أكثر منه مكاناً يحول دون العود إليها، وبذلك فعدم وجود العوامل المضادة للإجرام والمتمثلة في برامج التهذيب والإصلاح يجعل هؤلاء المحكوم عليهم لقمة سائغة في يد المجرمين الأكثر خطورة، بحيث يخرج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة أكثر خطراً عن الوضع الذي كان عليه قبل دخوله المؤسسة السجنية، وبالتالي يصبح السجن نواة لتكوين أكبر العصابات، وقد يكون بعضهم قد ارتكب جريمته بمحض الصدفة. فما يقصد بالسجن حسب البعض³ هو صلاح المسجون وعدم عودته مرة أخرى للجريمة، ولكن الكثير من الدراسات والبحوث أثبتت عودة الكثير من المجرمين للسجن، كما أثبتت عدم استطاعة السجن تحقيق عامل الردع والوقاية الفردية أو الجماعية من الجريمة، فالمؤسسة العقابية بأشكالها وأنظمتها تساعد في إعادة إنتاج الجنوح ضداً في أهدافها المسطرة في قوانينها والتي تلح فيها على مطلب الإصلاح والتهذيب والإدماج⁴، هذا المطلب وللأسف الشديد لا تستفيد منه الفئة المحكوم عليها بعقوبة قصيرة المدة مما يجعلها تعود إلى سلوك درب الجريمة مرة ثانية⁵، لأن ولع السجون يغذي الاستعدادات الأولية للجنوح واحترافه⁶ نظراً لما تسمح به العقوبات من اختلاط المحكوم عليه بها بغيره من المجرمين الأشد منه خطورة مع ما يؤديه هذا الاختلاط من اكتساب ثقافة فرعية فاسدة⁷ لعدم الشعور بالخوف والرهبة من دخول السجن مرة ثانية⁸.

وبالتالي فحديثنا عن هاته المشكلة –العود- وأثارها السلبية على المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة يقودنا للحديث لا محالة عن أحد أهم المسببات الأساسية لظاهرة العود، وهي عدم تمكين هذه الشريحة من السجناء من الاستفادة من برامج التكوين المهني⁹ التي يمكن أن تساعدهم بعد الإفراج عنهم على امتحان عمل يدوي شريف يستطيعون معه ضمان مستقبلهم في الحياة العادية بكل اطمئنان، مما يجعل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة معوقاً من المعوقات التي تواجه إعادة الإدماج والرعاية اللاحقة للسجناء¹⁰، وبالتالي يبقى الخيار الوحيد للمحكوم عليهم بعد رفضهم من قبل المجتمع هو العودة إلى سلوك درب الجريمة من جديد.

الفقرة الثانية : الخلوة الشرعية و الاكتظاظ

إذا كانت السجون تعتبر أمكنة لإصلاح المسجونين من ناحية المبدأ، فإن هذا الاعتبار يصطدم بمفاهيم مغايرة من الناحية العملية، فسلب الحرية بحد ذاته يورث التعقيد والاذلال واليأس في نفوسهم، وكما يرى أحد المصلحين في هذا الحقل بأنه لا يمكن تعويد الأفراد المحكوم عليهم على الحرية بينما هم في حالة الحجز، ولا يمكن القول بأنه لكي يصبح السجن مواطناً صالحاً فلا بد أن يكون سجيناً نموذجياً يلتزم بالقواعد المتبعة في المؤسسات العقابية¹¹.

وعلى ذكر المؤسسات العقابية يتبادر إلى ذهننا سؤالين مهمين، الأول يتعلق بهل هناك محاولات جادة من القائمين عليها لتفادي الآثار السلبية لسلب الحرية المتعلقة بالغريزة الجنسية؟ وهل من مجهودات تبذل لحل مشكل الاكتظاظ؟

للإجابة على هذين الطرحين نقترح أن نعالج في نقطة أولى نظام الخلوة الشرعية باعتباره نظام لو فعل فإنه وعن جد يمكن تلافي العديد من المساوئ، كما سنتحدث عن ظاهرة الاكتظاظ في نقطة ثانية.

أولاً : الخلوة الشرعية

يؤدي تنفيذ العقوبات السالبة للحرية إلى انقطاع العلاقة بين النزول وبين المجتمع الخارجي طوال فترة العقوبة المحكوم عليه بها، وهذا يؤدي إلى آثار سيئة نفسية وصحية واجتماعية، ولاشك أنها تمثل عقبات أساسية في تحقيق هدف التأهيل.

¹ - جاسم محمد راشد الخديج، مرجع سابق، ص: 82.

² - أيمن رمضان الزيني، مرجع سابق، ص: 107 و 108.

³ - عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، مرجع سابق، ص: 72.

⁴ - وهذا ما أكدته الاتفاقية المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966 بحيث نادت بضرورة مراعاة نظام السجون ومعاملة المسجونين معاملة يكون هدفاً أساسياً لإصلاحهم وإعادة تأهيلهم الاجتماعي، فمدرسة السجن لا تساهم إذن في إخراج المواطن الصالح، كما هو مسطر في نصوصها التنظيمية، ولا تقي من موجة الجريمة ونتائجها الكارثية بقدر ما تساهم خطأ في إعادة إنتاج الجنوح، مع التأكيد طبعاً على تضافر عوامل أخرى ساهمت في عملية الإنتاج هاته، وهي أكثر اتصالاً بالتميش والفقر والإقصاء، لذلك فمن وجهة نظرنا ربما يعد اعتماد البديل أفضل من اعتماد العقوبات الجسدية القصيرة المدة للحد من إتيان السلوك الإجرامي من جديد (العود).

⁵ - عدلي خليل، العود ورد الاعتبار، المكتبة القانونية 18 ش، القاهرة، طبعة 1988، ص: 10 وما بعدها.

⁶ - بحيث يعد العنف والقمع كأحد خصائص المؤسسة العقابية من أكثر العوامل التي تنهي هاته الاستعدادات على اعتبار أن كل عنف يستتبعه عنف مضاد وبالتالي فظروف العود تهيأ في مؤسسة العقاب اعتباراً لما يصاحب العقاب من ممارسات فضيعة حاطة بالكرامة ومحروسة على استثمار القوة والجنوح لتأكيد الذات وحمايتها، فالسجن إذن يفرض عليه فرضاً أن يجنح إلى العنف في كل لحظة.

⁷ - من أجل تفادي هذا الأثر أوصى مؤتمر الأمم المتحدة الثاني لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين بلندن سنة 1960 بضرورة إيداع المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة في جناح من السجن متميز عن مكان وجود باقي المسجونين إذا اقتضى الحال الحكم بعقوبة قصيرة المدة.

⁸ - أيمن رمضان الزيني، مرجع سابق، ص: 48.

⁹ - وقد جاء ضمن المادتين 122 و 123 من قانون 98-23 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية بالمغرب الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 200.99.1 بتاريخ 25 غشت 1999 عملية تنظيم برامج التكوين المهني بكل المؤسسات السجنية قصد إعادة إدماج المعتقلين المفرج عنهم.

¹⁰ - مصطفى مداح، الوضع العقابي القائم، العقوبات السالبة للحرية وسياسة الإصلاح وإعادة الإدماج، ندوة السياسة الجنائية بالمغرب واقع وأفاق، مجلد II وزارة العدل، 2004، ص: 66.

¹¹ علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص: 134.

فالسجن يحول دون إشباع السجين حاجاته الطبيعية، كمزاولة الجنس، وهو أمر طبيعي في الإنسان، خاصة إذا كان معظم المسجونين متوسطي العمر وفي حالة صحية تتيح لهم مباشرة العلاقات الجنسية على نحو دوري ومنظم، وهم في الغالب قد اعتادوا ذلك قبل دخولهم إلى المؤسسة العقابية، وبعضهم من عاش حياة فاسدة وقد اعتاد على مباشرة العلاقة الجنسية بإفراط فيكون الحرمان المطلق شديد الوطأة عليه.

ولذلك كان انتشار الشذوذ الجنسي بين المحكوم عليهم ظاهرة طبيعية، وخطورته لا تكمن فقط في ذات الشذوذ وما يرتبط به من مضار و لكن الوجه الأساسي في هذه الخطورة يكمن في أن من اعتاده يجد فيه الإشباع الجنسي الكامل، ومن ثم فإنه ينصرف عن الصلات الجنسية الطبيعية، وذلك يعني أن تنحل عائلته، وانحلال العائلة هو عقبة في سبيل التأهيل¹.

لذلك فحينما تطرح قضية الاختلاء أو المعاشرة الزوجية بالسجون وهي سارية المفعول في كل المؤسسات السجنية نظرا لما جهز لها من بيوت حميمة -وبوشر بالاستفادة من هذا الحق لفئة من السجناء ذوي الاستحقاق والشرعية- فإنها لا تخفي جدلا في ما مدى نجاح هذه التجربة أمام ظاهرة الاكتظاظ التي تعاني منها السجون حاليا².

ومن هنا يمكن القول أن السجن يتزل منزلة الأعزب إذا كان رجلا متزوجا قبل دخوله السجن، وذلك طيلة مدة سلب الحرية، وهذا في تقديرنا يعد حرمانا غير قانوني ولا دستوري وبنافي المواثيق الدولية.

وبالتالي فالحرمان من الحق في العلاقة الحميمة يعد حرمان غير قانوني لأنه لا يوجد سند في القانون يقضي صراحة بهذا الحرمان³، كما يعد حرمانا غير دستوري على اعتبار أن الأسرة وكما يعلم الجميع هي النواة الأولى للمجتمع، والعديد من الدساتير المقارنة كالـدستور الفرنسي، الجزائري نصت على ذلك.

وعلى هذا الأساس فالحرمان من الخلوة الشرعية بين المحكوم عليه وزوجته فيه مس بالحقوق الشخصية والأسرة نفسها⁴، خصوصا إذا ما اتخذ ذلك الحرمان صورة الإنكار التام والدائم حينما يتعلق الأمر بالسجن المؤبد، الشيء الذي يتنافى مع نجاعة العقوبة التي تبقى رهينة بتوثيق الصلة بين السجين وزوجته وبينهما والمجتمع.

فيالنظر إلى قانون 98-23 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية المغربي، لم يرد في هذا الموضوع عبر مواد صورة واضحة عن الخلوة الشرعية، إلا أن المادة 46 من هذا القانون نصت على الرخصة الاستثنائية للخروج لمدة لا تتعدى عشرة أيام بحيث يصبح الشخص المرخص له منفردا في بيته الحر مع زوجته وأولاده وأهله وذلك بشروط محددة في هذا القانون.

والملاحظ أن المؤسسات السجنية قد أخذت من هذه المادة القانونية في أبعادها لتوفير مكان لائق ومناسب لتتم عملية الخلوة بين التزلي وزوجته في ظروف قانونية شرعية مباحة، كما أن المذكرة رقم 189 عدد 37348 بتاريخ 30 نونبر 2000 في موضع الزيارة العائلية المتعلقة بالترخيص مرة في الشهر، يتم خلالها استقبال السجن لأطفاله وعائلته وتناول وجبات الطعام رفقتهم طيلة يوم كامل للحفاظ على الرابطة الأسرية للمعتقلين⁵.

من هنا نرى أن قضية الخلوة الشرعية موضوع معلق وقابل للجدال والنقاش في إطار التطبيق عمليا في سائر المؤسسات السجنية، فواقع التنفيذ يدعو إلى خلاف ذلك لأن مصلحة السجن لا يمكن لها تخصيص أماكن لكل المعتقلين⁶، وإذا تم تنفيذ هذا العمل فإنه لا يطبق إلا على المعتقلين المحكوم عليهم بعقوبات طويلة الأمد⁷، أما المحكوم عليهم بستة أشهر إلى عامين فإن هذا النظام -الخلوة الشرعية- لا يسري عليهم نظرا لاعتبار هذه المدة بمثابة فترة سفر عمل بالنسبة للزوجة⁸.

فأهداف هذا السلوك هو القضاء على الشذوذ والحد من انتشار الأمراض الجنسية والجلدية والصدية وغيرها من الأمراض الخطيرة بين المسجونين والحفاظ على الأسرة⁹، حيث أن الزوجة لا تفكر في الانحراف، لكن سلبات هذا الموقف قد تثير الفتنة في حالة تعدد الزوجات وحالة سجن كلا الزوجين ثم حالة تزوير العقود الشرعية ثم المشاكل التي ستطرأ عند نشوز الزوجة وعدم تقبلها لهذا الموقف، ثم الحمل الذي سيقع إذا حصل ذلك والإجراح الذي يتبعه التردد عند الانتظار وهلم جرا¹⁰.

ومما جاء أيضا في موضوع الخلوة الشرعية ما طرحه أحد الأساتذة¹¹ في موضوع الخلوة الشرعية حل نفسي تربوي اجتماعي في اتجاه الإدماج، حيث أعطى أبعاد فقهية ملموسة وتجارب ميدانية في أرضية المؤسسات العقابية الأوروبية والعربية وأعطى في ذلك نموذج الخلوة الشرعية بسجون المملكة العربية السعودية، حيث نصت المادة 16 من برنامج حفظ القرآن الكريم والخلوة الشرعية في سجون المملكة العربية السعودية، أن تتاح للمحكوم عليهم والموقوفين الذين مضى عليهم في السجن ثلاثة أشهر فأكثر فرصة الاختلاء الشرعي بزواجهم مرة كل شهر لمدة ثلاث ساعات، وذلك لتفادي المساس بالحقوق الشخصية والأسرة نفسها، لكون الحرمان من المعاشرة

¹ المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي، ع6، مرجع سابق، ص: 249.

² محمد أرنزي، واقع السجون المغربية وأهدافها الإصلاحية بحث ميداني دراسي، إفريقيا الشرق، 2006، ص: 173.

³ وبالتالي فإذا كان قانون السجون المغربي يتحدث عن الزيارات العائلية فإن هذه الأخيرة لا تقتضي إلا النظر والكلام ولا تصل إلى الخلوة الشرعية بين المحكوم عليه وزوجته.

⁴ هذا ما يتناقى مع المواثيق الدولية لأن هذه الأخيرة تركز مؤسسة الأسرة وتحميها، فمثلا المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (أ ع ح أ) تنص على أن الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع ولها الحق في التمتع بحماية المجتمع والدولة وقد استعمل نفس الصيغة السابقة (ع د ح ج ث).

⁵ الفصل 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسة (ع د ح م س)، وهذا ما كرسته م 10 من العهد الدولي لحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وهنا تجدر الإشارة إلى أن القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء هي الأخرى لم تعرض للخلوة الشرعية في قواعدها بقدر ما اكتفت في بعض قواعدها بالسماح للسجين بالزيارة العائلية (ف 37 و 70 و 61) وبالتالي فإننا نسجل سهواً يتعين تداركه لما للروابط الجنسية والعائلية من أثر على نفسية السجين واستمرار علاقته مع أسرته.

⁶ حسني عبد الحميد، بدائل العقوبات السالبة للحرية في الشريعة الإسلامية، أطلس العالمية للنشر، طبعة 1، 2008، ص: 225

⁷ وبالتالي يتزل السجناء المحكوم عليهم بعقوبة سالية للحرية قصيرة المدة منزلة العزب طيلة مدة سجنهم وهذا حسب البعض يعد حرمان غير قانوني ولا دستوري وبنافي المواثيق الدولية ولا فائدة منه. للمزيد من التفصيل في هذه النقطة أنظر، التهامي أحمد، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، مدى دستورية العقوبة السالية للحرية، عدد 24/1993، ص: 170-173.

⁸ محمد أرنزي، مرجع سابق، ص: 125.

⁹ عبد اللطيف العمري، الخلوة الشرعية حل نفسي تربوي اجتماعي في اتجاه الإدماج، مجلة إدماج، العدد الأول، 2002، ص: 27 و 28.

¹⁰ حسني عبد الحميد، مرجع سابق، ص: 125.

⁴ عبد اللطيف العمري، مرجع سابق، ص: 27-28.

الزوجية يتخذ صورة للإنكار التام والدائم لتلك الحقوق خصوصا إذا تعلق الأمر بالعقوبات القصيرة المدة خاصة وأن نجاعة العقوبة حسب البعض¹ رهين بتوثيق الصلة بين السجين وزوجته وبينها وبين المجتمع.

وعموما فما يمكن قوله في إطار هذه النقطة هو أن المحكوم عليهم بعقوبات سالية للحرية قصيرة المدة يعانون من الحرمان الجنسي² المترتب على عزلتهم ومنعهم من الحياة الجنسية المشروعة، وهذا ما يجعل السجون تتحول إلى مكان للجنس المثلي³، حينما تقفل البوابات الحديدية وتميل النفس إلى الوحدة، وهذا ينطبق على كلا الجنسين من الذكر للواطى، والأنثى السحاقية، رغم الحذر واليقظة المستمرة في مكافحة هذه الظاهرة بكل الوسائل الأمنية حيث وضعت عدة حلول لإيجاد مخرج يستشفي فيه السجين ملاذ الوعي بأفاق وخلفيات الشذوذ التي تعم السجون خفية، وذلك بفتح فضاءات لتغذية العقل والنفس في اتجاه صحيح وما تتطلبه أخلاقيات وأدبيات السجون في أفق الإصلاح، إلا أن معضلة الاكتظاظ تبقى أكبر معيق لهاته المحاولات.

ثانيا: ظاهرة الاكتظاظ.

السجن معناه تأديب وتهذيب وإصلاح وتعليم المحبوسين، وهو شعار تحاول كل الدول تطبيقه داخل مؤسساتها العقابية، لكن تعترض طريقه عقبة واحدة هي اكتظاظ هذه السجون.

والعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة بحكم قصر مدتها لا تستوعب الهدف الأساسي من العقاب وهو إصلاح وتأهيل الجانحين، فهي لا تكفي بطبيعتها لإصلاح هؤلاء واستفادتهم من البرامج التربوية والتأهيلية، لذلك فالأطر الساهرة على إعداد وتنفيذ برامج الإصلاح التأهيلي لا تتمكن بسبب الاكتظاظ الذي يتجاوز في كثير من الأحوال الطاقة الاستيعابية للمؤسسة السجنية⁴ هذا من جهة وقصر مدة تلك العقوبة من جهة أخرى عن تطبيق هذه البرامج على النحو السليم والمتكامل والهادف⁵، فبرامج الإصلاح لا يمكن أن تستثمر نتائجها خلال مدة زمنية قصيرة⁶.

ومعضلة التضخم في ساكنة السجون هي ليست خاصية الدول المتخلفة فقط، وإنما هي ظاهرة اكتسحت جل دول العالم⁷ التي أصبحت تسعى إلى الحد منها بالبحث عن أنجع السبل لتصريف السجون، وبالطبع تختلف الوسائل من دولة إلى أخرى⁸، وهكذا تسعى السياسات الجنائية المعاصرة إلى الحد من هذه الآفة التي تفوق تطبيق أي برنامج للإصلاح نتيجة ضعف الإمكانيات، وبالتالي فالأكتظاظ يبقى مشكلة كبيرة مطروحة في كل المؤسسات السجنية وهو حجرة عثرة أمام كل المنجزات والمساعي الإصلاحية الكبرى.

فالأكتظاظ يمثل أزمة السجون الحالية ولا مفر منها سوى باللجوء إلى إيجاد حلول آنية ومستعجلة، ورسم أهداف اجتماعية إنسانية مستقبلية على المدى القصير أو المتوسط أو الطويل للتغلب على هذه الإشكالية أو المعضلة التي تزداد تازما مع مرور الأيام، فلا يمكن خطو خطوة إلى الأمام إلا إذا وجدت وسائل بديلة لمحاربة الانحراف والإجرام المتصاعد في الوسط الاجتماعي ومحاولة التخفيف من حدته⁹.

فالأسياب التي تساهم في تكريس أزمة السجون وتشكل عاملا أساسيا في تضخم ساكنتها كثيرة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، الحكم بعقوبات سالية للحرية قصيرة المدة وغير مجدية برأي كل المهتمين بعلم العقاب¹⁰، لأنها لا تستوعب تطبيق برنامج إصلاحي كأصل عام، وتسمح بالاختلاط وبالتالي الاعتماد على جو السجون¹¹.

اللجوء المضطرب والآلي إلى العقوبة السالبة للحرية رغم وجود الغرامة. وهذا السلوك القضائي ليس خاص ببلادنا فقط، فهو معروف في فرنسا مثلا حيث ينتقد الفقه إصرار القضاء على هذه العقوبة رغم وجود بعض الوسائل القانونية لدربها كالمراقبة القضائية ووقف التنفيذ والوضع تحت الاختبار، وما ذلك إلا إدمان قضائي على العقوبات السالبة للحرية بسبب عدم الوعي بفضاعة هذه العقوبة وانعدام فاعليتها، وهو راجع إلى بعد القضاء عن واقع السجن ووضعيته¹². إن تحول الغرامة في العديد من الحالات إلى عقوبات سالية للحرية، وأيضا عدم تفعيل المادة 80 من القانون الجنائي التي تقضي بإيداع المدمنين على المخدرات والكحول في مؤسسة للعلاج وذلك لعدم وجود مثل هذه المؤسسات في المغرب¹³، ناهيك عن غياب أي نظام للبدائل التي تحتل مكانة مرموقة في العديد من الدول¹ هي أسباب كلها تكريس أزمة السجون وبالتالي أزمة الجزاء الجنائي.

¹ - أحمد الهامي، مرجع سابق، ص: 103.

² - وهنا تجدر الإشارة إلى أن الحرمان الذي يطال السجين، يطرح إشكالية ضبط المكونات الشرعية للعقوبة السالبة للحرية لاحترام الدستور خاصة مع وجود أنواع من الحرمان بدون سند كالحرمان من العلاقة الجنسية ومن حق الانتخاب ... كما أن هناك حرمانا يستند إلى مجرد قرار إداري، وأمر المدير أو الحارس المرئي، وهو ما يناقض الميزة الدستورية لمبدأ الشرعية الجنائية، أنظر في ذلك الهامي أحمد، مدى دستورية مكونات العقوبة السالبة للحرية، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتنمية، ع 29/1993، ص 145.

³ - عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، مرجع سابق، ص: 75.

⁴ - فظاهرة الاكتظاظ تعتبر أولى الإشكالات التي تعاني منها المؤسسات السجنية الشيء الذي دفع إلى التفكير للرفع من المساحة المخصصة لإيواء السجناء على حساب تطبيق البرامج الإصلاحية أحيانا، ففي متم شهر غشت من سنة 2004 بلغ عدد المعتقلين 56639 معتقلا، منهم احتياطيين أي بنسبة 49,43% وهذا العدد يشكل نسبة مرتفعة تقارب 0,2% بالنسبة لعدد السكان مقابل 0,1% بالنسبة لأغلب دول العالم. ويتبع تطور معدل المعتقلين يلاحظ بأنه في الثلاث عقود الأخيرة تضاعف العدد، حيث كان سنة 1973 لا يتعدى 16.160.000 وفي سنة 2003 بلغ 30.088.000 الأمر الذي يدعو إلى التساؤل حول ما إذا كان مشكل الاكتظاظ يعود إلى تنامي ظاهرة الإجرام أم إلى عجز الوزارة عن بناء سجون كافية لإيواء المعتقلين، أم إلى عدم ترشيد الاعتقال واستصدار أحكام قضائية تتناسب وخطورة الفعل الإجرامي وشخصية الجاني؟ للمزيد من التفصيل، انظر مقال، مصطفى مداح، الوضع العقابي القائم، العقوبات السالبة للحرية وسياسة الإصلاح وإعادة الإدماج، ندوة السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق، مجلد II وزارة العدل، 2004، ص: 63.

⁵ - عبد الصمد الزعنوني، بدائل العقوبات السالبة للحرية، مقاربة قانونية، مكتبة دار السلام، الرباط 2000، ص: 6.

⁶ - نور الدين العمراني، مرجع سابق، ص: 14.

⁷ - أحمد عثمان، التحرر من السجن، تجربة عالمية في إصلاح السجون، منشورات طارق، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2006، ص: 80.

⁸ - Voir à ce propos, Andrew Rutherford, Les prisons et la procédure répressive le défi réductionniste, Revue internationale de criminologie de politique techn N° 1, p: 198.

⁹ - محمد أوزيني، مرجع سابق، ص: 47.

¹⁰ - J. vérin, Prison et organisation judiciaire (chronique de criminologie), Revue science criminel de droit pénal comparé, octobre- décembre, 1985, P: 869.

¹¹ - عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، مرجع سابق، ص: 71 و 72.

¹² - لطيفة المهداتي، مرجع سابق، ص: 68.

¹³ - عبد الصمد الزعنوني، مرجع سابق، ص: 78.

فحق نظام وقف التنفيذ الذي من الممكن ان يخفف من شدة الازمة يتم اللجوء إليه بشكل حذر مجرد من أية مراقبة أو التزام فهو خيار للقاضي بموجب سلطته التقديرية وهو ما أكدته المجلس الأعلى في أحد قراراته²: "إن تقرير إيقاف تنفيذ العقوبة راجع لقضاة الموضوع من تقدير مطلق، فإذا توفرت عناصر الجريمة، وحكمت المحكمة بالعقوبة المنصوص عليها فلا يبقى من واجها أن تعلل تعليلاً خاصاً بعدم تقديرها إيقاف التنفيذ".

والواقع أن السجون في جميع أنحاء العالم مكتظة بالنزلاء مما ينتج عنه آثار سلبية متعددة استعرضها عدد من الباحثين³ على الشكل التالي:

* ينجم عن ظاهرة الاكتظاظ في السجون انتشار الأمراض لصعوبة عزل النزلاء المصابين عن الأصحاء لضيق المكان من جانب، ومن جانب آخر للقصور في الخدمات الصحية لأن الضغط عليها لا يساعد على اكتشاف النزلاء المصابين في الوقت المناسب حتى يمكن عزلهم قبل انتشار المرض.

* الضغط على البرامج التأهيلية بالسجن سواء أكانت تلك البرامج دينية أو اجتماعية أو ثقافية أو رياضية، وهذا يؤدي إلى فشل تلك البرامج أو على الأقل ضعف فاعليتها، وتعد هذه البرامج بمثابة أدوات الإدارة في معالجة الأسباب التي دفعت السجين إلى ارتكاب الجريمة، وبغيرها لا يمكن أن تحقق عقوبة السجن أهدافها في إصلاح النزلاء وتشجيعهم على نيل الإحرام.

* فشل عملية التصنيف داخل السجون حيث أن هاته العملية تتطلب توفير إمكانيات، منها وجود مكان فسيح لإقامة النزلاء في مجموعات متجانسة اجتماعياً واقتصادياً وتعليمياً ومنفصلة عن المجموعات الأخرى، وتحدد لكل مجموعة برامج تأهيلية تناسب ظروفها.

* الضغط على مرافق السجن سواء داخل العنابر أو خارجها مما يولد الكثير من المشاكل الأمنية والصحية والاجتماعية.

* قد يؤدي هذا التكدس إلى تأخر خروج النزلاء من السجن لاسيما النزلاء المفرج عنهم قبل إنهاء عقوبتهم.

* يؤدي اكتظاظ السجون إلى زيادة معاناة النزلاء نتيجة إقامته في غرفة أو زنزانية بها أعداد أكثر من طاقتها الاستيعابية للنزلاء، وتزداد المعاناة أكثر لدى من يعاني من مشاكل نفسية نتيجة لدخوله السجن مثل الاكتئاب النفسي (وهو مرض نفسي ينتشر بين النزلاء وخصوصاً حديثي التجربة) أو الأرق أو الانطواء الاجتماعي والعزلة والانحراف.

* اكتظاظ السجون يؤدي إلى تأكيد فشل السجون في عملية الإصلاح نتيجة لعدم فاعلية البرامج والخدمات التي تقدمها الإدارة للنزلاء وهذا يؤدي إلى ارتفاع نسبة العود، بل قد يؤدي إلى أن تصبح السجون مدارس للإجرام يتعلم فيها النزلاء لأول مرة أنماطاً جديدة من الإجرام.

* يؤدي اكتظاظ السجون إلى الضغط على العاملين مما يفقدهم الفاعلية والإرادة لأداء المهمة المناطة بهم على الوجه المطلوب.

* اكتظاظ السجون يؤدي إلى فقدان السيطرة سواء داخل السجن بصفة عامة أو داخل العنابر بشكل خاص، وهذا قد يولد إشكالات كثيرة مثل الشغب والعنف والاحتجاج التي قد لا يستطيع المسؤولون السيطرة عليها.

وبناءً على ما سبق فإنه لا يسعنا إلا القول بأن الاكتظاظ يعد من أبرز المشاكل التي يواجهها كل من القائمين على إدارة السجون والقائمين على وضع وتنفيذ البرامج الإصلاحية بها، والقائمين على وضع وتنفيذ السياسات الاقتصادية في الدول المختلفة.

المطلب الثاني: المثالب الاقتصادية

تشير بعض الإحصائيات⁴ إلى كثرة الأحكام الصادرة بالعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة، ومؤدى ذلك اكتظاظ السجون بالنزلاء مع ما يترتب على ذلك من نفقات باهضة تتعلق بإيداع المحكوم عليه – بناء مؤسسات عقابية- رعايتهم، الصحة، الملابس، المشرب، المأكل ... وحراسهم، ويبدو ذلك جلياً إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن المحكوم عليهم لا يقومون بأي عمل منتج يمكن أن يسد جانباً من هذه النفقات.

وعموماً فإن اللجوء إلى الحكم بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة برأي كل المهتمين يعد مصدراً للكثير من الآثار السلبية ذات الطبيعة الاقتصادية والمالية، وذات الصور المتنوعة والمختلفة باختلاف الجهة التي تتكبدتها، لاسواء بالنسبة للمحكوم عليه وأفراد أسرته وعائلته (فقرة أولى) ولا بالنسبة للدولة عن طريق إرهاق خزينتها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الوضع الاقتصادي للمحكوم عليه وأفراد أسرته وعائلته

تختلف الآثار الاقتصادية التي تخلفها العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة على مستوى وضعية المحكوم عليه وأفراد أسرته وعائلته سواء أثناء تنفيذ العقوبة (أولاً) أو عقب انتهائها (ثانياً)، وهذا ما عبر عنه بعض علماء العقاب بـ"ثمن الجريمة"⁵.

اولاً: الوضع الاقتصادي للمحكوم عليه وأفراد أسرته وعائلته أثناء تنفيذ العقوبة

كثيرة هي المسائل والآثار الاقتصادية التي تصيب المحكوم عليه وأفراد أسرته أثناء تنفيذ العقوبة⁶، حيث يترتب على الزج بالمحكوم عليه في السجن لقضاء فترة العقوبة انقطاع المورد المالي اللازم لإعاشته وإعاشة من يعول، وهو ما يترتب عليه حدوث خلل في الوظيفة الاقتصادية للأسرة، ويضاف إلى ذلك العبء الذي يقع على أفراد هذه الأسرة لتوفير موارد مالية لسد احتياجات المحكوم عليه أثناء تنفيذه لفترة العقوبة، ناهيك عما يتكبده أعضاء تلك الأسرة أو العائلات من نفقات لزيارة المحكوم عليه، وتبرز الآثار الاقتصادية أيضاً في تلك التي تترتب على الآثار السلبية السيئة التي تلحق بالعلاقة بين أفراد أسر وعائلات المحكوم عليه وبين أرباب أعمالهم والآثار

1- عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، مرجع سابق، ص: 89.

2- قرار المجلس الأعلى، عدد 605 س 7 بتاريخ، 1984/04/1، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 68-69، ص: 385.

3- عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، مرجع سابق، ص: 69 و 70.

5-Mourice Cusson, le contrôle social du crime, PUF, dépôt légal, 1^{ère} édition 1983, France, p. 250

6- أيمن رمضان الزيني، مرجع سابق، ص: 93 و 94.

الاقتصادية التي تترتب على وصمة العار التي تلحق بأفراد تلك الأسر والعائلات نتيجة الزج بأحد أفرادها في السجن، والآثار الاقتصادية التي تترتب عن فقدان الثقة بكل من له صلة بالمحكوم عليه¹.

فأثناء تنفيذ المحكوم عليه للعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة غالبا ما يفقد مصدر دخله المادي² الذي يمكن أن يكون شهريا أو يوميا، وبالتبعية تفقد الأسرة معيها خصوصا إذا كان الوحيد من بين أسرته الذي يعمل، وهذا ما يؤثر سلبا على وضعية الأسرة والعائلة من الناحية الاقتصادية إن على مستوى سد احتياجاتها أو على مستوى مصاريف السفر لزيارة المحكوم عليه، ومصاريف توفير نفقاته التي أصبحت تشكل العبء الأكبر الذي يقع على عاتق تلك الأسر والعائلات، وذلك بقصد المحافظة على الرابطة والتواصل الأسري مع المحكوم عليه.

ففيما يتعلق بكيفية مواجهة الوضعية المالية المزمنة لأسرة المحكوم عليه وعائلته تقوم الأسرة بعدة تضحيات لسد احتياجاتها المالية، حيث من الممكن أن تلجأ الزوجة إلى العمل والأبناء يقاطعون الدراسة من أجل العمل أيضا لسد احتياجاتهم المالية، كما قد يضطر أفراد الأسرة في حال استحالة معيهم العمل للاستدانة من الآخرين أو بيع أشياء في ملكيتهم أو ملكية المحكوم عليه لمواجهة العجز في النفقات أو طلب المساعدة من الأهل والأقارب، في حين يتجه البعض إلى حرمان الأبناء من مواصلة التعليم اقتصادا في النفقات³.

وعموما كثيرة هي الآثار الاقتصادية التي تتكبدها أسرة المحكوم عليه وعائلته إثر إيداعه -المحكوم عليه- بالسجن خصوصا إذا أخذنا في الاعتبار أن هذا الأخير لا يقوم بأي عمل منتج يمكن أن يسد جانب من هذه النفقات⁴.

إذا ثبت ما سبق فإنه يحق لنا أن نتساءل عن الوضع الاقتصادي للمحكوم عليه وأفراد أسرته وعائلته عقب انتهاء فترة العقوبة؟

ثانيا: وضع المحكوم عليه وأفراد أسرته وعائلته عقب انتهاء فترة العقوبة

بعد تنفيذ المحكوم عليه للعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة يعود للمجتمع مرة ثانية، لتطفوا على السطح مشكلة جديدة وهي مدى قدرته على الاندماج في النسيج الاجتماعي مرة أخرى، ومدى استعداد أفراد المجتمع لتقبل المفرج عنه في نسيجهم، فالمفرج عنه عقب خروجه من السجن يكون في أمس الحاجة إما لإعادة عمله القديم⁵ أو توفير عمل آخر⁶ ليساعده على توفير موارد مالية لإعاشته هو ومن يعول، بالإضافة إلى استعادته للروابط التي كانت تربطه بأفراد مجتمعه واستعادته لمكانته الاجتماعية واعتباره بينهم وهو الأمر الذي لا يتاح له في أغلب الأحيان⁷.

ومن هنا يتضح التأثير السلبي للعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة على الموارد المالية للمحكوم عليه ومن يعول من أفراد أسرهم وعائلاتهم، كنتيجة للزج بأحد أفراد أسرهم وعائلاتهم في السجن لقضاء فترة عقوبة سالبة للحرية ولو كانت قصيرة المدة ونتيجة جرم غير بالغ الخطورة.

وخلاصة القول فإنه يمكننا اختزال الآثار الاقتصادية التي يتكبدها المحكوم عليه وأفراد أسرته وعائلته، في فقدان هؤلاء للدخل أو المورد المالي الذي كانوا يحصلون عليه قبل الحكم بتلك العقوبة على عائلهم الذي فقد وظيفته أو مصدر قوته وقوت عائلته⁸، وهو ما يترتب عليه من خلل في الوظيفة الاقتصادية للأسرة، إضافة إلى العبء الذي يقع عليها لتوفير موارد مالية لسد احتياجاتها أثناء تنفيذه لفترة العقوبة، ناهيك عن النفقات التي يتكبدها أفراد الأسرة بخصوص زيارة المحكوم عليه، نفقات خاصة بالتنقل وأخرى خاصة بالمحكوم عليه نفسه...

وبالتالي فالتبعات الفردية والاجتماعية والاقتصادية التي تلحق بكل من المحكوم عليه، أفراد أسرته وعائلته، تشكل بإجماع الفقه⁹ أشد عقوبة في حق المحكوم عليه لأن ذلك إقصاء له من الحياة الاجتماعية بالدرجة الأولى التي لطالما انتظر العودة إليها، الشيء الذي يعيق عملية دمج في وسطه ودفعه في أغلب الحالات إلى العود للإجرام مرة أخرى.

كذلك تبدو الآثار الاقتصادية الخطيرة للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة واضحة على الاقتصاد الوطني إذ أنها تحرم الاقتصاد من نتاج من حكم عليهم، بل ومن إمكانية عدم عودتهم إلى العمل من جديد بحيث يتحولون بعد خروجهم من المؤسسات العقابية إلى عالة على المجتمع بدلا من أن يكونوا من المساهمين في نموه وتطوره، ويبدو هذا الأثر واضحا بالنسبة للعاملين في القطاع الزراعي والصناعي بالأساس.

الفقرة الثانية: إرهاب خزينة الدولة

من المعلوم أن المحكوم عليهم بالسجن يوضعون في سجون يقيمون فيها تنفيذا للعقوبة معزولين حتى تنتهي مدة تلك العقوبة، وهم في الغالب أصحاب قادرين على العمل والإنتاج بما يخدم المجتمع واقتصاد البلاد، ووضعهم في السجون يستلزم نفقات كبيرة تؤخذ من خزينة الدولة، نفقات باهظة تضر بمصالح خزنتها¹⁰ سيما وأن عدد السجناء في ازدياد مستمر، ومرجعية ذلك على سبيل المثال تفشي ظاهرة المخدرات وانتهاك الأعراض وما يترتب على البطالة¹¹ من سرقات وسطو إلى غير ذلك من أنواع الجرائم الأخرى¹².

¹ - لطيفة المهدي، مرجع سابق، ص: 63.

² - محمد المرباط، التوزيع الداخلي وأثره على إصلاح السجن، مجلة القصر، العدد 12، شتنبر 2005، ص: 109.

³ - عطية مهنا، الآثار الاجتماعية للجسب القصيرة المدة على المحكوم عليه وأسرته، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، 1999، ص: 191 وما بعدها.

⁴ - جاسم محمد راشد الخديج، مرجع سابق، ص: 86.

⁵ - وهذا قد يكون ممكنا إذا كانت الوظيفة التي كان يشغلها المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة هي وظيفة تابعة للقطاع الخاص، وذلك حسب الحالات، أما إذا كان الأمر يتعلق بوظيفة من الوظائف العمومية، فإن الفصل 26 من القانون الجنائي المغربي قد حسم في الأمر في فقرته الأولى حيث نص على عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف العمومية وكل الخدمات والأعمال العمومية.

⁶ - Curt Ferdinand Feihre Von stakelbeg, La conséquence légale administrative et sociale de la condamnation, Revue In de D. P, sans année d'édition, p: 342.

⁷ - أيمن رمضان الزيني، مرجع سابق، ص: 96 و 97.

⁸ - احسن طالب، الجريمة والعقوبة والمؤسسات الإصلاحية، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 1/2002، ص: 209.

⁹ - جاسم محمد راشد الخديج، مرجع سابق، ص: 86.

¹⁰ - صلاح عبد المتعال، التغير الاجتماعي والجريمة في المجتمعات العربية، مكتبة وهبة، دون ذكر سنة الطبع، ص: 211-214.

¹¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، طبعة 2000، ص: 733.

¹² - حسني عبد الحميد، مرجع سابق، ص: 122 و 123.

فمما لا شك فيه أن إنشاء السجون بأنواعها وإدارتها وحراستها يكلف الدولة أموالاً طائلة هذا إذا كانت لتقييد وسلب حرية المحكوم عليه ومنع هروبهم فقط ، أما إذا أريد إضافة الإصلاح للمحكوم عليهم وتأهيلهم اجتماعياً بإعادة اندماجهم في الحياة الاجتماعية كمواطنين صالحين فإن ذلك يكلف الدولة أموالاً قد تعجز عنها الكثير من الدول بسبب كثرة المحكوم عليهم وزيادة أعدادهم سنوياً، حيث أن أساس المشكلة هو وجود نظام لا يأخذ في حسابه عملية العرض والطلب . على ضوء ما سبق إذن يمكن القول أن مشكل عدم استطاعة وقدرة الإدارة العقابية على تطبيق برامج التأهيل المناسبة بالنسبة للمحكوم عليهم بعقوبات سلبية للحرية قصيرة المدة هو-المشكل- من الآثار الاقتصادية غير المباشرة التي تترتب على تعدد النزلاء المحكوم عليهم بهذه العقوبة . وهي بهذا- العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة- تضيف بعداً اقتصادياً جديداً للتراكبات الناتجة عن هذه العقوبات، ومؤدى ذلك أنه بسبب هذه العقوبات فإن المجتمع هو الخاسر الأول لعدم قدرة المؤسسة العقابية على التعامل مع المحكوم عليهم بعقوبات قصيرة المدة¹، وهذا ما دفع البعض² إلى القول بضرورة جعل السجون للجرائم الأكثر خطورة أي الجرائم التي تفترض عقوبة سالبة للحرية طويلة المدة.

وعلى هذا الأساس فإنه إذا كان من اللازم إبعاد المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة عن المجرمين الأشد خطورة، فإن هذا يولد التزاماً على عاتق الدولة بإنشاء مؤسسات عقابية خاصة بهؤلاء³، إذ لا يخفى على أحد المبالغ الكثيرة التي تحتاجها هذه الأبنية وهو ما يضاعف النفقات التي تلتزم بها الدولة اتجاه المحكوم عليهم⁴، في وقت ينظر فيه المجتمع نظرة اللارضاء لأية مبالغ تتجه لهذه الأبنية، إذ يفضل أن تتجه إلى مشروعات إنتاجية بدلاً من التوجه لإيواء من خرجوا على أحكام القانون.

ومن هذا المنظور يعد الاكتظاظ من أبرز المشاكل التي يواجهها كل من القائمين على إدارة المؤسسات العقابية والقائمين على وضع وتنفيذ البرامج الإصلاحية بها والقائمين على وضع وتنفيذ السياسات الاقتصادية في الدول المختلفة، فهو يؤدي إلى عجز القائمين على إدارة السجون عن توفير المتطلبات اللازمة لإدارتها على الوجه الأكمل، كما يلقي على عاتقهم مزيداً من الأعباء بدرجة قد تؤدي إلى إعاقة تحقيق أهداف العقوبة وأغراضها، ويؤدي الاكتظاظ أيضاً إلى عجز القائمين على وضع وتنفيذ السياسات الاقتصادية في الدول المختلفة عن توفير الإمكانيات المالية اللازمة لإدارة السجون، كما يؤدي أيضاً إلى إلقاء أعباء اقتصادية متزايدة على الاقتصاد القومي للدول، حيث ينتج عن العجز عن توفير الاعتمادات المالية اللازمة لإدارة السجون عجز القائمين على وضع وتنفيذ البرامج الإصلاحية عن توفير المتطلبات المادية والبشرية اللازمة لإعداد وتنفيذ تلك البرامج، وهو ما يحيد بها-السجون- عن طريق الفاعلية والنجاح ويتجه بها صوب طريق الفشل.

و فشل البرامج الإصلاحية للمحكوم عليهم بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدة في الوصول لأهدافها وأهمها إصلاح المحكوم عليهم وتأهيلهم للاندماج في النسيج الاجتماعي، سيجعل من هؤلاء نبراساً للسجناء المحكوم عليهم بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة ممن لديهم استعداداً إجرامياً، كما سيؤدي اختلاط السجناء ممن لا يتوافر لديهم خطورة إجرامية أو تتوافر لديهم قدراً محدوداً منها مع غيرهم من عتاة المجرمين الذين تتوافر لديهم درجة عالية من الخطورة والخبرة الإجرامية إلى أن يسير السجناء حديثي المعرفة بدرب الجريمة بخطوات ثابتة وسريعة نحو إجرام أكثر خطورة، ومما يزيد من رسوخ تلك الخطوات وسرعتها هو انعدام الوازع الخلقي والديني في نفوسهم⁵، ولعل الجدول الآتي⁶ يبرز لنا فكرة ولو بسيطة عن هذه الظاهرة مع الأخذ بعين الاعتبار بأن المقاييس التي تعتمدها إدارة السجون في تحديد الحيز الذي يحق لكل سجين تظل دون ما تمليه القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء.

¹ - أحمد عوض بلال ، علم العقاب، الطبعة الأولى، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1983-1984 ص:184.

² - J. Jaques Verin Qlo, *Recherche de vrais substitués à l'emprisonnement*, Revue science criminelle, 1985, p: 399.

³ - جاسم محمد راشد الخديج، مرجع سابق، ص: 87.

⁴ - حسني عبد الحميد، مرجع سابق، ص: 123.

⁵ - أيمن رمضان الزيني، مرجع سابق، ص: 112 و 113.

⁶ - أنظر التقرير السنوي للمرصد الوطني المغربي للسجون: السجن، المواطنة وحقوق الإنسان، سنة 2011 - 2012، ص: 61 وما بعدها.

المؤسسة السجنية	عدد السجناء	الطاقة الاستيعابية	نسبة الاكتظاظ
عين قادوس فاس	1968	900	118,67%
السجن المحلي بالعيون	441	350	26,00%
السجن المحلي بانزكان	535	500	7,00%
السجن المحلي بابت ملول	3493	2600	34,35%
السجن المحلي عين السبع	7834	5000	56,68%
مركز الاصلاح والتأهيل البيضاء	763	600	27,17%
السجن المحلي بالجديدة	1380	900	53,33%
السجن المحلي بتزيت	465	210	121,43%
ملحقة السجن المحلي بتزيت بكلميم	46	30	53,33%
السجن المحلي بالقصر الكبير	167	144	15,97%
السجن المحلي بطنجة	2653	1600	65,81%
السجن المحلي بالعرائش	364	250	45,60%
السجن المحلي بتطوان	22,45	1750	28,29%
السجن المحلي بزاو	1016	500	103,20%
السجن المحلي بالنظور	1016	840	20,95%
السجن المحلي بوجدة	1132	800	41,50%
السجن المحلي بابن احمد	450	426	5,63%
السجن المحلي بوركايز بفاس	1533	1400	9,50%
السجن المحلي بصفرو	156	150	4,00%
السجن المحلي بتازة	874	700	24,86%
السجن المحلي ببني ملال	1787	1400	27,64%
السجن المحلي بأزيلال	622	522	19,16%
السجن المحلي بالحسيمة	400	350	14,29%
السجن الفلاحي أو طيطه 2	1761	1616	8,97%
السجن المحلي بخريبكة 2	1287	1200	7,25%
السجن المحلي تولال 1	1462	1400	4,43%
السجن المحلي بالخميسات	465	360	29,17%
السجن المحلي بن سليمان	442	400	10,50%
السجن المحلي بأسفي	1693	1300	30,23%
مركز الاصلاح والتأهيل بسلا	497	400	24,25%
السجن المحلي بسلا 1	3655	3500	4,43%
السجن المحلي بقلعة السراغنة	894	788	13,45%
السجن المحلي بسوق الأربعاء	1431	1000	43,10%
السجن المحلي بالقنيطرة	1874	1200	56,17%
السجن المحلي بمراكش	1877	700	168,14%

لا شك إذن أنه من خلال هذا الجدول قد تبين أن مشكل الاكتظاظ من المنظور الاقتصادي يبقى على رأس المشاكل التي يتكبدتها الاقتصاد القومي للمجتمع من منطلق كون السجن ما هو إلا وسيلة باهضة التكاليف لتحويل الأشرار إلى أشخاص أكثر شرا¹، كما أنه أصبح عبئا ثقيلا على كاهل الدولة نظرا للتكاليف الباهظة التي تنفقها هاته الأخيرة في توفير حاجياته .

فرغم الأزمات التي تشكلها العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة إلا أن جهاز القضاء وكما سبق أن رأينا بات مدمننا عليها، وهاته الوضعية تدعو إلى إعادة النظر في جوهر العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة على وجه الخصوص لمحاولة التقليل من أثارها السلبية التي لا تخدم لا مصلحة المجتمع ولا مصلحة المحكوم عليه مهما كانت الاعتبارات التي تقوم عليها، إذ تبين من خلال ما سبق أن أثار العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وهي أثار متعددة و متنوعة لا تقف عند فترة تنفيذها بل تمتد في الزمن لتنزل بثقلها على كاهل المحكوم عليه وتحول بينه وبين عودته للحياة الشخصية الطبيعية والحياة المدنية وعلى الخصوص حياته العملية باعتبارها مورد رزقه وضمائنه الأساسية من العود إلى الإجرام. ناهيك عن الآثار الاقتصادية المختلفة التي ترهق خزينة الدولة. ترى إذن كيف السبيل لتجاوز كل هاته الآثار والمساوئ التي تخلفها العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة؟

¹- بوجمعة الزناكي، مرجع سابق، ص: 90.

الفرع الثاني: آليات تجاوز أزمة العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة

لقد أعلن الكثير من الباحثين والمتخصصين في علم العقاب عن أن فشل العقوبة الحبسية القصيرة المدة في الوقاية من الجريمة، وفشل السجن في مهمة التأهيل والإصلاح والتدريب والتربية والوقاية من الجريمة، وإخفاق السجن وحده كنظام عقابي في الحد من تنامي الجريمة والعودة إليها، كان ذلك نتيجة لأبحاثهم وتجاربهم الميدانية، ونتيجة لمعطيات وحقائق علمية ثابتة مستخرجة من الواقع المعاش، ولعل إعلان هذا الفشل لم يكن يهدف المطالبة بإلغاء السجون أو إلغاء عقوبة السجن كلية كما قد يتبادر للذهن، بل كان ذلك من أجل المطالبة بإجراء تغييرات مناسبة في نظام السجون، وعندما نقول النظام نعني بذلك النظام الكلي للسجن كمؤسسة إصلاحية، وبالتحديد المطالبة بإجراء تغييرات مناسبة في النظام العقابي ككل، وفي نظام القضاء الجنائي – العدالة الجنائية – من جهة، وإعادة النظر في الهدف الأساسي للسجن وفي فكرة وجوه التاهيل والتهذيب والإصلاح الاجتماعي، وبخاصة إعادة النظر في مبدأ وفكرة الحد من تفاقم الجريمة فقط بمجرد إصدار أحكام سجنية من جهة أخرى¹.

وعليه فلقد أدت كل تلك المطالبات فعلاً إلى خلق بعض التدابير البديلة للعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة خصوصاً، وخلق بعض الإصلاحات في نظام السجون ونظام العدالة الجنائية ككل.

يبدو مما سلف ذكره أن عدة مشاكل يمكن أن تنجم عن العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة، إذ تترك هذه العقوبة جوانب وأثار سلبية بالنسبة للفرد والأسرة والمجتمع، لذا يبدو عدم كفايتها للإصلاح- وأثار سلبية أخرى بالنسبة للاقتصاد القومي للدولة. ولعل أبرز هذه الحلول والآليات نجد أولاً: إقرار بدائل محل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة (مبحث أول) وثانياً الاعتماد على سياسة الإصلاح وإعادة الإدماج بالنسبة لهذا النوع الأخير من العقوبات (مبحث ثاني).

المبحث الأول: إقرار بدائل للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة

لقد برز فكر توفيق في السياسة العقابية² في شأن العقوبات السالبة للحرية وخاصة القصيرة المدة منها والتي تتصل بحالات الإجرام متوسط الخطورة، فلا يتجاوز ذلك إلى حد المناداة بإلغائها ولا يبقى أسيراً لها فيقبلها لحالها دونما تعديل، فهو اتجاه يعمل على التقليل بقدر الإمكان من مساوئ هذه العقوبات والتخفيف من أثارها السلبية، لذا فقد دعا هذا الاتجاه إلى استعمال العديد من البدائل العقابية التي تحل محل العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة متى كانت ظروف الجريمة وشخصية المجرم توجب ذلك، فإن رأيت المحكمة أن هذا البديل لا يجدي في مواجهة حالة إجرامية معينة كان لها أن تقضي بالعقوبة السالبة للحرية رغم قصر مدتها، فهذه البدائل من قبيل نظم المعاملة العقابية التفرديّة المقررة تشريعياً لتكون بين يدي جهاز القضاء³، إن شاء أعملها إذا استدعت ظروف الجريمة ذلك وإن شاء قضى بالعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة، هذا الاتجاه التوفيقى الجديد رآه بعض الفقه⁴ فرصة جيدة لإعمال الفقه الإسلامى للمدونات التشريعية العقابية العالمية⁵. ولعل البحث عن بدائل للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة يجد مصدره بالأساس في عدم قدرة السجن على تحقيق الإصلاح الحقيقي والفعلي للمحكوم عليه، وعدم تمكنه من استعادة عضويته الكاملة في المجتمع بكل مقوماتها⁶، فجميع الصفات التي يحتاج لها الفرد لكي يضمن اندماجه الاجتماعي تها وتندثر في السجن، ناهيك عن عملية الوصم الاجتماعي التي يتعرض لها المحكوم عليه بمجرد مغادرته لذلك الفضاء السجني، فكيف لنا إذن أن نطالب بإصلاح حاله وهو محروم من كل مقومات الاندماج الاجتماعي⁷. ولتفادي هذه المشاكل وجعل المحكوم عليه يحتفظ بكل أوضاعه الاجتماعية وبكل مكتسباته وروابطه تم الاهتداء إلى العقوبات البديلة التي يحق لنا التساؤل عن ذاتيتها (مطلب أول) ثم عن دواعي فرضها وقيودها (مطلب ثاني).

المطلب الأول: ذاتية بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة

اتجهت السياسة الجنائية الحديثة في معظم بلدان العالم إلى الأخذ بنظام العقوبات البديلة، وقد دأبت الأمم المتحدة منذ بداية تأسيسها على عقد العديد من المؤتمرات حول منع الجريمة ومعالجة أسبابها، وأجريت العديد من الدراسات والأبحاث والممارسات الوطنية والمهنية في جميع أنحاء العالم، وفي وقت اتخذت فيه الكثير من المشاكل المعاصرة بما في ذلك الجريمة بعدا عالميا، أصبحت هذه المؤتمرات تكتسي أهمية خاصة، وهو ما جعل من التعاون الدولي يعطى أولوية عاجلة⁸، ولم تأت الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة لوضع الخطوط التوجيهية الدولية للعدالة الجنائية من فراغ.

وإذا ثبت ماسبق فإن الحديث عن ذاتية بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة يعد الركيزة الأساسية لتحديد تعريف متكامل لها مع تحديد المبادئ التي تقوم عليها (فقرة أولى) ثم تمييزها عن بعض النظم المشابهة لها (فقرة ثانية).

¹ احسن طالب، مرجع سابق، ص: 147.

² عبد الرحيم صديقي، الغرض المعاصر للعقوبة، مرجع سابق، ص: 133 وما بعدها. راجع أيضاً: فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص: 67-80.

³ خوري عمر، مرجع سابق، ص: 583.

⁴ حسني عبد الحميد، مرجع سابق، ص: 137 وما بعدها.

⁵ وذلك على اعتبار أن الفقه الإسلامى كان سابقاً لإعمال بدائل العقوبات السالبة للحرية في شريعتنا الإسلامية (الدية، التعويض).

⁶ ومن أجل هذا فقد أشار مؤتمر الأمم المتحدة الثاني لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين الذي عقد في لندن سنة 1960، إلى أهمية تكريس البدائل عندما قرر أن الإلغاء الكامل لعقوبة الحبس ذي المدة القصيرة غير ممكن التحقيق عملياً، ولا سبيل إلى حل المشكلة على نحو واقعي إلا بالتقليل من حالات تطبيق هذه العقوبة، حيث لا يكون ثمة مقتضى لها. علي عبد القادر القهوجي، وفتوح عبد الله الشاذلي، علم الإجرام والعقاب، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1998، ص: 403.

⁷ مكي الدين أمزازي، جدوى إيجاد بدائل للعقوبات الحبسية القصيرة المدة، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، عدد 17 يناير 1984، ص: 61 وما بعدها.

⁸ Enquête sur les alternatives à l'emprisonnement, au sein des états de l'Europe, conseil quaker pour les affaires Européennes, www.qcea.org/upcontent/uplads/2011/06/rprt-alternatives.fr-juin2011.pdf date d'accès au site : 24/11/2014 à 12:00Pm

الفقرة الأولى: بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة: مفهومها ومبادئها

إن إقرار بدائل العقوبات سواء أكان ذلك على المستوى التنظيمي أو على مستوى المؤسسات العقابية، سيكون عوناً على المحكوم عليهم بالعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة في المجتمع وتقديم كافة أشكال الرعاية المختلفة لهم اجتماعياً، نفسياً، وطبيعياً، بدلاً من تأثرهم بالعقوبة الإجرامية وحرمانهم من الوظيفة في الدراسة، لكن كل هذا يدفعنا للتساؤل عن مفهوم هذه البدائل (أولاً) وماهي المبادئ التي تقوم عليها (ثانياً).

أولاً: مفهوم بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة

البدائل لغة مجموع بدل، و بدل الشيء هو غيره و الأصل في الإبدال جعل الشيء مكان شيء آخر¹.

أما بدائل العقوبات من حيث مفهومها المصطلحي فهي تتضمن مصطلحين اثنين هما العقوبات من جهة وبدائلها من جهة أخرى، فالبدائل يقصد بها الإجراء المماثل والمعوّض والمقابل لإجراء ما، أما العقوبة فيقصد بها المدة الزمنية الحبسية أو السجنية المحكوم بها على مرتكب الفعل الجرمي، أو الغرامة المحكوم بها إذا كان الفعل المرتكب لا يعاقب إلا بغرامة إضافة إلى العقوبة الحبسية أو بغرامة عوض العقوبة الحبسية على حسب ما ورد في مضمون الفعل التشريعي المعاقب، لذا فإن بدائل العقوبات يقصد بها عموماً التدابير البديلة التي يتم بفضلها استبدال العقوبة الحبسية واعتبارها كبديل وذلك تجنباً لإقرار المتابعة أو إيداع المتهم في حالة اعتقال وإخضاعه للسجن وتقييد حريته، فهي بذلك إجراء بديل لعملية الوضع بالمؤسسة السجنية².

أما فقهاء³ فبدائل العقوبات يقصد بها مجموعة من الإجراءات والوسائل التي تحل محل العقوبة في مواجهة الجريمة نظراً لعدم إمكان صمود العقوبة أمام النشاط المتزايد للمجرمين، كما يقصد بها التدابير والإجراءات البديلة للعقوبة الحبسية والتي تخضع أساساً للسلطة التقديرية للجهة القضائية الباتة في الملف.

وهكذا تعتبر البدائل في مجال علم العقاب بمثابة وضع حلول عقابية بديلة للعقوبات التقليدية⁴، فهي في غالب الأحيان بمثابة عقوبات تعي لتحل محل العقوبات السالبة للحرية المقررة أصلاً لجريمة ما، سواء أكان ذلك قبل الحكم بالعقوبة الأصلية أو بعد الحكم بها، وذلك إما لتعذر تنفيذ تلك العقوبة البديلة نظراً لحالة المجرم الشخصية بغض النظر عن نوع الجريمة⁵، على اعتبار أنها تقوم بأدوار هامة تكمن في مساعدة المحكوم عليهم على تخطي كل العقبات التي تنتج عن تسجيلها- العقوبة البديلة- في السجل العدلي نحو الاندماج الاجتماعي، وبفضلها أيضاً يستطيع المحكوم عليهم الخضوع للنظام الجنائي وتنفيذ الحكم الصادر في حقهم داخل المجتمع بمعنى احتفاظهم بكل مقومات الاندماج الاجتماعي وروابطه الأسرية والمهنية، وعلى الخصوص احتفاظهم بعملهم الذي يعتبر في حقيقة الأمر جوهر كل الحقوق، وبالتالي فعند انتهاءهم من تنفيذ تلك العقوبة البديلة سوف لن يشعروا بالإحباط في عزمهم ماداموا محتفظين بكامل عضويتهم في المجتمع وهذه ميزة لا يستفيد منها عادة خريجو السجون الذين يعانون دائماً من أزمة الجنوح⁶.

وبناء على ما سبق يمكن القول أن بدائل عقوبة السجن هي تلك العقوبات أو التدابير التي تكفل صيانة شخصية الجاني من الآثار السلبية للسجن والتي قد تترتب دون أن يكون ثمة مبرر للإصرار على هذه العقوبة استناداً إلى أساس علمي سليم.

وأن الاتجاه إلى البحث عن بدائل لعقوبة السجن لم ينشأ في معزل عن التطور الشامل للقانون الجنائي، ذلك التطور الذي كان نتيجة جهود علماء الفكر الجنائي للبحث في شتى مناحي العلوم الجنائية الأصلية والمساعدة.

فلقد كان من بين النتائج الإيجابية التي أسفر عنها ذلك التطور تأكيد أهمية العناية بشخصية الجاني إلى جانب العناية بالجريمة كواقعة قانونية بعد أن نالت هاته الأخيرة عناية فائقة من جانب الفكر الجنائي دون أن تحظى الأولى بمثل هذه العناية⁷.

وبذلك فقد اتسم القانون الجنائي الحديث بالصيغتين المادية التي تعني بالجرم والشخصية التي تعني بالجاني، حتى يمكن تحقيق أهدافه التي يأتي في مقدمتها تحقيق الردع الخاص والردع العام وتأمين سلامة وأمن المجتمع عن طريق اقتلاع الجريمة من جذورها وإصلاح شخصية الجاني والعمل على إعادته إلى المجتمع كعضو صالح وذلك كله على أسس علمية وواقعية.

وفي الأخير لا يسعنا إلا القول أن نظام العقوبات البديلة ما هو إلا وسيلة لتفريد العقاب، يتمتع في ظلها القضاء بحرية مطلقة أحياناً وبحرية نسبية أو تضيق أحياناً أخرى أثناء إجراء عملية الاستبدال العقابي.

إذن إذا كانت تلك هي بدائل العقوبات الحبسية القصيرة المدة من حيث مفهومها فما هي المبادئ التي تقوم عليها؟

ثانياً: المبادئ التي تقوم عليها بدائل العقوبات

تشابه المبادئ التي تركز عليها بدائل العقوبات السالبة للحرية إلى حد ما مع المبادئ التي تعتمد عليها العقوبات السالبة للحرية عموماً والقصيرة المدة على وجه الخصوص⁸ ولعل أهم تلك المبادئ يتجلى فيما يلي:

* الشرعية: وتعني أن بدائل العقوبات الحبسية القصيرة المدة لا تنقرر إلا بموجب نص تشريعي يحدد نوعها ومدتها، وبالتالي فإنه لا يجوز توقيع أي بديل على شخص من الأشخاص، إلا إذا كان القانون هو الذي قرر ذلك للفعل أو الترك الذي أتاه⁹، وتستفاد هذه الخاصية من الفصل 3 من القانون الجنائي المغربي الذي يمنع مؤاخذة الشخص على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقرها القانون، وكل ذلك وكما هو ظاهر يهدف إلى ضمان حقوق الأفراد¹⁰ ويمنع

97. مضواح بن محمد آل مضواح ، بدائل العقوبات السالبة للحرية ، مفهومها وفلسفتها ، ندوة بدائل العقوبات السالبة للحرية بالتعاون مع إدارة السجون الجزائرية ، الجمهورية الجزائرية / الجزائر ، 2012/12.10 ، ص: 5.

2- رياضي عبد الغاني، بدائل العقوبات في القانون المغربي والقانون المقارن وأفاقها المستقبلية، سلسلة الأجهزة القضائية، الجزء الخامس، طبعة 2009، ص: 94.

3- أحمد طه محمد، مرجع سابق، ص: 321.

4- مصطفى مداح، الوضع العقابي القائم، العقوبات السالبة للحرية وسياسة الإصلاح وإعادة الإدماج، ندوة السياسة الجنائية بالمغرب واقع وأفاق، مجلد II وزارة العدل، 2004 ، ص: 71.

5- أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دون دار النشر، طبعة 1965 ، ص: 133.

6- محمد بن جلون، السجل العدلي وإشكالية حقوق الإنسان، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، الرباط أكادال، السنة الجامعية 2001-2002، ص: 270.

7- حسني عبد الحميد، مرجع سابق، ص: 137.

8- العلي عبد الواحد، مرجع سابق، ص: 380.

9- حيث أن هذا المبدأ هو مبدأ دستوري وعالمي نصت عليه العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية وللمزيد من التفصيل بخصوص هذا المبدأ راجع:

A. SOUMBOVE, POLITIQUE CRIMINELLE CONGOLAISE archives de politiques criminelles 14, éditions A. Pedone, p: 160. Ahmed Fathi Sorour, Les orientation actuelles de La politique criminelle des pays Arabes, Archives de politique criminelle , v 2, Edition A. Pedome, France, p: 177.

10- عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص: 117.

جور القضاة وتعسفهم، إذ يترتب على هذا المبدأ أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعقوبة لم يقرها القانون صراحة لجزر النشاط المتابع عنه قياساً على معاقبة المشرع لفعل آخر مشابه للذي أتاه المتابع، كما لا يجوز له – القاضي – أن يقضي بغير العقوبة التي قررها المشرع للفعل أو الترك مهما بلغ في فداحته وجسامته ومهما ظهر للقاضي من تفاهة العقوبة المقررة لجزره وعدم تناسبها مع خطورته¹، والشريعة الإسلامية هي الأخرى كانت سبابة لاعتمادها على هذا المبدأ وذلك منذ مدة تزيد على ثلاثة عشرة قرناً حيث جاءت بها نصوص القرآن ومنها قوله تعالى²: "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا"، "وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أممها رسولا يتلو عليهم آياتنا"، "لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل"، وبهذا تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية التي لم تعرف هذه القاعدة إلا في أعقاب القرن 18م، حيث أدخلت في التشريع الفرنسي كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية وقررت لأول مرة في إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة 1789، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسي إلى غيره من التشريعات الوضعية³.

وعليه فإذا كان المفهوم التقليدي لشرعية التجريم والعقاب يقتضي أن يتم تحديد السلوك المجرم والنص على عقوبة محددة لمقتطف هذا الجرم، إلا أن جانب من الفقه⁴ يرى أنه بالنسبة للجرائم القليلة الخطورة فإن مفهوم الشرعية يجب أن يصير أكثر مرونة⁵ بحيث يتم النص على عقوبة محددة لكل نمط سلوكي، ويمنح المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تحديد نمط ومقدار العقوبة البديلة التي تناسب كل حالة، ويستعين القاضي في هذا الصدد بمبلغ الحالة الذي يتم إعداده بمعرفة خبراء متخصصين لكل حالة، فمفهوم شرعية العقوبة في هذه الحالة يجب أن يتخذ مفهوماً متسع الأفق لا يتم فيه تحديد عقوبة محددة لكل جريمة، بعد أن تبث فشل هذا النظام في إصلاح الجاني وتأهيله لإعادة الاندماج في النسيج الاجتماعي، بل فشل حتى في تحقيق الردع بمفهومه العام والخاص، فلا اعتبارات تتعلق بالعدالة وفعالية العقوبة في إصلاح الجاني وتأهيله لإعادة الاندماج في المجتمع من جديد، فإن تحديد نوع العقوبة ومقدارها ومدتها يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في ضوء دراسته لملف حالة الجاني، والعقوبة البديلة من هذا المنظور تتفق مع قواعد العدالة في جانبين:

الأول: تناسبها مع جسامته الجرم المرتكب نظراً لقلّة جسامته خطورته.

الثاني: مراعاتها لشخصية الجاني وظروف ارتكابه لجريمته وفعاليتها في إصلاحه وتأهيله.

➤ القضائية: وتعني عدم جواز عقاب أي فرد إلا بموجب حكم قضائي، ووفقاً للإجراءات والشروط التي ينص عليها التشريع⁶، وتحقق قضائية العقوبة البديلة ضماناً هاماً للجاني وهي عدم الحكم بأية عقوبة عليه إلا بموجب محاكمة عادلة، يمكنه من خلالها إبداء أوجه دفاعه وإثبات براءته إذا ما كان لها محل، وتنفيذ أدلة الاتهام الموجهة إليه وتحديد الأسباب والدوافع الكامنة وراء ارتكابه لجريمته والتي يمكن أن تكون محل اعتبار سواء عند تحديد القاضي لنوع العقوبة البديلة أو مدتها⁷.

فبدائل العقوبات يتوافر لها ما يتوافر للعقوبات السالبة للحرية من ضمانات عدم الحكم بها إلا بموجب حكم قضائي، ولكنها تتميز عنها بعدالتها وفعاليتها في إصلاح الجاني وتأهيله لإعادة اندماجه في النسيج الاجتماعي مرة أخرى وتحقيق الردع بنوعيه، إضافة إلى تجنب المحكوم عليه وأفراد أسرته وعائلته والاقتصاد القومي للمجتمع الآثار السلبية الكثيرة للعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة.

➤ الشخصية: ومفاد هذا المبدأ أن العقوبة البديلة لا يمكن أن تطال أو تلحق إلا من ارتكب الجريمة وحكم عليه بها بمقتضى حكم قضائي وحده دون غيره من أفراد عائلته⁸.

وتحقيق العقوبات البديلة لهذا المبدأ يفوق بمراحل عديدة تحقيق العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة له، ويقول في ذلك بعض الفقه⁹ أن مسألة تحقيق العقوبة السالبة للحرية لمبدأ شخصية العقوبة محل شك وذلك للآثار السلبية العديدة لتلك العقوبة والتي لا يقتصر مداها ونطاقها على المحكوم عليه بل تتخطاه لتصل لأفراد أسرته وعائلته، بل قد تصل إلى كل من تربطه به علاقة أو أية صلة اجتماعية أخرى حتى ولو لم تتعدى نطاق الصداقة، فتشعب وتعدد الآثار السلبية لتلك العقوبة وامتداد مداها ونطاقها ليطول من لم يكن شريكاً في الجرم يدحض القول بشخصية العقوبة السالبة للحرية، أما بدائل العقوبات فهي تحقق بكفاءة وفعالية عالية مبدأ شخصية العقوبة نظراً لأنها لا تطال بأنوارها إلا الجاني، أما مساسها بأسرته وعائلته والاقتصاد القومي فيبقى في أضيق نطاق.

الفقرة الثانية: بدائل العقوبات والنظم المشابهة لها

كثيرة هي الأنظمة المشابهة لنظام بدائل العقوبات، فعلى سبيل المثال هناك نظام التدابير الاحترازية وهناك نظام العفو وهناك بدائل الدعوى الجنائية... إلا أننا سنقتصر في حديثنا في إطار هذه الفقرة على نظام واحد ألا وهو بدائل الدعوى العمومية¹⁰.

فإذا كانت بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة تعتبر تلك الجزاءات التي يضعها المشرع أمام القاضي لكي تحل بصفة ذاتية أو موازية محل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وتفترض صدور حكم من القضاء ومثله اتخاذ الإجراءات الجنائية اللازمة لصدوره، فإن بدائل الدعوى العمومية¹ تفترض عدم اتخاذ الإجراء الجنائي وتعتبر آخر الابتعاد عن الطريق الجنائي، فهي تعتبر سبباً لانقضاء الدعوى الجنائية بحيث لا يكون هناك محلاً للسير فيها.

¹ -محمد صبيح نجم، شرح قانون العقوبات الأردني، القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، منشورات الجامعة الأردنية، طبعة أولى، عمان، 1988، ص: 44.

² -سورة الإسراء، الآية: 15 وسورة القصص الآية 59 وسورة النساء، الآية: 16.

³ -عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص: 118.

⁴ -أيمن رمضان الزيني، مرجع سابق، ص: 171.

⁵ -ولا شك أن نظرية الشريعة الإسلامية في تطبيق المبدأ (الشرعية) أكثر دقة ومرونة وأقرب إلى حاجات الجماعة وأكفل بحماية الأمن والنظام، كما أن فيها العلاج الناجح لما ظهر من عيوب في تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم (ويتجلى ذلك خصوصاً في جرائم التعازير) للمزيد من المعلومات في هذه النقطة انظر المرجع السابق لعبد القادر عودة، ص: 161-163.

⁶ -محمود نجيب حسين، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة 1992، ص: 124. أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، م، ص: 257. حامد راشد، دروس في شرح النظرية العامة للعقوبة، دون دار النشر، 1991، ص: 141.

⁷ -أيمن رمضان الزيني، مرجع سابق، ص: 172.

⁸ -العلي عبد الواحد، مرجع سابق، ص: 381.

⁹ -أيمن رمضان الزيني، مرجع سابق، ص: 173.

¹⁰ -وأحيلكم في ذلك على مرجع عبد الرحمن الملياني، بدائل الدعوى العمومية في السياسة الجنائية الحديثة، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم الجنائية السنة الجامعية، 2004-2005. انظر أيضاً الموقع الإلكتروني التالي <http://www.justice.gov.ma/ar> الوسائل البديلة لحل النزاعات في المغرب 10/12/2012 14:20 PM.

فقد ظهرت الوسائل البديلة لحل المنازعات أو بدائل الدعوى العمومية كنتاج لعدم فعالية الجهاز القضائي التقليدي في حسم القضايا الجنائية، فإذا كانت ممارسة الدعوى الجنائية تفترض المرور بمراحلها الإجرائية، فهذه الوسائل البديلة المختلفة حسب البعض² تستهدف بالدرجة الأولى اختصار هذه الإجراءات الشكلية أملا في زيادة فعالية العدالة في إنجاز القضايا، وإن كانت من أهم أهداف الوسائل البديلة وهو إصلاح الجاني وتعاون كافة قطاعات الدولة في مكافحة الجرائم إلى جانب القطاع الجنائي لتحقيق هذا الهدف، حيث أن مسألة مكافحة الإجرام لم تعد قاصرة على القطاع الجنائي وحده³، وإنما يضاف إليه المجتمع المدني ومؤسساته.

وكذلك من أهداف هذه الوسائل البديلة هو البحث عن أسباب النزاع وبذل الجهد للقضاء على مسبباته في المستقبل مثل نظام الوساطة الجنائية والصالح، التسوية الودية والسند التنفيذي... الخ، وبالطبع فمن أهداف هذه البدائل هو تخفيف العبء عن كاهل أجهزة العدالة الجنائية⁴ كما تعتبر الوسائل البديلة في الواقع مقارنة عملية لفض النزاعات الجنائية التي تتميز بقلّة شكلية ومحدودية الخصومة فيها وغلبة الجانب التعاقدي عليها، وبذلك فهي تشكل اليوم من جملة من الإجراءات المستحدثة المتميزة والمختلفة عن الإجراءات الجنائية التقليدية والمكملة لها في نفس الوقت.

وبناء على ما سبق يمكن القول أنه إن كانت بدائل العقوبات السالبة للحرية هي تلك الجزاءات أو التدابير الأخرى التي يضعها المشرع أمام القاضي لكي تحل بصفة ذاتية أو موازية محل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة، فإنها تفترض إذن اتخاذ الإجراءات الجنائية وصدر حكم من القضاء ولكن بدلا من صدور هذا الحكم بعقوبة سالبة للحرية فإنه يصدر بعقوبة أو تدبير آخر لا ينطوي على سلب حرية المحكوم عليه، أما بدائل الدعوى العمومية فإنها تفترض عدم اتخاذ الإجراءات الجنائية وتعتبر آخر الابتعاد تماما عن الطريق الجنائي، ولعل أهم الأمثلة على ذلك الصلح الجنائي⁵، فهذه البدائل اذن تعد سببا لانقضاء الدعوى الجنائية بحيث لا يكون هناك محلا للسير فيها.

وعموما فإننا نجد أن هذين النظامين وإن اشتركا في بعض الأسباب المؤدية إليهما - ولعل أكثرها عموما واحتمالا فشل النظام الجنائي في مكافحة الظاهرة الإجرامية - فإنهما يفترقان من حيث تفصيل هذه الأسباب، فبدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة برزت بسبب الآثار الفردية الاجتماعية والاقتصادية السيئة التي تترتب على تنفيذها، أما بدائل الدعوى العمومية فيرجع ظهورها إلى ثبوت عدم فاعلية الإجراءات الجنائية وضرورة إدخال الضحية كعنصر فاعل في الإجراء المتخذ ضد الجاني⁶.

ويستفاد من ذلك أن بدائل الدعوى العمومية أكثر اتساعا وعمومية من بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة⁷، فهذه الأخيرة تنصب على عقوبة محددة وتنتج إلى استبعادها أما بدائل الدعوى فإنها تفترض تجنب الإجراءات الجنائية كلة وبالتالي تجنب الجاني صعوبة هذا الإجراء وتأخذ بيد ضحية الجريمة الذي أصبح من الاهتمامات الرئيسية للسياسة الجنائية المعاصرة⁸.

المطلب الثاني: دواعي فرض البدائل وقيودها

أسباب كثيرة أدت إلى البحث عن بدائل للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة (فقرة أولى) وقيود متعددة لفرضها - البدائل - كان لا بد من تحديدها من أجل أن تفي بالغرض الذي فرضت من أجله (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: دواعي فرض البدائل

إذا كنا قد توصلنا سابقا إلى أن العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة لها عدة مساوئ وآثار سلبية إن على المستوى الفردي الاجتماعي أو الاقتصادي، فإننا من منطلق ذلك سنحاول تحديد دواعي البحث عن بدائل لها وذلك من خلال النقاط التالية:

* إن بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة تحول غالبا دون الوقوع في الآثار السلبية التي تنتج عن اختلاط السجناء مع بعضهم البعض وانتقال الخبرات السلبية بينهم أثناء فترة الحكم أو التوقيف⁹.

* تعمل البدائل أيضا على المحافظة على وجود مخالفتي القانون ضمن مجتمعهم الأصلي وبالتالي تحول دون وجود أعباء على الأسر التي يزج أبناءها وأربابها في مؤسسات الإصلاح.

* تحد من الآثار النفسية¹⁰ للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة والتي يكون لها أثرا كبيرا في الحد من حقدتهم على المجتمع.

* يتم استثمار طاقات المحكومين بالعقوبات البديلة في نشاطات ذات آثار اقتصادية واجتماعية نافعة لهم وللمجتمع¹¹.

* تزيد بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة أيضا من تفاعل المحكومين مع المجتمعات وبالتالي فهي تعتبر برامج علاجية إصلاحية تأهيلية وذاتية.

* العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة لا تكفي لتحقيق إصلاح المجرم فلا هي تكفي لردعه ولا هي تصلح لتقويمه وتعليمه وتهذيبه¹².

¹- pour plus d'information voir , Nour-Eddine Toujani, Modes alternatifs de règlement des conflits et l'accès et la justice, ministère de la justice, Les modes alternatifs de règlement des litiges publications de l'association de diffusion des données juridiques et judiciaires, Collection conférences et journées d'études n°2, op.cit., P: 95 et les pages suivit .

²- أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، 2005، ص: 10 وما بعدها.

³- أحمد فتحي سرور، بدائل الدعوى الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة، عدد 53/1983، ص: 242.

⁴- عبد الجليل الفيداني، بدائل الدعوى العمومية وبدائل العقوبات السالبة للحرية، ندوة السياسة الجنائية واقع وآفاق مكناس، المجلد الأول، مرجع سابق، ص: 73.

⁵- وقد نص على هذا الإجراء المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية في إطار الفصل 41.

⁶- K. Medjaoui, L'injonction pénal et la médiation pénal, tableau comparatif critique, Revue science criminel, 1996, p: 828 et les pages suivit.

انظر أيضا مقال علي عدنان الفيل، بدائل إجراءات الدعوى الجنائية، الأحداث التونسية، عدد 20/2007، ص: 195 وما بعدها.

⁷- جاسم محمد راشد الخديج، مرجع سابق، ص: 116 و 117.

⁸- عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة 1998، ص: 226، وما بعدها.

⁹- علي عبد القادر القهوجي، وفتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص: 400.

¹⁰- أيمن رمضان الزيني، مرجع سابق، ص: 43.

¹¹ وذلك يبرز بالخصوص حين يحكم على الجاني بأدائه لعمل لفائدة المصلحة العامة كبديل عن العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة.

¹²- أحمد فتحي سرور، الاختبار القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص: 13.

* تساهم في تخفيف العبء الذي يتحمل كاهل الدولة نظرا للتكاليف المالية الباهظة التي تنفقها خزينة الدولة في توفير حاجيات المؤسسات العقابية من مسيرين وموظفين مدربين، وإعالة نزلائها وكسوتهم وتمريضهم وغير ذلك.

* تحول دون تعرض المحكوم عليه للاتصال بالمجرمين الخطرين الذين يلقنوه مالا يعرفه من تعاليم الإجرام وأساليب الجريمة التي تخفى عليه.

* يمكن الاستفادة من الأشخاص الذين خضعوا للأحكام البديلة في إعادة تثقيف وتأهيل غيرهم بعد نجاحهم في تنفيذ العقوبات التي تفرض عليهم.

* انتفاء هيبة السجن لدى الإنسان وتزايد الشعور بالبطالة وعدم وجود العمل مما ولد لديه الرغبة في اللجوء للجريمة لتأمين بعض احتياجاته.

* البدائل العقابية تبقى حلا مناسباً حسب البعض لمواجهة ظاهرة الاعتياد على الإجرام¹.

وأخيراً فلا يسعنا إلا أن نشير إلى أن الأسباب والدواعي التي استند إليها أنصار ثبوت وتأكيد عدم جدوى ونجاعة العقوبات التقليدية للسجن في إصلاح الجناة² إذ أنها عديمة المفعول ولا تساهم في تطبيق أي برنامج للإصلاح والتأهيل كما أنها تعد من معوقات إعادة الإدماج- هي أسباب كثيرة يصعب حصرها وكلها تصلح لاعتمادها كمبررات من أجل البحث عن بدائل لتلك العقوبات، وذلك طبعاً بشروط معينة تقيد سلطة القاضي الزجري في اختيارها بغية أن تحقق فعالية كبيرة في إصلاح المحكوم عليه وتأهيله.

الفقرة الثانية: قيود فرض البدائل

شروط عديدة عملت على تحديدها العديد من الهيئات والفعاليات الحقوقية والدولية³، تتعلق بكون أنه قبل فرض العقوبات البديلة يجب أن تكون تلك الشروط محددة وذلك حتى تفي بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة بالغرض الذي فرضت من أجله، ومن هذه الشروط أو القيود على سبيل المثال لا الحصر نذكر ما يلي:

المنطقية: أي أن بديل العقوبة الذي يفرض يجب أن يتحلل بالمنطقية حين فرضه، بمعنى أنه يجب أن يكون ذو أثر فعال وأن يكون قابلاً للتطبيق، إذ لا يمكن فرض أي بديل يكون فوق طاقة المحكوم عليه أو يتطلب منه معجزة لتحقيقه.

من أجل ذلك فقد تحدث جانب من الفقه⁴ على أنه لإقرار بدائل العقوبات لا بد من وجود طلب من المتهم شخصياً أو بواسطة دفاعه، يحدد فيه بدقة نوعية البديل المقترح وأسبابه وتبعده الكتابي بالتقيد به وتعويزه للضحية عن الأضرار التي لحقت به، وفي حالة عدم وجود ذلك الطلب فإن هناك قيوداً أخرى هو القبول أي أنه لا بد أن يقبل المحكوم عليه فرض البدائل عليه وإلا فإنه لن يكون راضياً عن تنفيذها وهذا الأمر يستلزم بالطبع اعتراف المتهم⁵ بالمنسوب إليه وهذا قيد آخر. ونجد أيضاً قيد الحيادية، حيث يجب أن يكون الحكم حياً غير محكوم بمصلحة من يفرضه وأن تكون الفائدة منه ذات أبعاد متعددة منها ما يتعلق بالمحكوم نفسه، ومنها ما يتعلق بالمتضرر أو المجتمع.

وهنا لا بأس من الإشارة إلى أن الفعل موضوع المتابعة يجب أن يكون جنحة ضبطية مع الأخذ بعين الاعتبار من حيث تقدير نوعية الفعل المرتكب لنوعية الأضرار الحاصلة، على اعتبار أن الأضرار وقيمتها هي السند في تطبيق مسطرة البدائل وليست العبرة بالتكييف القانوني للفعل المرتكب⁶. كما يجب أن تتمتع بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة بمستوى يحترم النظم والثقافة والقوانين السائدة وأن لا تتجاوزها أو تتعدى عليها لأن من شأن ذلك أن يخرجها من الهدف الذي من أجله فرضت⁷.

وبشكل التناسب قيوداً أخرى، ونعني به تناسب بديل العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة مع الجرم المرتكب- جنحة ضبطية- لأن ذلك التناسب هو شرط ضروري لنجاح البديل في تحقيق الهدف المتوخى منه، فكلما كان مناسباً كلما كان أثره أكثر فعالية في نفس المحكوم عليه. إضافة إلى الاستعداد للتنفيذ: أي أن يكون المحكوم عليه بها مستعداً لتنفيذها وأن يعلم أن هذا النوع من الإجراءات القانونية قد فرض لحمايته من مساوئ العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة، ناهيك عن تحمله. المحكوم عليه. لمسؤولية أعماله. وأخيراً فإنه يجب ألا تكون هناك متابعة سابقة في حق المتهم أو أية متابعة من أجل أفعال أخرى.

وعليه فالهدف المنشود من وراء فرض هاته القيود⁸، هو التمييز بين أنواع القضايا المدرجة أمام العدالة التي تكون قابلة شكلاً وموضوعاً لإقرار مسطرة البدائل وبين القضايا التي تخرج عن هذا النطاق، علماً بأن هاته القيود هي بطبيعتها القانونية قيود ملزمة وتطبق بشكل جماعي وموحد، بحيث أنه في حالة انتفاء أي قيد منها لا تطبق مسطرة البدائل على النازلة. فطلب المعنى بالأمر الرامي إلى المطالبة بتطبيق مسطرة البدائل هو المدخل الرئيسي لهاته المسطرة ويقصد به بيان الاستعداد النفسي للمطالب من أجل تطبيق مسطرة البدائل في حقه ورغبته في إصلاح الأضرار الناتجة عن الأفعال المرتكبة من قبله وندمه عليها ورغبته في تقديم عمل أو خدمة أو أي شيء من شأنه التعبير بواسطته عن رغبته في إصلاح سلوكياته وإصلاح الأضرار والمصالحة مع الضحية والمجتمع، علماً أن عملية الموافقة على البديل المقترح يقصد بها أن السلطة القضائية بإمكانها أن تبادر تلقائياً على حسب وضعية الملف باقتراح بديل معين يكون لفائدة جميع أطراف النازلة. أما الاعتراف الوارد من قبل المتهم بالأفعال المنسوبة إليه فهو يعد جوهر مسطرة البدائل كتعويض عن العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة بحيث أنه من دون هذا البديل فإن مصير المتهم سيكون حتماً المتابعة والاعتقال بالمؤسسة السجنية، في حين أن البدائل مقررّة أصلاً للحيلولة دون اللجوء إلى هاته الإجراءات التي تقيد حرية المتهم.

وعموماً فإذا قامت السلطة التي أمّرت باتخاذ نوع معين من البدائل بتحديد الشروط الواجب التقيد بها من قبل الشخص المقرر في حقه، فإنه يتعين عليها في المقابل مراعاة- جهد المستطاع- المصلحة العامة للمجتمع ومصالح كل من المتهم والضحية وبشكل تبعي لا يتضرر معه أي من هاته الأطراف الثلاث، إذ يتعين قبل تحديد شروط بدائل العقوبات إفساح المجال للمتهم المتخذ في حقه البديل من أجل التعبير شفويّاً أو كتابياً عن وجهة نظره واقتراحاته حول هاته الشروط التي يتعين عليه

¹ - عبد الرحيم صديقي، علم العقاب، مرجع سابق، ص: 276.

² - حسن بن فلاح، العقوبات البديلة، التقرير التمهيدي للدورة الدراسية- دور عقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة، مرجع سابق، ص: 3.

³ - موسى الصافي، مرجع سابق، ص: 77 و 78.

⁴ - رياضي عبد الغاني، بدائل العقوبات، مرجع سابق ص: 96.

⁵ - للمزيد من المعلومات بخصوص هذه النقطة راجع: مراد أحمد فلاح العبادي، اعتراف المتهم وأثره في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص: 10-20.

⁶ - رياضي عبد الغاني، بدائل العقوبات، مرجع سابق، ص: 96.

⁷ - موسى الصافي، مرجع سابق، ص: 78.

⁸ - رياضي عبد الغاني، بدائل العقوبات، مرجع سابق، ص: 96.

احترامها أثناء مرحلة التطبيق على أرض الواقع، وتخضع الشروط المقيدة لتطبيق بدائل العقوبات بصفة مستمرة إلى إمكانية تعديلها من قبل السلطات الأمرة بها ووفقا لسلطتها التقديرية، وذلك رغبة في ملاءمتها مع ظروف المتهم وإمكاناته الشخصية والمادية¹.
وخلاصة القول فإنه إذا كانت بدائل العقوبات السالبة للحرية تساهم إلى حد ما في تجاوز أزمة العقاب فإنه إلى جانب هاته البدائل ارتأينا أن الاعتماد على سياسة الإصلاح وإعادة الإدماج هي أيضا مسألة من شأنها الحد من تفاقم أزمة العقاب.

المبحث الثاني: الاعتماد على سياسة الإصلاح وإعادة الإدماج

بعد أن كانت العقوبة غاية بحد ذاتها عمدت الدول بتأثير من المصلحين الاجتماعيين والعلماء الجنائيين الذين برزت كتاباتهم منذ أوائل القرن الثامن عشر وتبلورت بعد ذلك بقرن ونيف، إلى الاهتمام بإحداث برامج تربوية وإصلاحية في المؤسسات العقابية من سجون وإصلاحيات ودور تأديب انطلاقا من فرض أن إعادة إدماج وتأهيل المجرم اجتماعيا ومهنيا وثقافيا كفيل بجعله مواطنا صالحا يبتعد عن مهاوي الإجرام بعد إطلاق سراحه وعودته إلى المجتمع² عنصرا صالحا.

وعلى هذا الأساس فإن أساليب المعاملة والرعاية المطبقة داخل السجون تهدف إلى إصلاح وتهذيب وعلاج المنحرفين وإعادة إدماجهم في النسيج الاجتماعي، وقد اختلفت كثير من التشريعات في استعمال لفظ معين للدلالة على طرق ووسائل معاملة الأشخاص المحكومين، حيث استعمل المشرع المغربي³ تعبير "تربية المعتقلين" التي تشمل جميع مظاهر الإصلاح كالتهذيب، التكوين المهني، التربية الدينية، المساعدة الاجتماعية وغيرها⁴.

ومن هنا إذن يمكن القول أنه إذا كان نجاح العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في أداء وظيفتها رهينا بمدى استجابة المحكوم عليه لبرامج التأهيل والتهذيب أثناء تنفيذها، فإن السؤال الذي أصبح يفرض نفسه أكثر من أي وقت مضى يبقى مطروحا بالنسبة لمدة هذه العقوبة، فهل تفسح المجال لتطبيق البرامج التأهيلية والتأهيلية الإصلاحية التي يتوخاها الغرض من العقوبة السالبة للحرية؟.

وعلى هذا الأساس فلمعالجة هذا المبحث ارتأينا تناوله من خلال مطلبين الأول: نتطرق فيه للدور الإصلاحي والتأهيلي للمؤسسات العقابية أما الثاني فستحدث فيه عن دور عملية الإدماج بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبات قصيرة المدة في حل أزمة العقاب.

المطلب الأول: الدور الإصلاحي والتأهيلي للمؤسسات السجنية

فبعد النظرة الإشمئزازية الضيقة التي كان ينظر بها المجتمع المدني إلى السجين والتي كانت تنم عن التهميش واللامبالاة، تغيرت هذه النظرة اليوم وأصبح المجتمع المدني بما فيه من جمعيات حقوقية ومنظمات غير حكومية ومختلف الفاعلين الاجتماعيين، ينظرون إلى السجين بأنه شخص بحاجة إلى الرعاية والعناية ليعود لمجتمعه سليما وصالحا، وفي نفس الوقت تحولت وظيفة السجن⁵ من مؤسسة عقابية هدفها عقاب المجرمين إلى مؤسسة إصلاحية تهدف إلى تقويم اعوجاجهم، وذلك من خلال إعداد برامج تربوية تثقيفية وتكوينية (فقرة أولى) إلا أن ذلك لا يتحقق في بعض الأحيان نظرا للعقوبات القائمة أمام عملية التأهيل والإصلاح تلك (فقرة ثانية)، وذلك تحقيقا للفلسفة التقيويمية العلاجية التي باتت تسعى إليها مديرية إدارة السجون وإعادة الإدماج، وتماشيا مع أهدافها وتوجهاتها الرامية إلى إصلاح وتأهيل نزلاء السجون

الفقرة الأولى: مجال التربية والتأهيل:

لقد أصبحت مديرية السجون بالمغرب ابتداء من عهد الاستقلال⁶ تقوم بدور طلائعي في الميدان الإصلاحي والاجتماعي⁷، وكان ذلك نتيجة حتمية لمدى التطور الذي عرفته مديرية السجون في المغرب في شتى مجالات اختصاصاتها وتنظيماتها.

فإذا كان الدور الإصلاحي والاجتماعي الذي تقوم به مديرية السجون يحتل مرتبة عليا ويكُنُّ له المسؤولون اهتماما كبيرا، فما ذلك إلا نتيجة حتمية للهدف الرئيسي الذي تعمل المؤسسات الإصلاحية من أجل تحقيقه ألا وهو إصلاح السجناء وتأهيلهم وتهذيبهم، وبذلك أصبحت المؤسسات العقابية تعتبر بمثابة مؤسسات إصلاحية واجتماعية، وأصبح بالتالي أطرها يعتبرون بمثابة مربون ومرشدون اجتماعيون يهدفون من وراء القيام بمهامهم أولا وقبل كل شيء إلى مد يد المساعدة للسجناء بجميع فئاتهم وأصنافهم، وذلك حتى يمكنهم من إعادة تكييف حياتهم من جديد بما فيه الصالح الخاص والعام⁸.

¹ - هذا ما جاءت به قواعد مينا للأمم المتحدة المنظمة للإجراءات الوقائية لضمان حرية الأشخاص (قواعد طوكيو) المتبناة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها، عدد 10/45 وبتاريخ ديسمبر 1990، للمزيد من التفصيل، راجع راضي عبد الغاني، بدائل العقوبات، مرجع سابق، ص: 140.

² - مصطفى العوجي، الاتجاهات الحديثة للوقاية من الجريمة، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، دون طبعة، ص: 18.
³ - وفي هذا الإطار فإن المغرب عبر الملتقيات الدولية تبني عدة مواثيق وتعهدات واتفاقيات في مجال الإصلاح وحقوق الإنسان من أجل سيادة الإنسان والحفاظ على كرامته ونبذ كل ما يتعلق بالأشياء المهيينة والحاطة بكرامة الإنسان لترسيخ مفهوم الديمقراطية ودولة الحق والقانون.

⁴ - أحمد مفتاح البقالي، مؤسسة السجون بالمغرب، منشورات عكاظ، 1985، ص: 321.
⁵ Simone Buffard, Le froid pénitentiaire «l' impossible réforme des pusos, esprit, France, p: 185.

⁶ - ففي عهد الحماية لم يكن هناك أدنى اهتمام بتأهيل وتكوين وتهذيب المعتقلين وذلك لانعدام أورش التأهيل المهني داخل السجون وعدم السماح للمعتقلين بمتابعة تعليمهم في مراحلهم المختلفة كما أن التوجيه الديني والتهذيب الخلقي لم يكن لهما شأن يذكر داخل المؤسسات السجنية في هذه الفترة، كما لم تهتم السلطات السجنية في عهد الحماية بملاحقة السجناء ورعايته بعد الانتهاء من تنفيذ عقوبته ومغادرته السجن نهائيا، كما كانت السجون في هاته الفترة تعرف كثيرا من التجاوزات الإدارية ونقص في أطر التسيير والإشراف من موظفين وحراس ومربين ومرشدين إلخ...

للمزيد من التفصيل في هاته النقطة أنظر: أحمد مفتاح البقالي، مرجع سابق ص: 388 و 389.
⁷ - وذلك نظرا لكونها- مديرية السجون- بالنسبة للإصلاح الإداري أصبحت مستقلة عن وزارة العدل ماديا كما أصبحت تتمتع بالشخصية المعنوية، الأمر الذي فسح لها مجال العمل والابتكار والمبادرة في ميدان التسيير الإداري والإصلاح الاجتماعي....

⁸ - راضي عبد الغاني، تنفيذ العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية، سلسلة الأجهزة القضائية، العدد السادس، طبعة أولى 2009، ص: 226.

فأهم ما يمكن أن تقدمه مديرية السجون للمحكوم عليهم في مجال التربية والتأهيل وهم في عقر الدار، والذي يمكن أن يساعدهم على إدراك ما فات أو نسي، أو التعويض عن ما قصر منهم من التوعية العقلية والفكرية والمهنية، أو الإفصاح عن ملكاتهم الخفية بالتعبير والإبداع والتنفيس عن النفس والذات من أجل الخروج من القوقعة المسودة أو الكهف المظلم، نجد¹: التعليم (أولاً)، التكوين المهني (ثانياً)، الوعظ والإرشاد الديني (ثالثاً) والتنشيط الفني والثقافي والرياضي (رابعاً).

أولاً: التعليم

يعد التعليم من أهم أساليب المعاملة العقابية التي تسهم في تحقيق الغرض الأول من الجزاء الجنائي وهو التأهيل والإصلاح، فهو يحقق للفوائد كثيرة في تنمية إمكاناته الذهنية والفكرية، ويعينه على فهم الأمور وتقدير عواقبها، وبالتالي تهذيب الميل الإجرامي وإضعافه لدى النزول الذي يغرس فيه احترام القيم الاجتماعية والخلقية ليصبح أكثر انسجاماً مع المجتمع².

فالإقبال على التعليم في جميع مراحله أمر ضروري ومفيد، والمديرية في هذا الشأن قد فتحت في جميع المؤسسات السجنية والإصلاحية أقسام تعليمية متوفرة على كل الإمكانيات اللازمة، بحيث أن الدراسة بالسجن لا تختلف بتاتا عن البرامج المخططة لوزارة التربية الوطنية خارج السجن³.

ومن خلال النتائج المحصل عليها في كل السنوات الدراسية، يتضح أن المؤسسات السجنية قد ساهمت بشكل جيد في الدور الإصلاحي والتربوي بشكل فعال، حيث يظل الأمل سائرا في الحصول على شهادات التعليم الوطنية التي تفتح لهم مجال المتابعة الدراسية أو البحث عن الشغل عند الإفراج. وفي هذا الإطار أخذت كل المؤسسات السجنية والإصلاحية على عاتقها فرض مفهوم إجبارية محو الأمية أمام النزلاء الذين لا يفقهون شيئا، أو أميين بالطبيعة نظرا للظروف الحياتية والمعيشية التي كانوا عليها فساقطهم إلى الانحراف جاهلين كل فرص التعليم أو أنهم كانوا متسكعين هاربين من الدراسة، وذلك تماشيا مع ما أقرته بعض العهود والمواثيق الدولية بهذا الخصوص⁴.

وعليه فقد فتحت كل المؤسسات السجنية بفضل أطرها التربوية أقسام لمحو الأمية، هادفة بذلك تهذيب وتأهيل المنحرفين في اتجاه يسهل إعادة إدماجهم، بحيث تصبح القراءة والكتابة حافزا أساسيا نحو المزيد من المجهود للحصول على أعلى مستوى من التعليم في جميع المراحل الدراسية⁵.

ثانياً: التكوين المهني

من خلال هذا الأسلوب تعمل مديرية إدارة السجون على إلحاق عدد من المعتقلين بالمعامل والأوراش التابعة لها، قصد تعلم حرفة يستطيع بها المعتقل بعد الإفراج عنه الاندماج في المجتمع، كما أنها - إدارة السجون - أنشأت في نطاق التكوين المهني مراكز للتكوين في الخياطة بكل من القنيطرة والصويرة تبلغ مدة الدراسة بها سنتين إلى ثلاث سنوات⁶ ويشرف عليها معلمون من وزارة الشغل والتكوين المهني⁷.

ويتم تسليم الشواهد المهنية للناجحين معترفا بها وموقعة من طرف مكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل⁸، وكل ذلك من أجل توفير أية وسيلة تساعد السجناء على بناء حياة شريفة بعد الإفراج عنهم، يكون فيها الصالح الخاص لأنفسهم والعام للمجتمع.

على اعتبار أن برامج التكوين المهني تهيء للنزلاء فرصة العمل المناسب بعد إطلاق سراحه، فيستطيع أن يحقق مطالبه بالطرق القانونية المشروعة، إضافة إلى أن مثل هاته البرامج كفيلة بإقرار نوع من الانضباط والنظام بالفضاءات السجنية، وأيضا كفيلة بالقضاء على مشكلة الملل من طول وقت الفراغ⁹.

ثالثاً: الوعظ والإرشاد الديني

إن العناية والتوجيه الديني داخل المؤسسات السجنية تحظى بقبول ونصيب وافر لما لها من آثار في نفوس النزلاء، وهذه ميزة جميلة وفطرية، بحيث تلقى الدروس في الوعظ والإرشاد من قبل الفقهاء والعلماء والمرشدين التابعين لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، كما يتم تشجيع حفظة القرآن وترشيح حفظته

1- محمد أزيزي، مرجع سابق، ص 62-67.

2- مصطفى دحام، التعليم والتكوين كوسيلة للاندماج والوقاية من الانحراف، مجلة إدماج، ع 7 / 2004، ص: 14.

3- وفي هذا الإطار فهناك من يرى أن حركة التعليم تسهم في مقاومة الجريمة، فمن فتح مدرسة فكأنما أغلق سجنا. للمزيد من التفصيل في هذه النقطة راجع نبيل محمد توفيق السمالوطي، الدراسة العلمية للسلوك الإجرامي، دار الشروق، جدة، دون رقم الطبعة، ص: 243.

4- مصطفى دحام، م.س، ص: 14.

5- محمد أزيزي، مرجع سابق، ص: 64.

6- وهنا تبرز إشكالية مهمة تتعلق بالعقوبات القصيرة المدى ومدى استفادة المحكوم عليهم بها من هذه البرامج، على اعتبار أن جل الدراسات الحديثة في علم العقاب ابانت عن أن هذا النوع من العقوبات لا يكفي لإصلاح الجاني واستفادته من البرامج التربوية، بسبب قصر مدته التي لا تكفي لإعطاء أي تكوين، كما أن السجن يضي قسطا كبيرا من تلك المدة رهن الاعتقال الاحتياطي وما يواكبه من ظروف المحاكمة ومتاعبها النفسية، فتتفقد هذه البرامج يستوجب وقتا لا توفره ع ق م، وهي في حد ذاتها تشبه القراءة في نظر المذنب الخطير المعتاد على تنفيذ العقوبة المتوسطة المدة، فضلا على أن المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة يفقد تدريجيا هذه العقوبة، إذ لا بد من وضع حل لهذه الفئدة من السجناء وأن تقوم مدة التكوين في ظرف لا يتعدى السنة. للمزيد من التفصيل بهذا الخصوص راجع جمال المجاطي، عقوبة العمل لفائدة المنفعة العامة في القانون المغربي، مجلة رحاب المحاكم العدد 8، ص: 47. وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن مدة الدراسة والمستوى الدراسي يختلفان حسب نوع التكوين المهني كما يتضح من الجدول التالي:

نوع التكوين	مدة التكوين (بالسنوات)	المستوى الدراسي
الخياطة	2	شهادة 5 ابتدائية
الرسم المعماري	1	4 ثانوي
الرسم الصناعي	2	" "
الأحذية	2	الشهادة الابتدائية

انظر في ذلك ل: رياضي عبد الغاني، تنفيذ العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية، مرجع سابق، ص: 233-234.

7- وتكوين المعتقلين يشرف عليه موظفون تابعون لمديرية السجون كما يشرف عليه عدد آخر من الموظفين التابعين لوزارة الشغل والتكوين المهني ومديريات من وزارتي الشباب والرياضة والشؤون الاجتماعية والصناعة التقليدية.

8- أما فيما يتعلق بكيفية تنظيم برامج التكوين والاختبارات المتعلقة به أو الترشيح للاختبارات المناسبة لهذا التكوين فإننا نحيلكم على المادتين 122 و 123 من قانون 98-23 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية بالمغرب.

9- مصطفى دحام، م.س، ص: 14.

للاستفادة من العفو الملكي السامي، ولعل الغاية من ذلك هي بعث روح الأمل والتربية الحسنة ورد الثقة إلى النفوس الجانحة، والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حتى يشعر المذنب بعد الثواب بصلاحيته ومسؤولياته نحو أسرته ومجتمعه ووطنه.

رابعا: التنشيط الفني والثقافي والرياضي: إن مجال الترفيه والتنشيط له وقع جيد في نفوس النزلاء، نظرا لما تحمله من فضاءات تنشيطية وترفيهية مختلفة سواء فنية أو ثقافية أو رياضية، أو ما تكنه من فوائد إيجابية على عقلية ونفسية السجناء للخروج من القوقعة الفردية اليائسة المحبوسة بداخلهم، وذلك بالترفيه عن النفس وخلق أجواء من الالتئام والتكيف الجماعي.

وقد خصصت قاعات للندوات والمحاضرات والعروض الفنية وساحات لمزاولة النشاط الرياضي.

وأخيرا وليس بأخير فإنه لا بأس من الإشارة إلى أنه وحسب بعض الإحصائيات¹ أن أكثر من نصف الساكنة السجنية المحكومة تقضي عقوبة تقل عن سنتين وهي تشكل من معتقلين شباب أغلبهم من ذوي الجرائم البسيطة، لئلم كان يتوفر على وضعية قارة قبل دخوله السجن، مما يفيد أن هذه الفئات قابلة للإصلاح وإعادة التربية إذا توفرت لها برامج هادفة وأتيحت لها إمكانية قضاء فترة العقوبة في شروط تضمن لها الكرامة، أي بنسبة 53.24% حسب إحصائيات 2004، أما بالنسبة لإحصائيات سنة 2011.2012 فإن نسبة العقوبات المحددة في سنتين وأقل تمثل ما يقارب 60,17% من الساكنة السجنية². وبالتالي فإن أغلبية المدانين هم من ذوي الجرائم البسيطة الذين يمكن معالجة حالات بعضهم (14.01% محكومين بأقل من 6 أشهر بعقوبات بديلة عن العقوبات السالبة للحرية).

الفقرة الثانية: العقوبات القائمة أمام عملية الإصلاح والتأهيل

إذا تم التسليم بأن السجن يقوم بإصلاح المسجونين من خلال البرامج والأنشطة التي تقدم داخل السجن، فإن هذه الأنشطة تعاني من الكثير من العقبات³، سواء كانت مادية كتوفير البنية التحتية انطلاقا من تصاميم حديثة وعلمية تتناسب مع أهداف عملية الإصلاح والتأهيل خاصة في مجال بناء المؤسسات السجنية، أو تقنية كإعداد الأطر الفنية والمتخصصة لمتابعة برامج التأهيل، بداية بالفحص والإعداد النفسي إلى الرعاية الصحية والاجتماعية، انتهاء إلى سؤال عريض ومهم وهو هل يمكن أن تعمل المؤسسات السجنية على تأهيل منحرف بواسطة حرمانه من حريته وعزله عن المجتمع؟

العقوبات المادية: تواجه المؤسسات السجنية والإصلاحية العديد من العقبات المادية تحول دون تحقيقها للأهداف التي رصدت من أجلها والتي على رأسها إصلاح وتأهيل الجانحين وإعادة إدماجهم في النسيج الاجتماعي.

فمن المعلوم أن الاعتمادات المادية التي تخصصها الدول لتوفير مؤسسات الاعتقال باهضة جدا وذلك لارتباطها بالاستقرار الأمني وضمان إبقاء العناصر الغير مرغوب فيها من طرف المجتمع في معزل عن هذا الأخير، غير أنه إذا كان التصور الذي يحكم توفير هذه المؤسسات قصد جعلها مراكز إصلاح وتأهيل عوض الاكتفاء بدورها بالمنحصر في حرمان الأشخاص من حريتهم فقط، فإن التكاليف المادية تصبح أكثر إلحاحا⁴، ومن ثم فإنه بتغيير الهدف من السجن يجب أن تتغير البنى التحتية أيضا⁵، فالموقع الجغرافي والشكل الهندسي والمرافق والتجهيزات الخاصة بالمؤسسة السجنية أصبحت عناصر أساسية وهامة في انطلاق أية عملية تأهيل أو إصلاح⁶، وبعبارة أخرى فإن الفضاءات السجنية التي كانت متوفرة في ظل المفهوم التقليدي لعقوبة الحرمان من الحرية- العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة- أصبحت متجاوزة وغير قابلة لكي تصبح فضاءات تربية وإصلاحية، وأي إغفال لهذا المعطى سيؤثر حتما على أية عملية إصلاحية أو تأهيلية.

على إثر ما سبق فإن السجن ورغم كل ما يمكن أن يقدمه من برامج وأنشطة فإن تأثيره على النزلاء يبقى قليلا ومحدودا وغير مجدي في إصلاحهم وإعادة إدماجهم أسوأ للمجتمع، لأن وظيفة المؤسسات الإصلاحية في ظل واقع قلة الإمكانيات المادية لا تعدو أن تكون وسيلة للترهيب، وأن اعتماد الأساليب التقييمية الممنهجة سوسيولوجيا تربويا، ثقافيا، تكوينيا، وحقوقيا، يمكن أن تؤدي أكلها إذا ما توفرت للمراكز الإصلاحية الموارد المالية الكافية.

وهذا مع الأسف الشديد ما لا تتوفر عليه المؤسسات العقابية، فكل الإحصائيات تشير إلى أن الميزانية المرسدة لهذه المؤسسات ضعيفة بالمقارنة مع متطلبات الإصلاح وإعادة الإدماج الحقيقي للسجناء⁷.

العقوبات التقنية: عند الحديث عن التأهيل يتجه التفكير مباشرة إلى البرامج المعدة لذلك⁸ والأطر المشرفة على تطبيق هاته البرامج¹، وكل ذلك يجب أن ينطلق من دراسة علمية وميدانية لمعرفة احتياجات الأشخاص موضوع هذه العملية ألا وهم السجناء، لتهيء البرامج الخاصة بهم وتوفير الأطر اللازمة لتطبيقها على أرض الواقع.

¹ تلك الإحصائيات مأخوذة من تقرير خاص بالأوضاع في سجون المملكة المغربية، المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، أبريل 2004، ص: 55، 56 وهي كالتالي:

المحكومين بالشهر	1.184	3.93%
من شهر إلى 6 أشهر	4.218	19.01%
من 6 أشهر إلى سنتين	10.624	35.30%

المركز المغربي للسجون، التقرير السنوي 2011.2012، ص: 29.

عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، مرجع سابق، ص: 68.

⁴ مصطفى دحام، المحور الاجتماعي مجلة إدماج، ع 2/2002، ص: 42.

⁵ أحمد مفتاح البقالي، مرجع سابق، ص: 388.

⁶ تقرير خاص بالأوضاع في السجون 2004، مرجع سابق ص: 50، وقد أشار التقرير إلى أنه نتيجة للاكتظاظ هناك صعوبة إن لم نقل استحالة في تنفيذ برامج إعادة الإدماج والتأهيل الاجتماعي التربوي والمهني.

⁷ كوجيل يونس، المعاملة العقابية بمراكز الإصلاح والتأهيل، دراسة تحليلية نقدية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية، والاجتماعية بفاس، 2008-2009، ص: 66.

⁸ وفي ذلك قد أشار مدراء المؤسسات العقابية العرب في اجتماعهم الأول وذلك بدعوة من المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ومكتبها المتخصص (المكتب العربي لمكافحة الجريمة) بتعاون مع وزارة العمل والشؤون الاجتماعية العراقية وباستضافة الجمهورية العراقية في الفترة ما بين 13.09/11/1981 تحت شعار الإنسان قيمة وهدف كبير ضمن المجتمع، وقد شاركت فيه 12 دولة عربية بالإضافة إلى المغرب كما شارك فيه مسؤولون من الأمم المتحدة (قسم منع الجريمة والعدالة الجنائية) وفي ذلك أشاروا إلى ضرورة بذل الجهود والمساعدات الجادة من أجل توفير جميع مستلزمات البرامج المقررة في المؤسسات الإصلاحية و... للمزيد من التفصيل راجع: رياضي عبد الغاني، تنفيذ العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية، مرجع سابق، ص: 243 و244.

ولتوفير كل ما ذكر تتقاطع مجموعة من التخصصات أهمها علم النفس، علم الاجتماع وعلم التربية، غير أن خبراء هذه العلوم غالبا ما يتم تجاوزهم عند وضع السياسة الجنائية أو العقابية، على اعتبار أن هذا شأن القانونيين والإداريين، كما أن الموظفين والأطر الموكل بهم إدارة المرافق والمؤسسات السجنية غالبا ما يفتقرون لأي تكوين في المجالات المذكورة، بحيث يتم التركيز على دورهم الأمني في سهرهم على تنفيذ العقوبة أكثر من أي دور آخر له بعد تربوي².

العقوبات الواقعية: إذا اعتبرنا التأهيل هو الهدف الأساسي للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة فيجب أن تدور هذه العقوبات مع هذا الهدف وجودا وعدما، غير أن المرشحين غالبا ما يسيرون في نظرتهم للعقاب على غير هذا المنطق، بمعنى أنهم يعاقبون على كثير من الجرائم بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة، في حين أن مرتكبها ليسوا في حاجة إلى تأهيل معين وليست لهم من الخطورة الإجرامية ما يلزم أن نضعهم تحت إشراف المؤسسات العقابية لفترة معينة بهدف تأهيلهم للحياة السوية³، ولعل من بين الجرائم التي يعاقب عليها بمثل تلك العقوبات نجد جرائم الخطأ، الجرائم الاقتصادية، جرائم الرأي والتي كان من الأجدى الاكتفاء فيها بعقوبات أخرى كالعقوبات المالية أو غيرها من العقوبات البديلة.

المطلب الثاني: دور عملية الإدماج في حل أزمة العقاب

إن أزمة العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة تبلورت على الخصوص في انعكاساتها السلبية على حياة السجن وعائلته ومجتمعه من الجوانب النفسية والاجتماعية، فعملية الإدماج تساهم في الحد أو إن صرح القول التخفيف من تلك الانعكاسات، ترى إذن ما مفهوم عملية الإدماج تلك (فقرة أولى) وماذا عن مظاهرها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم عملية الإدماج

عملية الإدماج لها مفهوم واسع وتأثير بالغ في حياة المعتقلين، نظرا لما يحمله هذا المصطلح من معاني وأهداف إنسانية وتربوية وأخلاقية واجتماعية يصبح معها السجن قادرا على التكيف نفسيا واجتماعيا وعمليا في الحياة اليومية العادية، وهذا لن يتأتى إلا بوجود عزيمة قوية وإرادة فعالة لأطر تربوية مؤهلة وبنيات تحتية متوفرة على حرف ومنابت عمل، لكي يمكن معها إدماج السجن كيفما كان مستواه التعليمي والمعرفي وقابليته النفسية والذاتية وسلوكه الأخلاقي والاجتماعي⁴.

والإدماج بهذا المفهوم ممكن وصفه بالاستقامة والتعاون والتضامن والتحكم في الشيء، وهذا يبني أساسا على الأخذ بيد الشخص الجاني نحو الطريق المستقيم الهادف لكي يشق سبيله داخل المجتمع بكل حرية واطمئنان وانتلاف.

فمن الممكن أن تؤدي أية زلة قدم إلى صنع مجرم خطير على المجتمع إذا لم تتوفر الآليات القانونية الكفيلة لإصلاحه وإعادة إدماجه، كما أن وجود سياسة عقابية حكيمة وناجعة قد تمتص سلوكا إجراميا لا ندرك مدى خطورته.

لذلك فقد أصبح المشرع المغربي على غرار بعض التشريعات الأخرى⁵ يركز على مفهوم الإصلاح والإدماج عوضا عن فكرة الزجر، سواء بخصوص الجانحين من الأطفال⁶ في سلك سياسة التدابير الاحترازية واعتبار عقوبة السجن من الاستثناءات وحتى بالنسبة للرشداء، وذلك من خلال مجموعة من الإجراءات والآليات القانونية التي تحمل في طياتها طابعا إنسانيا وناجعا في ذات الوقت، مما يجعل التشريع المغربي مواكبا لركب التشريعات المتقدمة في غمار البحث عن إرساء نوع جديد من العقوبات يقضي خارج السجون⁷.

وهذا ما أكدت عليه توصيات مؤتمر ميلانو المنعقد سنة 1985 في قرارها رقم 16 على أن الجزاءات التي لا تشترط الحبس تمثل طريقة أكثر إنسانية، لتسهيل جهود إعادة الإدماج التي تبذل بشأن الأفراد المحكوم عليهم، كما تشير تلك التوصيات إلى أن مشروع قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث توصي بالعمل إلى أقصى حد ممكن على تلافي الإيداع بالمؤسسات الإصلاحية، وتقرير الأمن العام لبدائل السجن وتدبير إعادة السجناء في المجتمع، إضافة إلى أنه قد جاء في تلك التوصيات مطالبة لجنة منع الجريمة ومكافحتها أن تقوم بدراسة مسألة الجزاءات التي لا تشترط الحبس والتدابير الرامية إلى الإدماج الاجتماعي للمجرمين مع مراعاة جملة من الأمور التي نذكر منها ما يلي:

- لا ينبغي توقيع عقوبة السجن إلا بوصفها عقوبة يلجأ إليها كمالأخبر.
- لا ينبغي في أية حال أن يتعارض استخدام البدائل مع الجهود الرامية إلى إلغاء التجريم والاستغناء عن العقوبة أو تأخير تنفيذها.
- عند الأخذ بالجزاءات التي لا تشترط الحبس ينبغي من حيث المبدأ أن تستخدم كبديل فعلية للسجن وليس بالإضافة إليه إلخ⁸.
- ومن منطلق ما سبق فإن السبيل إلى إرساء مقومات سياسة عقابية ناجعة وأكثر مرونة ومواكبة للمستجدات، يستدعي مكالمة وضع السياسة العقابية القائمة من خلال رصد مواقع الخلل وتجاوز السلبيات التي تعيق أهداف الإصلاح وإعادة الإدماج المنشودة حتى بالنسبة للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة.

الفقرة الثانية: مظاهر إعادة الإدماج

إن التعبير عن حالات الإدماج وأثارها الإيجابية الفعالة في حياة الشخص الجاني المدان ممكن تبيان معالمها في المظاهر التالية¹:

1- أحمد مفتاح البقالي، مرجع سابق، ص: 388.

2- وهذا ما يتعارض مع قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء، راضي عبد الغاني، تنفيذ العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية، مرجع سابق، ص: 244 و 245.

3- انظر في ذلك التقرير الخاص بالأوضاع في السجون 2004، مرجع سابق، ص: 54.

4- محمد أزيزي، مرجع سابق، ص: 196.

5- كاللشريع التونسي، العراقي، الجزائري، انظر في ذلك داود الزنتاني، دور العقوبة البديلة في إصلاح المتهم، مجلة القضاء والتشريع، عدد 8، أكتوبر 2004، ص: 549.

6- للمزيد من التوضيح في هذه النقطة انظر مقال، د. عبد الله بونيت، قضاء الأحداث على ضوء مستجدات المسطرة الجنائية الجديد أي دور في الإصلاح والتأهيل، مجلة رسالة المحاماة، ع 25 / 2005، ص: 31 وما بعدها.

7- كالعامل لفائدة المصلحة العامة وغيره من بدائل العقوبات، للمزيد من التفصيل، أنظر، داود الزنتاني، دور العقوبة البديلة في إصلاح المتهم، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2004، ص: 549.

8- للمزيد من التفصيل انظر، مرجع د: عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، مرجع سابق، ص: 156-159.

■ الإدماج النفسي: فحالة المحكوم عليهم تكون متوترة إلى حد الإحباط والإصابة بالاكتئاب أحيانا، بحيث يصبح كثير الانزواء والانطواء على نفسه، الشيء الذي يستدعي خلق فضاءات ترفيهية متنوعة لإعادة الثقة الكاملة إلى نفسيته حتى يستطيع التكيف والاندماج والانسجام مع الآخر، فشغله الشاغل أن لا يعمل شيئا وأن يظل حبيس الجدران حتى يفرج عنه، لذلك فالجلسات الجماعية والتوعية الدينية وإقامة الندوات والمحاضرات وإعطاء فرص التعبير في الحوار والمناقشات الجماعية والإفصاح عن مكبوتات النفس، هي وسائل حميدة تؤدي إلى التقويم والانضباط والالتزام الشخصي، كما أن دور التمثيل المسرحي وتقنياته وفن الرسم والموسيقى والرياضة الجماعية من المتنفسات التي تخرج الشخص الجانح من محيطه الجزن².

كما أن دور الأخصائي الاجتماعي في هذا المجال مهم جدا داخل المؤسسة، وكذلك الطبيب النفسي الذي عليه أن يشخص الحالات المرضية النفسية وعلاجها³، وأن يوجه الشخص إلى ما يطمئن إليه لتعود إليه الثقة بالنفس والتكيف مع البيئة الداخلية وربط علاقات مع الآخرين مما يزيد اعترازا وقوة وتقديرا لنفسه كما يسهل في عملية الإدماج والتوافق الشخصي في المحيط المحروس.

■ الإدماج الاجتماعي: للزيارة العائلية مكانة خاصة وفائدة عظمى في نفوس المحكوم عليهم وذلك للحفاظ على صلة القرابة والتواصل والاطمئنان الأسري⁴، كما يتم تسهيل إعادة إدماجهم في الوسط المجتمعي في حالة الإفراج ومواءمتهم- المحكوم عليهم بعقوبات حبسية- مع محيطهم المعاش⁵، كما أن تعاطف المجتمع المدني مع هذه الشريحة من المدانين والأخذ بأيديهم وإعطائهم فرص نحو تحسين النفس والذات وتوعيتهم عن أوجه القصور والضعف بما تسمح به الظروف والإمكانات في النشاط الاجتماعي، لبي الوجهة الصحيحة في إعادة الثقة لهم، وأنهم مهما كانوا فيهم من صلب المجتمع لا يمكن الاستغناء عنهم مهما طال بهم الزمن وهم وراء أسوار السجن فهم عائدون لا محالة، لذلك وجب على المجتمع الاعتناء بهم لا تهيمشهم ونسيانهم والسخط عليهم فكما قال الله تعالى في كتابه العزيز "إن تبدو خيرا أو تخفوه أو تعفوا عن سوء فإن الله كان عفوا قديرا"⁶.

وهذا ما أكدته أيضا توصيات مؤتمر ميلانو حينما أكدت على أن مسألة تسهيل عملية الإدماج ومدى نجاح العقوبات البديلة عن السجن رهين بمساهمة المجتمع والمواطنين في إنجاحها لأنها تعتمد أصلا على هذه المساهمة⁷.

■ الإدماج التربوي: إن العمل التربوي له أهمية كبرى وقصوى في التنشئة المعرفية والتعليمية والأخلاقية والأدبية، وفي توعية الشخص الجانح لما عليه من حقوق وواجبات اتجاه نفسه وبيئته ومجتمعه ووطنه.

ودور محو الأمية في هذا الصدد يعد إلزاميا⁸، وذلك قصد تحسين وضعية النزلاء وإعطاء الفرصة للفئات المحرومة قصد الدراسة في إطار التربية غير النظامية، كما أن متابعة الدراسة في جميع مستوياتها لها فائدة عظمى وأثر إيجابية في التنمية الفكرية، والحث على مطالعة الكتب الثقافية والعلمية والتعمق في البحث والدراسة، وكل ذلك هو من بين أسباب التحصيل للاندماج التربوي⁹.

■ الإدماج المهني والتكويني: يعد مجال التكوين المهني مظهرا أساسيا من مظاهر إعادة الإدماج وتأهيل الجانح مهنيا، إذ من خلاله يتمكن المحكوم عليهم من الحصول على شواهد مهنية تؤهلهم لممارسة حرفة معينة في عالم الشغل بكل كفاءة ومهارة¹⁰.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنه بإمكان المحكوم عليه الاشتغال لفائدة الخواص أو لحساب هيئة خاصة، وذلك بناء على امتياز بموجب اتفاقية إدارية تحدد على الخصوص شروط التشغيل والأجر المستحق¹¹، أو إلحاقه بورشات داخلية أو أعمال مهنية تمهده للخروج إلى المجتمع وإعداده لتكون له حياة خاصة يمكن أن يشرف عليها أخصائي اجتماعي في إطار الرعاية اللاحقة¹² لمتابعة ومراقبة الشخص الجانح بعد الإفراج عنه.

وأخيرا وليس بأخير فإنه وفي إطار ما تهدف إليه إدارة السجون وإعادة الإدماج نحو تحسين وضعية المؤسسات السجنية في المغرب منذ أوائل السبعينات فإنه أصبح من اللازم وضع أسس قانونية منظمة، وترسيخ مفهوم الإصلاح وتوفير كل الأطر التربوية الكافية للعمل في اتجاه العناية والتكوين والرعاية اللاحقة، وتحديث السجون وفق مناهج تحفظ كرامة النزلاء وتضبط الأمن والاستقرار، وتعمل على تأهيل وإعادة إدماج السجناء المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية سواء طويلة أو قصيرة المدة لجعلهم صالحين نافعين في المجتمع.

وتأسيسا على ما سبق تجدر الإشارة إلى أنه لا غرو في أن السبيل إلى إرساء مقومات سياسة عقابية ناجعة وأكثر مرونة ومواكبة للمستجدات، يستدعي رصد مواقع الخلل وتجاوز السلبيات التي تعيق تحقيق أهداف الإصلاح وإعادة الإدماج وذلك بوضع نظام قانوني لبدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة في تشريعنا الجنائية.

1- محمد أزيزي، مرجع سابق، ص: 196.

2- مصطفى مداح، مرجع سابق، ص: 258.

3- عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، مرجع سابق، ص: 144.

4- رياضي عبد الغاني، تنفيذ العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية، مرجع سابق، ص: 228.

5- محمد أزيزي، مرجع سابق، ص: 197.

6- سورة النساء، الآية: 149.

7- عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، مرجع سابق، ص: 151.

8- انظر الجدول البياني الذي يبرز مدى نجاح مثل هاته البرامج في الأوساط السجنية من خلال مرجع ذ: رياضي عبد الغاني، تنفيذ العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية، مرجع سابق، ص: 229.

9- محمد أزيزي، مرجع سابق، ص: 199.

10- رياضي عبد الغاني، تنفيذ العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية، مرجع سابق، ص: 233.

11- المادة 40 من قانون 23-98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية بالمغرب.

12- مصطفى مداح، مرجع سابق، ص: 66.

ضوابط سلطة القاضي في تقدير عقوبة الجرائم الجبائية

- دراسة مقارنة -

لبنى مسعيد
طالبة باحثة بجامعة محمد الخامس الرباط -
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا-

المقدمة:

يملك القاضي في المادة الجبائية سلطة تقديرية واسعة في اختيار نوع العقوبة الملائم للجريمة الجبائية وتحديد مداها ، أو استبدالها بأخرى . بيد أن الإسراف في استعمال السلطة التقديرية للقاضي من شأنه أن تتلاشى معه صفة العدل في العقوبة ، وبالتالي يضعف تأثيرها في تحقيق الردع بنوعيه العام والخاص ، بسبب التفاوت الذي يمكن حدوثه في الأحكام بين قاض وآخر عند تحديد العقوبة عن نفس النشاط المجرم ، أو عندما يتعدد المساهمون في الجريمة الضريبية . هذا التفاوت قد ينعكس على مصداقية العدالة الجنائية في الدولة فيقلل من درجة الاحترام والثقة في هذا النظام و من فعالية النظام الجنائي كوسيلة لتحقيق الضبط الاجتماعي.

لذلك كان من الأهمية وضع الضوابط لهذه السلطة حتى تحول دون انحرافها عن مقصدها الأصلي.

المبحث الأول: مدى سلطة القاضي في إختيار العقوبة كماً ونوعاً

يعتمد المشرع عن تجريمه لنشاط معين ضار بالضريبة وتحديد العقوبة الملائمة له على عدة معايير ، تتعلق بأهمية الحق المعتدى عليه ، ومدى تأثير النشاط المرتكب عليه ، وإذا كان المشرع يتولى موضوعي التجريم والعقاب ، فإنه كثيراً ما يترك للقاضي في ضوء الحدود التشريعية تطبيق القانون، ليحدد طبيعة العقوبة، وما إذا كانت ردعية أو تقويمية تبعاً لخطورة المجرم و طبقاً لما تكشف عنه دراسة ظروف كل واقعة على حدى ، فيأخذ بعين الاعتبار كافة العوامل الداخلية والخارجية المسببة لإجرامه من ناحية، وقابلية المجرم أو عدم قابليته للإصلاح والتقويم من ناحية أخرى¹.

ذلك ان تقدير القاضي للعقوبة ليس مطلقاً بل هو محدد ضمن النطاق المحدد لعقوبة كل جريمة على حدى، الذي يتناسب تناسباً اطرادياً مع ما يحدده المشرع من اتساع ثابت أو نسبي للحيز الفاصل بين حدي العقوبة، ومع عدد ما يعينه من أنواع العقوبات لكل جريمة جبائية على سبيل التخيير².

ولهذا الاعتبار يكون التدرج الكمي للعقوبة، والاختيار النوعي لها ضمن نطاقها القانوني هما الوسيطان الرئيسيتان العاديتان لتفريد العقاب القضائي الضريبي، لذلك يطرح تساؤل جدي عن مدى سلطة القاضي في اختيار العقوبة كماً ونوعاً ؟

المطلب الأول: مدى سلطة القاضي في التدرج الكمي للعقوبة

إن سلطة القاضي الضريبي في تحديد العقوبة تتسع وتضيق تبعاً للسياسة المالية للدولة والجنائية للمشرع ، ففي بعض الحالات يحدد المشرع العقوبة على سبيل القطع، وذلك بالنص على عقوبة ذات حد واحد دون أن يترك للقاضي أي قدر من الملاءمة في تحديدها، فهنا نلاحظ أن القاضي لا يمكنه تفريد النص الجنائي تبعاً للوقائع المادية المرتكبة، وتبعاً لشخصية مرتكبها³.

وفي حالات أخرى يفضل نظام التدرج الكمي القضائي للعقوبة المتمثل في تحديد المشرع حدين أعلى وادنى للعقوبات ، وتركه للقاضي سلطة تقدير العقوبة بين هذين الحدين⁴، ويعكس التدرج الكمي للعقوبة الصورة الأساسية لسلطة القاضي التقديرية في تقدير العقوبة وهناك نظامين للتدرج الكمي وهما:

- نظام التدرج الكمي الثابت: ويكون عندما يحدد لها المشرع حدين أعلى وادنى ثابتين⁵.

- نظام التدرج الكمي النسبي: يلزم القاضي بتدريج مقدار العقوبة حسب اثر الضرر المترتب على الجريمة أو قيمة الفائدة التي حصل عليها المجرم منها أو حسب دخله.

الا ان القاضي قد يواجه متغيرات تؤثر في قراره بتخفيف العقوبة أو الاعفاء منها أو تشديدها ، بحيث يسمح له قانوناً عند توافر الظروف أو العذر المخفف أو المعفي منها بالزول بالعقوبة الى ما دون حدها الأدنى المقرر للجريمة أو احلال عقوبة أخرى من نوع اخف محلها أو حتى الاعفاء منها .

الفقرة الأولى : سلطة القاضي في تخفيف العقاب والاعفاء منه

ينص القانون أحياناً على أعذار معينة تكون نتيجة الزام القاضي تخفيض العقوبة أو الإعفاء منها، والأعذار القانونية حالات محددة في القانون على سبيل الحصر، ولا يملك القاضي إزاءها سلطة تقديرية، ويترتب عليها رغم ثبوت الجريمة وقيام المسؤولية الجنائية للمتهم أن يتمتع بالإعفاء الكلي أو الجزئي من العقاب⁶، إلا هذا لا يمنع للقاضي أن يحكم عليه بتدابير الوقاية الشخصية أو العينية .

وبالموازاة مع ذلك منح المشرع للقاضي في جرائم جبائية معينة حق تخفيف العقاب تبعاً لسلطته التقديرية .

¹ د.إهاب عبد المطلب ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2009 ، ص 12.

² د. حسن صادق المصفاوي ، اصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف في الاسكندرية سنة 2007م ، ص 45.

³ الدكتور محمود نصر ، الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، منشأة المعارف في الإسكندرية ، 2004 ، ص 381.

⁴ الدكتور فخري الحديثي ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، المكتبة القانونية . المتني ، ط 2 ، 2007 ، ص 89.

⁵ يسمى النظام التقليدي الفرنسي، ويأخذ به التشريع الفرنسي، البلجيكي، التركي، المغربي

⁶ والأسباب التي تؤدي إلى تخفيض العقاب هي نوعين: النوع الأول: يسمى بالأعذار القانونية (لأنها ذات مصدر قانوني) المخففة أو المخفضة للعقوبة. أما النوع الثاني: فيسمى بالظروف القضائية (لأنها ذات مصدر قضائي) المخففة: أو ظروف التخفيف القضائية .

والفرق بين أعذار التخفيف وبين الظروف القضائية المخففة هو أن تطبيق الأعذار القانونية هو أمر وجوبي: وهذا يعني أن تخفيف العقوبة عند توافر العذر القانوني يكون إلزامياً على القاضي، في حين أن تطبيق الظروف القضائية المخففة لا يكون إلا جوازياً للقاضي يدخل ضمن سلطته التقديرية التي منحه إياها المشرع.

أولاً : أنظمة الظروف القضائية المخففة

لقد منحت السياسة الجنائية الحديثة للقاضي سلطة تقديرية موسعة في تحديد الظروف المخففة بتركه له تحديد هذه الظروف، وسلكت قوانين غير قليلة هذا السبيل، لكن هذا لا يمنع من تشبث شق منها بتقييد السلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال، في حين تمسك شق آخر بالاكْتفاء بذكر الظروف المخففة على سبيل المثال لا الحصر، فأُتاحت بذلك للقاضي التمتع بسلطة نسبية في تحديد هذه الظروف¹، مما أدى إلى ظهور هنالك ثلاثة أنظمة لهذه الظروف وهي:

أ- نظام عدم التعداد القانوني

يطلق عليه بعض الفقه الجزائري "التحديد القضائي للظروف المخففة"، وينبني هذا النظام على أساس أن المشرع لا يحدد الظروف الشخصية أو الموضوعية التي يمكن اعتبارها مخففة بالنسبة للجاني، بل يترك هذا للسلطة القاضي التقديرية الذي عليه أن يجتهد في استظهار هذه الظروف ويعمل سبب أخذها، والملاحظ أن هذا التوجه يتفق مع الدور الاجتماعي الذي تلعبه العقوبة من كونها وسيلة للتفريد القضائي وأداة لتحقيق التجانس والتوافق بين نصوص التشريع وتطور المجتمع دون التضحية بأي من الاعتبارين².

ب- نظام حصر الظروف المخففة

بمقتضى هذه القاعدة ينفرد المشرع وحده بتحديد الظروف المخففة حصراً، بحيث لا يجوز للقاضي تخفيف العقوبة بسبب أي ظرف آخر لم ينص عليه المشرع، ولكن القاضي غير ملزم بتخفيف العقوبة عند توافر أحد تلك الظروف المنصوص عليها، لأن التخفيف جوازي له في مثل هذه الحالة وليس وجوبياً عليه، وهذا ما يميز الظروف المخففة المحددة عن الأعدار القانونية المخففة التي يلتزم القاضي بتخفيف العقوبة حال وجودها³.

ج- النظام المعتدل

نظراً لعيوب كل من السلطة الموسعة والسلطة المقيدة للقاضي في تحديد الظروف المخففة ظهر اتجاه يقوم على التوفيق بين النظامين السابقين ويسمى بالنظام المعتدل أو النظام المختلط، حيث يلجأ المشرع إلى تحديد بعض الظروف المخففة، ومع ذلك يترك للقاضي سلطة تقديرية في استظهار ظروف أخرى يرتبها حسب ظروف اقتراف كل جريمة جنائية على حدى.

ثانياً : ضوابط تطبيق الظروف المخففة القضائية

يمكن تحديد مضمون الأسباب المخففة التقديرية إما على أساس موضوعي يتعلق بمدى جسامته الجريمة الجنائية، وهذا يعني أن القاضي يحدد أسباب التخفيف، وأنه يستخلصها من الظروف الموضوعية التي أحاطت بارتكاب الجريمة، والتي تؤثر على جسامته الجريمة، أو على أساس اعتبارات شخصية لا تتعلق بجسامته الجريمة وإنما تتعلق بظروف الجاني الشخصية، ومدى دلالتها على توافر الخطورة الإجرامية لديه⁴.

وبين هذين الاتجاهين الموضوعي والشخصي نجد اتجاهًا ثالثاً يحدد مضمون الأسباب المخففة على أساس موضوعية وشخصية معاً، ذلك أن الجريمة هي مزيج من عناصر مادية تتعلق بمدى جسامته الضرر، وعناصر معنوية تعكس الخطورة الإجرامية ومدى توفر الإرادة الاثمة، التي يستخلصها القاضي بناءً على وقائع كل جريمة على حدى.

وتتسع سلطة القاضي في منح الأسباب المخففة التقديرية لجميع المجرمين، ولا فرق بين عاندين ومبتدئين، أو بين وطنين أو أجناب.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن الظروف التقديرية أو القضائية هي من الأسباب الشخصية لتخفيف العقاب⁵، لذلك فهي تقدر وتنتج أثرها في التخفيف بالنسبة لكل متهمة ولا يمتد أثرها إلى غيره من باقي المساهمين والمشاركين في الجريمة.

الفقرة الثانية : سلطة القاضي في تشديد العقاب

تعمل كافة التشريعات الجنائية الحديثة على منح القاضي سلطة تشديد العقاب، لكنها تقيد هذه السلطة بضرورة توفر شروط معينة، وسبب هذا التشديد راجع إما إلى خطورة الجريمة المرتكبة أو إلى خطورة المجرم الذي ارتكبها. ومن بين أهم أسباب منح سلطة التشديد هاته نجد العود والتعدد.

أولاً: العود

لما كانت الجريمة في مفهوم الفكر الجنائي التقليدي تتجلى في انتهاك إرادة لقواعد أمن المجتمع، فإنه كان منطقياً اعتبار العود مظهراً لإرادة ائمة، وبالتالي ظرفاً مشدداً للجريمة⁶، يبرر توقيع عقوبة أشد⁷.

ويعرف العود على أنه حالة الجاني الذي يقدم على ارتكاب جريمة أو عدة جرائم جديدة مشابهة لجريمة أو عدة جرائم سبق الحكم عليه بشأنها حكماً حائزاً لقوة الشيء المقضي به، وينتج للقاضي إمكانية تشديد العقوبة عليه أو اتخاذ تدبير من التدابير الوقائية حياله⁸، فعودة المجرم إلى ارتكاب الجرائم دليل على عدم تحقيق الردع الخاص، وقد يشترط أحياناً أن تكون الجريمة الجنائية الجديدة مماثلة للجريمة السابقة ومن نفس طبيعتها ويسمى هذا النوع بالعود الخاص، وفي بعض الأحيان يشترط ألا تتعدى مدة معينة وهو ما يعرف بالعود المؤقت، وأحياناً لا يحدد لها أجل فيكون عوداً دائماً⁹.

¹ محمد أنور حمادة، الحماية الجنائية للأموال العامة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 25.

² د. تامر غزت، الحماية الجنائية للأمن الداخلي، دار النهضة العربية القاهرة 2007 ص 212.

³ محمد أنور حمادة، الحماية الجنائية للأموال العامة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - 2002، ص 34.

⁴ M.CHERIF Bassiouni: INTRODUCTION to international criminal Law – transnational publishers – inc, united states of America- 2003

⁵ نص المشرع المغربي عليها في الفصل 146 ق. ج. م في الفقرة الثانية " وأثار الظروف المخففة شخصية بحتة فلا تخفف العقوبة إلا فيما يخص المحكوم عليه الذي منح التمتع بها".

⁶ لقد تطرق المشرع المغربي للعود واضعاً شروطه في المادة 154 ق. ج. م

⁷ د. أكرم نشأت إبراهيم: الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة- دار ومطابع الشعب- 1965- ص 66.

⁸ إدريس الكربي، السلطة التقديرية للقاضي الجزري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية، 2000-2001، ص 236

⁹ د. عباس أبو شامة- عولمة الجريمة الاقتصادية- الرياض مكتبة فهد الوطنية- 2007- ص 42.

ويعتبر العود ظرفاً مشدداً للعقوبة يتميز بكونه ظرف تشديد شخصي ، فلا يرفع العقوبة إلا على من توافر فيه دون غيره من الفاعلين الأصليين أو المساهمين أو المشاركين¹.

والعود إما أن يكون بسيطاً أو متكرراً وإما اعتياداً على الإجرام الجنائي ، فالعود البسيط هو الذي تتحقق صورته بعودة الجاني إلى ارتكاب جريمة جنائية بعد الحكم عليه نهائياً بالعقاب في جريمته الجنائية الأولى، أما العود المركب فهو الذي يتطلب فيه المشرع - لتحقيقه - عدداً معيناً من السوابق، حكمين أو أكثر بعقوبة معينة عن جرائم معينة، أو غير ذلك من الشروط الإضافية التي تنم عن تخصص الجاني في نوع معين من الجرائم الجنائية و إعتياده عليه و إحترافه له على نحو يستلزم تشديد العقاب على الجريمة الجديدة التي غالباً ما يشترط المشرع فيها أن تكون مماثلة أو مشابهة للجريمة أو الجرائم السابقة، أما الاعتياد على الإجرام فيظهر في حالة الشخص الذي يرتكب جريمة جنائية جديدة وفق الشروط التي يحددها القانون ، بعد سبق الحكم عليه باعتباره عائدأً عوداً مكرراً².

ثانياً: التعدد

يقتضي اعتبار القاضي لوجود ظرف التعدد "اقتراح جريمتين جنائيتين أو أكثر قبل أن يحكم عليه في أي منهما حكماً غير قابل للطعن"³.

وتعدد الجرائم على نوعين وهما :

- التعدد المعنوي أو تزامن الوصف الجنائي، يقصد به ارتكاب المتهم نشاط مجرم واحد ترتبت عليه نتيجة مادية واحدة ولكن هذا النشاط ونتيجته ينطبق عليهما أكثر من نص من نصوص قانون العقوبات وبذلك تكون النتيجة المادية الواحدة محققة اعتداء على نصوص قانونية مختلفة واعتداء على حقوق متعددة يحميها القانون فتكون من الوجهة القانونية نتائج متعددة بعدد الحقوق التي يقع عليها الاعتداء . وهنا يجب على القاضي أن يطبق الوصف القانوني الذي يجب للعقوبة الأشد⁴.

- التعدد الحقيقي أو المادي للجرائم الجنائية ويتحقق عندما يرتكب الشخص جرائم جنائية متعددة في آن واحد، أو في أوقات متوالية دون أن يفصل بينهما حكم غير قابل للطعن⁵، والملاحظ أن هنالك اختلاف بين التشريعات في حدود السلطة المخولة للقاضي في تقدير العقوبة ، حيث تسمح بعضها بتجاوزه الحد الأقصى للعقوبة الأشد، وفي حين تضع أخرى له حداً معيناً لكل نوع من أنواع الجرائم الذي لا يمكنه تجاوزه عند ضم العقوبات⁶.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في اختيار العقوبة نوعاً

إذا كانت التوجهات الفقهية الحديثة اتفقت على ضرورة منح القاضي سلطة تشديد العقاب ، فإن حدود هذه السلطة لم تكن محل إجماع بينها ، "فإن هامل" أسس نظريته على وجوب منح القاضي سلطة الاختيار بين نوعين مختلفين من العقوبة كالحبس والغرامة ليتمكن من ملائمة العقوبات حسب متغيرات ظروف المجرم والجريمة، أما "جارسون" فقد أسس نظرية العقوبات المتوازنة التي تعتمد على وضع مجموعتين من العقوبات، الأولى قاسية، والثانية بسيطة، مع تخويل القاضي سلطة اختيار العقوبة المناسبة في إحدى المجموعتين لكل مجرم⁷، وسنتطرق في هذا المطلب إلى العقوبات التخيرية "الفقرة الأولى"، وبدائل العقوبات "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: العقوبات التخيرية.

يعمل المشرع في بعض الحالات على وضع أكثر من عقوبة لجريمة معينة ويمنح للقاضي سلطة اختيار نوع العقوبة الملائمة تبعاً لظروف ارتكاب الجريمة سواء منها الشخصية المتعلقة بشخص المجرم أو الموضوعية المتعلقة بالوقائع المادية التي احاطت بارتكاب الجريمة .

حيث يمكن للقاضي أن يطبقها مجتمعة، ويمكنه أن يختار من بينها عقوبة واحدة.

أي أن للقاضي حرية كاملة في الحكم بالعقوبة التي يراها مناسبة من بين العقوبات التي رصدها المشرع، والاختيار النوعي للعقوبة يتأرجح حسب الأنظمة القانونية بين الاختيار النوعي الحر، والاختيار النوعي المقيد:

أولاً : نظام العقوبات التخيرية

بمقتضى هذا النظام يتمتع القاضي بحرية اختيار تامة⁸ في الحكم بالعقوبة التي يترتبها من ضمن العقوبات المقررة للجريمة الجنائية سواء أكانت عقوبتين متنوعتين أم أكثر، والقانون لا يلزمه بإتباع أية قاعدة معينة في الاختيار، وإن كانت السياسة الجنائية الحديثة تلمي عليه مراعاة شخصية المجرم وظروفه بما في ذلك الباعث على ارتكاب الجريمة عند اختيار العقوبة الملائمة من بين العقوبات المقررة⁹، أي أن هذا النظام يعرف بأنه هو النظام الذي يترك أمر اختيار الجزاء فيه إلى سلطة القاضي التقديرية مع ما يحمله هذا الموقف من خطورة تكمن في احتمال التعسف في استعمال هذه السلطة¹⁰.

ثانياً : نظام العقوبات التخيرية المقيد

وهو ذلك النظام الذي وضع المشرع ضوابط له والزم القاضي على أعمالها عند اختيار الجزاء، وقد اختلفت القوانين فيه حيث قيده بعضها بالباعث، وبعضها بالملائمة، والبعض الآخر بتوافر شروط معينة أخرى كخطورة الجريمة الجنائية ، أو خطورة المجرم¹¹:

- نظام العقوبات التخيرية المقيدة بالباعث: ويقتضي بتعين المشرع عقوبتين متباينتين على سبيل التخير للجريمة، مع إلزام القاضي أن يحكم بالعقوبة الأشد أو منعه من الحكم بالعقوبة الأخف عندما يكون الباعث على ارتكابها دنيئاً¹².

- نظام العقوبات التخيرية المقيدة بالملائمة: وهي إذا خول القانون للمحكمة سلطة الاختيار بين عقوبة سالبة للحرية وعقوبة الغرامة، فإن المحكمة لا تحكم بالعقوبة السالبة للحرية إلا إذا كان الحكم بالغرامة غير ملائم، والملائمة هي من المعايير العامة الاعتيادية لسلطة التقدير التي يمارسها القاضي في تحديده العقوبة كماً ونوعاً، ومن

¹ د. عوض محمد- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة- دار المطبوعات الجامعية- الاسكندرية- 1985- ص 95.

² مصطفى الجوهري، مرجع سابق، 104، 103.

³ لطيفة المهداتي، حدود سلطة القاضي التقديرية في تفريد الجزاء، طوب بريس، الرباط، 2007، ص 14.

⁴ عبد السلام بنحدو، الوجيز في القانون الجنائي المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية. مراكش، ط 5، 2004، ص 291 بتصرف.

⁵ د. عبد الفتاح مصطفى الصبني ، القاعدة الجنائية ، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر ، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص 291 .

⁶ لطيفة المهداتي ، مرجع سابق ، ص 81

⁷ أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق، ص 106، 108 بتصرف.

⁸ إن القانون الانجليزي يأخذ بأوسع نطاق لنظام العقوبات التخيرية الحرة، وكذلك قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، والقانون السويسري .

⁹ أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق، ص 111

¹⁰ لطيفة المهداتي، مرجع سابق، ص 86

¹¹ نفس المرجع، ص 88

¹² أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق، ص 123

ثم يترتب على القاضي عند حكمه في مثل هذه الجرائم أن لا يفكر في الحكم بالعقوبة السالبة للحرية إلا بعد أن يظهر له عدم ملائمة عقوبة الغرامة للمجرم في ضوء ظروفه الشخصية وظروف جرمته الموضوعية¹.

ونلاحظ من خلال هذه الأنظمة أن عملية تقدير ظروف الفعل المرتكب وشخصية المجرم متروكة للقاضي بحكم سلطته التقديرية، حيث يرجع له في الأخير الدور الحاسم في اختيار العقوبة الملائمة

غير أن الملاحظ أن ترك الحرية وتوسيع مجال التخير قد يحير القاضي ويربكه، بالإضافة إلى ، أنه ممكن أن يكون آلة في يد القضاء لإستعمال الشطط والتعسف في استعمال هذا الحق .

الفقرة الثانية : بدائل العقوبات

امام فشل العقوبات السالبة للحرية في تحقيق الردع بنوعيه العام والخاص عملت الدول على اختلاف انظمتها العقابية ، على إدخال مجموعة من الجزاءات والإجراءات لتحل جزئيا محلها ، على ان لا يتم إستبعاد العقوبة السالبة للحرية ، التي لها مكانة تاريخية واثرا اجتماعي متميز مقارنة بين جميع البات الردع .

ونرى ان من أكثر البدائل فعالية بالنسبة للجرائم الضريبية البسيطة نذكر:

. العمل لفائدة المصلحة العامة: وله مظهرين إيجابيين ، أولا إلزام صاحبه بفعل عمل ما بدل عقوبة السجن، وثانيا الإدماج داخل المجتمع، ويجب أن يحضر الشخص عند النطق بالعقوبة وموافقته على البديل المصرح به في حقه لكون الأشغال الشاقة أصبحت غير قانونية، وهذا يبين أن المدان يعترف بخطئه ويختار عقوبته².

. الغرامة: وهي أكثر العقوبات قابلية للتفريد، فطبيعة عقوبة الغرامة تسمح بإمكانيات كبيرة في تفريدها، أي في توافقها مع ظروف كل مجرم سواء اكان شخصا طبيعيا او اعتباريا، فإذا كان يعاب عليها عدم عدالتها، وأنها عقوبة الأثرياء، فإنه يمكن عن طريق التفريد ملائمة الغرامة لظروف كل مجرم على حدا مع مراعاة خطورة جرمته، وكذلك ظروفه الشخصية والاجتماعية ومركزه الاقتصادي وأعباءه العائلية، فإذا تحقق ذلك تحققت عدالتها وقيمتها العقابية³.

. الوضع تحت المراقبة الالكترونية: ويلتزم المدان الذي وضع تحت المراقبة الالكترونية بعدم التغيب عن منزله أو عن المنطقة المحددة له من طرف القاضي، باستثناء الأوقات التي يشغل فيها أو يتابع فيها تكوينها، كما يمكن منعه من الاتصال مع شركائه في الجريمة أو ارتداد بعض الأمكنة⁴.

المبحث الثاني: ضوابط سلطة القاضي في إختيار العقوبة كماً ونوعاً

إذا تأملنا التشريعات الجنائية نجد أن العقوبة كأثر قانوني للجريمة الجبائية لا تطبق بنفس القدر والنوع عند ارتكاب نفس الجريمة ، وإنما ينبغي لإعمال هذا الأثر القانوني أن تتوافر محددات أخرى تتعلق بشخص الجاني كاهليته الجنائية وخطورته الإجرامية.

ويقضي تحقيق العدالة وجود تناسب دقيق بين درجة جسامة النشاط الجرمي ودرجة الجزاء الجنائي من حيث نوعه ومقداره وأسلوب تنفيذه من جهة، وأن يتناسب هذا الجزاء مع شخصية المجرم وظروفها وبواعثها على الإجرام من جهة أخرى.

وسنتحدث من خلال المطلبين المولين عن الخطورة الإجرامية وعن الضوابط المستمدة من معايير الشخصية للمجرم.

المطلب الأول: الخطورة الإجرامية للمجرم الجبائي

تعد المدرسة الوضعية أول من نادى بضرورة اخذ القاضي لشخصية المجرم بعين الاعتبار عند تقديره للعقاب ، لاختلاف الخطورة الاجرامية من جاني لآخر ، وأنه من غير العدل معاملة الجناة نفس المعاملة العقابية .

وللوقوف على المعنى الدقيق للخطورة الاجرامية للمجرم الجبائي لابد من الحديث عن مفهوم الخطورة الإجرامية للمجرم الجبائي (الفقرة الأولى) وعن خصائص الخطورة الإجرامية للمجرم الجبائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مفهوم الخطورة الإجرامية للمجرم الجبائي

الخطورة الإجرامية هي استعداد يتواجد لدى الشخص بمقتضاه يكون من المحتمل إقدامه على ارتكاب جرائم جبائية مستقبلا، فهي قدرة الشخص على ارتكاب الجرائم، ولذلك فهي حالة يعتد بها القانون في تقدير العقوبة والشكل الذي تكون عليه⁵، أي أنها هي الخطر المنبعث من الشخص الذي يدل على الحالة التي يعيش فيها، ويصبح معها وقوع جريمة في المستقبل منه أمراً محتملاً، فهي احتمال ارتكاب شخص لجريمة في المستقبل.

وستتناول الخطورة الإجرامية من زاويتين، الأولى من خلال خصائصها " الفقرة الأولى "، والثانية من خلال أنواعها وطرق إثباتها " الفقرة الثانية ".

الفقرة الثانية : خصائص الخطورة الإجرامية للمجرم الجبائي

تنطوي كلمة الخطورة على معنى الخطر الذي هو حالة تنذر بوقوع ضرر بالمال الجبائي ، أو تنذر بوقوع أمر غير مشروع له ، وقد يصدر هذا الخطر عن سلوك معين يحدث أثراً أو تغييراً في العالم الخارجي، ومن شأنه أن ينتج ضرراً بالجبائية . كما قد يصدر هذا الخطر عن شخص يعيش في حالة يصبح معها وقوع جريمة جبائية مستقبلية من الشخص ذاته أمراً محتملاً⁶، أي أن الخطورة الإجرامية هي حالة تلحق بالشخص وليس وصفا للجريمة، ويترتب على هذا أن حالة الخطورة الإجرامية لا علاقة لها بإرادة الشخص، ولا بموقفه النفسي من الجريمة، لأنها تنصب على عوامل خارجية عن إرادته، وإن كانت لصيقة بشخصه⁷.

والخطورة الإجرامية كحالة أو صفة يوصف بها الشخص تختلف عن الجريمة كواقعة أو كفعل إرادي يدخل تحت طائلة التجريم، إلا أن هذا لا يعني عدم وجود رابطة بينهما، فمما لا شك فيه أن وقوع الجريمة الجبائية يعد إمارة قوية على توافر الخطورة، وهو بمثابة دليل قوي على وجود الاستعداد الجرمي عند مرتكب الجريمة الجبائية ، مما يدل على وجود خطورة لديه، إلا أن هذا الربط بين الخطورة الإجرامية وهذه الجريمة ليس حتمياً، فارتكاب الجرائم ليس دليلاً مطلقاً على توافر الخطورة⁸.

¹ نفس المرجع، ص 125

² نفس المرجع، ص 75

³ د. صالح عبد الزهرة الحسون، الموسوعة القضائية، دار الرائد العربي، بيروت، 1988، ص 304.

⁴ القاضي عبد الستار الزركان- قانون العقوبات- القسم العام- بين التشريع والقضاء والفقه- المكتبة القانونية- بغداد- 2007- ص 446.

⁵ د. ماهر عبد شوشن الدرة- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- المكتبة القانونية- بغداد- طبعة منقحة- 2007- ص 52 .

⁶ محمد سعيد نمور، دراسة في الخطورة الإجرامية، مجلة متخصصة في البحوث والدراسات مجلة سنوية، العدد: 3، المملكة الأردنية الهاشمية ، ص 10، 11.

⁷ حاتم حسن موسى بكار: سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الإحترازية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان 1999 . ص 155.

⁸ سمير الجزوري: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة بين القانون الإيطالي والقانون المصري، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول مارس 1968 ، المجلد الحادي عشر ص 171.

والخطورة الإجرامية من جانب آخر تقوم على الاحتمال لا على اليقين أو بالإمكان، فالاحتمال هو الضابط في تحديد وجود أو عدم وجود الخطورة الإجرامية لدى الشخص الذي سبق أن ارتكب جريمة¹، ويقصد بالاحتمال كميّار للخطورة الإجرامية دراسة العوامل التي تؤدي إلى إحداث الجريمة الجبائية بالنسبة للمجرم، سواء كانت عوامل ذاتية تتعلق بتكوين المجرم الجبائي، أم عوامل خارجية تتصل بالبيئة الاجتماعية والثقافية، لمعرفة ما إذا كان من شأنها أن تفضي إلى جريمة جبائية يرتكبها في المستقبل².

فالخطورة الإجرامية هي أداة القاضي التي يستعين بها للتحقق من ملاءمة العقوبات والتدابير لإصلاح المجرم وإعادة تأهيله كفرد سوي في المجتمع، فما هي أنواعها؟ وكيف يتعرف القاضي عليها؟ أي كيف يثبت القاضي توفر هذه الخطورة.

أولاً - أنواع الخطورة الإجرامية للمجرم الجبائي

رغم أن الخطورة الإجرامية هي مجرد احتمال لأن يكون الشخص مصدراً للجريمة في المستقبل، إلا أن هذه الخطورة يجب أن تكون ظاهرة حتى يمكن للقاضي أن يستعمل سلطته التقديرية في تكبيف النشاط وتحديد العقوبة الملائمة له. والمجرمون الجبائيون يتفاوتون في درجة الخطورة لدى كل منهم³، حيث أن هناك خطورة تنذر باحتمال وقوع جرائم جسيمة، بالمقابل هناك خطورة تنذر باحتمال وقوع جرائم أقل جسامة هذه من ناحية، ومن ناحية أخرى أن درجة جسامة الخطورة الإجرامية تتمثل في درجة احتمال وقوع الجرائم مستقبلاً من جانب الجاني، فإذا كان احتمال وقوع هذه الجرائم كبيراً كانت خطورته أكثر جسامة.

وتتكشف الخطورة عادة بوقوع الجريمة الجبائية، أي بارتكاب الشخص لجريمة جبائية تنبئ عن خطورته، إلا أن هذا لا يعني دائماً أن ارتكاب الجريمة هو شرط لتوفر الخطورة في الجاني، فهذه الخطورة قد تتوافر حتى قبل ارتكاب صاحبها لأي فعل مخالف للقانون، وتسمى بالخطورة السابقة لوقوع الجريمة⁴.

إن معرفة الخطورة السابقة⁵ على وقوع جريمة يقتضي إجراء فحص علمي مبني على وقائع فعلية، إذ لا يمكن الاعتماد على مجرد الافتراضات أو التكهن، وتثير معرفة الخطورة الإجرامية السابقة على ارتكاب الجريمة إشكالاتاً تتعلق بوسائل اثباتها.

ثانياً - إثبات الخطورة الإجرامية للمجرم الجبائي

يثير إثبات الخطورة الإجرامية للمجرم الجبائي بعض الصعوبات على صعيد التطبيق، ذلك أنها حالة متعلقة بالشخص التي تعدد العوامل المسهمة في تكوينها، فإنه وبحكم كل ذلك يواجه القاضي بعض الصعوبات العلمية في تقديره لإثبات قيام هذه الحالة من عدمها، لذا مكن المشرع القاضي من وسيلتين لتحقيق ذلك :

- يمكن إثبات الخطورة الإجرامية من خلال افتراض وجودها في بعض الحالات، بمجرد ارتكاب الجريمة الجبائية، وعلة افتراض توافر هذه الخطورة الإجرامية هي أن المشرع يقدر بأن الجريمة الجبائية الخطيرة لا يقدم على ارتكابها إلا مجرم خطير، وأن خطورته هذه لا تثير أدنى شك، وينتقد البعض بحق مثل هذا الافتراض ويرون أنه من الملائم في السياسة التشريعية أن يلتزم القاضي بالتحقق من توافر الخطورة الإجرامية في كل حالة على حدى⁶.

- إن اقتراف الشخص الجريمة الجبائية يعد من أهم المحددات التي تثبت وجود الخطورة الإجرامية للجاني، التي تستخلص من طبيعة الفعل ونوعه والوسائل التي استعملت في ارتكابه من ناحية، وجسامة الضرر أو الخطر الناتج عن الفعل، وكذلك من طبيعة القصد الجنائي، وفيما إذا كان عمدياً أم غير عمدي من ناحية أخرى⁷.

المطلب الثاني: المعايير الشخصية للمجرم الجبائي

لا حظ الفقهاء أن المجرم عند ارتكابه الجريمة يكون تحت تأثير ظروف داخلية وخارجية تدفعه إلى ارتكابها. وتتجلى الظروف الشخصية الداخلية في حالته النفسية التي قد تكون غير عادية لعدة أسباب كإفلاس الشخص المعنوي أو مرض الشخص الطبيعي. أما الظروف الشخصية الخارجية فتتجلى في تأثير البيئة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية... الخ المحيطة به، على اتخاذ القرار بارتكاب الجريمة. لذلك كان على القاضي عند تقديره للعقوبة أخذها بعين الاعتبار. وتعد البواعث التي دفعت الجاني إلى ارتكاب الجريمة، وكذا سلوكه أثناء وبعد ارتكابها الجريمة، إضافة إلى ظروفه الاجتماعية من بين أهم هذه المؤثرات.

الفقرة الأولى: الباعث والدافع

إن حالة الإجرام الجبائي ليست ناتجة عن جبرية الفرد على الجريمة، أو وراثتها، وإنما هي ناتجة عن مسببات خارجية وداخلية تدفع بالفرد إلى ارتكاب الجريمة الجبائية، وإذا كان المشرع⁸ لا يعتد بالبواعث التي تقف وراء السلوك الإجرامي في التكوين القانوني للجريمة الجبائية كقاعدة، إلا أن تلك البواعث لها قيمتها في تقدير القاضي للعقوبة باعتبار أنها تعكس شخصية الجاني⁹.

والبواعث على الإجرام لها مفهومين أحدهما واسع وآخر ضيق، فوفقاً للمفهوم الواسع يقصد بالبواعث على الإجرام الأسباب النفسية المتعلقة بالحياة النفسية للفرد في جميع جوانبها سواء العاطفية أو الانفعالية، ولذلك يدخل فيها الأناية وحس الذات والشعور بالعظمة وغير ذلك، أما بواعث الإجرام بالمعنى الضيق فهي تنصرف إلى الغاية التي يرمي إلى تحقيقها الجاني عن طريق تقترافه الجريمة الجبائية، أي المنفعة التي ينبغي تحقيقها بالجريمة، وعلى قدر فعالية الباعث وقوته تكون الخطورة الإجرامية¹⁰.

والباعث على ارتكاب الجريمة نوعان هما:

- الباعث الدنيء: وهو مؤشر الوضاعة والحقارة والانحطاط الخلقي الذي تنطوي عليه نفسية الجاني.

¹ مصطفى فهد الجوهري: النظرية العامة للجرائم الجنائية، 1999، ص 328.

² Charles(R), Les limites actuelles de l'individualisation judiciaire et pénitentiaire des peines et des mesures de sureté, R.T.D., 1957, p.198. 5

³ محمد سعيد نمور، دراسة في الخطورة الإجرامية، مرجع سابق، ص 16

⁴ مأمون محمد سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي 1975، ص 67.

⁵ رفض "مارك أنسل" فكرة الخطورة الإجرامية السابقة على ارتكاب الجريمة، إذ يرفض الأخذ بفكرة تطبيق أي تدبير اجتماعي سابق على وقوع الجريمة لتعارضه مع مبدأ الشرعية.

⁶ محمد سعيد نمور، دراسة في الخطورة الإجرامية، مرجع سابق، ص 24

⁷ رنيه غارو: موسوعة قانون العقوبات العام والخاص، منقحة، معدلة ومزادة مع النصوص القانونية وأجتهادات المحاكم والأراء الفقهية المعاصرة، دراسة مقارنة، المجلد الثاني في الجريمة والعقوبة الجزائية، ترجمة لبن صلاح مطر، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 335 وما بعدها

⁸ المشرع المغربي لا يأخذ بفكرة الباعث مبدئياً كضابط للعقوبة إلا أن الملاحظ أن القضاء يجعل الباعث النبيل وسيلة لتخفيف الجزاء، والعكس صحيح إذ يجعل من الباعث الحقير وسيلة لتشديد العقوبة.

⁹ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 120.

¹⁰ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 120، 121، بتصرف.

- الباعث الشريف: وهو درجة من السمو والنبيل.

وقليل من القوانين التي اتخذت من الباعث سببا في تشديد العقوبة إذا كان شائنا، ومن تخفيضها إذا كان نبلا¹. ومن هنا يتبين أن للباعث دور حاسم في توجيه الإرادة نحو ارتكاب السلوك الإجرامي، بل أن الباعث هو السبب الأول والمحرك الأساسي لمجموعة من المؤثرات الداخلية التي تتضارب فيما بينها، وتنتهي في الأخير بحمل الجاني على الإقدام على الجريمة²، لذا يجب على القاضي أن يأخذ الباعث بعين الاعتبار ويجعله معيارا لاختيار الجزاء المناسب.

الفقرة الثانية: سلوك المجرم الجبائي وظروفه الاجتماعية

إن دور القاضي الجزائي عند تحديده العقوبة الملائمة للجريمة الجبائية لا ينحصر في سعيه إلى تحقيق الردع ومنع الجاني من ارتكاب الجريمة الجبائية مجددا، بل عليه أن يأخذ هدف إصلاح الجاني وإعادة تأهيله كهدف أساسي كذلك، ولا يمكنه تحقيق ذلك دون تقييمه سلوك الجاني وظروفه الاجتماعية. ويقصد بسلوك الجاني وقت ارتكابه للجريمة الطريقة التي ارتكب بها الجريمة الجبائية والتي تحدد وجود أو غياب نزعة أو خطورة أكثر لدى مرتكبها³. وكذلك الحال بالنسبة لسلوكه اللاحق لارتكاب الجريمة الجبائية والمتمثل في عدم الندم والاكتراث بما ارتكب، والذي يظهر من الاطمئنان أو الإنفاق على الشهوات والم لذات من نتائج الجريمة الجبائية⁴، ومن خلال المباشرة بارتكابها، وعدم الندم والتوبة. كما أن أن البيئة الاجتماعية للجاني وما يدخل في تكوينها من عوامل قد يكون لها تأثير كبير على سلوكه الإجرامي، لذلك فإن لها دلالة كبيرة في تقدير احتمال قدرة الشخص على ارتكاب السلوك الإجرامي كرد فعل على المؤثرات المتأتمية من البيئة المحيطة به⁵، حيث أن هذه الظروف يكون لها تأثير كبير على سلوك المجرم. لذلك من الأفضل للقاضي الاستعانة بها عند تقديره العقوبة، كما يستحسن به أيضا أن يعتمد على بعض الظروف الأخرى كالسن والمرض وما إذا كان المجرم الجبائي شخص طبيعي أم معنوي، لأن مثل هذه الظروف قد يكون لها تأثير في توجيه سلوك المجرم نحو ارتكاب الجريمة الجبائية.

خاتمة:

مما سلف يتضح أن المشرع منح صلاحية الملائمة للقاضي الجنائي بين الظروف الواقعية للحالة الإجرامية الجبائية والعقوبة المقررة لها ومقدرته على التحرك بين الحدين الأدنى والأقصى وإمكانية التشديد بسبب ظرف عام أو خاص وعلة ذلك هو التوزيع المنطقي والمتوازن للاختصاص بين المشرع والقاضي على وجه يتحقق فيه المصالح الاجتماعية والفردية مع مراعاة ظروف الشخصية الإجرامية وطرق تهذيبها وإعدادها لحياة صالحة من الناحية القانونية. وهذه السلطة تنبثق من الثقة الكبيرة التي يفترضها المجتمع والمشرع في الجهاز القضائي الذي يتمتع بصلاحيات في تقدير عقوبة الجرائم الجبائية وفق القانون.

¹ إدريس لكربي، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، مرجع سابق، ص 166، 165، بتصرف.

² لطيفة المهداتي، مرجع سابق، ص 159.

³ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 125.

⁴ نفس المرجع، ص 125.

⁵ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 126.

الحماية القانونية لمستهلك الخدمات الطبية في القانون المغربي

فهمي بوشعيب

طالب باحث بصف الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير

مقدمة:

في سبيل تكريس حرمة الإنسان¹ نص الدستور المغربي في الفصل 20 على ما يلي :
"الحق في الحياة هو أول الحقوق لكل إنسان ويحوي القانون هذا الحق " كما نص الفصل 22 على الآتي : " لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص في أي ظرف ومن قبل أية جهة كانت خاصة أو عامة".

لذا فسلامة جسم الإنسان وحياته لا تعادلها قيمة حيث تهض المسؤولية كلما وقع مساس بها أو اعتداء عليها ومادام للطبيب اتصالا وثيقا بسلامة الإنسان في جسمه وحياته فهو من يباشر معالجة ما يهدد هذه السلامة من الآفات والأمراض أو ما يتصل بهما من الآم وتشوهات².

فتدخل الأطباء ومن يساعدهم ومن يعمل على توريد الخدمات الطبية هو عمل إنساني يهدف إلى تقديم خدمة إنسانية جليلة تروم إلى تخليص المريض من الآلام وتأمين سلامتهم الجسدية والنفسية وإنقاذ حياتهم بمشيئة الله³ إلا أن هذا التدخل قد يتحول عن وجهته إذا لم تحترم في إتيانه الضوابط المهنية المتعارف عليها في مهنة الطب وإذا كان من شأن ذلك أن يحدث أضرارا جسمية أو معنوية للمرضى أو كان ذلك مدخلا للإضرار بالمصالح المالية لمستهلك الخدمات الطبية حيث يتم استغلال الوضعية المستعصية التي يوجد عليها المريض لدفعه إلى القبول بعدة شروط تعد تعسفية⁴ تضر لامحالة بمصالحه المالية سواء بالمبالغة في أثمانه بعض المواد الطبية ونسبه الطبية (كالأدوية الأجهزة التكميلية للأعضاء البشرية – طلب فحوصات إضافية وتحليلات مخبرية غير ضرورية للتأكد من الحالات الصحية للمريض وإجباره على توقيع اتفاقات تهم استخلاص واجبات الإقامة والاستشفاء لمدة إضافية غير لازمة....).

ولا شك أن الأمر يختلف إذا تعلق الأمر بالخدمات الطبية المقدمة من طرف أطباء المرفق العام والخدمات الإستشفائية التي ترصدها هذه الأخيرة خدمة للمواطنين والتي تهدف إلى تفعيل دور المرفق العمومي الصحي وتحقيق فكرة المنفعة العامة حيث الأمر مختلف تماما عما هو الحال عليه فيما يخص المستشفيات المصحة الخصوصية والخدمات المقدمة من طرف أطباء القطاع الخاص وغيرهم حيث تختلط فكرة الالتزام المهني الملقى على عاتق الطبيب والمصلحة الخاصة لهؤلاء الذين يهدفون إلى تحقيق أرباح ولو على حساب المتطلبات الصحية للزبناء المرضى⁵.

وفي سياق هذه الوضعية يبقى التساؤل المطروح الذي ينبغي مقاربه جوانبه القانونية حول المركز القانوني لمستهلكي الخدمات الطبية في ضوء القانون 3108 المتعلق بتمديد تدابير حماية المستهلك في غياب مدونة للصحة العمومية، وما مدى توفيق المشرع المغربي في توفير الحماية القانونية لهذا المستهلك وضمان حماية فعالة لهذا الفئة في ظل تزايد وتنوع العقود المرتبطة بالحق في الصحة⁶ وارتفاع أخطار التدخلات الطبية على صحة المواطنين ؟
لمقاربة النقاط الواردة في هذا الموضوع : المتعلق بالحماية القانونية لمستهلك الخدمات الطبية ستعتمد خطة البحث الآتية :

المطلب الأول : مظاهر الحماية القانونية لمستهلكي الخدمات الطبية .

المطلب الثاني : المسؤولية القانونية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات القانونية

المطلب الأول : مظاهر الحماية القانونية لمستهلك الخدمات الطبية

لم يعر المشرع المغربي في القانون رقم 31-08 اهتماما يذكر لموضوع حماية المستهلك في الخدمات الطبية على أنها جزء لا يتجزأ من المشروع الاستهلاكي الهادف لحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والصحية لطبقة المستهلكين بالمغرب⁷. ورغم أهمية العقود المرتبطة بالحق في الصحة كأهم حق من حقوق الإنسان. لم تخص بتنظيم تشريعي رغم تزايدها يوم بعد يوم حيث نشوء كيان استهلاكي جديد لأدوية والخدمات الطبية يحتاج إلى حماية استثنائية ومقاربة توجه المشرع المغربي سنتناول في الفقرة الأولى حماية رضا مستهلك الخدمات الطبية من الشروط التعسفية.

الفقرة الأولى : حماية رضا مستهلك الخدمات الطبية :

يظهر جليا أن هناك غيابا للتكافؤ في العلاقة العقدية التي تربط أحيانا كثيرة المرضى ومستهلكي الخدمات الصحية بموردي هذه الخدمات سواء تعلق الأمر بالأطباء أو موردي الأجهزة الطبية والأدوية التي تحتكر من طرف لوبيات الصيادلة لتوريدها للمرضى في أبشع صور الاستغلال .

1 - وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم تمنع إيذاء الإنسان بأي شكل و خصصت لذلك عقوبات غليظة وأولها تحريم قتل النفس بدون حق قال الله عز و جل في الآية من سورة النساء : " و ما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ و من قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا..." و قوله تعالى في المائدة آية : " و من أحيانا فكلنا أحياء الناس جميعا "

2 - ضياء أحمد نعمان : إثبات الخطأ الطبي بين الواقع والقانون المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية عدد 2008 ص 107.

3 - جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ما يلي : " مثل المؤمن في توادهم وتراحيمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضوا تداعى له سائر الجسد بالسهر والحيى " رواه الإمام مسلم رقم الحديث كتاب البر والصلة والآداب باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم .

4 - عرف المشرع المغربي في المادة من القانون المتعلق بحماية المستهلك بقوله : " يعد شراعا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلالا كبيرا بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك."

5 - بمقتضى المادة 1 من القانون رقم 12-08 تحدث هيئة وطنية للطبيبات والأطباء تضم لزوما جميع الطبيبات والأطباء الممارسين لمهنة الطب بالمغرب سواء في القطاع الخاص أو العام في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية أو في المراكز الاستشفائية الجامعية بصفتهم أساتذة باحثين أو في القوات المسلحة الملكية.

6 - نص الفصل 31 من الدستور المغربي على ما يلي : " تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات على قدم المساواة من الحق في العلاج والعناية الصحية

"الحماية الاجتماعية والتغطية الصحية والتضامن التعاضدي أو المنظم من لدن الدولة ".

7 - عبد القادر العر عاري : قراءة انطباعية أولية بخصوص القانون رقم 31-08 المتعلق بحماية المستهلك سلسلة دراسات وأبحاث منشورات مجلة القضاء المدني عدد 4 سنة 2013 ض 21 و 20.

و يرجع ذلك إلى كون المريض تدفعه حالته إلى التسليم بالشروط التي يملها الأطباء وموردي الخدمات الطبية أملا في الشفاء ولو بأي ثمن حيث تتغيب إرادته في ظل هذه الظروف ولا يصدر عنه رض مكتمل وواعيا¹.

و تتمثل الحماية الأساسية للمستهلك في أن يصدر قبوله بالتعاقد في إطار من الحرية والتبصر ويكون الرضا متبصرا إذا كان قد صدر عن علم ودون إخفاء أو كتمان². لذا فللمريض الحق أن يعلم بظروفه الصحية وطبيعة التدخلات الطبية التي سيقوم بها الطبيب le droit d'être informé ويقابله الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق الطبيب وموردي هذه الخدمات أولا هو الالتزام بالإعلام .

أولا : حدود الالتزام بالإعلام الملقى على عاتق مورد الخدمات الطبية :

يستطيع الطبيب بحكم مركزه القانوني والتقي أن يفرض شروطا قاهرة على المريض تدفعه إلى قبول التعاقد والرضا بهذه الشروط تحت ضغط حالته المرضية أو الاحتياج لجهاز معين وعدم درايته الفنية بملايسات الأعمال التقنية لذلك تم تشديد الالتزامات الملقاة على عاتق الأطباء، لتمكين المريض كطرف ضعيف من كافة البيانات الضرورية لتكوين فكرته عن الموضوع، لكن الأمر يتوقف على أمر أساسي يتعلق بمدى إمكانية اعتبار المريض ومن في حكمه عندما يقصد الطبيب لتلقي العلاج أو تشخيص مرض أو إقناعه بالتجهيزات الطبية الضرورية لتحسين حالته الصحية مستهلكا لهذه الخدمات حيث يستفيد من تدابير الحماية التي رصدها المشرع في القانون 31-08 ؟ أم أن الأمر لا يستقيم ما دام التدخل الطبي يرد على جسم الإنسان الذي لا يمكن أن يدخل دائرة التعامل³ وبالتالي يتطلب الأمر الرجوع إلى مقتضيات القانونية الواردة في القوانين المنظمة لمهنة الطب.

بالرجوع إلى المادة 2 من القانون 13-13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب بالمغرب⁴ فهذه المهنة لا يجوز أن تمارس باعتبارها نشاطا تجاريا فيمارسها الطبيب مجردا من كل تأثير وازعه فيها عمله ومعرفته وضميره وأخلاقه المهنية حيث ينبغي أن تبقى ممارسة التطبيب بعيدة عن كل المؤثرات المالية والأعمال التجارية التي تمس جوهر المهنة النبيلة التي يلتزم الطبيب بتخفيف معاناة المرضى ومنحهم أملا في الشفاء والحياة .

وقد ذهب الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن هناك صعوبة في تحديد المركز القانوني للمريض على اعتبار أن مدونة السلوك الطبي ومدونة الصحة.

تستعمل مصطلح " مستعمل النظام الصحي Un usager du système de santé ولم يستعمل مصطلح مستهلك consommateur⁵.

في سياق محاولة تحديد مفهوم المستهلك تترد محكمة النقض الفرنسية ما بين الأخذ بالمفهوم الضيق أو الواسع للمستهلك. فجاءت قراراتها متناقضة فيما يخص مدى اعتبار الشخص المعنوي مستهلكا⁶.

وأما محكمة الاستئناف بباريس⁷ فقد ذهبت إلى أن المريض لا يمكن اعتباره مستهلكا، وأنه لا يمكن بالتالي تمديد تطبيق أحكام المادة 1/111 من مدونة الاستهلاك الفرنسية لتأطير العلاقة القانونية التي تربط بين المريض المحتاج إلى الخدمات الطبية وبين من يقدم هذه الخدمات من الأطباء والمهنيين المحترفين في القطاع الخدمات الصحية المنظمة بموجب مدونة الصحة العمومية⁸. حيث أكدت المحكمة المذكورة على أن المقتضيات التي تلزم الطبيب بالإعلام اتجاه المرضى وأثناء تقديم العلاجات الطبية أو التكاليف المادية التي يتطلبها مباشرة هذه العلاجات يجب أن يتم وفق الشكل المطلوب في المادة 1111.3 من مدونة الصحة العمومية⁹، ويمكن القول أنه ينبغي التمييز بين الحالة التي يتعلق فيها الأمر بعلاقة عقدية بين المريض والطبيب المعالج، فالالتزامات المفروضة على الطبيب ينبغي أن تستمد مرجعها من القوانين المنظمة لمهنة الطب طبقا لمادة ورد في المادة 1 من القانون 13-13 المتعلق بتنظيم المهنة، حيث يجدر أن تبقى هذه المهنة بعيدا عن الممارسات التجارية ذات الطابع

1 - حسام الدين كامل الهاواني : حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد : بحث مقدم في ندوة " حماية المستهلك في الشريعة والقانون نظمها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات بين 6-7 1988 ص 3.

2 - لا يكفي لتمام العقد صدور الإيجاب من أحد الأطراف وقبول من الطرف الآخر وإنما يتعين أن يحصل التوافق التام بين إرادة الأطراف ولا يتحقق ذلك من الناحية القانونية إلا إذا وقع التراضي على العناصر الأساسية للعقد هذا يتعلق الأمر بالعقود العادية أما إذا تعلق بالعقود الواردة على الخدمات الطبية فالأمر يختلف ويتطلب تدخل المشرع لتحديد الالتزامات القانونية للطرف القوي في العلاقة العقدية تقييد حرية في فرض شروطا جوهرية لا يجد المريض بدا من قبولها للمزيد من التوسع انظر:

- عبد القادر العرعاري : مصادر الالتزامات الكتاب الأول : نظرية العقد دار الأمان المطبعة الثالثة الرباط 2013

- المهدي العزوزي : تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون 31-08 المعرف الحديثة الرباط 2013.

عبد الحميد أخريف : عقود الاستهلاك البيع في الموطن - التعاقد عن بعد - العقد الإلكتروني مطبعة أميمة فاس 2006.

³- ينص الفصل 57 من ق.ل.ع على أنه : " الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح لأن تكون محلا للالتزام....".

⁴- صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 123-96 بتاريخ 17 غشت 1996 ج ر عدد 4432 في 1996/11/21 .

⁵- géant-Philippe Perrion : Un nouvelle figure du patient ? les transformations contemporaines de la relation de soins : « sciences sociales et santé vol25 ; 2007page 46.

- تتفق جميع التشريعات من حيث المبدأ على إصباغ صفة المستهلك على الأشخاص الطبيعيين الذين يتصرفون لغايات غير مهنية إلا أنها تختلف بعد ذلك حول إضفاء هذه الصفة على الأشخاص المعنويين وعلى المهنيين الذين يتصرفون خارج إطار تخصصهم في ذلك تنص المادة 2 من القانون 31-88 على مايلي:

وتنص المادة 2 من قانون حماية المستهلك التونسي لعام 2004 على ما يلي : "المستهلك هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستغلها أو يستفيد منها وذلك لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني".

أما المشرع المصري فقد تبني اتجاها مغايرا حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى على مايلي :

" المستهلك هو كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التصرف أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص".

⁶ - cass 1° C.V 28 Avril 1987 cité par PH,537.

⁷- قرار محكمة شندي : المفهوم القانوني للمستهلك دراسة تحليلية مقارنة محلية الشريعة والقانون العدد 44-2010 ص 183.

8 - L'article 111/1 du code de la consommation dispose que avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services ; le professionnel communiqué au consommateur de manière lisible et compréhensible ; les informations suivantes.

9 - l'article 1111.3 du code de la santé publique en France dispose que : " toute personne à droit à une formation sur les frais aux elle pourrait être exposé à l'occasion d'activités de présentation de diagnostic et Sonis et cas échéant sur les conditions de leur prise en charge et de dispense d'avance des frais .

Cette information est gratuite."

الاستهلاكي المشمولة بالحماية القانونية الواردة في القانون رقم 08-31 والقوانين ذات الصلة¹ أما إذا كان الأمر يتعلق بتوريد خدمات من طرف مهني محترف في تقديم الخدمات الطبية المرتبطة بتسهيل الحياة اليومية للمريض كافتناء الأجهزة الطبية والشبه الطبية والمكاملة لأعضاء الطبيعية أو :

-إجراء التحليلات المخبرية الضرورية .

- شراء الأدوية الموصوفة من طرف الطبيب المعالج.

- الفاتورات التي تحتوي على تكاليف الاستقبال بمصحة خصوصية ومقابل الإقامة والاستشفاء.

فهذه العلاقات يجب أن تخضع لنطاق تطبيق القانون 08-31 ويعتبر مقدم هذه الخدمات مهنيًا محترفًا تبعًا لمنطوق المادة 2 من هذا القانون التي نصت على ما يلي : " يقصد بالمورد كل شخص طبيعى أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري " ويلتزم بالتالي بإعلام المريض طبقًا لما هو منصوص عليه في المادة 3 من القانون 08-31 حيث يجب عليه أن يمكنه بأية وسيلة من التعرف بسهولة على المميزات والخصائص الأساسية للشيء موضوع الخدمة ويقدم له كافة المعلومات التي من شأنها أن تنير طريقه في الاختيار وتقدير حاجياته الحقيقية ودرجة احتياجه ويشمل هذا الإعلام النقاط الآتية :

- سعر السلع والخدمات

- طريقة الاستخدام أو دليل الاستعمال

- مدة الضمان والشروط الخاصة به

- القيود المحتملة للمسؤولية العقدية.

1) حق المريض في أن يعلم. le droit d'être informé.

يقع على عاتق كل مهني الخدمات الصحية التزامًا رئيسيًا لا يمكن التنصل منه في مواجهة المرضى ومستهلكي الخدمات الطبية، ألا وهو احترام حق كل شخص في أن يحاط علما بوضعيته الصحية الحقيقية² ويشمل الإعلام³ زيادة على التشخيص والعلاجات والوسائل الوقائية المقدمة فعالية هذه الأخيرة وطابعه الاستعجالي والنتائج والمخاطر المحتملة والحلول الأخرى الممكنة ونتائجها في حالة رفض المريض ما قدم له . لذا فالإعلام ينص حول الإصابة التي يعاني منها المريض ومدى تطورها وطبيعة العلاجات الممكنة والاحتياطات اللازم اتخاذها خلال فترة النقاهة ولا يستثنى من هذا الإعلام سوى الحالات التي قد يتسبب فيها إعلام المريض في قلق زائد أو الإخبار بخطر إستثنائي. ولابد من التأكيد أن الإعلام يمتد إلى الإخبار بتكلفة العمل الطبي وشروط⁴ الأداء عن طريق أنظمة التأمين الصحي الإجباري، والملاحظ أن المعلومات الخاصة بهذه التكاليف لا تسلم إلا بناءً على طلب من المريض علما أن هناك التزامًا قانونيًا بالإعلام يجب أن يكون تلقائيًا يقدمه الطبيب أو مقدم الخدمة للمريض.

2) الالتزام بالإعلام بشكل شفاف :

لا يكفي أن يسهر الطبيب أو الملتزم بتقديم الخدمات الطبية على إعلام المريض وإخباره بحيثيات التدخل الطبي، وإنما يفترض أن يقوم بذلك مراعيًا

الشفافية والوضوح وأن يعمل جاهدًا على

تقديم كل المعلومات حول الحالة الصحية لهذا المريض، وأفاق نجاح التدخل الجراحي أو مسار العلاج⁵ وقد عمل المشرع الفرنسي بموجب القانون 4 مارس 2002 على التنصيص على حق المريض في الحصول على إعلام شفاف حيث يمكن لكل شخص أن يلج إلى ملفه الطبي بشكل مباشر للحصول على كافة المعلومات التي تخص حالته الصحية الممسوكة من طرف المهنيين أو المؤسسات الصحية⁶.

و بالتالي فقد تم إرساء حق جديد للمرضى بالحصول على إعلام شفاف ويدخل في نطاق تعزيز الحماية القانونية لهذه الفئة ، ويجب ممارسته وفق

الكيفيات التي حددتها النصوص التنظيمية⁷. وتتعدد المعلومات الهامة التي أصبح للمريض حق في الإطلاع عليها ، لتشمل ما يلي:

- نتائج الفحص الطبي

- تقارير إخبارية عن قيام الطبيب بالفحوصات .

- التوصيات والتوجيهات التي تحدد مراحل التشخيص والعلاج

- قوائم الحراسة الطبية

- المراسلات بين مهنيي الخدمات الطبية

غير أن حق المريض في الولوج إلى المعلومات التي تهم حالته الصحية ، يرد عليها بعض الإستثناءات، ويتعلق الأول بحصر تداول بعض المعلومات التي تخص حالة المريض إذا كان من شأن هذا الأداء أن يضر أشخاص آخرين يتكفلون بتكاليف علاج هذا الأخير، أما الثاني فيتعلق بالحالة التي يكون المريض قد أدخل لمؤسسة إستشفائية تبعًا لطلب أحد من الغير ، حيث يتطلب الأمر انتداب طبيعيين من طرف المعني بالأمر، في حالة الرفض يقع على عاتق اللجنة المشكلة على مستوى المؤسسات المختصة النظر في الأمر.

2 - Anne Laude : information et sante, le droit à l'information du malade presses et sciences, po vol4, n°9, 2005, p.44

3 - الإعلام لغة هو الإخبار والإخطار بواقع معين حتى يكون الطرف الأخير على بينة من أمره وقد ارتبط هذا المصطلح في المجال القانوني بنمط التعاقدات التي تحصل بين أطراف غير متوازنة من حيث المراكز القانونية أو الاقتصادية الأمر الذي يجعل الطرف القوي يستغل بعض المبادئ التقليدية كمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين لإخضاع الطرف الآخر لإرادته دون أن يخرق المنظومة التقليدية لعيوب الرضا " عبد القادر العرعاري مصادر الالتزامات م.س ص 183.

4 - Anne Laude : op. p 45

5 - الأعمال التي تدخل في مفهوم العلاج تشمل الأعمال سواء قد منها الطبيب نفسه وهي الأعمال الطبية (ackes)

(medicaux) أو تمت بأمره أو بإشرافه أو تحت مسؤوليته وهي الأعمال العلاجية العادية soins ordinaires أو الإستشفائية soins hospitaliers والأعمال الطبية هي التي يختص بها الطبيب دون غيره ، ويمكن التمييز فيها بين تلك التي يقوم بها الطبيب العام ، وما يقوم به الطبيب المختص سواء كان العمل عملاً من أعمال الوقاية من المرض أو من أعمال التشخيص للمزيد من التوسع في الموضوع أنظر أحمد درويش ، العقد الطبي ، م ص 238 وما يلها .

6 - Anne Laude : le droit à l'information du malade .op p 48

ويؤازره في المغرب نص المادة 2 من القانون 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب.

- l'article l1111,7 du CSP dispose que : « à toute personne un Acces direct à l'ensemble des informations concernant sa santé de tenus pas les professionnel.

7 -Anne laude : OP,P45

ولا شك أن الشفافية في إعلام المريض تسهم في رفع اللبس والغموض في الحالة التي ينجم عن التدخل الطبي مضاعفات وأضرار جسمانية للشخص المعالج¹ وبناءً على ذلك تلزم المؤسسات الصحية للمصالح الصحية والمرفق الصحي بإحضار الممثل القانوني للشخص الذي تعرض لضرر جراء تدخل طبي والظروف التي حدثت فيها هذه الأضرار وأسبابها.

و يظهر من خلال تحليل مضمون التزام الطبيب ومهني الخدمات الطبية بإعلام المريض وفق الشكل المطلوب، والاستماع للمريض سواء في بداية اكتشاف المرض أو بعد تفاقم الحالة الصحية لهذا الأخير بحكم أن كيفية إعلام الطبيب لهذا المريض تقف إلى جانب مقومات أخرى تهم الكفاءة المهنية والتضحية والتفاني تعزز جانب الثقة بينهما²

ثانياً: مركز المريض في النظام الصحي : التحولات المعاصرة

أفرزت التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية المعاصرة، فهما مغايراً لبعض الروابط القانونية، كذلك التي تقوم بين الأشخاص الذين يرغبون في الاستشفاء وبين من يملكون المقدورات العلمية والتأهيلية لإشباع هذه الحاجيات الملحة، ففي إطار العلاقة المذكورة، نجد صعوبات بالغة في تسمية الشخص الذي يحتاج إلى أن يتكلف به النظام الصحي، حيث تتعدد التسميات (مريض – زبون مؤمن له-معالج – مستهلك-مواطن). وينتج عن اختيار أحد المصطلحات تبني مقاربة معينة تستحضر أحد الأبعاد التالية :

(1) -البعد التقني في علاقة الطبيب بالمريض :

يستحضر في هذا الصدد التسميات المستعملة للدلالة على العلاقة التي تربط الشخص الذي يطلب العلاج وهي المريض (Malade) والمعالج (soigné) و المؤمن (Assure social) وتنتم هذه المقاربة إما بتركيز غير مضبوط على البعد التقني للعلاقة الطبية (المؤمن له)، أو المريض (Malade)³. و المؤمن له هو كل شخص منخرط في نظام للتغطية الاجتماعية، ويحيل هذا المصطلح إلى فكرة أساسية يركز عليها النظام الصحي يتعلق بالتحويل، وبالتالي فهذه التسمية يحيل على الطابع المالي في علاقة الفرد بالنظام الصحي، ولا يعكس البعد الإنساني في هذه العلاقة⁴ وله طابع إيجابي إذا كان يدخل في الاعتبار خلق وضع اعتباري للمرتفق يتميز بالتضامن في ارتباطه بالنظام الخدماني الصحي. في المقابل تحيل هذه التسمية من جهة أخرى على عدم قدرة هذا النظام على تغطية المتطلبات الصحية للأفراد، مادام نظام التغطية الصحية ينحصر فقط في الأشخاص الذين يدفعون المساهمات أو الإنخرطات في النظام المذكور إلا إذا تم تعميم نظام التغطية الصحية⁵.

(2) -البعد الطبي في تحديد مركز المريض :

يتحكم في تحديد طبيعة العلاقة الطبية التي يمكن من خلالها تحديد المركز القانوني للمريض البعد الطبي من خلال اعتماد مفهومين أساسيين وهما المعالج (soigné) والمريض (malade).

فاستعمال مصطلح (soigné) يحيل على المظهر التقني لمرض معين، غير أنه لا يعطي سوى واقع الأشخاص الذين يلجئون إلى النظام الصحي⁶ ويحيل بالتالي على فكرة تقديم العلاجات التي لا يمكن عزلها عن المرض، في المقابل لا يمكن اعتبار كل الأشخاص الذين يستفيدون من خدمات النظام الصحي مرضى، وكمثال على ذلك المرأة الحامل، هل يمكن اعتبار واقعة الولادة الأمومة كمرض، ونفس ينطبق على زوج يعاني من تأخر الإنجاب حيث يخضع لعدة حصص التخصيب الاصطناعي فتواجههم يعطي الانطباع بأنهم مرضى لكن الأمر غير ذلك ما دام حضورهم يفضي إلى أن هناك خلل في نظام الخصوبة، وما يتعلق بالأشخاص الذين يقررون الخضوع لعمليات تجميلية مهما كان الداعي إليها، فهذه الحالات لا تشكل أمراضاً تحتاج إلى علاجات. لكن يخضعون إلى أعمال طبية (Actes médicaux). في نفس السياق يمكن القول أن مصطلح "مريض malade" يستعمل على نطاق واسع من طرف الأشخاص الذين يتوجهون إلى المؤسسات الاستشفائية لكن التعبير على خصوصية الإطار القانوني والحقوق الذي يربط الأشخاص المرتفقين بالنظام الصحي.

(3) -البعد الاستهلاكي والتجاري في علاقة الطبيب والمريض :

إن تطور المفاهيم المستعملة محكوم بالتأثير الذي ينتج عن التقاء فكرة توفير الحماية لمستهلك الخدمات الطبية مع التأثير الواضح لبعض القوانين التي تتقاطع مع القانون الطبي ولكنها تتنافر أحياناً، لكن هل يفيد لإرساء هذه الحماية اعتبار المريض أو المرتفق النظام الصحي بمثابة مستهلك؟ منذ الوهلة الأولى يبدو وكأن الأمر استقر على اعتبار المريض في حكم المستهلك⁷ لكن الأمر يتطلب التقريب بين التعريف القانوني للمستهلك وفكرة المريض لتحديد نقط الالتقاء والاختلاف، وإذا أخذنا التعريف التالي للمستهلك من حيث أنه شخص الذي يرم عقداً مع مهني ليقيني سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال الشخصي أو العائلي . فالألفاظ الأولى لا تثير إشكالا ما دام يمكن اعتباراً لمريض شخص، والجهة التي تشرف على العلاج أو تقديم الخدمات مورداً للعلاجات هي الخدمات الموجهة لاستعمال الشخصي لهذا الفرد، لكن الملاحظ أن ارتباط المستهلك بالمهني ينظمه العقد المبرم بينهما، فيما الأمر مفقود ما دام الجانب الأعم من المرضى يتوجه للمستشفيات العامة لتلقي العلاج وبالتالي يعد مرتفقاً.

الفقرة الثانية : حماية مستهلك الخدمات الطبية من الشروط التعسفية :

تبعا لما سبق ذكره بغض النظر عن الجدال القائم حول إمكانية تمديد الطابع الحمائي لقانون حماية المستهلك ليشمل العلاقة التي تربط بين المرضى والأطباء، فإن الواقع العملي يشهد على اختلال كبير في التوازن بين الالتزامات القانونية التي تقع على عاتق أحد أطراف العلاقات القانونية بين المرضى والأطباء وموردي

¹ - Article L.1142.4Au code de la sante Publique français.

² -L'information échangeront conduire à une décision partagée voulue,souhaitée .basé sur un respect mutuel, elle présume la présence de deux experts dans la conclusion , le médecin qui en connaît plus sur les médicaments et les traitements, et le pertinent qui est l'expert le des prairies

³ - (Guillaume Rosset : comment nommer les personnes prise en compte par le système de santé ? Recherches en communication, N 32 (2009) page 105.

⁴ - Le patient n'est pas un fait, mais l'idée d'un fait : le vivre et la représentation de la maladie , le fait est qu'il ya de la pathologie jean — Philippe —pierron :un nouvelle figure du patient :op,49

⁵ - بمقتضى المرسوم.2.08.177 الصادر بتطبيق مقتضيات الكتاب الثالث من القانون رقم 100.55 المتعلق بنظام الصحية الأساسية، تم استحداث نظام المساعدة الطبية لدعم نظام التدخل لتغطية المتطلبات الصحية لبعض الفئات التي لا تتوفر على نظام تغطية صحية بمقتضى قوانين خاصة.

⁶ - Guillaume rasset :comment nommer la personne prise en compte par le suysteme de santé.op.p106.

⁷ Guillaume Rosset OP.P107.

للمزيد من الاطلاع على فكرة المستهلك أنظر :

الخدمات الطبية، حيث يعتمد الطرف القوي على فرض شروطه على الطرف الضعيف الذي يقبل بها رغم طابعها التعسفي نظرا لوضعيته الصحية، وللتدقيق في هذه الفكرة سوف نطرق لنطاق الشروط التعسفية في مواجهة المستهلك الخدمات الطبية (أولا)، ونورد بعض التطبيقات العملية.

أولا: الشروط التعسفية في تقديم الخدمات الطبية:

تنص المادة 15 من القانون 08-31 على مايلي: "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك". ويظهر جليا أنه تم حصر نطاق الشروط التعسفية فيما يتعلق بالعقود المبرمة بين المورد والمستهلك أي بين مربي محترف والمستهلك، ونظرا لخصوصية العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض فالأمر يتطلب تحليلا عميقا لنطاق هذه الشروط في سياق مظهرات العلاقة التي تجمع المريض سواء الطبيب من جهة أو مورد الخدمات الطبية كالمستشفيات والمصحات الخاصة.

1- الشروط التعسفية المرتبطة بتقديم الخدمات الطبية:

يرتبط بالمجال الطبي عدة خدمات مواكبة لاستشفاء المريض سواء توجه هذا طلبا للعلاج لمستشفى عام¹ أو مصحة²، لدى مورد أجهزة طبية أو صيدلي³ غير أن مسيرة العلاج لا يطبعها في كل الحالات اليسر، وإنما قد تعترض ذلك بعض العقبات التي تستهدف بشكل مباشر حق المريض في العلاج أولا وحماية مصالحه المالية في مواجهة الطرف القوي الذي يستطيع فرض شروطه المجحفة أحيانا لا يملك المريض سواء قبولها رغبة في استدراك ما ألم به من الأمراض، وبالرجوع إلى المادة 18 من القانون 08-31 نجد أنها تحدد مجموعة من أنواع الشروط التعسفية التي قد يدرجها المربي في العقود المبرمة بينه وبين المستهلك تدور غالبيتها حول منع المورد من إمكانية تدوين بعض الشروط التعسفية في العقود المبرمة طبق لأحكام هذا القانون والتي يمكن إجمال بعضها في ارتباط مع مجال توريد الخدمات الطبية:

- إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض إذا أخل المورد بأحد التزاماته المضمنة في العقد الاستهلاكي.
 - إعفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسيمات نتيجة تصرف أو إغفال من المورد⁴.
 - التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ الالتزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه رهين بإرادته وحده، فالالتزامات يجب أن تكون متقابلة، فإذا كان المريض مدين بأداء واجبات وتكاليف العلاج والإقامة بالمصحة، فالمورد مطالب هو الآخر بإدراج إلتزامه بالعقد ولا يحق له ربط تنفيذه بمحض إرادته، حيث ينص الفصل 112 من ق.ل.ح على ما يلي: "يبطل الالتزام إذا كان وجوده معلقا على إرادة الملتزم (الشرط الإرادي ومع ذلك يجوز لكل من الطرفين أو أحدهما أن يحتفظ لنفسه بالحق في أن يصرح خلال أجل محدد بما إذا كان يريد الإبقاء على العقد أو يريد فسخه"⁵
 - التأكيد على قبول المستهلك بصورة لا رجعة فيها لشروط لم تتح له بالفعل فرصة الإطلاع عليها قبل إبرام العقد.
 - إلزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يف المورد بالتزاماته.
 - إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلتزامه بعبء الإثبات الذي يقع عادة على طرف آخر في العقد طبقا للقانون المعمول به.
- لتركية هذا التوجه ألزم المشرع الفرنسي مربي وموردي الخدمات الصحية بمقتضيات إضافية تتماشى مع طبيعة المجال الصحي، حيث اعتبر أن الحق الأساسي في الحماية الصحية يجب أن توضع كل الوسائل الممكنة لفائدة كل شخص سواء من طرف المهنيين أو المؤسسات أو شبكات المراكز الصحية والمنظمات العاملة في التأمين الصحي والسلطات العمومية الوصية على القطاع لتطوير وسائل الوقاية وضمان ولوج كل شخص للعلاجات الضرورية وتأمين إستمراريتها⁶ وقد أكدت المادة 2-1110 لمدونة الصحة الفرنسية على حق الشخص المريض في احترام حرمة وعفته حيث لا يمكن بأي حال أن يكون موضوعا للتمييز عند ولوج الخدمات الإستشفائية، فالمربي لا يمكن له رفض شخص لأحد الأسباب الواردة في المواد 1-225 و 1-225 من القانون الجنائي الفرنسي.
- و يلتزم في المقابل مهني توريد الخدمات الصحية بكل الوسائل التي من شأنها تحقيق الآلام المريض ومعاناته الجسدية والنفسية مادام كل شخص له الحق في تلقي علاجات تخفف من حدة الألم الذي يشعر به⁷ حيث يستفيد هذا الأخير من العلاجات المركزة التي تهدف إلى جعل المريض يرتاح من الألم المفاجئ أو المتكرر الذي يحس به سواء تمت هذه العلاجات بالمصحة أو بالمنزل⁸.

2- الشروط التعسفية المتعلقة بالتدخل الطبي:

لقد كثرت الحديث في الآونة الأخيرة على بعض الممارسات التي لا ترتبط بأساس مهنة الطب، حيث تم تغليب جانب المصلحة المالية على حقوق المرضى، فعادت المصحات الخصوصية وكأنها مشروعات تجارية تهدف إلى المضاربة وجني الأرباح بعيدا عن رقابة السلطات الإدارية الوصية، سواء تعلق الأمر بوزارة الصحة أو

¹ - يراد بالمستشفى كل مؤسسة مرخص لها بطريقة قانونية لتقديم العلاجات والخدمات الطبية للعموم

² - ويقصد بالمصحة حسب مدلول المادة 21 من القانون رقم 94-10 المتعلق بمزاولة مهنة الطب ما يلي كل مؤسسة تسعى أولا للحصول على الربح و يكون الغرض منها استقبال أشخاص و لا سيما المرضى و الجرحى يكون الغرض منها استقبال أشخاص و لا سيما المرضى و الجرحى و النساء الحوامل لأجل إجراء فحوص أو تقديم علاجات لهم طوال المدة الملائمة لحالتهم الصحية، كما تدخل في حكم المصحة "دور التوليد" و مراكز العلاج بحمامات البحر و مراكز العلاج و مراكز الاستحمام لأجل العلاج و غيرها من المؤسسات التي تستقبل أشخاصا لمدة تزيد على 24 ساعة قصد تقديم العلاج لهم، و يشمل نطاق هذا القانون كذلك مراكز تطهير الدم و مراكز العلاج بالأشعة و مراكز العلاج الكيميائي.

³ - كما يراد بالصيدلي المهني المحترف الذي يورد أدوية للمرضى تبعا للترخيص الممنوح له.

⁴ - ينص الفصل 232 من ق.ل.ح على أنه "لا يجوز أن يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص عن خطئه الجسيم و تدليسه". إضافة إلى ما سبق ما دام مصدر المسؤولية العقدية هو العقد الذي يقوم بإرادة المتعاقدين فإن أساس هذه المسؤولية هو الإرادة الحرة التي تنشئ قواعدها و التي لها أن تعد لها، غير أن موجبات حماية حرية التعاقد و حماية المصالح العام دفعت بالفقه الفرنسي إلى تعليق الشروط المعنية من المسؤولية على تحقق شرطين: علم الدائن مضمون الشروط و أن لا تشكل هذه الشروط المعفية من المسؤولية مدخلا للمسئور بالصحة العامة للمواطنين للتوسع أكثر: يرجع إلى عبد الحق صافي: الوجيز في القانون المدني الجزء الثاني م.ص 69

⁵ - يعرف الدكتور مأمون الكزبري الشرط الإرادي.

⁶ - في سبيل إيجاد نوع من التوازن بين الأداء بين المورد و المستهلك نص الدستور المغربي على حق هذا الأخير في التراجع عن العقد الذي أبرمه تنفيذا لما جاء في المادة 26 من القانون 08-31 التي تنص "للمستهلك أجل - سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع - ثلاثين يوما لممارسة حقه في التراجع في حالة لم يف المورد بالتزامه بالتأكدات الكتابية للمعلومات المنصوص عليها في المادة 21 و 32، و ذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك.

7- Article L1110-5-Alemi 3du C.S.p

8 - Article L1110-10-Alemi 3du C.S.p

الهيئات المهنية المنتخبة، فترى كيف يتم التلاعب بحرمة المرضى وإخضاعهم لشروط أحيانا مجحفة وتعسفية تمس بشكل أساسي حقهم الأساسي في اللجوء إلى العلاجات، فكيف يتحدد نطاق الشروط التعسفية التي تتعلق بالتدخل الطبي الذي يستهدف جسم المريض؟
-إجبار المريض على متابعة العلاج :

لحرية المريض في الاختيار مظهران أساسيان هما : حرته في اختيار الطبيب المعالج¹ والرضا بالعلاج الذي يقترحه عليه الطبيب، تكون هذه الحرية في الاختيار فعاليا لا يتم احترامها بفعل بعض العقوبات الراجعة إلى عدم وجود التخصصات الطبية بقرب المريض حيث يضطر ذلك إلى زيارة طبيب محدد، كما يتحكم التوزيع الجغرافي للأطباء الخواص سواء كان أطباء عاميين أو متخصصين، زيادة على محدودية القدرة المالية لبعض الفئات الهشة التي لا تتوفر على تغطية أو تأمين صحي فإذا كان الوزارة الوصية تستطيع التحكم في توزيع أطباء القطاع العام بوصفها مستغلة له، فهي لا تفرض نفس المعايير على القطاع الخاص، حيث يتركز أغلب الأطباء في المدن والحوضر الكبرى². كما أن هناك عدة حالات لا يملك فيها المريض على القدرة على اختيار الطبيب الذي يتكلف بحالته والتعاقد معه، وذلك بسبب تعرضه لحادث أونوبة مرضية تجعله غير قادر على الاختيار وتحديد احتياجاته العلاجية، ويحق للطبيب أن يتدخل بشكل مستعجل لوقف تدهور الحالة الصحية للمريض وتقديم الإسعافات الأولية كتضميد الكسور والحروق وغيرها من التدخلات الموسومة بطابع السرعة لفائدة المريض طبعاً³. و تبعاً لما سبق فلا يحق للطبيب أو المصلحة عموماً إدراج بعض المقتضيات التنظيمية في الأنظمة الداخلية التي تخصها تلزم المرضى بمواصلة العلاجات أمام الأطباء العاملين لديها وذلك بفرض شروط تعسفية تحد من حرية الأفراد في الاختيار كالامتناع عن تسليم المريض الملف الطبي الخاص به لإجباره على البقاء.⁴

3- ربط متابعة العلاج بإجراء تجارب طبية :

في سبيل تطوير التجارب الطبية على الإنسان، قد يشترط بعض الأطباء على مرضاهم شروطاً تتعلق بمتابعة علاجهم بموافقة المرضى على الخضوع لبعض التجارب الطبية، كإعطائهم بعض الأدوية والعقاقير في طور التجربة ويعد بالطبع أمر غير مشروع، فلا بد من احترام رغبة المريض ويعد بالطبع أمر غير مشروع، فلا بد من احترام رغبة المريض ما دام الرضا هو الأصل في العقد بوجه عام، إلا أن الأمر يكتسي طابعاً خاصاً في العقد الطبي⁵، من حيث كونه ركناً في العقد، ويقتضيه دافع احترام الشخصية الإنسانية وحق الإنسان في عدم المساس بجسده من غير إذنه.

ويقع الإثبات على عاتق الطبيب من أجل الحصول على موافقة المريض وذلك بتقديم الدليل الكتابي بالموافقة⁶.

المطلب الثاني : المسؤولية القانونية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات المفروضة على الأطباء وموردي الخدمات الطبية.

رتب المشرع المغربي على خطأ الطبيب أو مورد الخدمات الطبية مسؤولية قانونية تندرج حسب جسامته الخطأ المرتكب والضرر الحاصل، حيث تختلف الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب ومورد الخدمات، فيمكن أن تكون هذه المسؤولية تأديبية أو مدنية أو جنائية، (الفقرة الأولى)، كما أن تبوؤ الشروط المتطلبة لقيام هذه الأخيرة يرتب جزاءات تندرج بداية من عقوبات تأديبية أو جبر الضرر الذي تسبب فيه بالتعويض، وفي حالات أخرى عقوبات جنائية تطلال المتسبب في الأضرار التي حصلت للمريض (الفقرة الثانية):

الفقرة الأولى : طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات المفروضة على الطبيب ومورد الخدمات الصحية.

الخطأ هو الإخلال بالالتزام قانوني سابق، يترتب على وقوعه حصول ضرر مادي أو معنوي لطرف معين، يخول له المطالبة به أمام المحاكم لجبر ما أصابه من أضرار والحصول على تعويض عادل عما أصابه، وإمعاناً في رصد الجوانب المختلفة لمسؤولية الطبيب ومورد الخدمات الطبية سوف نعمل على تحديد طبيعة هذه المسؤولية، وحسبما إذا كانت تأديبية أو مدنية أو جنائية.

أولاً – المسؤولية التأديبية للطبيب وموردي الخدمات الطبية :

أسندت مهمة تأديب الأطباء والطبيبات للمجالس الجهوية لهيئة الطبيبات والأطباء في المرحلة الابتدائية، والمجلس الوطني في مرحلة الاستئناف المقيد في جدول الهيئة إذا ارتكب أحد الأطباء المخالفات الآتية :

- عدم احترام أحكام هذا القانون والقوانين والأنظمة المطبقة على الطبيبات والأطباء في مزاوله مهنتهم.
- خرق القواعد المهنية والإخلال بمبادئ الشرف والاستقامة والكرامة التي تتطلبها المهنة.
- المس بالقواعد والأنظمة التي تسنها الهيئة وبالإعتبار والاحترام الذي تستوجبه مؤسسة الهيئة وأجهزتها.

1- تحريك مسطرة التأديب في حق الطبية أو الطبيب :

وتبعاً لما ورد في المادة 55 من القانون 08-12 سترفع الدعاوى التأديبية إلى المجلس الجهوي للهيئة، وتستأنف لدى المجلس الوطني، قيم استدعاء الطبيب المعني بالأمر للمثول أمام الهيئة التأديبية بواسطة رسائل مضمونة مع الإشعار بالاستلام أو بواسطة المقص القضائي أو بالطريقة الإدارية قبل التاريخ المحدد للجلسة لخمسة 15 يوماً على الأقل.

¹- لا يمكن بأي حال الحديث عن العلاجات بدون إثارة مسألة المساواة كمحدد أساسي للعادلة الاجتماعية، فكل مجتمع ملزم بتوزيع أحسن للخدمات الصحية ما أمكنه ذلك، بحيث أن السعي إلى تحقيق المساواة هو اختيار اجتماعي بامتياز، لذا فلولج الخدمات الصحية أمر ضروري .

Frak vamdenbroncke. équité eu soins de santé : reflètes et perspective de la vie économie pas .

3- أحمد درويش : العقد الطبي : تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه : منشورات سلسلة المعرفة القانونية مطبعة الألفية الرباط 2009 ص 112.

²- أحمد درويش : م.س.ص 115

³- أنظر الفصل 25 من مدونة السلوك الطبي لسنة 1953 و المادة 26 من مدونة 1999.

⁴- L'article L1110-8du C.D.F dispose que :

« -le droit du malade au libre de son praticien et de son établissement de santé et de son mode de prise eu charge sans forme ambulatoire ou à domicile ,eu pardi culer lorsqu'il relève de soins palliatifs au sens de l'article.

L.1110-10,est un principe fondamental de la législation sanitaire. »

⁵- أحمد درويش : م.س.ص 117

⁶- أحمد ضياء نعمان : إثبات الخطأ الطبي بين الواقع و القانون : المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية. العدد 8 يوليو 2012 ص 132..

ويمكن للطبيبة أو الطبيب المتابع أن يستعين بأحد زملائه أو محام أو بهما معا أمام الهيئة التأديبية للهيئة الوطنية للطببيات والأطباء خلال كل مراحل المتابعة التأديبية¹ ودعما للضمانات القانونية الممنوحة للطبيبة أو الطبيب يحق له الإطلاع على وثائق الملف وتسلم نسخ منه. وتحال الشكاية كتابة إلى المجلس الجهوي من أي شخص يعنيه الأمر، وينسب من خلالها إلى طبيبة أو طبيب ارتكاب خطأ شخص يبرر إقامته دعوى تأديبية²، كما يرفع الأمر كذلك إلى المجلس الجهوي من أجل الأسباب نفسها من الإدارة أو إحدى النقابات أو الجمعيات الممثلة لمهني قطاع الصحة ورئيس المجلس المذكور، الذي يقوم بذلك تلقائيا أو يطلب من 2/3 أعضاء المجلس أو من رئيس المجلس الوطني³.

وبعد توصيل الهيئة التأديبية للمجلس الجهوي بالتقرير من العضو أو الأعضاء المكلفون بالتحقيق في موضوع الشكاية⁴، تقرر الهيئة التأديبية إما مواصلة القضية مع المعني بالأمر إما بإجراء بحث تكميلي، أو إما أنه لا مبرر للمتابعة، بحيث تصدر قرار معللا يقضي بعدم المتابعة التأديبية تبلغه إلى الطرف المشتكي وإلى الطبيبة أو الطبيب المعني بالأمر وإلى الإدارة بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بواسطة مفوض قضائي أو بالطريقة الإدارية. حيث يحق للمشتكي أن يستأنف المقرر الصادر بعدم متابعة الطبيب لدى المجلس الوطني قبل انصرام 30 يوما من تاريخ التوصل، أما إذا كان ارتأت الهيئة المذكورة أن الأفعال المضمنة في الشكاية تعد مخالفة بمفهوم المادة 53 من القانون 08-12، فيقوم باستدعاء الطبيبة أو الطبيب العين بالأمر بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالإستيلام أو بواسطة المفوض القضائي أو بالطريقة الإدارية حيث تبث الهيئة بعد الاستماع إلى إيضاحات الطبيب أو الطبيبة، وتبث الهيئة التأديبية للمجلس الجهوي في أجل أقصاه ثمانية أيام من تاريخ الاستماع للطبيبة أو دفاعه أو من تاريخ تكرار غيابة طبقا لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 78.

استئناف القرارات التأديبية:

يحق للطبيبة أو الطبيب استئناف المقرر الصادر ضده أمام المجلس الوطني لهيئة الطبيبات والأطباء خلال ثلاثين يوما من توصله بالقرار، ويقدم الاستئناف بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالاستلام، ويقوم رئيس المجلس الجهوي بإرسال الملف الأصلي للقضية داخل أجل لا يتعدى 30 يوما من تاريخ التوصل بالطلب الموجه إليه من رئيس المجلس الوطني⁵.

تبث هذه الهيئة التأديبية وهي مشكلة طبقا لما ورد في المادة 85 من القانون 08.12⁶، وبعد الإطلاع على التقرير المنجز من طرف العضو أو الأعضاء المكلفون بالتحقيق، في أجل أقصاه 8 أيام من تاريخ الاستماع للطبيبة أو الطبيب أو لممثليه أو من تاريخ تكرار غيابه، وتبلغ المقررات الصادرة في حقه داخل أجل شهر من تاريخ إصدار المقرر بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بواسطة مفوض قضائي أو بالطريقة الإدارية كما يمكن الطعن في المقررات الصادرة استئنافية عن الهيئة التأديبية للمجلس الوطني من طرف المشتكي أو الطبيبة أو الطبيب المشتكى به أو الإدارة التابع لها الطبيبة أو الطبيب أمام محكمة النقض طبقا لما هو مضمن في قانون المسطرة المدنية.

2 - العقوبات التأديبية:

إذا تبث إخلال الطبيب أو الطبيب مقتضيات المادة 53 من القانون 08.12 تصدر الهيئات التأديبية المخولة العقوبات التأديبية الآتية :

-الإنذار

-التوبيخ مع التقييد في الملف الإداري المهني .

-التوقيف عن مزاولة المهنة لمدة لا تتجاوز سنة مع النفاذ أو وقف التنفيذ

-التشطيب من جدول المهنة.

و في نفس الإطار لا يمنع التوقيف عن مزاولة المهنة أو التشطيب من جدول هيئة الطبيبات والأطباء ولا العزل ولا الاستقالة من تطبيق المسطرة التأديبية بسبب أفعال سابقة، كما لا تحول الدعوى التأديبية المقامة أمام مجلس الهيئة دون تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة أو من طرف المتضرر أمام المحاكم⁷ غير أن توجه المشرع المغربي لم يكن سليما فيما يخص إعطاء المجلس الوطني وحده التقرير بشأن توجيه ملف الدعوى التأديبية إلى النيابة العامة إذا طلبت منه ذلك.

ثانيا - المسؤولية المدنية للطبيب أو مورد الخدمات الطبية :

يترتب على خطأ الطبيب أو مورد الخدمات الطبية قيام المسؤولية المدنية إلى جانب المسؤولية التأديبية التي سبق الحديث عنها، إذا تسبب إخلال هذا الطبيب أو مورد الخدمة بالتزاماته ضررا جسمانيا أو معنويا للمريض أو مستهلك الخدمات الطبية⁸، وقد يترتب عن تحقق الفعل الواحد إخلال بالتزام عقدي وإخلال بالتزام قانوني في أن واحد ويدخل الأضرار الناتجة عن الأخطاء التي يقرها الأطباء وغيرهم من أصحاب المهن الحرة كالمحامين والموثقين والعدول⁹، وللوقوف على أهم العناصر التي تتحكم في تحقق المسؤولية المدنية للطبيب أو مورد الخدمات الصحية والتي تتمثل في تحديد الطبعة القانونية لالتزام الطبيب في مواجهة المريض.

¹ - راجع المادة 53 من القانون رقم 08-12 المتعلق بالهيئة الوطنية للطببيات والأطباء.

² - المادة 56 من القانون رقم 08-12 المتعلق بالهيئة الوطنية للطببيات والأطباء.

³ - المادة 73 من القانون 08-12 المتعلق بالهيئة الوطنية للطببيات والأطباء.

⁴ - المادة 77 من القانون 08-12 المتعلق بالهيئة الوطنية للطببيات والأطباء.

⁵ - المادة 83 من القانون 08.12.

⁶ - يرأس الهيئة التأديبية رئيس المجلس الوطني أو أحد نوابه المعين وفق النظام الداخلي وتضم:

- خمسة أعضاء يمثلون الطبيبات و الأطباء المزاولين بالقطاع الخاص.

- ثلاث أعضاء- يمثلون الطبيبات و الأطباء المزاولين بالقطاع العام و الجماعات المحلية.

- عضو واحد يمثل الطبيبات و الأطباء الأساتذة الباحثين.

- عضو يمثل طبيبات و أطباء القوات المسلحة الملكية.

و يمكن أن تضم الهيئة قاض من الغرفة الإدارية لمحكمة النقض يعين بقرار وزير العدل بصفة استشارية.

⁷ - المادة 62.

⁸ - تضم المسؤولية المدنية إلى المسؤولية العقدية و تقوم على الإخلال بالتزام عقدي وقع تضييمه في العقد الطبي الذي أبرمه المريض مع الطبيب أو مورد الخدمة و يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات، أما المسؤولية التقصيرية للطبيب أو المورد فتقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير م في هذه الأحوال يتحقق الخطأ عندما يتجاوز فيه الطبيب حدود ما نتيجة المعارف العلمية لمهنته ليصيب المريض بضرر جسماني أو معنوي مترتب عنه. للمزيد في التفصيل في موضوع المسؤولية المدنية: راجع أحمد

السنهوري: الوسيط في القانون المدني: مصادر الالتزام، منشورات الحلبي ببيروت، طبعة 2011 ص 847.

⁹ - عبد الحق صافي: الوجيز في القانون المدني: المصادر غير الإرادة للالتزام م.ن.ج الدار البيضاء ص 215 ص 21.

1- التزام الطبيب ببذل العناية اللازمة:

يلتزم الطبيب بشكل عام ببذل العناية اللازمة في مباشرة كل الأعمال الطبية التي تستهدف علاج المريض وتحقيق معاناته جراء المرض الذي ألم به¹ أو تبعاً لذلك فإن المريض ملزم بإقامة الدليل على إهمال الطبيب أو انحرافه عن الأحوال المستقرة في المهنة، وهذه العناية يجب أن تكون صادقة ويقظة ومتفقة مع المعطيات التي استقر عليها علم الطب²، ويراعى في تقدير مدى التزام الطبيب ببذل هذه العناية المطلوبة مستواه المهني، فالطبيب العام لا يتحمل نفس الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب المتخصص الذي يفترض أنه قد تفرس وتدرب بشكل كافٍ لإتقان أطول مهنة.

كما يدخل في تقدير مدى تقيد الطبيب في تدخله ببذل العناية الظروف الخارجية المحيطة به، كمكان العلاج والآلات والأدوات التقنية الموضوعة رهن إشارته، فالأمر يختلف إذا كان هذا الطبيب يشتغل في مستشفى مجهز بأحدث التجهيزات والأدوات، أو أن المنشأة الصحية تنعدم بها الظروف الملائمة للعلاج كالبعد وعدم توفر لوازم العمل الضرورية.

وتجدر الإشارة فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المريض سواء كان طبيعة الخطأ عقدية أو تقصيرية، ما دام أساس المسؤولية هو المسؤولية عن الخطأ الشخصي واجب الإثبات. حيث يجب على المريض الذي يدعي تضرره من خطأ الطبيب إقامة الدليل على وجود الالتزام الطبيب وأنه قد أصيب بالضرر أثناء تنفيذ الأخيرة للالتزامه.

ولا يجوز للمريض افتراض الخطأ من جانب الطبيب، وبمجرد تعرضه لإصابة بضرر، فزيادة على وجود العلاقة العقدية يلزم المريض أن يثبت انحراف سلوك هذا الطبيب عن السلوك العادي المتعارف عليه، وأن هذا الانحراف سبب ضرراً للمريض.

2- التزام مورد الخدمات الطبية بضمان السلامة:

ظلت فكرة الخطأ هي الأساس القانوني الأهم لتحويل المضرور الحق في التعويض، طبقاً لموجبات العدالة والإنصاف، إذا كان هذا الأمر قد انسجم مع واقع الحال في مطلع القرن الماضي، فإن الأمور تبدلت بفعل تطور الآلات وشيخوخ استعمالها وزيادة الإنتاج الصناعي ليغطي كل مناحي الحياة البشرية³ حيث ارتفعت الحالات التي تسبب فيها الحوادث في أضرار جسيمة ومالية جسيمة نظراً لعدم كفاية الأساس القانوني الذي انبثت عليه مساءلة مورد الخدمات أو المنتجات عما يصيب المستهلكين من أضرار جراء استهلاك هذه المواد، تبنى المشرع المغربي موقفاً مغايراً يركز على فكرة المسؤولية بدون خطأ، فما هو أساس التزام مورد الخدمات الطبية والتعويض عن الأضرار التي تحدثها هذه المنتجات للغير؟

بالرجوع إلى القانون 24.09 المتعلق بمسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة نجد أن المادة الرابعة ينص على ما يلي: "يلزم منتجو ومستورد ومنتجات ووكذا مقدموا الخدمات بألا يعرضوا في السوق إلا المنتجات أو الخدمات السليمة كما هي معرفة طبقاً لأحكام هذا الباب"⁴. وأسس فكرة المسؤولية على نظرية المخاطر، حيث يتم التركيز على فكرة الضرر وحده دون الالتفات إلى سلوك محدثه، فمسئولية هو العلاقة بين النشاط الممارس والضرر الحاصل.

وتبقى مسؤولية منتج المواد الطبية والأدوية والمستحضرات مقيداً بالالتزام العام بضمان السلامة، أي سلامة مستهلك هذه الأخيرة من الأضرار البليغة التي تسبب فيها بعض المنتجات الفاسدة أو المعيبة، لذا عمدت التشريعات إلى تشديد مسؤولية المهنيين المنتجين لهذه الأدوية والأجهزة وغيرها والتزامهم بتعويض الأضرار التي يتعرض لها المستهلكين، ولا يمكنها درأ هذه المسؤولية عن طريق الدفع باتصال العيب بمخاطر التطور العلمي⁵. ولم يكن المشرع المغربي موفقاً عندما تبني في المادة 9/106 من ق.ل.ع موفق المشرع الفرنسي طبقاً للمادة 11/1386 من القانون المدني، وتمكين المنتج من الإفلات من المسؤولية إذا ما أثبت أن توقع اكتشاف العيب لم تكن متاحة بالنظر للتطور العلمي والتقني التي كانت سائدة إبان طرح المنتج في السوق⁶ لذا فالتزام الأساسي لمنتج المواد الطبية والأجهزة المكتملة للأعضاء وكل مستلزمات العلاجات الطبية هو الالتزام العام بضمان السلامة، أي أن هذا الأخير يحكم علمه المسبق بأسرار تصنيع المنتج فهو ملزم باتخاذ كل التدابير اللازمة للحيلولة دون استفعال الأضرار التي يشكها إما وجود عيب في الصنع أو أن هذه المواد بحسب طبيعتها تشكل خطراً دائماً على مستعملها إذا لم تتوفر له المعلومات الكافية حول طريقة الاستعمال، حيث يطلع المنتج والمورد بالتحذير من المخاطر المحتملة لهذه المنتجات تفادياً للإضرار بصحة المستهلكين.

ثانياً: التزام الطبيب أو مورد الخدمة بتحقيق نتيجة:

في مقابل التزام الطبيب ببذل عناية كثيرة هي الأحوال التي يبقى الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة معينة سيق وأن أنفق مع المريض بشأنها في هذه الحالات يكفي لإقامة مسؤولية الطبيب أو مورد الخدمة إثبات الضرر الذي حصل زيادة على إثبات الالتزام ولا يستطيع المريض أن يدفع بعدم مسؤوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي أي إثبات أن القوة القاهرة كان لهما دور فيما حدث.

فإن هناك إجماع عام أن التزام الطبيب هو بذل عناية والاستثناء هو التزام بالنتيجة⁷ حيث يلزم الطبيب بالوصول إلى النتيجة المتوخاة من تقديم العلاجات للمريض، وتختلف طرق الحصول على هذه النتيجة حسب الأحوال الآتية:

تركيب الأعضاء الصناعية:

¹ - ضياء علي أحمد نعمان: إثبات الخطأ الطبي بين الواقع والقانون: المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 8 يوليو 2012 ص 108.

-حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 13229 ملف إداري رقم 10551 بتاريخ 1985/9/06 "إن مسؤولية الطبيب تنبني على الإهمال وعدم بذل العناية اللازمة، وهو لا يضمن النتائج اعتماداً على أن التزامه هو ببذل عناية لا بتحقيق غاية...."أورد أحمد درويش في كتاب العقد الطبي: م.س.ص 247.

² - أحمد درويش: العقد الطبي م.س.ص 248.

³ - عبدالحق صافي: الوجيز في القانون المدني، الجزء الثاني م.س.ص 294.

⁴ - يتعلق الأمر بالقانون 24-09.

⁵ - مكنت توجيهية الاتحاد الأوروبي في المادة 7 فقرة 5 من القانون 25 يوليو 1985 المنتج من دفع المسؤولية المدنية عن المنتج المعين إذا ما أثبت أن الوضعية التي بلغها العلم والمعرفة خلا طرح المنتج في السوق ثم تكن كافية لاكتشاف هذا العيب.

⁶ - أحدث تسويق عقار Contergam الذي كان مخصصاً للتخفيف الآلام التي يعاني منها النساء الحوامل، أضرار جسيمة على الأجنة، حيث شهدت الفترة التي أعقبت طرحه في الأسواق ميلاد العديد من الأطفال بدون أطراف سفلية أو علوية، بعد ذلك أسفرت الدراسات والأبحاث عن اكتشاف علاقة بين هذه العاهات وبين المادة الخطيرة التي يتضمنها هذا الدواء والمتمثلة بالـ *teratogenicity* التي إلى أن قررت الدول الكبرى سحبها من الأسواق المتعلقة بالأدوية.

⁷ - ضياء علي أحمد نعمان.

بحكم التطور الحاصل في المجال التقني المرتبط بمهنة الطب، أضحت التدخلات الطبية الرامية إلى تحسين أداء بعض الأعضاء وصيانتها كالأسنان، أو تدارك النقص الحاصل في مقومات عضو من الأعضاء، كتركيب يدا أو رجل اصطناعية أمرا متاحا ومتحكما في الآثار الجانبية التي ترافقه لذا فالتزام الطبيب ينصرف بشكل أولي إلى ضرورة بذل الطبيب لكل المجهودات اختيار العضو الصناعي المناسب للمريض والحرص على تهيئته ليلي حاجات المريض وتعويضه عن الضعف الذي يعاني منه¹، إلا أن هناك جانبا تقنيا محضا فيما يخص عملية تركيب الأعضاء الصناعية يجب مراعاته، فيجب على الطبيب أن يبذل جهوده العلمية لتحقيق النتيجة المرجوة والمتفق عليها، بحيث تثار مسؤولية مباشرة إذا عجز عن الوصول إليها، فيقع عليه عبء إثبات أن الجهاز الذي تم تركيبه سليم ويمتاز بالدقة وأنه مناسب لجسم المريض، وأي خلل يمكن مساءلة الطبيب عن تفریطه في توفير عضو صناعي جيدا الصنع ويتفق بشكل كلي مع قياس الجسم وإلا يسبب أضرار للشخص المريض.

نقل الدم وإجراء التحاليل الطبية :

تعتبر عملية إجراء التحاليل الطبية² أساسية يعتمد عليها الطبيب المشخص بشكل كبير بالاستعلام عن بعض الأمراض والفيروسات التي تهدد حياة الإنسان بشكل عام، وهي بحكم تكرارها وتوفر الجانب التقني فلم تعد تطرح إشكالا بحكم حسم القضاء لطبيعة التزام المورد، واعتبره التزاما بتحقيق النتيجة ألا وهي سلامة هذه التحاليل ودقتها في التعبير عن الواقع وفي نفس السياق تتطلب عملية نقل الدم إلى شخص معين تقييد الطبيب بالضوابط العلمية والقانونية المحددة³، رغم أن نقل الدم من العمليات المألوفة منذ وقت طويل، وتسهم في إنقاذ العديد من الأشخاص، لكن تتطلب هذه العملية من جانب الطبيب دقة متناهية وحرصا شديدا فيما يخص تعقيم الأدوات التي تستعمل بالمستشفى، و يقع على عاتق الطبيب أن يضمن حق دم لشخص آخر من نفس الفصيلة، وألا يكون مصدر عدوى وهو التزام بنتيجة، في المقابل لا يمكن أن يضمن الطبيب مدى فعالية عملية نقل الدم وأثرها على شفاء المريض فهو يبذل العناية اللازمة وتهئية الظروف الملائمة لنقل هذا الأخير، ولا يؤخذ بعين الاعتبار تخلف النتيجة المتمكنة في شفاء هذا المريض.

- الجراحة التجميلية : انتشرت العمليات التي ستهف من وراءها بعض الأشخاص تجميل صورهم، وإخفاء علامات الشيخوخة، فلا يقصد من هذه الجراحة شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما الهدف هو إصلاح بعض التشوهات ترمي إلى تحسين المظهر الخارجي وتجميل الأعضاء البارزة للفرد.

و هي بذلك تنقسم إلى نوعين⁴:

الأولى : تنجّه إلى إصلاح بعض التشوهات الطبيعية التي ولدت مع الفرد ولا يكون محل رضا من هذا الأخير، حيث يبذل كل ما في وسعه لتقويم هذا الخلل وتحسين صورته الخارجية، وبذلك فلا يكون الهدف من وراءها إعادة الصحة العضوية للمريض، وإنما تقويم اعوجاج أنف طويل أو قصير، إنقاص حجم الأذن والزيادة فيها، تنميق الشفاه وإنبات الشعر الخ..... فالغرض من هذه الجراحة هو إرضاء الطموح الشخصي للزبون الذي يطمح للحصول على الرضا الشخصي ولتحسين مظهر لياقته وإصباغ روح الجمال على مظهره وتنسيق شكل الأعضاء الخارجية.

الثانية : فالجراحة التجميلية قد تستهدف العلاج إذا كان الدفع إليها علاج عجز حقيقي خلفته بعض الحوادث أو الحروق مثل إعادة شفة إلى مكانها بعد أن انتزعت بفعل حادثة أو محو الآثار الظاهرة للحروق التي تعرض لها شخص ما.⁵

- التزام الطبيب بالحصول على موافقة المريض :

يلتزم الطبيب بالتدخل لعلاج المريض، ولا يمكنه أن يمتنع عن ذلك⁶ وإذا تصرف مخالفا للضوابط المهنية يكون مسؤولا عن أفعال الامتناع تلك مع ما يحدث عن ذلك، لكن الطبيب في تدخله هذا يجب أن يعمل على الحصول على موافقة المريض إذا كان في حالة تمكنه من التعبير عن إرادته في الخضوع للعلاجات التي اقترحها الطبيب، وقد أثبتت هذه المسألة في القضاء الفرنسي بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم 198546 بتاريخ 26 أكتوبر 2001 حول أحقية المريض في عدم الخضوع للعلاجات التي يقوم بها الطبيب، وماهي حدود التدخل الطبي ضدا على رغبة المريض؟ حيث تتعلق هذه القضية أساسا بامتناع أحد المرضى المنتمين إلى طائفة تدعى (les témoins de gehovach) عن الخضوع لعملية نقل الدم التي تتعارض مع بعض المعتقدات الخاصة بها وقيام الطاقم الطبي بعلاج هذا المريض وفق المعايير المعتادة التي يفرضها التدخل الطبي في هذه الحالات والأخرى المتشابهة في سياق النقاش الذي أثاره هذا القرار، يمكن القول أن الطبيب يكون ملزما بالحصول على موافقة المريض للقيام بكل التدخلات العلاجية الضرورية، ولا يمكنه أن يتعدى حدود إرادة المريض الراضف لما قرره الطبيب في شأن حالته المرضية، ولا يعفى الطبيب إلا إذا كان التدخل الطبي قد تطلبته حالة الاستعجال التي يوجد بها المريض حيث يتطلب الأمر أولا تدخل عاجلا للتقليل من الأخطار المحدقة بالمريض ففي هذه الحالة يكون الطبيب في حل من هذا القيد، ويجب عليه أن يتدخل تلقائيا لتقديم كل الخدمات التي تمكن من إعادة استقرار الحالة الصحية للمريض⁷ فالطبيب بحكم مهنته ملزم بالتدخل لتقديم العلاجات ويعمل ما في وسعه من وسائل علمية وأدوات لإنقاذ حياة الأفراد، وبالتالي فإن هناك تعارضا واضحا قد يحدث في هذه الحالات بين مبدأ استقلال إرادة المريض وتعبيره عن طريقة العلاج التي يرغب فيها، وبين التزام الطبيب بتقديم العلاجات للمريض دون تماطل أو مواربة، فهل الطبيب يمكن له دائما التقرير لوحده في كل ما يتعلق بمصلحة المريض عموما بمناسبة تقديم العلاجات.

ثالثا: المسؤولية الجنائية للطبيب ومورد الخدمات الطبية :

¹ - ضياء أحمد نعمان : م.س.ص.125.

² - يراد بمفهوم مختبر التحاليل الطبية حسب مدلول المادة 1 من القانون 01-12 المتعلق بالمختبرات الخاصة للتحاليل الطبية البيولوجية : كل مؤسسة صحية خاصة تنجز فيها التحاليل البيولوجية الطبية والفحوص المخبرية الرامية إلى تسهيل التشخيص الطبي أو العلاج أو الوقاية من الأمراض البشرية باستثناء أعمال التشريح المرضي. وقد حددت المادة في نفس القانون أن هذه التحاليل لا تكون إلا بأمر من دكتور في الطب أو دكتور في طب الأسنان في مجال اختصاصه ماعدا إذا تعلق الأمر بتحليل دورية سبق أن أمر طبيب بإجرائها.

³ - بالرجوع إلى مرسوم رقم 2.94.20 الصادر تطبيق القانون رقم 03.94 المتعلق بالتبرع بالدم البشري و أخذ دمه و استخدامه :حيث يفرض أن يخضع الدم المتبرع به للتحاليل الطبية البيولوجية الآتية:

- تحديد فصيلة الدم ABO وعامل البند (RH).

⁴ - ضياء أحمد نعمان : م.س.ص.129.

⁵ - يصطلح على تسميته بالجراحة التجميلية لأنها أقرب إلى العلاج و يكون الغرض منها هو إصلاح التشوهات الخلقية أو المكتسبة نتيجة الحوادث . وقد تشد القضاء المغربي في تحديد مسؤولية طبيب التجميل بالنظر إلى مسؤولية الجراح عموما بحيث طلب منه حيلة أكبر و بقطة أكثر في أداء العمل و في إخبار الزبون بمخاطر العملية المحتملة و غير المحتملة و أخذ إذنه قبل مباشرة العمل، وفي ضمان النتيجة .

⁶ - يقصد بالطبيب المنتع من يعمل لحسابه الخاص، و لا يرتبط بأحد المستشفيات الحكومية أو الخاصة التي يلتزم فيها بتقديم العلاج إما بموجب الرابطة العقدية أو النظامية، و المنتع عن تلبية دعوة المريض ذي الحالة الخطرة دونما ضرر يلحق به، و لا يوجد من يعوضه. عبد الله بن إبراهيم الموسى : امتناع الطبيب عن العلاج بين 280 الشريعة و القانون. مجلة الشريعة و القانون ع.2012/44.

⁷ - Jean-Jacques Frion :Autonomie de la volonté du malade et délimitation de soins du médecin : revue gnostique de l'ouest p 72.

قد تشكل الأفعال المرتكبة من طرف الأطباء مخالفات تأديبية يتم زجرها بتفعيل المقننات التأديبية الواردة في القانون 12-08 المتعلق بمزاولة مهنة الطب أو غيره من النصوص التي تؤطر المجال الطبي، كما قد تتضمن أخطاء المسؤولية التقصيرية والعقدية تكون محلاً للتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تعرض لها شخص ما، كما أنها يمكن أن تشكل هذه الأفعال جرائم يعاقب عليها المشرع بموجب القانون الجنائي والنصوص التشريعية الخاصة.

و تبعاً لما ورد أن التدخلات الطبية التي يقوم بها الطبيب وتنال من جسم الإنسان هي أعمال إذا مورست خارج نطاق هذه المهمة تعد جرائم يعاقب عليها، في حين يجعل التدخل الطبي المذكور من هاته الأفعال أعمالاً مباحة وتعدد الأفعال التي قد يرتكبها الطبيب أو مورد الخدمات الطبية تبعاً لدرجة خطورتها وجسامتها الضرر الذي لحق المريض.

– المسؤولية الجنائية للطبيب:

تثبت المسؤولية الجنائية للطبيب إذا ما اقترف أفعالا تعد جرائم ومعاقب عليها بموجب القانون الجنائي أو النصوص التشريعية المكملة له، وهي بذلك إما أفعالا عمدية أو غير عمدية أو أفعالا مخالفة للمقتضيات التنظيمية المنصوص عليها في القوانين المنظمة لمهنة الطب.

1- الجرائم العمدية :

تثار مسؤولية الطبيب إما يكون تدخله الطبي ليس بدافع التخفيف من ألم المريض ومعاناته وتوفير سبل العلاج والشفاء من المرض، وإنما بدافع الإضرار بالسلامة الجسدية للمريض وتعريضه للأخطار عبر اقتراف الأفعال الممنوعة قانوناً، كأن يقدم الطبيب على إجهاض امرأة أو دفعها إلى ذلك، وفي ذلك عاقب المشرع المغربي جريمة الإجهاض في المادة 449 من القانون الجنائي¹ إلا إذا تطلبها الحفاظ على صحة الأم طبقاً لما ورد في المادة 453 من ق.ج.، فالمشرع لا يعاقب على قيام الطبيب بالاستجابة للطلب العاجل لإجهاض امرأة لا تتحمل مخاطر حمل الجنين في رحمها بفعل مضاعفات ظهرت كالاضطرابات الهرمونية التي لا يستطيع معها الطبيب وقف النزيف بعد الولادة، وفي حالة الإصابة، عنق الرحم، أو كونها تعاني من مضاعفات أمراض القلب، لذا فالداعي إلى مبادرة الطبيب إلى إجهاض امرأة في الحالة المذكورة هو وجود خطر يهدد الحامل لولا ما استطاع القيام بالتدخل الطبي الرامي إلى القضاء على الجنين.

وتتعدد الحالات التي تتعدد فيها المسؤولية الجنائية عن أفعاله الشخصية التي ألحقت ضرراً جسيماً بالمرضى الذين يقصدونه للعلاج.

- إفشاء السر المهني

- الإدلاء ببيانات كاذبة حول الحالة الصحية للمريض، والتزوير في مضمون الشواهد الطبية التي يضمنها لإثبات نسب العجز أو حالات الولادة.

- الجرائم التي يرتكبها الموظف العمومي (كالرشوة – استغلال النفوذ – الاختلاس والغدر

2- الجرائم غير العمدية :

هي مجموعة من الجرائم اكتفى المشرع لقيامها والعقاب عليها بمجرد صدور خطأ غير متعمد من الفاعل (الطبيب)، هذا الخطأ يتحقق كلما انصرفت إرادة الفاعل إلى إثبات نشاط مادي ترتبت عنه نتيجة ما دون أن تكون هذه الإرادة قد اتجهت فعلاً إلى تحقيق النتيجة² وتتوزع صور الفعل الغير العمدي المشكل للخطأ إلى عدة صور نورها كما يلي:

- الإهمال 311م، 432-433 – 192 م، 311م.

ويقصد به التفریط أو عدم الانتباه أي أن يقف الجاني موقفاً سلبياً فلا يتخذ واجبات الحيطة والحذر التي كان من شأن اتخاذها الحيلولة دون وقوع النتيجة الإجرامية الضارة، وهو يتمثل في ترك أمر واجب أو الامتناع عن فعل يجب أن يتم أو الغفلة عن القيام بما ينبغي للشخص المترن الحريص أن يفعله، خاصة في الأعمال التي يصاحبها خطر³.

- الرعونة: يسأل الطبيب الجراح عن رعونته عندما يجري عملية جراحية في غير موضعها كأن يجريها في الفخذ الأيمن عوض الفخذ الأيسر مع العلم أن صور الأشعة المضمنة بالملف الطبي تشير إلى موضع العملية الصحيح فكان بإمكانه تجنب الوقوع في الخطأ لو التزم بالحيطة والعناية المطلوبة⁴.

- قلة الاحتراز: قد يأنه الطبيب تصرفاً ينم عن عدم التبصر بالعواقب في نشاط إيجابي، وبذلك فيه الفاعل طبيعة عمله ومن يمكن أن يترتب عليه من ضرر أو خطر للغير، ولمن لا يكثر ولا يبادر إلى اتخاذ الاحتياطات اللازمة التي من شأنها منع وقوع الأثار الوخيمة لهذا الفعل. كالطبيب الذي يجري عملية جراحية دون تعقيم الأدوات التي يستعملها في الجراحة⁵.

- امتناع الطبيب عن تقديم العلاج: في هذا الصدد يختلف الأمر حول أساس مساءلة الطبيب جنائياً والحكم عليه بعقوبة سالية للحرية، إذا استنكف عن إغاثة مريض أو رفع تقديم العلاج لشخص معين، ما دام الأمر يتعلق بموضوع الجريمة السلبية عن طريق الامتناع⁶ ومن أجل تجاوز الجدل الفقهي حول أساس مساءلة الأشخاص عموماً والأطباء بشكل خاص عند امتناعهم عن تقديم العلاج لشخص فإنه ينبغي الوقوف على كل الحالات المختلفة:

الحالات التي يمتنع على الطبيب:

- العمل في أحد المستشفيات أو عيادة وزارة الصحة.

- الطبيب العامل في القطاع الخاص وحده يتواجد بمنطقة نائية.

¹ - تنص المادة 441 من ق.ج. على مايلي: "كل من أجبر أو حاول إجهاض امرأة حبلى أو يظن أنها كذلك برضاها أو بدونه سواء كان ذلك بواسطة طعام أو شراب أو عقاقير أو تحايل أو عنف أو أية وسيلة أخرى يعاقب بالجس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 200 إلى 580 درهم. وإذا نتج عن ذلك موتها فعقوبته السجن من 10 إلى 20 سنة. وتقوم جريمة الإجهاض إذا توفر فيها القصد الجنائي، إذا أقدم موتي الفعل على اقتراف ذلك وهو يعلم أنه يقوم بنشاط مخالف للقانون الجنائي، ويسعى من خلال ذلك إلى إجهاض امرأة حبلى أو يظن كذلك من أجل القضاء على الجنين الذي بدأ في التكوين". أحمد العلي، القانون الجنائي المغربي القسم الخاص مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء الطبعة الثالثة 203 ص 253.

² - أحمد العلي: المبادئ العامة للقانون الجنائي: مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء الطبعة 1990 ص 316.

³ - جوديا خليل: المسؤولية عن الخطأ الطبي: قراءة في قرار صادر عن محكمة النقض - منشور بمجلة منشورات كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية، مراكش سلسلة الندوات و الأيام الدراسية العدد 42 سنة 2013 ص 264.

⁴ - جوديا خليل، م. سابق، ص 267.

أنظر كذلك أحمد العلي: المبادئ العامة للقانون الجنائي، م.س. ص 271.

⁵ - محمد نجم: شرح قانون العقوبات الأردني، القسم العام، ط2 مكتبة دار الثقافة ص 197.

⁶ - عبد الله بن إبراهيم الموسى: امتناع الطبيب عن العلاج بين الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون عدد 44 سنة 2010 ص 307.

- أثناء الظروف الإستثنائية.

3- المقتضيات الجزية الواردة قانون مزاوله مهنة الطب:

بالرجوع إلى القانون 13-131 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، نجده قد أدرج مجموعة من المقتضيات ذات الطابع الجزري في مواجهة بعض الإختلالات التي يقوم بها أطباء دون غيرهم، حيث عمد إلى تقرير المسؤولية الجنائية ومعاقبتهم بذعيرة من 5000 إلى 10000 درهم كل طبيب صاحب عيادة قد خالف مضمون المادة 46 من القانون المذكور ولم يعمل على إشهار تعريفة الاستفادة من الخدمات التي يقوم بها.

- عدم توفره على التأمين عن المسؤولية .

المسؤولية الجنائية لمورد الخدمات الطبية :

إذا اعتبرنا أن مورد الخدمات الطبية يهدف إلى تزويد الشخص المريض بالأجهزة الطبية والشبه الطبية لتكملة نقص أحد الأعضاء أو تركيب بعض الأجهزة الاصطناعية وغيرها من الخدمات موردا طبقا لمفهوم المادة 2 من القانون 08-31 التي اعتبرت المورد كل شخص طبيعى أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري، فإنه ينبغي تمديد نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك ليشمل هاته الفئة من المهنيين الذين يحتكرون توريد هذه الخدمات. ويسفر هذا التمديد طبعاً إلى إصباغ الحماية الجنائية للمستهلك لتشمل حمايته ضد الشروط التي يمكن أن يدرجها المورد وتضر بمصالح المستهلك، وبالتالي فالمقتضيات الواردة بالمادة 173 تنص على أنه يعاقب كل مورد خالف أحكام القسم الثاني من القانون المذكور والنصوص الصادرة لتطبيقه بغرامة تتراوح بين 2000 إلى 5000 درهم ويمكن إجمال ذلك كالآتي:

- رفض إرجاع المبالغ إلى المستهلك في حال ممارسة حق التراجع (م178)

- عدم تنفيذ مضمون الطلبية (م179)

- عدم التقيد بما ورد في المادتين 47 إلى 51 (من حيث إبرام عقد البيع خارج المحلات وفق الشكل المطلوب.

- عدم التقيد بشكليات الإشهار المتعلقة بمضمون المواد 115 و116 و117 .

إجراءات المصالحة في جريمة الصرف على ضوء التشريع الجزائري.

عبد العزيز خنفوسي

أستاذ محاضر

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور "مولاي الطاهر" بسعيدة، الجزائر

مقدمة:

رغم التأكيد في المسائل الجزائية على عدم جواز إجراء الصلح سواء بين الجاني والمجني عليه أو الجاني وممثل النيابة العامة، الأمر الذي ينجر عنه إنهاء المتابعة وإفلات الجاني من العقاب بصفة نهائية وقطعية.

إلا أننا نجد أن لكل قاعدة استثناء، والاستثناء على المبدأ السابق الذكر هو إمكانية إنهاء المتابعة الجزائية في بعض الجرائم التي علقت المتابعة فيها على شكوى من المجني عليه، وهذا مثل: جريمة الزنا، ترك مقر الأسرة... الخ هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز في نص المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم الفقرة الأخيرة على أن الدعوى العمومية تنقضي بالمصالحة، وهذا إذا كان القانون يجيزها صراحة، وبالفعل فقد ظهرت عدة نصوص تشريعية تنظم جرائم خاصة تضمنت جواز إجراء المصالحة فيها صراحة.

ولطالما أن المصالحة تعد إجراء استثنائيا، فقد أحاطها المشرع الجزائري بمجموعة من القيود، فوضع لها شروطا موضوعية وإجرائية، وأخرى متعلقة بأطراف المصالحة، وحرصا من المشرع على جعل آثار المصالحة نسبية، فقد أجاز إجراء المصالحة في هذا الصدد في جرائم الصرف بمختلف صورها طبقا لنص المادة 09 من الأمر رقم 22-96 المعدل والمتمم ما لم يكن المخالف عائد (المادة 10 من الأمر رقم 22-96)، ثم عدلت وتممت بالمادة 09 مكرر من الأمر رقم 01-03 التي جعلت المصالحة جائزة أيضا في حالة العقود، وأحالت المادة 09 ف 03 إجراء المصالحة إلى التنظيم الذي حدد شروطها وكيفية إجرائها. وعليه سنتناول في هذا المقال البحثي شروط المصالحة في مجال جرائم الصرف ثم آثارها، وقبلها نعرض فيما يأتي لمحة عن المراحل التي مرت بها هذه المصالحة من حيث جوازها⁽¹⁾.

المحور الأول: المراحل التي مرت بها المصالحة في جرائم الصرف.

مرت المصالحة في جرائم الصرف من حيث جوازها بثلاث مراحل نوجزها فيما يأتي قبل التطرق للموضوع في ظل التشريع الحالي.

1- مرحلة الإجازة:

وهي مرحلة تمتد من 1963/01/01 إلى 1975/06/17، ويمكن تقسيم هذه المرحلة بدورها إلى فترتين:

- أ- الفترة الأولى: وتمتد من الفاتح جانفي 1963 إلى 1969/12/31، فبموجب القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن الإبقاء على التشريع الفرنسي الذي لا يتضمن أحكاما تمييزية أو تتعارض مع السيادة الوطنية، فإنه قد تم تطبيق التشريع الفرنسي في الجزائر بما في ذلك التشريع الخاص بقمع جرائم الصرف الذي كان يحكمه آنذاك الأمر رقم 45-1088 المؤرخ في 1945/05/30، وهو التشريع الذي كان يجيز المصالحة في جرائم الصرف.
- ب- الفترة الثانية: وتمتد من 1969/12/31 إلى غاية 1975/06/17، وقد عرفت هذه الفترة صدور أول نص تشريعي جزائري بشأن جرائم الصرف. فبموجب الأمر رقم 69-107 المؤرخ في 1969/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1970، والمادة 53 منه تحديدا أجاز المشرع للوزير المكلف بالمالية والتخطيط أو أحد ممثليه المؤهلين إجراء مصالحة مع مرتكبي جرائم الصرف ضمن الشروط التي يحددها الوزير. غير أن إجازة المصالحة صراحة في جرائم الصرف لم تدم طويلا كما سنبينه أدناه.

2- مرحلة التحريم:

وهي مرحلة تمتد من 1975/06/17 إلى 1986/12/29، وقد صدر في هذه المرحلة الأمر رقم 75-46 المؤرخ في 1975/06/17 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-165 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، وبموجبه تم تعديل الفقرة الأخيرة من نص المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية التي كانت تجيز المصالحة في المواد الجزائية بالتخصيص صراحة على تحريم المصالحة في المسائل الجزائية⁽²⁾. وقد تم تكريس هذا التحريم في مجال جرائم الصرف بإلغاء أحكام قانون المالية لسنة 1970 التي كانت تجيز المصالحة، وبإدماج جريمة الصرف في قانون العقوبات (المواد من 424 إلى 426 مكرر)، وتم ذلك بموجب الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 1975/06/17 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات.

وإذا تخلى المشرع في الأمر رقم 75-47 عن المصالحة في مجال جرائم الصرف تماشيا مع أحكام الأمر رقم 75-46، فلم يكن ذلك إلا بصورة شكلية حيث أبقى عليها عمليا في الجنب من خلال ما أسماه "غرامة الصلح" (Amende de Composition) التي تسمح بتسوية الجنب وديا، وهذا إذا كانت قيمة محل الجريمة لا تتجاوز 30.000 دج حيث تدفع غرامة تساوي قيمة البضاعة محل الغش، وأما في مادة الجنابات فقد تم استبعادها إذا كانت قيمة محل الجريمة تتجاوز 30.000 دج بموجب المادة 425، وأيضا في حالة العودة إلى الجنب بموجب المادة 425 مكرر ف 03.

3- مرحلة إعادة الإجازة:

وتمتد من الفاتح جانفي 1987 إلى غاية صدور الأمر رقم 22-96، ويمكن تقسيم هذه المرحلة بدورها إلى ثلاث فترات:

- أ- الفترة الأولى: وهي فترة الإجازة النسبية والمشروطة، وتمتد هذه الفترة ما بين الفاتح جانفي 1987 والفاتح جانفي 1992، ولقد تميزت هذه الفترة بصدر القانون رقم 86-15 المؤرخ في 1986/12/29 المتضمن قانون المالية لسنة 1987 الذي أجازت المادة 103 منه لوزير المالية إجراء مصالحة مع مرتكبي جرائم الصرف عندما تتعلق بالنقود بالعملة الأجنبية القابلة للتحويل.
- ب- الفترة الثانية: وهي فترة اتساع مجال تطبيق المصالحة، وتمتد ما بين الفاتح جانفي 1992 و09/07/1996، وهي فترة عرفت اتساعا في مجال تطبيق المصالحة في جرائم الصرف بعدما أصبحت جائزة في المواد الجرمية إثر تعديل نص المادة 265 من ق.ج.ج بموجب القانون رقم 91-25 المؤرخ في 1991/12/18 المتضمن قانون المالية لسنة 1992.

(1)- أنظر: أحسن بوسقيعة، المصالحة الجزائية في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجرمية بوجه خاص، دار هومة، الجزائر، 2005، ص: 281.

(2)- أنظر: أحسن بوسقيعة، المنازعات الجرمية في ضوء الفقه واجتهاد القضاء، دار الحكمة، الجزائر، 1998، ص: 42.

وبحكم هذا التعديل أصبح قانون الجمارك منسجما مع قانون المالية لسنة 1987 بشأن مخالفة التنظيم النقدي.

وفي هذه الفترة أيضا تم تعديل نص المادة 340 من ق.ج.ج بموجب القانون رقم 90-16 المؤرخ في 08/07/1990، وذلك بإزالة أي لبس عن استقلال مخالفة التنظيم النقدي المنصوص عليها في قانون العقوبات عن المخالفة الجمركية⁽³⁾ من حيث العقوبات، وبالتالي تأكيد الطبيعة المزدوجة لهذه الجريمة. تنص المادة 340 من ق.ج.ج بعد تعديلها على ما يأتي: "دون الإخلال بالعقوبات المالية المنصوص عليها في هذا القانون تلاحق المخالفات المتزامنة مع المخالفات الجمركية خصوصا فيما يتعلق بجنح الصرف... وتحاكم ويعاقب عليها طبقا للقانون العام".

ج- الفترة الثالثة: وهي فترة الإجازة التامة التي تمتد من تاريخ 09/07/1996 إلى يومنا هذا، وقد بدأت مرحلة إجازة المصالحة في جرائم الصرف كما رأينا بصور القانون رقم 86-15 المؤرخ في 29/12/1986 المتضمن قانون المالية لسنة 1987، غير أنه حصر مجال تطبيقها في الجرائم المتعلقة بالنقد، وأصبحت المصالحة جائزة في كل جرائم الصرف في مختلف صورها بصور الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09/07/1996 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال.

المحور الثاني: شروط المصالحة.

تخضع المصالحة للشروط الموضوعية والإجرائية الآتي بيانها:

1- الشروط الموضوعية:

الأصل أن المصالحة جائزة في جريمة الصرف في مختلف صورها، وهذا ما يستشف من أحكام الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09 يوليو 1996 قبل تعديله، ولاسيما المادة 09 منه التي تضمنت الشروط الموضوعية للمصالحة، وهي:

- يمكن للوزير المكلف بالمالية أو أحد ممثليه إجراء المصالحة إذا كانت قيمة محل الجنيحة تقل عن عشرة ملايين دينار جزائري (10.000.000 دج) أو تساويها.
- لا يمكن إجراء المصالحة إذا تجاوزت قيمة محل الجنيحة عشرة ملايين دينار جزائري (10.000.000 دج) إلا بناءً على رأي مطابق تصدره لجنة المصالحة.
- وإثر تعديل الأمر رقم 96-22 بموجب الأمر رقم 03-01 نصت المادة 09 مكرري الأخرى على خضوع المصالحة لجملة من الشروط هي:
- يمكن للجنة الوطنية للمصالحة إجراء مصالحة إذا كانت قيمة محل الجنيحة تقل عن خمسين مليون دينار (50.000.000 دج).
- إذا كانت قيمة محل الجنيحة تساوي خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو تفوقها، فإن اللجنة الوطنية للمصالحة تبدي رأيا وترسل الملف إلى الحكومة لاتخاذ قرار بشأنه في مجلس الوزراء.
- إذا ارتكبت المخالفة دون علاقة بعملية للتجارة الخارجية، وإذا كانت قيمة محل الجنيحة تقل عن خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) أو تساويها، فإنه يمكن أن تجري المصالحة لجنة محلية للمصالحة.
- هذا ونجد أن المادة 09 مكرر المعدلة بموجب الأمر رقم 10-03 قد أشارت إلى شرطين اثنين بغية إجراء المصالحة، وهما:
- يمكن للجنة المحلية للمصالحة إجراء مصالحة إذا كانت قيمة محل الجنيحة تساوي 500.000 دج أو تقل عنها.
- يمكن للجنة الوطنية للمصالحة إجراء مصالحة إذا كانت قيمة محل الجنيحة تفوق 500.000 دج، وتقل عن عشرين (20) مليون دينار أو تساويها.
- أما المادة 09 مكرر 1 من نفس الأمر، فقد نصت على أن المخالف لا يمكنه أن يستفيد من إجراءات المصالحة في الحالات التالية:
- إذا كانت قيمة محل الجنيحة تفوق عشرين (20) مليون دينار.
- إذا سبق للمخالف الاستفادة من المصالحة.
- إذا كان المتهم في حالة عود.
- إذا اقترنت جريمة الصرف بجريمة تبييض الأموال أو تمويل الإرهاب أو الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو الفساد أو الجريمة المنظمة أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية.

2- الشروط الإجرائية:

إن المصالحة في مجال الصرف كما هو الحال في المجال الجمركي ليست حقا لمرتكب الجريمة ولا هي إجراء إلزامي بالنسبة للإدارة، وإنما هي مكنة جعلها المشرع في متناولهما بحيث يجوز لمرتكب المخالفة أن يطلب إجراءاتها ويجوز للسلطات العمومية المختصة إجراؤها.

وتبعاً لذلك يشترط القانون في مجال جنح الصرف أن يقدم مرتكب المخالفة طلباً للإدارة، وأن توافق هذه الأخيرة على طلبه.

أ- طلب مرتكب المخالفة: نصت المادة 02 من المرسوم رقم 11-35 المؤرخ في 29/01/2011 الذي يحدد شروط إجراء المصالحة في مجال جرائم الصرف، وكذا تنظيم اللجنة الوطنية واللجنة المحلية للمصالحة وسيرهما على أنه بإمكان مرتكب جريمة الصرف أن يطلب إجراء مصالحة، وأضافت "مع مراعاة أحكام المادة 03 أدناه".

ما هي شروط قبول الطلب؟

- شكل الطلب: الأصل أن يكون الطلب كتابيا، وإن المرسوم رقم 11-35 السالف الذكر لم يفرض الكتابة صراحة، ولا يشترط في الطلب صيغة أو عبارة معينة بل يكفي أن يتضمن تعبيراً عن إرادة صريحة لمقدم الطلب في المصالحة.

ويشترط أن يكون الطلب مرفقا بوصل إيداع الكفالة المذكورة في المادة 03 أدناه، وبنسخة من صحيفة السوابق القضائية للمخالف، ويقدم حسب الحالة إلى كل من رئيس اللجنة الوطنية للمصالحة أو رئيس اللجنة المحلية للمصالحة، ومن مرتكب المخالفة شخصا إذا كان شخصا طبيعيا، ومن المسؤول المدني إذا كان مرتكب المخالفة قاصرا، ومن ممثله الشرعي إذا كان الفاعل شخصا معنويا (المادة 02⁽⁴⁾) ف22 من المرسوم رقم 11-35 المذكور.

- ميعاد تقديم الطلب: لم يحدد المشرع ميعادا معيناً لتقديم الطلب، غير أنه يمكن أن يستشف ذلك من حكم المادة 09 مكرر من الأمر رقم 96-22 المعدل والمتمم السالف الذكر، والتي تنص على أنه: "وفي حالة عدم إجراء المصالحة في أجل ثلاثة (03) أشهر ابتداءً من يوم معاينة المخالفة يرسل ملف الإجراءات مدعما

(3)- أنظر: عبد المجيد زعلاني، خصوصيات قانون العقوبات الجمركي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1998، ص: 257.

(4)- أنظر: تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 11-35 المؤرخ في 29/01/2011 الذي يحدد شروط وكيفية إجراء المصالحة في مجال مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، وكذا تنظيم اللجنة الوطنية واللجنة المحلية للمصالحة وسيرهما على ما يلي: "يقدم طلب المصالحة مرفقا بوصل إيداع الكفالة المذكورة في المادة 03 أدناه، وبنسخة من صحيفة السوابق القضائية للمخالف حسب الحالة إلى رئيس اللجنة الوطنية للمصالحة أو رئيس اللجنة المحلية للمصالحة"، الجريدة الرسمية، العدد 08، المؤرخ في 2011/02/06.

بالشكوى (شكوى وزير المالية أو محافظ بنك الجزائر أو أحد ممثليهما المؤهلين لهذا الغرض) إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً⁽⁵⁾، وأن على مرتكب المخالفة أن يقدم طلبه بإجراء المصالحة في أجل أقصاه ثلاثة (03) أشهر من تاريخ معاناة المخالفة.

ويثور التساؤل حول مصير الطلب إذا قدم بعد انقضاء مهلة الثلاثة (03) أشهر من تاريخ معاناة المخالفة، فهل يقبل هذا الطلب أم يرفض؟ فإذا كانت المادة 09 مكرر من الأمر رقم 22-96 المعدل والمتمم بالأمر رقم 01-03 تشترط أن تتم المصالحة في أجل ثلاثة (03) أشهر من يوم معاناة المخالفة، فهذا لا يحول في رأينا دون إجراء المصالحة بعد انقضاء الأجل المذكور بل وحتى إثر مباشرة المتابعات القضائية وإلى غاية ما يصحح الحكم نهائياً، كما يتبين ذلك من الفقرة الأخيرة من المادة 09 مكرر ذاتها المستحدثة، والتي أجازت إجراء المصالحة في أي مرحلة من الدعوى إلى حين صدور حكم قضائي نهائي.

بل نتساءل عن جدوى الإبقاء في نص المادة 09 مكرر على الفقرة التي تحدد أجلاً لإجراء المصالحة في ظل الفقرة الجديدة التي تجيز المصالحة حتى بعد مباشرة المتابعات وإلى غاية صدور حكم قضائي نهائي.

وتجدر الإشارة إلى أنه حتى قبل تعديل نص المادة 09 من الأمر رقم 22-96 كانت المحكمة العليا قد أصدرت قراراً في 1999/01/25 قضت فيه بأن عدم مراعاة مهلة الثلاثة (03) أشهر لإرسال المحضر إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً من أجل المتابعة لا يترتب عليه البطلان⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للأمر رقم 03-10 نجد أن المشرع الجزائري قد تدارك مسألة تحديد الميعاد من أجل تقديم طلب المصالحة، وهو ما يستشف من المادة 09 مكرر 2 من الأمر رقم 22-96 المعدل والمتمم بالأمر رقم 03-10 بقولها: "دون المساس بأحكام المادة 09 مكرراً أعلاه، يمكن كل من ارتكب مخالفة للتشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج أن يطلب إجراء المصالحة في أجل أقصاه ثلاثون (30) يوماً ابتداءً من تاريخ معاناة المخالفة. ويتعين على لجنة المصالحة المختصة الفصل في الطلب في أجل أقصاه ستون (60) يوماً من تاريخ إخطارها".

وعليه ففي غير الحالات المنصوص عليها في المادة 09 مكرر 1 من الأمر رقم 03-10 يمكن للمخالف أن يطلب إجراء المصالحة في أجل أقصاه (30) يوماً تسري ابتداءً من تاريخ المعاناة (معاناة المخالفة)، ويتعين على لجنة المصالحة المختصة الفصل في طلب المخالف في أجل لا يتعدى (60) يوماً من تاريخ إخطارها.

لكن السؤال الذي يمكن طرحه هو: ما مصير طلب المصالحة المقدم من طرف المخالف، وهذا إذا لم يتم الفصل فيه خلال ستون (60) يوماً من طرف لجنة المصالحة المختصة؟

في هذا الصدد نجد أن 3- من المادة 09 مكرر 2 من الأمر رقم 03-10 قد أجابت على هذا السؤال، واشترطت على اللجنة المختصة أن تقوم بتحرير محضر سواء تم إجراء المصالحة أو لم يتم إجراؤها لعذر معين، ويتوجب عليها بعد ذلك أن تقوم بإرسال نسخة من هذا المحضر، وفي أقرب الأجل إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً.

- ضرورة إيداع كفالة عند تقديم الطلب: تلزم المادة 03 من المرسوم رقم 11-35 السالف الذكر مقدم الطلب بإيداع كفالة، وتمثل نسبة 200% من قيمة محل

الجنة لدى المحاسب العمومي المكلف بالحصول قبل النظر في طلب المصالحة، وفي حالة رفض طلب المصالحة تبقى الكفالة في حالة إيداع إلى حين صدور الحكم النهائي.

وهذا الالتزام يسري على الشخص الطبيعي وعلى الشخص المعنوي على حد سواء.

- الجهة التي يرسل إليها الطلب: بوجه الطلب حسب الحالة إما إلى رئيس اللجنة الوطنية للمصالحة، وإما إلى رئيس اللجنة المحلية (المادة 02 من المرسوم رقم 11-35)، ويستشف من أحكام المادة

09 مكرر من الأمر رقم 22-96 المعدل والمتمم، ومن المرسوم رقم 11-35 ما يأتي:

■ إذا كانت قيمة محل الجنة لا تتجاوز 500.000 دج أو إذا ارتكبت المخالفة دون علاقة بعملية التجارة الخارجية، فإنه في هذه الحالة يوجه الطلب إلى اللجنة المحلية للمصالحة التي تتكون من: مسؤول الخزينة في الولاية رئيساً، مسؤول الجمارك في الولاية عضواً، مدير البنك المركزي بمقر الولاية عضواً، ويتولى مصالح إدارة الخزينة في الولاية المعنية أمانة اللجنة المحلية.

■ إذا كانت قيمة محل الجنة تساوي 500.000 دج أو تقل عنها، وكذلك إذا كانت قيمة محل الجنة تفوق 500.000 دج وتقل عن عشرين (20) مليون دينار أو تساويها، فإنه في هذه الحالة يوجه الطلب إلى اللجنة الوطنية للمصالحة التي يرأسها الوزير المكلف بالمالية أو مثله، وتتكون من: ممثل المديرية العامة للمحاسبة برتبة مدير على الأقل، ممثل المفتشية العامة للمالية برتبة مدير على الأقل، ممثل المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش برتبة مدير على الأقل، ممثل بنك الجزائر برتبة مدير على الأقل، وتتولى أمانة اللجنة مديرية الوكالة القضائية للخزينة.

يستخلص من أحكام المواد من 05 إلى 16 من المرسوم التنفيذي رقم 11-35 ما يأتي:

1. تتولى مصالح مديرية الوكالة القضائية للخزينة تسجيل الطلبات التي تدخل ضمن اختصاص اللجنة الوطنية للمصالحة، وكذا تكوين الملفات الخاصة بها ومتابعتها.

2. يمكن أن تقوم اللجنة المحلية للمصالحة بإجراء المصالحة إذا كانت قيمة محل الجنة تساوي 500.000 دج أو تقل عنها، وذلك مقابل دفع مبلغ المصالحة الذي يحسب بتطبيق نسبة متغيرة تتراوح بين: 200% إلى 250% من قيمة محل الجنة إذا كان المخالف شخصاً طبيعياً.

- 300% إلى 400% من قيمة محل الجنة إذا كان المخالف شخصاً معنوياً.

3. تتولى مصالح إدارة الخزينة في الولاية أمانة اللجنة المحلية للمصالحة، وتسجيل الطلبات التي تدخل ضمن اختصاصها، وكذا تكوين الملفات الخاصة بها ومتابعتها.

4. تجتمع اللجنة الوطنية واللجنة المحلية للمصالحة بناءً على استدعاء من رئيس كل منهما كلما دعت الضرورة إلى ذلك، ويتم إعلام الأعضاء بالملفات الواجب دراستها قبل عشرة (10) أيام على الأقل من تاريخ الاجتماع، كما أنه لا تصح اجتماعاتهما إلا بحضور جميع الأعضاء.

5. تتخذ قرارات اللجنة الوطنية واللجنة المحلية للمصالحة بأغلبية الأصوات، وفي حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً.

6. تدون مداوالات اللجنة الوطنية واللجنة المحلية للمصالحة في محضر يوقعه الرئيس وجميع الأعضاء، ويكون قبول المصالحة أو رفضها موضوع مقررات فردية يوقعها الرئيس.

7. يتم التخلي وجوباً عن محل الجنة والوسائل المستعملة في الغش لصالح الخزينة العمومية.

(5)- أنظر: غ.ج.م.ق.3: قرار صادر بتاريخ 1999/01/25، ملف (180580)، غ منشور، وراجع في هذا الصدد:

-Ahcen Bouskia, L'infraction de change en droit algérien, édition hikma, Alger, 1999, P-P: 128-130.

8. يشتمل مقرر قبول المصالحة على ما يأتي: المبلغ الواجب دفعه، محل الجنحة أو إن تعذر ذلك ما يعادل قيمته، الوسائل المستعملة في الغش، آجال الدفع، تعيين المحاسب العمومي المكلف بالتحصيل.
9. ترسل في غضون عشرة (10) أيام مفتوحة نسخة من محضر المداولات، ومقرر قبول المصالحة أو رفضها إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً، ووزير المالية ومحافظ بنك الجزائر.
10. يبلغ وجوباً مقرر قبول المصالحة أو رفضها إلى المخالف في غضون خمسة عشر (15) يوماً ابتداءً من تاريخ توقيعه بموجب: محضر تبليغ، رسالة موصى عليها مع وصل استلام، أو أي وسيلة قانونية أخرى.
11. يمنح المخالف أجل عشرين (20) يوماً ابتداءً من تاريخ استلام مقرر المصالحة لتنفيذ جميع الالتزامات المترتبة عليها، وتقوم اللجنة الوطنية أو اللجنة المحلية بعد انتهاء الأجل المذكور بإخطار وكيل الجمهورية المختص إقليمياً بتنفيذ أو عدم تنفيذ المخالف لالتزاماته، كما تخطر كذلك اللجنة وزير المالية ومحافظ بنك الجزائر.
12. تلغ أحكام المرسوم التنفيذي رقم 111-03 المؤرخ في 2003/03/05، وهذا ليحل محله المرسوم التنفيذي رقم 11-35 المؤرخ في 2011/01/29 الذي أصبح ساري المفعول.

وقد حددت المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 11-35 مبلغ المصالحة الذي تحدد قيمته حسب (الجدولين رقم 1 و 2).

الجدول رقم 01: إذا كان مرتكب المخالفة شخصاً طبيعياً

قيمة محل الجنحة (بالدينار)	نسبة مبلغ تسوية الصلح بالنسبة إلى لقيمة محل الجنحة
- من 500.001 دج إلى 1.000.000 دج	- من 200% إلى 250%
- من 1.000.001 دج إلى 5.000.000 دج	- من 251% إلى 300%
- من 5.000.001 دج إلى 10.000.000 دج	- من 301% إلى 350%
- من 10.000.001 دج إلى 15.000.000 دج	- من 351% إلى 400%
- من 15.000.001 دج إلى 20.000.000 دج	- من 401% إلى 450%

الجدول رقم 02: إذا كان مرتكب المخالفة شخصاً معنوياً

قيمة محل الجنحة (بالدينار)	نسبة مبلغ تسوية الصلح بالنسبة إلى لقيمة محل الجنحة
- من 500.001 دج إلى 1.000.000 دج	- من 450% إلى 500%
- من 1.000.001 دج إلى 5.000.000 دج	- من 501% إلى 550%
- من 5.000.001 دج إلى 10.000.000 دج	- من 551% إلى 600%
- من 10.000.001 دج إلى 15.000.000 دج	- من 601% إلى 650%
- من 15.000.001 دج إلى 20.000.000 دج	- من 651% إلى 700%

- ب- الأشخاص المرخص لهم بالتصالح مع الإدارة: بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 11-35 السالف الذكر، نجد أن المادة 02 منه ترخص لكل من ارتكب مخالفة إزاء التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج أن يطلب إجراء مصالحة.
- وعليه يمكن أن نطرح التساؤلات التالية: من هم هؤلاء الأشخاص؟ وما هي الأهلية المطلوبة لإجراء المصالحة؟
- إن الرجوع إلى الأمر رقم 96-22 السالف الذكر يمكننا من حصر المرخص له بالتصالح في مرتكب المخالفة الذي قد يكون فاعلاً أصلياً أو شريكاً، وهذا على أساس أن المادة 44-01 من ق.ع.ج المعدل والمتمم تعاقب الشريك في الجنحة بالعقوبة المقررة للجنحة.
- وقد يكون أيضاً شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً باعتبار أن المادة 05⁽⁶⁾ من الأمر رقم 96-22 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-03 تقرر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.
- الشخص الطبيعي: إذا كان مرتكب المخالفة شخصاً طبيعياً يشترط فيه أن يتمتع بالأهلية المطلوبة لمباشرة حقوقه المدنية، ومن ثم يجب أن يكون بالغاً متمتعاً بقواه العقلية.
- ويثور التساؤل حول المقصود بمفهوم "البالغ"، وذلك نظراً لاختلاف سن الرشد في القانونين الجزائي والمدني، حيث يكون سن الرشد في القانون الأول ببلوغ سن الثامنة عشر (18) و ببلوغ سن التاسعة عشر (19) في القانون الثاني.
- فأيهما نقصد؟ تختلف الإجابة عن هذا التساؤل باختلاف الطبيعة القانونية للمصالحة في مجال جرائم الصرف، فإذا غلبنا طابع العقد المدني عليها يكون سن الرشد ببلوغ سن التاسعة عشر (19)، وإذا غلبنا الطابع الجزائي على المصالحة يكون سن الرشد ببلوغ الثامنة عشر (18).
- ومن جهتنا نحن نميل إلى اعتبار المصالحة في الجرائم الجزائية بوجه عام جزءاً إدارياً، ومن ثم نقول بجواز إجراء المصالحة في جرائم الصرف لمن بلغ سن الثامنة عشر (18).

⁽⁶⁾ - أنظر: نص المادة 05 من الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09 يوليو 1996 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-03 المؤرخ في 26 أوت 2010 على ما يلي: "الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص مسئول عن المخالفات المنصوص عليها في المادتين الأولى و 2 من هذا الأمر والمرتبكة لحسابه من قبل أجهزته أو ممثليه الشرعيين دون المساس بالمسؤولية الجزائية لممثليه الشرعيين..."

وقد يكون مرتكب المخالفة قاصرا، ففي هذه الحالة يجب التمييز بين القاصر الذي بلغ سن الثالثة عشر (13) من عمره وبين من لم يبلغها. فأما من بلغ سن الثالثة عشر (13) فيجوز له التصالح عن طريق المسؤول المدني (المادة 02-02 من المرسوم التنفيذي رقم 35-11 المؤرخ في 29-01-2011)، والمسؤول المدني هو والد القاصر أو والدته أو من يتولى ولايته. وأما من لم يبلغ سن الثالثة عشر (13) فلا يسأل جزائيا حسب المادة 49-01 من ق.ع.ج المعدل والمتمم، ومن ثم فلا مجال للحديث عن المصالحة فيما يخصه.

- الشخص المعنوي: إذا كان مرتكب المخالفة شخصا معنويا، فإنه يجوز له أن يتصالح بواسطة ممثله الشرعي (المادة 02-02 من المرسوم التنفيذي رقم 35-11 السالف الذكر).

وفي القانون المقارن حول المشرع الفرنسي حق التصالح لإدارة الجمارك والوزير المكلف بالميزانية⁽⁷⁾، وحدد المرسوم رقم 78-1297 الصادر في 28/12/1978 قائمة المسؤولين المؤهلين لممارسة حق التصالح، ووزع مستويات اختصاص كل منهم حسب قيمة محل الجريمة. فبالنسبة للوزير، لا يتخذ قراره إلا بعد استشارة لجنة المنازعات الجمركية والنقدية التي أشارت إلى تأسيسها المادة 20 من القانون رقم 77-1453 الصادر في 29/12/1977 المتضمن منح ضمانات إجرائية للأشخاص الخاضعين للضريبة في المواد الجبائية والجمركية. تتكون هذه اللجنة من (12) عضوا دائما و(12) عضوا إضافيا يعينون من بين مستشاري مجلس الدولة، ومحكمة النقض ومجلس المحاسبة بمرسوم لمدة ثلاث (03) سنوات.

تختص هذه اللجنة حسب المادة 20 السالفة الذكر بإبداء رأيها في المصالحة التي تتجاوز حدود اختصاص المصالح الخارجية للإدارة العامة للجمارك، ويتم إخطارها من طرف وزير الميزانية ويكون رأيها استشاريا غير ملزم له⁽⁸⁾.

المحور الثالث: آثار المصالحة.

نتناول في هذا الفرع آثار المصالحة بالنسبة للمتهم ثم بالنسبة للغير.

1- آثار المصالحة بالنسبة للمتهم:

للمصالحة أثرين هما: انقضاء الدعوى العمومية وأثر التثبيت.

أ- انقضاء الدعوى العمومية: نصت المادة 09 مكرر من الأمر رقم 96-22 المعدل والمتمم بالأمر رقم 03-01 صراحة على انقضاء الدعوى العمومية بالمصالحة، سواء تمت المصالحة قبل المتابعة القضائية أو بعدها أو حتى بعد صدور حكم قضائي ما لم يحز على قوة الشيء المقضي به. هذا وقد تم تعديل هذه المادة بموجب الأمر رقم 10-03 المعدل والمتمم للأمر رقم 96-22، ونصت على أنه: "تنقضي الدعوى العمومية بالمصالحة بتنفيذ المخالف لجميع الالتزامات المترتبة عليها".

- إذا حصلت المصالحة قبل إحالة الملف إلى النيابة العامة، فإنه يتم حفظ الملف على مستوى الإدارة المعنية.
 - إذا حصلت المصالحة بعد إخطار النيابة العامة، فهنا يختلف الأمر حسب المرحلة التي وصلت إليها الإجراءات:
 - إذا كانت القضية على مستوى النيابة ولم يتخذ بشأنها أي إجراء تتوقف الدعوى العمومية بانعقاد المصالحة فيحفظ الملف على مستوى النيابة، أما إذا كانت النيابة قد تصرفت في الملف فحركات الدعوى العمومية إما برفع القضية إلى التحقيق وإما بإحالتها إلى المحكمة، ففي هذه الحالة يتحول اختصاص اتخاذ التدبير المناسب إلى هاتين الجهتين.
 - وإذا كانت القضية أمام قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام تصدر الجهة المختصة أمرا أو قرارا بأن لا وجه للمتابعة بسبب انعقاد المصالحة، وإذا كان المتهم رهن الحبس الاحتياطي يخلى سبيله بمجرد انعقاد المصالحة.
 - وإذا كانت القضية أمام جهات الحكم يتعين عليها التصريح بانقضاء الدعوى العمومية بفعل المصالحة.
- ونشير هنا إلى أن القضاة غير متفقيين على الصيغة التي يجب أن يكون عليها منطوق الحكم أو القرار، فمنهم من يفضل الحكم بانقضاء الدعوى العمومية بسبب المصالحة ومنهم من يحكم بالبراءة بسبب المصالحة، ولقد تدخلت المحكمة العليا لحسم الموقف فقضت بأن المصالحة تؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية وليس إلى البراءة⁽⁹⁾.

ويبدو أن هذا النقاش لا ينفرد به القضاء الجزائري، فقد قضى في مصر بأن الحكم الصادر بانقضاء الدعوى العمومية هو في الواقع وفي حقيقة الأمر حكم صادر في موضوع الدعوى، إذ أن معناه هو براءة المتهم لعدم وجود وجه إقامة الدعوى عليه⁽¹⁰⁾، وفي هذا الاتجاه قضى ببراءة المتهم لانقضاء الدعوى العمومية في عدة قضايا⁽¹¹⁾ وأيده الفقه⁽¹²⁾.

وكذلك قضى في فرنسا ببراءة المتهم بسبب انقضاء الدعوى العمومية بفعل المصالحة⁽¹³⁾، وقضى أيضا في قضية أخرى متعلقة بسحب الشكوى بانقضاء الدعوى العمومية⁽¹⁴⁾، أما نحن فنرى من جهتنا أن الصيغة الأنسب هي الحكم بانقضاء الدعوى العمومية بالمصالحة.

■ أما إذا كانت القضية أمام المحكمة العليا فيتعين عليها التصريح برفض الطعن بسبب المصالحة بعد التأكد من وقوعها، وذلك ما قضت به المحكمة العليا في مناسبتين⁽¹⁵⁾.

(7)- أنظر: المادة 350-01 من قانون الجمارك الفرنسي.

(8)- أنظر: المادة 05 من المرسوم رقم 78-635 الصادر في 12/06/1978 المتضمن تحديد تشكيلة وشروط سير لجنة المنازعات الضريبية والجمركية والنقدية.

(9)- أنظر: غ.ج.م.ق.3، قرار صادر بتاريخ: 09/06/1991، ملف رقم 71509 غير منشور.

(10)- أنظر: نقض جنائي بتاريخ 19/02/1963، س.14، ص: 135، رقم 29.

(11)- أنظر: نقض جنائي بتاريخ 20/03/1962، س.13، ص: 256، رقم 65، و نقض جنائي بتاريخ 11/06/1980، س.31، ص: 761، رقم 146.

(12)- أنظر: محمد عوض الأحوال، انقضاء سلطة العقاب بالتقادم، رسالة دكتوراه، القاهرة، مصر، 1965، ص: 376، 377.

(13)- Voir: crim11/2/1941: Bull. cont-ind., Fasc3.

(14)- Voir: crim28/10/1965: D.1965, 803.

(15)- أنظر: غ.ج.م. ملف رقم 169982، قرار صادر بتاريخ 25/01/1999، ملف رقم 184011، قرار صادر بتاريخ 25/01/1999، غير منشورين.

أ- أثر التثبيت: تتفق عموماً جرائم الصرف مع الجرائم الجمركية من حيث كيفية تحديد مقابل الصلح، ذلك أن المشرع لم يحدد هذا المقابل في نص القانون وإنما أحال بهذا الخصوص إلى التنظيم وترك للإدارة قسطاً من الحرية في تحديده، إذ اكتفى بوضع الحدين الأدنى والأقصى حسب المادتان 04 و 06 من المرسوم التنفيذي رقم 35-11.

وينتضمن مقرر المصالحة المبلغ الواجب الدفع ومحل الجنحة أو ما يعادل قيمته، والوسائل المستعملة في الغش التي يجب التخلي عنها، كما يحدد أجل الدفع ويعين المحاسب العمومي المكلف بالتحصيل، وفي كل الأحوال يصرح مقرر المصالحة بتخلي مرتكب المخالفة على محل الجنحة، وعلى الوسائل المستعملة في الغش فتنتقل ملكيتها إلى الخزينة العامة والأملاك العامة.

2- آثار المصالحة الجزائية تجاه الغير:

تقضي القواعد العامة بأن آثار العقد لا تنصرف إلى غير عاقديه، فهل تنطبق هذه القاعدة أيضاً على المصالحة في المسائل الجزائية، بحيث لا ينتفع الغير بها ولا يضار الغير منها؟

أ- لا ينتفع الغير بالمصالحة: يقصد بـ"الغير" هنا الفاعلون الآخرون والشركاء، فما مدى تطبيق قاعدة لا ينتفع الغير بالمصالحة على هؤلاء؟ تتفق التشريعات الجمركية والجزائية الأخرى التي تجيز المصالحة على حصر آثار المصالحة في من يتصلح مع الإدارة وحده، ولا تمتد للفاعلين الآخرين الذين ارتكبوا معه نفس المخالفة ولا إلى شركائه.

ولا تشكل المصالحة التي تتم مع أحد المخالفين حاجزاً أمام متابعة الأشخاص الآخرين الذين ساهموا معه في ارتكاب المخالفة أو شاركوه في ارتكابها، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صدر بتاريخ 1997/12/22 بشأن مخالفة جمركية⁽¹⁶⁾.

وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي منذ القرار الصادر عن محكمة النقض في 26 أوت 1820 التي ألغت بمقتضاه قرار صدر عن محكمة استئناف قضى بإسقاط الدعوى العمومية بالنسبة للمتهم المتصلح، وغيره من المتهمين الآخرين المتابعين من أجل التهرب من أداء الرسوم الجمركية⁽¹⁷⁾. وهكذا، فإن المصالحة في المسائل الجزائية بوجه عام، وفي المادة الجمركية بوجه خاص ينحصر أثرها بالنسبة لانقضاء الدعوى العمومية في المتصلحين وحدهم، ولا يمتد للمتهمين غير المتصلحين سواء كانوا فاعلين أو شركاء.

ولقد أثير التساؤل في المجال الجمركي حول ما إذا كان على القضاء عند تقدير الجزاءات المالية أن يأخذ بعين الاعتبار ما دفعه المتهم المتصلح، أم أنه يقضي على باقي المتهمين دون خصم حصة المتهم المتصلح مع الإدارة.

أجاب القضاء الفرنسي على هذا السؤال بقوله في عدة مناسبات بأنه على الفاعلين الآخرين والشركاء دفع الجزاءات المالية كاملة بالتضامن فيما بينهم بدون خصم حصة المتصلحين⁽¹⁸⁾، وللإدارة عند تحصيل العقوبات المالية أن تخصم المبالغ التي سبق أن حصلت عليها من المتهم المتصلح معها. وأكد ذلك في قرارين لاحقين لمحكمة النقض:

- الأول صدر في 1964/11/26 في قضية "سلمون" Salmon⁽¹⁹⁾.

- الثاني صدر في 1972/12/08 في قضية "بورليغ" Burleigh⁽²⁰⁾.

وهكذا استقر القضاء الفرنسي على مبدأين:

- المبدأ الأول: هو أن المصالحة الجمركية لا يستفيد منها إلا من كان طرفاً فيها، ولا يمكن أن تشكل عائقاً أمام متابعة الأشخاص الآخرين فاعلين كانوا أم شركاء.
 - المبدأ الثاني: وهو أن المصالحة لا تؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد العقوبات المالية للمتهمين غير المتصلحين، فعلى جهات الحكم أن تقضي عليهم بكامل الجزاءات المالية المقررة للفعل المنسوب إليهم، أي من دون خصم المبلغ الذي دفعه الطرف المتصلح مع الإدارة.
- وإذا كان ليس في علمنا ما إن طرحت مثل هذه القضايا على القضاء الجزائري، فإننا متأكدون أنه لو عرضت عليه فإن قضاءه لن يخرج عن هذه القواعد نظراً لتطابق التشريعين الجمركي والجزائي والفرنسي في هذا المجال.
- وهكذا، فإن المصالحة في المجال الجمركي لا تحول دون القضاء على باقي المتهمين غير المتصلحين بكامل الجزاءات المالية المقررة للمخالفة المتابعين من أجلها.

وتبعاً لذلك فقد تؤدي المصالحة إلى نتائج مجحفة كأن يستفيد المتهم الرئيسي من المصالحة، ويتحمل شريكه أو الفاعل الثانوي تبعاً الفعل الإجرامي كله. وتفايداً لحدوث مثل هذه المفارقات وحتى لا تحول المصالحة عن هدفها الأصلي ينبغي أن تتحلل إدارة الجمارك بالحدز واليقظة عند تقرير المصالحة، وذلك بمنح الأسبقية والأفضلية للمتهمين الذين لعبوا دوراً ثانوياً على مسرح الجريمة...

ويبقى التساؤل قائماً بالنسبة لجريمة الصرف حول ما إذا كان القضاء ملزماً بالحكم على المتهمين غير المتصلحين بكل الجزاءات المالية المقررة قانوناً للمخالفة المرتكبة، أم أنه عليه بخصم المبلغ الذي دفعه المتهم المتصلح؟

يعاقب التشريع الخاص بقمع جرائم الصرف وخصوصاً المادة 01 مكرر⁽²¹⁾ من الأمر رقم 96-22 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-03 تحديداً على جنح الصرف بعقوبة الحبس من سنتين (2) إلى سبع (7) سنوات، وبغرامة مالية لا تقل عن ضعف قيمة محل الجريمة، و بمصادرة البضاعة محل الجنحة ووسيلة النقل

⁽¹⁶⁾- أنظر: غ.ج.م.ق.3، ملف رقم 154107، قرار صادر بتاريخ 1997/12/22، غير منشور.

⁽¹⁷⁾- Voir: cass crim 26/08/1920, Doc. Cont, N°210; 08/03/1954, Doc. Cont, N°963; 06/07/1954, Doc. Cont. 1096.

⁽¹⁸⁾- Voir: cass crim, 06/07/1954; Doc. Cont. 1096.

⁽¹⁹⁾- Voir: cass crim, 26/11/1964; Bull. Crim. N° 314.

⁽²⁰⁾- Voir: crim. 08/12/1971: D. 1972, somm, 36 et JCP, 73, II, 17516, note P.N.

⁽²¹⁾- أنظر: المادة 01 مكرر من الأمر رقم 10-03 المؤرخ في 26 أوت 2010، والتي تنص على ما يلي: "كل من يرتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى سبع (7) سنوات، وبغرامة لا تقل عن ضعف قيمة محل الجريمة وبمصادرة محل الجنحة والوسائل المستعملة في الغش. إذا لم تجز الأشياء المراد مصادرتها، أو لم يقدمها المخالف لأي سبب كان، يتعين على الجهة القضائية المختصة أن تحكم بعقوبة مالية تقوم مقام المصادرة وتساوي قيمة هذه الأشياء".

المستعملة في الغش، وتضيف ذات المادة في فقرتها الأخيرة أنه في حالة ما إذا لم تحجز الأشياء المراد مصادرتها أو لم يقدمها المتهم لسبب ما، يتعين على الجهة القضائية المختصة أن تقضي على المدان بغرامة تقوم مقام المصادرة وتساوي قيمة هذه الأشياء.

فلو حصل فرضاً أن ضبط شخصان بمكتب جمركي عند الحدود وهما يحوزان مبالغ مالية بالعملية الصعبة مخبأة داخل السيارة في تجاوي في أعدت خصيصاً لاستقبالها، ويقوم أحدهما وهو صاحب السيارة بإجراء مصالحة مع إدارة الجمارك، ويتخلى إثرها على سيارته وعلى كامل المبلغ المالي المضبوط، فهل يحكم على الفاعل الثاني في حالة متابعته قضائياً بغرامة تساوي قيمة العملة الصعبة ووسيلة النقل تقوم مقام مصادرتها؟ أم أنه سيقضي عليه بالحبس والغرامة الجزائية فحسب دون الجزائين المذكورين؟

نحن نميل إلى القول أنه لا يسوغ لجهات الحكم في مثل هذه الحالة إلا الحكم على المتهم بالحبس والغرامة الجزائية فحسب، وذلك على أساس أنه لا يجوز مصادرة الشيء مرتين، وهو المبدأ المستقر عليه في المحكمة العليا في مواد جرائم الصرف قبل صدور الأمر رقم 22-96. ب- لا يضار الغير من المصالحة: الأصل أن آثار المصالحة مقصورة على طرفها فلا يترتب ضرر لغير عاقدتها، وهذه القاعدة تجد تبريرها في أحكام القانون المدني في المادة 113 منه التي تقضي بأن لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير، كما يمكن تبريرها أيضاً بالنظر إلى القانون الجزائي على أساس شخصية العقوبة. وعلى ذلك فإذا ما أبرم أحد المتهمين مصالحة مع الإدارة، فإن شركاءه والمسؤولين مدنياً لا يلزمون بما يترتب على تلك المصالحة من آثار في ذمة المتهم الذي عقدها.

ولا يجوز للإدارة الرجوع إلى أي منهم عند إخلال المتهم بالتزاماته ما لم يكن من يرجع إليه ضامناً له أو متضامناً معه، أو أن المتهم كان قد باشر المصالحة بصفته وكيلاً عنه.

أما بالنسبة للمضروب فمن حقه الحصول على التعويض اللازم لإزالة الضرر الذي أصابه بسبب المخالفة، وبما أنه لم يكن طرفاً في هذه المصالحة فهي لا تلزمه ولا تسقط حقه في التعويض وله أن يلجأ للقضاء لاستيفائه.

ومن جهة أخرى لا يمكن للإدارة أن تحتج باعتراف المتهم الذي تصالحت معه بارتكاب المخالفة لإثبات إدناب شركائه، فمن حق كل من هؤلاء نفي الجريمة ضده بكل طرق الإثبات، ولا يكون للضمانات التي قدمها المتصالح كذلك أي أثر على باقي المخالفين.

إذا لم تتم المصالحة في أجل ثلاثة (03) أشهر من يوم معاينة الجريمة يرسل الملف إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً من أجل المتابعة القضائية وتطبيق العقوبات المقررة لجريمة الصرف.

الغاتمة:

إن حركة انتقال رؤوس الأموال عبر العالم عن طريق حرية الاستيراد والتصدير جعل هذه الحركة الجديدة لا تخلو من المخاطر في كل جوانبها المتعددة والمختلفة، ولأسيما الجانب الاقتصادي لأي دولة، ولذلك يستدعي الأمر ضرورة فرض رقابة صارمة على حركة رؤوس الأموال من أجل حماية الإنتاج الوطني من منافسة البضائع المستوردة، وبالتالي المحافظة على ثروة البلاد، وعزل الاقتصاد الوطني عن كل الانعكاسات التي قد ترد على الاقتصاد العالمي. ما تهدف إليه هذه الرقابة هو الحفاظ على سعر الصرف من العملة الوطنية، بالإضافة إلى وضع قيود لمنع تهريب رؤوس الأموال إلى الخارج سواء كانت هذه الأموال في شكل نقود أو سندات أو قيم أو وسائل دفع أو في شكل مصوغات من الأحجار الكريمة أو المعادن الثمينة، وهذا باعتبارها سهلة التهريب وهي بصحبة المتهمين. في هذا الإطار تعتبر الرقابة على الصرف بمثابة حراسة أو رقابة على دخول وخروج رؤوس الأموال بهدف حماية المصالح الوطنية، وفي هذا الإطار تلجأ الدولة عادة إلى اتخاذ مجموعة من تدابير الحماية ذات الطابع الجزائي، وهذا بغرض فرض رقابة خاصة على حركة رؤوس الأموال عند الاستيراد والتصدير، وإخضاعها لإجراءات يترتب على مخالفتها جزاءات جنائية يكون الهدف منها مكافحة جل الجرائم الواقعة على حركة رؤوس الأموال.

تكيف الإدارة الضريبية للعقود

أحمد أمين شكراد
طالب باحث في القانون العام

مقدمة:

فرضت ضرورة الحرص على التصدي لحالات الغش الضريبي في واجبات التسجيل أو في الضريبة على الأرباح العقارية، عن طريق التصريح بأوصاف مخالفة للطبيعة الحقيقية للعقود، قصد التهرب كليا أو جزئيا من أداء الواجبات¹، فإن القانون² والقضاء³ في المغرب مستقر على الاعتراف للإدارة الضريبية بضرورة تفسير العقود التي تقدم لها وترتيب بنودها بالشكل الذي يتيح لها الوصول إلى حقيقة ماهيتها⁴.

وما دام إخفاء الأوصاف والقيم الحقيقية للعقد يعتبر مخالفة جانبية عامة، وتشمل كاصطلاح جبائي كل تصريح كاذب يقع الإدلاء به عن عمد، وكل تخفيض مقصود، أو اتفاق سري من شأنه أن يؤدي إلى تخفيض الوعاء الخاضع للضريبة، أو الأسعار المطبقة⁵، فإنه يترتب عن كل ما سبق، إعادة تكيف الإدارة للعقود.

ولكي نلم بماهية تكيف الإدارة الضريبية للعقود، والإحاطة بالفرضيات الناتجة عنها، سنتناول هذا المقال من خلال مبحثين، الأول نحدد فيه ضوابط تكيف الإدارة الضريبية للعقود، والثاني نناقش فيه إشكالية تكيف الإدارة الضريبية لعقود سبق وأن أسبغها القضاء بوصف معين.

المبحث الأول: ضوابط تكيف الإدارة الضريبية للعقود

إن التكيف باعتباره تحديدا للوصف القانوني للعقد، فهو عمل قانوني صرف، لا سلطة فيه لإرادة المتعاقدين، فالعاقدان لهما حق تحديد الآثار التي يرغبان في تحقيقها بالعقد، فإذا تحددت هذه الآثار، يكون وصف هذا العقد عملا قانونيا محضا، لأنه يعني إدخال صورة الآثار التي حددها العاقدان في إطار قانوني معين⁶. وعليه يحق لنا أن نساءل عن منهجية مفتش الضرائب في تكيف العقود (المطلب الأول)، ثم الفرضيات الناتجة عن هذا التكيف (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية تكيف الإدارة الضريبية للعقود

إن تكيف الإدارة الضريبية للعقود، ينصب على الحالة التي يقوم فيها مفتش الضرائب بتحديد حقيقة الواقعة التي يقع عليها العقد من خلال تحليل بنوده، بهدف إعطاء الوصف الصحيح لها، وفي ضوء هذا الوصف إقرار السعر المحدد قانونا، والمتراوح بين الواجب الثابت والواجب النسبي.

وانطلاقا مما سبق، يتضح أن تكيف العقود ينبني على المرتكزات التالية:

- تحديد الواقعة التي يقوم عليها العقد.
 - وصف العقد⁷، بأوصاف الواقعة المنشأة له فعقد البيع يختلف عن عقد المبادلة والمبادلة تختلف عن الهبة... الخ⁸.
- وتجدر الإشارة إلى أن القانون المغربي يتضمن عدة نصوص، اشترطت لانعقاد بعض التصرفات إبرامها وفق شكلية معينة تحت طائلة البطلان، من بينها الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي نص على أنه: "إذا كان البيع عقارا أو حقوق عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رسميا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون"⁹؛

¹ على سبيل المثال: التصريح الذي يقوم به المشتري لعقار يشمل منزلا عاديا ويصرح أنه كان يستعمله للسكنى في حين أنه يستعمله لأغراض غير السكن، كالتجارة وذلك ويهدف الاستفادة من التعريفية المخفضة لحلات السكن. كما قد يلجئ المتعاقد إلى وصف بيع بأنه هبة لأن هذه الأخيرة فرض عليها المشرع رسما مخفضا قدره 1% إذا تمت بين الأصول والفروع وبين الأخوة والإخوة والأخوات. للتوسع أكثر في الأمثلة ينظر مراد نجاري: جباية العقود والعقار، إشكالية التهرب الضريبي في المعاملات العقارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، 2005/2004، ص.80.

² المادة 132 من المدونة العامة للضرائب.

³ حكم المحكمة الإدارية بأكاير عدد 2007/103 في الملف عدد 376-2006 بتاريخ 2007/04/05.

⁴ يعني الصافي: الوجيز في نظرية وتطبيق ضريبة التسجيل بالمغرب، مطبعة الهلال العربية الرباط، 1991، ص.132.

⁵ مراد نجاري: جباية العقود والعقار، إشكالية التهرب الضريبي في المعاملات العقارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، 2005/2004، ص.79.

⁶ إدريس العلوي العبدلوي: النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى، 1996، ص.600.

⁷ يمكن التمييز في العقود بين العقود العرفية والعقود الرسمية، وتخضع هذه العقود لضريبة التسجيل، إذا تضمنت وقائعها أحد التصرفات الخاضعة وجوبا لواجب التسجيل.

⁸ بنص الفصل 462 من ق ل ع على أنه يكون التأويل في الحالات الآتية:

أ- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد؛

ب- إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها، أو كانت لا تعبر تعبيراً كاملاً عن قصد صاحبها؛

ج- إذا كان الغموض ناشئا عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود. وعندما يكون للتأويل موجب، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولا عند تركيب الجمل.

- تحديد واجب التسجيل الواجب أدائه، طبقا للسعر المحدد قانونا.

وعليه فإن تعيين سعر التسجيل أو سعر الضريبة على الأرباح العقارية الواجب تطبيقه واستحقاقه، تحددان تبعاً لطبيعة الوقائع القانونية التي يتضمنها، وللحفاظ على المساواة بين الخاضعين في تحمل أعباء الضريبة وصيانة لحقوق الخزينة، توجب المبادئ العامة للقانون الضريبي على الإدارة الجبائية استقصاء الطبيعة الحقيقية للعقود المقدمة لها استجلاء لحقيقة التصرف الذي انصرفت إليه في الواقع إرادة المتعاقدين.²

المطلب الثاني: فرضيات تكييف الإدارة للعقود

عملياً يترتب عن حالة إعادة الإدارة الضريبية تكييف العقود أربع فرضيات، يتعلق الأمر بحالة الوصف الصحيح للعقد، وحالة انعدام التكييف وحالة التكييف الخاطئ ثم حالة المنازعة في التكييف.

الفرضية الأولى: الوصف الصحيح للعقد

تتأثر الضريبة على الأرباح العقارية أو واجبات التسجيل بواقع العقود وطبيعتها، فاستخلاصها يرتكز بدرجة كبيرة على البحث عن ماهية الاتفاقات والاشتراطات المضمنة فيها، وكذا على حقيقة الأموال المنصبة عليها موضوعاً. لذا فإنه في حالة غموضها يتعين على مفتش الضرائب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين قصد ربط الضريبة على أساس التكييف القانوني الصحيح.³

غير أنه من جهة أخرى، إن الوصف الذي يضيفه الأطراف على الاتفاق المبرم بينهم، والذي لا يتعارض مع بنود العقد وشروطه لا يمكن استبعاده سواء من طرف الإدارة ولا حتى المكلفين أنفسهم. ونتيجة لذلك لا يمكنهم الإدعاء بوجود تركيبات قانونية أخرى ذات تكلفة جبائية أقل، وأنه كان بوسعهم استعمالها⁴، بل العقد هنا يكون مقيداً لكل من المتعاقدين والإدارة الضريبية، ويجب استخلاص الضريبة حسب اشتراطاته⁵.

الفرضية الثانية: انعدام التكييف

هي حالة نادرة عملياً، تنبني على فرضية إهمال الأطراف إعطاء اتفاقهم تكييفاً معيناً، "كالبيع أو الهبة، أو المبادلة... الخ". فإن الأمر بالاستخلاص هنا يكون ملزماً أن يخلع عليه وصف من الأوصاف المحددة قانوناً، استناداً إلى تحليل بنود العقد أو إعمال قواعد التفسير المنصوص عليها في الفصول من 461 إلى 473 من قانون الالتزامات والعقود⁶، وليس له البحث عن المقاصد الحقيقية للأطراف إذا كانت الألفاظ المستعملة واضحة وصريحة⁷.

غير أنه قد يطغى عدم الوضوح على بنود الاتفاقية المبرمة بين الأطراف، كأن تكون هذه البنود ناقصة، نظراً لعدم مطابقة نية الأطراف، للمعنى الذي تُظهره بعض التعابير الواردة في الاتفاقية، ويتسنى لمأموري الإدارة الضريبية البحث عن نية الأطراف في حدود المعنى اللفظي لهذه التعابير⁸.

الفرضية الثالثة: التكييف الخاطئ

تتعدد الواجبات المستحقة حسب الطبيعة الحقيقية للاتفاقيات، فإذا كان هناك تناقض بين تكييف العقد وماهيته فهذا لا يلزم مأمور الإدارة في شيء بل يحتم عليه البحث عن الطبيعة الحقيقية للاتفاقيات والعقود⁹.

ويختلف التكييف الخاطئ للعقد عن مفهوم تحريف العقد، حيث إن التكييف الخاطئ هو مجرد تطبيق خاطئ للقانون الذي عرف مختلف العقود، في حين أن التحريف هو خطأ في تحديد معنى بند العقد، فالخطأ في حالة التحريف لا ينصب على طبيعة العقد ذاته وإنما على المضمون، فالتحريف إذن هو خطأ

¹ محمد الإدريسي: تكييف العقود في القانون المدني، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط -أكادال، جامعة محمد الخامس، 2009/2008، ص.80.

² المصطفى السعيد: ضريبة التسجيل بالمغرب، سلسلة أريد أن أعرف، الطبعة الأولى، 2013، ص.93.

³ إبراهيم أحطاب: مسطرة تصحيح الثمن في العقود-ضريبة التسجيل نموذجاً- مكتبة الرشاد، الطبعة الأولى، سطات، 2014، ص.19.

⁴ الحسن الدواوي: تسجيل تفويت العقار بين القانون الجبائي والقانون المدني في المغرب، م س، ص.159.

⁵ المصطفى السعيد: ضريبة التسجيل بالمغرب، م س، ص.93.

⁶ إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها طبقاً للفصل 461 من ق ل ع.

⁷ عبد الصمد التامري: جبائية العقود بين مقتضيات قانون التسجيل وأحكام القانون المدني، دار نشر المعرفة، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2012، ص.114.

⁸ مراد تجاري: جبائية العقود والعقار، مرجع سابق، ص.99.

⁹ المصطفى شرف الدين: واجبات التسجيل والنظام التعاقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2000/1999، ص.36.

في تحديد مضمون العقد وفي مدلوله وهو لذلك يمتزج في الواقع بالقانون، في حين أن التكييف الخاطئ للعقد هو خطأ في معرفة الطبيعة القانونية للعقد، وهو يأتي بعد تقدير وتفسير الواقع، وبالتالي فهو مسألة قانون لأن هذا الأخير هو من تولى تعريف العقد¹.

الفرضية الرابعة: المنازعة في التكييف

قد يحدث في بعض الحالات أن يكون هناك تحريف في الطبيعة الواقعية للاتفاقيات المبرمة فيما بين الخاضعين للضريبة، محاولة منهم الهرب من أداء الواجبات المستحقة، في هذه الحالة سيكون لزاما على الإدارة الضريبية أن تبحث عن الطبيعة الحقيقية للعقد أو الاتفاق²، غير أن الخاضع للضريبة في المقابل قد يتمسك بموقفه، وقد تشبث الإدارة الضريبية بموقفها، وهنا تحصل المنازعة في التكييف.

المبحث الثاني: إشكالية تكييف الإدارة الضريبية لعقود سبق للقضاء تكييفها

إذا كان العمل القضائي في المغرب مستقرا على أن قاضي الموضوع لا يخضع في فصله في النزاع لتكييف الأطراف وإنما يخضع للقانون عن طريق دراسته ملف الدعوى والوصول إلى حقيقة النزاع، ويكيّفه تكييفاً قانونياً سليماً في حدود الوقائع الثابتة وطلبات الخصوم وسبب الدعوى³، فإن الأمر ليس بتلك الدرجة من الوضوح، عندما يطرح التساؤل حول إمكانية الإدارة الضريبية تكييف عقود سبق وأن أسبغها القضاء بوصف معين؟

المطلب الأول: الجهة المؤهلة قانوناً بتكييف العقود

يرتبط التكييف ارتباطاً وثيقاً بالحق، فلا يتصور بمعزل عن الحق ولو عرض على القضاء، ذلك أن التكييف يعد علماً مستقلاً عن علم العقد، وهو العمود الفقري الذي ينهض لتبرير حكم المحكمة، وقد فرض نفسه اليوم نظراً لأموال العولمة الزاحفة التي تفرض على القانون المغربي أن يوائم التشريعات المقارنة، وتظهر مدى نجاعة النصوص القانونية في تحقيق فكرة العدالة التي تروم تحقيقها جميع التشريعات، وهذا ما عناه المشرع المغربي في الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية بقوله: "يتعين على القاضي أن يثبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائياً موضوع أو سبب هذه الطلبات، ويبت دائماً طبقاً للقوانين المطبقة على النازلة، ولو لم يطلب منه ذلك بصفة صريحة"⁴.

مما لاشك فيه، أنه متفقاً فقهاً وقضياً، أن تكييف العقد هو من صميم اختصاص القاضي، فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية للمحاكم بسلطتها في تكييف توافقات الإرادتين، أو إعادة تكييف اتفاقية تمت تسميتها خطأ، وينتج عن ذلك أن مجرد إعطاء اسم لعقد لا يشكل عائق أمام القاضي في تكييف العقد⁵. حيث إن القاضي له مطلق الصلاحية لتكييف العقد بالوصف الذي يراه مناسباً للظروف التي تم فيها إبرام العقد وتعتبر مهمة تكييف الدعاوي والعقود من المهام الموكولة للقاضي بأمر من المشرع وإذا امتنع عن القيام بهذا العمل القضائي فإن ذلك سيعيد بمثابة إنكار للعدالة⁶.

المطلب الثاني: إمكانية تكييف عقود أضفى عليها القضاء الوصف القانوني

إذا كانت القاعدة في التكييف، ليست بالوصف الذي يخلعه المتعاقدان على العقد، فقد يطلقان وصفاً غير صحيح، إما عن جهل، أو عن عمد لإخفاء غرض غير مشروع، إنما بالغرض العملي الذي قصد إليه الطرفان من تعاقدتهما، والذي تكشف عنه طبيعة الالتزامات التي يتحمل بها كل منهما⁷. فإنه قد ثار النقاش حول إمكانية الإدارة الضريبية تكييف عقود سبق وأن أسبغها القضاء بوصف معين؟

في هذا الإطار ذهب الباحث الحسن الداودي، إلى أنه لا مانع من إمكانية ذلك تطبيقاً لمبدأ نسبية حجية الأحكام فهي لا تلزم إلا الخصوم في الدعوى أما الغير الذي لم يكن طرفاً فيها فلا تسري في حقه هذه الحجية، غير أن الباحث عبد الصمد التامري اعتبر أن التسليم بقول من هذا القبيل يحمل في طياته، تبخيساً لقيمة الأحكام والقرارات القضائية، ومساساً بقدرسيته⁸.

ومعلوم أن الإدارة الضريبية، تمارس هذا الحق تحت رقابة القضاء، حيث جاء في قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط: "...وحيث تعيب المستأنفة الحكم المستأنف بمجانته للصواب فيما قضى به، ذلك أنه وعلى خلاف ما ذهب إليه المحكمة الإدارية، فإن عقد الوعد بالبيع موضوع التضرير، وإن كان عبارة عن وعد بالبيع ليس إلا، فإنه مع ذلك نفى عقد إتمام الأركان من ذكر المحل والثمن وأن سببه مشروع، وأنه من الناحية القانونية تكون جميع الاتفاقات خاضعة لإجراءات رسوم التسجيل حتى ولو كانت باطلة بسبب عيب في شكلها، وأن عدم إتمام مورث المستأنفين لعملية البيع، لا يعفيه من الأداء إلا إذا كان العقد قد تم فسخه أو تم إبطاله بموجب حكم قضائي، وأنه من جهة أخرى فإن الوكالة المدلى بها، هي وكالة صحيحة، وأن استبعادها من طرف المحكمة لم يكن مرتكزاً على أساس.

¹ - محمد الإدريسي: تكييف العقود في القانون المدني، م س، ص. 188.

² - المصطفى شرف الدين: واجبات التسجيل والنظام التعاقدية، م س، ص. 35.

³ - عبد الرزاق أيوب: التكييف القانوني الأسس النظرية والجوانب العملية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق، جامعة الحسن الثاني، 2004/2003، ص. 62.

⁴ - المختار بن أحمد العطار: النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2011، ص. 297.

⁵ - محمد الإدريسي: تكييف العقود في القانون المدني، م س، ص. 357.

⁶ - عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة الكرامة، الطبعة الثانية، 2005، ص. 264.

⁷ - إدريس العلوي العبدللاوي: النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى، 1996، ص. 600.

⁸ - عبد الصمد التامري: جبنية العقود بين مقتضيات قانون التسجيل وأحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص. 114.

لكن حيث إنه بالرجوع إلى أوراق الملف ومستنداته، خاصة عقد الوعد بالبيع موضوع التضريب تبين أنه يفتقر إلى أحد الأركان الجوهرية اللازمة لانعقاده. والقول بذلك أن الوكالة المتمسك بها من طرف إدارة الضرائب هي وكالة لاحقة لعقد الوعد بالبيع، وبالتالي لا يمكن لها أن ترتب أية آثار قانونية على العقد المذكور، مما يكون معه ما أثير من أسباب حول ذلك غير مرتكز على أساس، والحكم المستأنف كان صائبا وواجب التأييد...¹.

وكيفما كان الحال، لا يقبل الفهم السليم تكييف الإدارة لعقود سبق وأن أسبغها القضاء بوصف معين، لأنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل الثالث من م م م وكذلك بالفصول 600 و1600 من ق ل ع²، يمكن القول أن المشرع المغربي يلزم القاضي بضرورة إرساء التكييف الصحيح على الوقائع والعقود محل المنازعة فالفصل الثالث أعلاه ينص على: "...بيت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة" وهو ما يعني أن الخصوم، ولو طلبوا تطبيق قاعدة قانونية أو إعمال تكييف معين، فإن ذلك لا يسمح للقاضي من إرساء تكييف جديد أو استبدال القاعدة القانونية بغيرها، لأنه ملزم بتطبيق القانون المطبق على النازلة، ولا عبء بالتكييف المقترح من طرف الخصوم.

ويستخلص من الفصل 600³ و1116⁴ من قانون الالتزامات والعقود، أن المشرع أوجب على القاضي إرساء التكييف الصحيح إذا كان الوصف الذي خلعه الأطراف على عقودهم غير صائب، مما يفيد أن التكييف المقدم من طرف الخصوم لا يلزم القاضي في شيء، ولو تطابقت إرادتهم المشتركة على هذا التكييف. وبذلك يخالف المشرع المغربي نظيره الفرنسي بخصوص مسألة التكييف المقيد، كما أنه لا يلزم الخصوم بضرورة تكييف طلباتهم، ويبقى للقضاء السلطة الكاملة في تكييف الوقائع والعقود أو إعادة إرساء التكييف الصحيح⁵. ويمر دور القاضي في مسلسل تطبيق القانون عبر عدة مراحل أساسية يمكن إجمالها في ثلاث خطوات.

أولهما ملاحظة والكشف عن الوقائع، وفي هذه المرحلة فإن دور القاضي يكمن في معرفة الواقع، وفي حالة تكييف العقود، معرفة مضمون الالتزامات على العقد، وهو ما يتم عن طريق التفسير، وثانيهما إدخال الواقع ضمن قالب القانوني المعد له سلفا، أي إعطائه الاسم القانوني وهذه هي مرحلة تكييف العقد بحصر المعنى، ثالثهما تطبيق الآثار القانونية الناتجة عن ذلك. إذن فتكييف العقد يمر عبر مرحلة أساسية وجد مهمة وهي تفسير مضمونه لمعرفة طبيعته القانونية، فالتفسير أو التأويل إذن حلقة أساسية في مسلسل تطبيق القانون⁶. من جهة أخرى إن ما تراقبه محكمة النقض هو الفهم السليم للعقد وفهم العقد لا يكون سليما إلا إذا جاء مطابقا لما ينظمه ق ل ع من قواعد الفهم أو ما يسمى بقواعد التأويل المستتر والمقنع⁷.

¹ - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، عدد 134 ملف 09/08/331 بتاريخ 2009/10/22 أورده، عبد الصمد التامري: جباية العقود بين مقتضيات قانون التسجيل وأحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص.115.

² - إذا كان الاتفاق الذي سعي صلحا، يتضمن في الحقيقة، وبرغم العبارات المستعملة، هبة أو بيعا، أو أي علاقة قانونية أخرى، وجب أن تطبق على ذلك الاتفاق بالنسبة إلى صحته وآثاره، الأحكام التي تنظم العقد الذي أبرم تحت اسم الصلح. ينظر إلى الفصل 1116، من ق ل ع.

³ - إذا سعي الاتفاق (بيع الثنية) مع كونه يتضمن في الحقيقة رهن فإن إثارة هذا الاتفاق تخضع في العلاقة بين المتعاقدين لأحكام الرهن الجياز للمنقول أو الرهن الرسمي، وفقا لظروف الحال، لكن هذا العقد لا يمكن أن يخت جبه على الغير، إلا إذا كان قد أبرم على الشكل الذي يتطلبه القانون لقيام الرهن الجيازي على المنقول أو الرهن الرسمي.

⁴ - إذا كان الاتفاق الذي سعي صلحا، يتضمن في الحقيقة وبالرغم العبارات المستعملة، هبة أو بيعا، أو أية علاقة قانونية أخرى، وجب أن تطبق على ذلك الاتفاق بالنسبة لصحته وآثاره الأحكام التي تنظم العقد الذي أبرم تحت اسم الصلح.

⁵ - عبد الرزاق أيوب: التكييف القانوني الأسس النظرية والجوانب العملية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق، جامعة الحسن الثاني، 2003/2004، ص.61.

⁶ - محمد الإدريسي: تكييف العقود في القانون المدني، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط-أكادال، جامعة محمد الخامس، 2008/2009، ص.165.

⁷ - محمد شليح: تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1995/1996، ص.17.

الحق في الحساب البنكي بين البناء القانوني وواقع الممارسة

دراسة نقدية للمادة 150 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

عمر بحبو
طالب باحث
بماستر قانون الأعمال بجامعة عبد المالك السعدي بتطوان

تقديم:

لا جرم أن العقود التجارية أخذت تلعب دورا طلائعيا في سير الأنشطة الاستثمارية وتحريك العجلة الاقتصادية للدول وقذف روح الائتمان والسرعة على مختلف العمليات التجارية، لتمكين الأطراف المتعاقدة من تحصيل ما يصبون إليه من خلال إقدامهم على إبرام هذا الصنف من العقود، فقد باتت مختلف التشريعات مطالبة بإلزامها بإهتمام قانوني وذلك بتنظيمها وتأطير علاقات الأطراف وبيان وجه التزاماتهم حتى تقوم بوظيفتها داخل الحقل التجاري.

وقد تدخل المشرع المغربي منظما لبعض العقود التجارية بموجب الكتاب الرابع من مدونة التجارة لسنة 1996 كعقد الرهن التجاري وعقد النقل بنوعيه – نقل الأشخاص ونقل الأشياء – وعقد السمسرة وعقد الوكالة التجارية والعقود البنكية... إيماننا منه وإستشرافا لما تقدمه من مساهمات في تنشيط المحيط التجاري ولأثرها البالغ في خلق مناخ يسوده الأمن والثقة في ميدان الأعمال.

فالملاحظ من خلال هذا التنظيم التشريعي أن العقود البنكية قد حظيت بإهتمام أوفر من ناحية المقتضيات القانونية المؤطرة لها، إن لم نقل كونها استطاعت جذب قلم المشرع أكثر فأكثر الشيء الذي غاب عن باقي العقود التجارية.

هذا، و يتصدر الحساب البنكي قائمة العقود البنكية وذلك لإعتبارات عدة منها، كونه يعد المحرك الأساس والمنطلق الذي يتم بواسطته طلق العنان لإجراء باقي العمليات البنكية، فضلا على تصنيفه من أكثر العقود استهلاكا من قبل زبناء مؤسسات الائتمان، ضف على ذلك أن فئة عريضة من الأفراد تجد نفسها ملزمة بفتح حساب بنكي أو أكثر وذلك تحت طائلة عقوبات ينص عليها القانون وهو ما يفسر الإهتمام التشريعي المتزايد كلما حضر عقد الحساب البنكي.

ولما كانت اتفاقية الحساب البنكي من العقود البنكية التي أصبح الاستغناء عنها ضرب من ضروب المستحيل في ظل إستحواذ وسائل الأداء والائتمان على عمليات الوفاء في المجالين التجاري والمدني، فإن المشرع المغربي أسس لمبدأ الحق في الحساب وذلك بموجب المادة 150¹ من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها والتي تقابلها كل من المادتين 65 من القانون البنكي الملغى لسنة 1993 والمادة 112 من القانون البنكي لسنة 2006.

وبذلك أصبح الحق في الحصول على حساب بنكي من الحقوق الراسخة قانونا حيث يمكن لمن رفض له فتح الحساب بدون مبرر مقبول أن يثير مسؤولية البنك، مع ضمان فتحه بأمر من بنك المغرب وحصر خدماته في عمليات الصندوق إن اقتضى الأمر ذلك.

ويكتسي موضوع الحق في الحساب البنكي أهمية بارزة يمكن إفرافها في شكل مستويين إثنين:

أهمية قانونية: تتجلى هذه الأهمية في كون أن تكريس حق الأفراد في الحصول على حسابات بنكية من شأنه أن يعيد الثقة بين الزبون والمؤسسة التشريعية بوقفها لتعسفات البنوك في رفض طلب فتح الحساب.

أهمية إقتصادية: إن إقرار مبدأ الحق في الحساب البنكي سيساهم في تنشيط العمليات البنكية وذلك من خلال القناة التي ستولد لدى جمهور الزبناء إزاء حقهم هذا المحاط بحماية رقابية وقانونية، المطلب الذي تسعى كل الدول الطامحة في تنمية إقتصادها إلى تحقيقه وبلوغه.

على ضوء ما سبق، تبرز إشكالية هذه الدراسة في مدى نجاعة مقتضيات المادة 150 من القانون البنكي الجديد المؤسسة للحق في الحساب البنكي، هل صياغتها تعكس إرادة المشرع في الحفاظ على حق الأفراد في الحصول على حسابات بنكية لدى أي مؤسسة ائتمان يتوجهون إليها؟ وما مصير هؤلاء أمام حق البنوك في اختيار زبائنها وانتقائهم بناء على شروط ومعايير خاصة؟

للإجابة عن هذه الإشكالية نرى تناول الموضوع من خلال تقسيم ثنائي وذلك وفق الشكل الآتي بيانه:

المطلب الأول: النظام القانوني لمبدأ الحق في الحساب البنكي.

المطلب الثاني: معيقات تفعيل مبدأ الحق في الحساب البنكي.

المطلب الأول: النظام القانوني لمبدأ الحق في الحساب البنكي.

عرفت مرحلة ما قبل صدور القانون البنكي لسنة 1993 إشكالية رفض البنوك لطلبات فتح حسابات بنكية، وذلك باعتمادها معايير إنتقائية أولية كضرورة إيداع مبلغ معين في الحساب حتى يتسنى فتحه، وإثبات التوفر على أجر شهري بمبلغ معين²، وغيرها من الشروط التي تفرضها البنوك بغية إبعاد صغار الزبناء والمودعين من دائرة التعامل معهم، وفي ذلك تضارب مع القوة الإحتكارية التي تتمتع بها مؤسسات الائتمان في إدارة الحسابات البنكية دون غيرها من المؤسسات المالية، وحسن فعل المشرع المغربي حين تأسيسه لمبدأ الحق في الحساب البنكي مقيدا³ بذلك حرية هذه المؤسسات في تقديم خدمة أساسية بل أصبحت من الضروريات في العصر الحالي، فكيف يلزم القانون شخصا ما بفتح حساب بنكي ونواجهه بمكنة البنك في رفض طلبه (الفقرة الأولى).

يبدو من خلال هذا المبدأ أنه تمت مصلحتان تتجاوزان⁴ مصلحة الزبون في الاستفادة من خدمة بنكية ومصلحة مؤسسة الائتمان في إختيار من ترغب في التعاقد معه باعتبارها تاجرا حالها كحال باقي التجار (الفقرة الثانية).

¹ - وقبله من خلال المادة 65 من القانون البنكي لسنة 1993 والمادة 112 من نفس القانون الصادر سنة 2006.

² - محمد لفروحي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، سلسلة الدراسات القانونية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، الدار البيضاء، 2001، ص 24.

³ - محمد اليونسي، مبدأ الحق في الحساب البنكي بين النظرية والتطبيق في القانون المغربي، مجلة القانون المغربي، العدد 10، مطبعة دار السلام، الرباط، 2006، ص 91.

⁴ - نجاة البضرائي، محاضرات ألفت على طلبه كلية الحقوق بالدار البيضاء، مادة القانون البنكي السداسي السادس، 2014/2013.

الفقرة الأولى: الحماية القانونية للحق في الحساب البنكي.

يتصدر عقد الحساب البنكي قائمة العقود البنكية من خلال ما يقدمه من خدمات عدة للبناء فهو المنطلق الذي يتم عبره إبرام باقي العقود التجارية كانت أم مدنية. فمثلا لا يسوغ التحدث عن عقد إيداع النقود دون وجود حساب بنكي مفتوح سلفا، ولا يتصور إجراء عملية تحويل إلا بالتوفر على رصيد معين مجسد في حساب بنكي وقس ما قيل على ما لم يقل.

من أجل ذلك، ارتأى المشرع المغربي وفي إطار استطلاعاه للرفع من مؤشر البنكرة وتمديد الإستفادة من خدمات مؤسسات الائتمان لمختلف الشرائح الاجتماعية¹ أن يرسم لحق مالي جديد وهو الحق في الحصول على حساب بنكي مع إقراره بضمانة تدخل بنك المغرب لحماية هذا الحق وتعزيزه.

على أن القول بمبدأ الحق في الحساب بمفهوم مطلق قد يحمل على نحو خاطئ، باعتبار أن البنوك ملزمة بتلبية طلب فتح الحسابات البنكية في كل الحالات، إلا أن القراءة المتأنية للمادة 150 من القانون البنكي الجديد توضح لنا متى يعد الحساب البنكي حقا من الحقوق الأساسية التي يكفلها القانون لعموم الأفراد، وذلك في الحالة التي ترفض فيها المؤسسة المعنية فتح الحساب دون تقديم مبرر مقبول لذلك، حينها يكون الزبون في مركز إيجابي يمكنه من إلتماس موقف بنك المغرب بذلك لينتهي الأمر به بفتح حساب بنكي له مع إمكانية حصر خدماته في عمليات الصندوق.

أما في الحالة التي يرفض فيها البنك طلب فتح الحساب مع تبريره لذلك كأن تكون هناك شكوك حول الأموال المرغوب إيداعها تطبيقا لمقتضيات القانون رقم 43.05 المتعلق بمكافحة جريمة غسل الأموال، فلا يثبت حق الزبون في الإستفادة من الحساب البنكي لأن في ذلك خطر على الإقتصاد الوطني الذي يتضرر دون شك من رواج الأموال المتأتية من مصادر غير مشروعة.

هذا، و بالنسبة لخلفية إخراج مبدأ الحق في الحساب البنكي من العدم إلى الوجود فقد أملتة السيطرة والهيمنة التي كانت تمارسها البنوك انطلاقا من الميزة الاحتكارية للقطاع البنكي الذي منحه لها المشرع المغربي، بيد أن هذا الأخير ظهر له أن مركزه في توجيه السياسة البنكية قد تعترضه خطورة تألب مؤسسات الائتمان على سياسة الدولة في هذا المجال والخروج عنها، فأراد التقليل من هامش الحرية الواسعة للبنوك بتقوية قبضته وفرض رقابته أكثر على كل المؤسسات البنكية من خلال تكريس الحق في الحساب من خلال المادة 150 من القانون البنكي الجديد مع ربط مخالفة هذا النص بإثارة مسؤولية البنك² اتجاه الزبون المعني بالأمر.

والشاهد كذلك عن مبادرة المشرع لضمان حق الأفراد في الحصول على حسابات بنكية هو الإلتزام المفروض على بعض الفئات بضرورة التوفر على حساب بنكي، كما هو الحال بالنسبة للتجار الذين تفرض عليهم المادة 18 من مدونة التجارة ومن أجل أغراضهم التجارية أن يفتحوا حسابا بنكي في مؤسسة بنكية أو في مركز للشيكات البريدية، والمادة 306 من نفس المدونة تلزم التجار كلما فاقت قيمة المعاملة 10000 درهم أن يتم الوفاء بشيك مسطر، كما نجد المادة 22 من قانون شركات المساهمة تنص بدورها على أن الأموال المستخلصة بإسم الشركة في طور التأسيس يجب أن تودع في حساب بنكي مجمد...

لهذا فإن الإلزام بفتح حساب بنكي بناء على الحالات السابقة ومواجهة طالب الحساب بالرفض لا يستقيم والمنطق القانوني السليم، لكن هذا لا يعني أن البنك ملزم على الإطلاق بفتح هذه الحسابات بل يبقى له الخيار في قبول الطلب من عدمه مع تقديم مبرر مقبول، بالنظر إلى طبيعة العمل البنكي الذي يدخل ضمن لائحة الأنشطة التي تكسب الصفة التجارية لصاحبها من خلال الممارسة الإعتيادية أو الاحترافية لها وذلك في إطار المادة السادسة من مدونة التجارة، مما يجزنا للمثول أمام حلبة تتجاذب فيها مصلحتين اثنتين الأولى تمثل لحق الأفراد أي كانوا أشخاصا طبيعية أو معنوية في الحصول على حساب بنكي والمصلحة الثانية تنصب لحق البنك في اختيار نوع الزبناء³ الذي يريد التعامل معهم.

الفقرة الثانية: مقابلة الحق في الحساب مع حق مؤسسات الائتمان في اختيار زبائنها.

يحتل عقد الحساب البنكي مكانة مهمة في الحياة الإقتصادية وفي تنشيط المعاملات التجارية، فوسائل الأداء والإئتمان على سبيل المثال لها ارتباط وثيق بالحساب البنكي الذي يتيح لصاحبه الحق في سحب شيكات أو كمبيالات لأداء ما عليه من واجبات تحقيقا لخاصية السرعة والإئتمان التي تطبع المعاملات التجارية والصفقات الإستثمارية، وفي سبيل ذلك تدخل المشرع المغربي⁴ من أجل تقنين ووضع المسطرة الواجب إتباعها قصد الحصول على حساب بنكي عند رفض البنوك وباقي المؤسسات والهيئات لذلك.

وإذا كان الحق في الحساب البنكي أصبح مكفولا لكل شخص بموجب المادة 150 من القانون البنكي المغربي وقبله من خلال المادة 122 من القانون البنكي الملغى لسنة 2006، فإن المؤسسات البنكية يبقى لها كامل الحرية في رفض التعاقد مع من لا تتوفر فيهم بعض الشروط والمعايير كالتأكد من ضرورة توفر الثقة الكافية في زبونها الجديد⁵، ومدى قدرته على الوفاء مستقبلا بالتزاماته اتجاه البنك، اللهم إذا بدا من خلال الشروط المفروضة أنها تعجيزية الغرض منها إقصاء فئة معينة من الزبناء كصغار المودعين أو من لا يتوفرون على رصيد ابتدائي لصرفه في الحساب المزمع فتحه.

بناء على الطرح السابق، فالمؤسسة البنكية حينما تكون حديثة النشأة والتأسيس يمكن أن نثير مسألة تحفظ حقا في اختيار زبائنها وفق معاييرها الإنتقائية الخاصة بها، وذلك بتكليف الإشهار الذي تعلن بواسطته عن خدماتها البنكية أنه لا يعدو أن يكون عرضا ليس إلا، فقد يفسر على كونه إيجاب قانوني يلزمها بمجرد توصل الطرف الآخر به تطبيقا لأحكام قانون الإلتزامات والعقود، وهكذا فإن أحكام الإيجاب والقبول يسريان على إتفاقية فتح الحساب البنكي مع حفظ حق البنك في الموافقة على طلب الزبون أو رفضه⁶.

وفي رأينا، نعتقد بما أن إتفاقية فتح الحساب هي عقد تجاري بغض النظر عن صفة المتعاقد هل هو تاجر أم لا⁷ فإن المؤسسة البنكية يبقى لها كامل الحرية في انتقاء الزبون الذي تطمئن لوضعه المالي ولقدرته في الوفاء بالتزاماته، فهي تاجر يسري عليها ما يسري على باقي التجار في مختلف العقود التجارية إذ لا يسوغ مقدما إلقاء واجب التعاقد على عاتقهم، وإلا قيدنا من إرادة الأطراف في إنشاء الإلتزامات و إسقاطها أنا شائنا ووقتما شائنا، لكن خلافا لذلك فعقد الحساب البنكي هو عقد

¹ - تشير في هذا السياق أن القاصر وناقص الأهلية يمكن أن يفتح لهما حساب بنكي مع مراعاة مقتضيات النيابة الشرعية كما وردت في مدونة الأسرة.

² - إن اختيارنا لمصطلح البنك على غرار مؤسسات الائتمان نابع من إرادة المشرع المغربي الذي حول البنوك لوحدها حق تلقي الأموال من الجمهور تحت الطلب ولأجل يساوي أو يقل عن سنتين، وذلك انطلاقا من المادة 12 من القانون البنكي الجديد وإن كانت المادة 14 تسمح لشركات التمويل تلقي تلك الأموال لأجل يفوق سنة واحدة.

³ - مع العلم أن القانون يتشدد في إجراءات فتح الحساب البنكي كالتحقق من هوية الشخص ومصدر أمواله إلخ...

⁴ - حسن العفوي، الحساب البنكي، مجلة البحوث، عدد مزدوج 12-13، مطبعة الأمنية الرباط، 2015، ص 250.

⁵ - محمد اليونسي، مرجع سابق، ص 89.

⁶ - وكل ذلك في نطاق احترام أحكام القانون.

⁷ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 89/11/2 تحت عدد 125 في الملف 98/205 غير منشور.

تجاري ذي طبيعة خاصة أثرت فيه رقابة الدولة على القطاع البنكي وتوجهات السياسة النقدية المجسدة للفلسفة المعتمدة في باب العقود البنكية والتي تختل فيها مراكز القوة بين الأطراف بضمان تحقيق توازن في الجوانب القانونية تطبيقاً لمبدأ الأمن التعاقدى كضرورة ناتجة عن تفعيل مبدأ الأمن القانوني¹.

المطلب الثاني: معيقات تفعيل مبدأ الحق في الحساب البنكي.

لقد شكل إقرار المشرع المغربي لمبدأ الحق في الحساب البنكي خطوة حسنة أريد من خلالها تقليص سلطة المؤسسات البنكية في التقييم المبالغ فيه حول وضع الزبون المالي² قبل الإقدام على فتح حساب بنكي له، كإشتراط إيداع مبلغ معين أو إثبات التوفر على راتب شهري ذي سقف محدد وغيرها من الشروط التعجيزية والمجحفة في حق طالب الحساب، والدليل على ذلك هو إقحام المشرع المغربي لمؤسسة بنك المغرب باعتباره البنك المركزي للمملكة مخولاً بإياه صلاحية مراقبة مدى احترام المؤسسات البنكية لهذا الفرض القانوني وإنزال عقوبات تأديبية في حقها كلما خالفت القانون في هذا الباب.

لكن رغم ذلك، تظهر محدودية مبدأ الحق في الحساب البنكي إن على مستوى القانوني بتطبيق مقتضيات المادة 150 السالفة الذكر التي تثير عدة صعوبات قد تؤدي إلى عزوف طالبي الحسابات البنكية عن رغبتهم هاته³ (الفقرة الأولى) أو على المستوى العملي المتمثل في طريقة تعامل البنوك مع طالبي فتح الحساب (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الصعوبات القانونية المعيقة للحق في الحساب البنكي.

تتمثل الصعوبات القانونية التي تثيرها المادة 150 من القانون البنكي الجديد في العراقيل التي قد تواجه طالب فتح الحساب الشيء الذي قد يتمخض عنه تراجع وعزوف الزبناء في المطالبة بحقوقهم في الحصول على حساب بنكي.

وعليه فإذا كانت المادة المذكورة قد ألغت الحيف الذي كان يلحق بطلالي الحساب في ظل القانون البنكي الملغى لسنة 1993 فإن هذا الأخير سجل عليه ضعف صياغته لمقتضيات المادة 65 منه والتي كانت تنص على أنه (لكل شخص لا يتوفر على حساب تحت الطلب ورفض له فتح هذا الحساب من لدن عدة بنوك...)، فالظاهر من هذه المادة أنها تلزم الشخص الذي رفض طلبه وحتى يلتزم موقف بنك المغرب في هذا الشأن، أن يكون قد اتصل بعدة بنوك ليكون الرفض مؤكداً، وهو مقتضى قد يجبر بالفرد إلى التراجع في متاهات هو في غنى عنها، وما يرتبه ذلك من ضياع للوقت والجهد⁴ ناهيك عن مصاريف إثبات واقعة الرفض الذي يجب أن تثبت لكل بنك على حدة، إلا أن المادة 150 من ق.ب الحالي أتت بصيغة مغايرة عند تنصيبها أن (لكل شخص لا يتوفر... من لدن بنك أو عدة بنوك...) حيث فسحت المجال لطالبي الحساب أن يتقدموا أمام بنك أو عدة بنوك وفق إرادتهم وسجيته المطلقة، دون الدخول في النقاش العددي الذي طرح في ظل القانون البنكي القديم بغرض تفسير لفظ عدة مؤسسات الذي احتوته المادة 65 المذكورة، فقد ذهب بعض الفقه إلى حصر هذا التعداد في ثلاثة بنوك لا أكثر، وذهب اتجاه آخر إلى أن المعنى بالأمر يجب عليه اللجوء إلى نصف البنوك المعتمدة حتى يكون رفض فتح الحساب محققاً، فيما ذهب اتجاه ثالث محاولاً التلطيف من حدة هذا الشرط التعجيزي إلى توضيح المعنى من لفظ عدة بنوك ألا يتعدى بتكين انطلافاً من أن الجمع يبدأ من اثنين فما يزيد⁵.

والجدير بالإشارة كذلك أن من بين الصعوبات القانونية التي تعترض سبيل الاستفادة من الحق في الحساب البنكي إلزامية سلوك مسطرة البريد المضمون التي تبدو ظاهراً مسطرة بسيطة لكن الواقع يثبت أنها إجراء في بالغ الصعوبة بالنظر إلى جانبي اثنتين:

الجانب الأول: ينصرف إلى كون البنك الذي يرفض فتح الحساب لا يمكن الطالب من أية وثيقة تفيد الرفض، على غرار المؤسسات البنكية في فرنسا التي يلزمها القانون بتزويد طالب الحساب بما يفيد رفض الطلب حتى يتسنى لهذا الأخير إثبات ذلك أمام البنك المركزي، لهذا تبقى المادة 150 من القانون البنكي قاصرة في هذه المسألة فالمشرع لم يوضح من خلالها المعلومات والمطبوعات التي يتعين على طالب الحساب تضمينها في ملتمسه الذي سيقدمه لبنك المغرب، الأمر الذي قد يثير مضنة الطالب بإعتقاده الوثائق التي في حوزته غير كافية للإستجابة لطلبه فيتراجع عن خطوته هاته.

الجانب الثاني: إن المادة 150 من قانون 12-103 لم تنص على أجل محدد يتعين داخله إشعار بنك المغرب ليقول كلمته في الموضوع، فضلاً عن عدم إشارتها إلى العقوبات التي يمكن إنزالها على البنك المتعسف في حق طالب الحساب كأن يكون الرفض مبني على مبرر غير مقبول كما تقدم، لتبقى هذه النقطة مهمة في نطاق العقوبات التأديبية والجنائية المنصوص عليها في القانون البنكي، وإن كان لطالب الحساب ورقة مطالبة البنك بالتعويض طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية.

تبعاً لذلك، إذا كان المشرع المغربي قد نص في الفقرة الثانية من المادة 150 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها على حق بنك المغرب في تعيين المؤسسة التي سيفتح الحساب لديها، فإنه قد أتاح له زيادة على ذلك تحديد نوع الخدمات المرتبطة بالحساب الجاري المطلوب فتحه، وإن اقتضى الأمر حصر أنشطة الحساب في عمليات الصندوق⁶، السؤال الذي يطرح نفسه بقوة في هذا السياق هو أي معيار اعتمده المشرع المغربي حين تمييزه بين طالب فتح الحساب تحت الطلب – أي الحساب الجاري – وبين طالب فتح الحساب لأجل حينما خول لبنك المغرب حصر عمليات الحساب الأول في عمليات الصندوق دون التدخل لتغيير مسار عمليات الحساب الثاني؟

للإجابة عن هذا السؤال، يجب علينا ربط توجه المشرع هذا بحجم المخاطر واختلاف درجتها التي قد يتسبب فيها كل من الحساب لأجل والحساب تحت الطلب، فالحساب لأجل تقل فيه نسبة حدوث مخاطر⁷ التي تؤثر على البنك والزبناء فالمؤسسات البنكية تعتمد على رصيد الحساب لأجل منح قروض وتمويلات والمشاركة في تأسيس منشآت وغيرها من الأنشطة الاستثمارية، وهذا ما يفسر ترتيب الحساب لأجل الفوائد لصالح الزبون باعتباره يساهم في تنمية أموال البنك بطريقة غير مباشرة، وبالتالي تقل خطورة عدم كفاية موارد البنك في تنفيذ التزاماته وتعهدهاته.

على خلاف ذلك، تتسع دائرة المخاطر بالنسبة للحسابات الجارية حيث يبقى للبنك مطلق الصلاحية في رفض فتح هذا الحساب، تحوطاً من الآثار السلبية التي قد تنجر إليه جراء الاستعمال السيئ لصاحبه⁸ كما إذا كان مسجلاً لدى المصلحة المركزية لعوارض الأداء لبنك المغرب جراء إخلاله الوفاء بشيك، أو لعدم قدرته على سداد ما عليه من ديون والتزامات اتجاه البنك، لهذا قيل بحق بنك المغرب في حصر خدمات هذا الحساب في عمليات الصندوق.

1- عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الملحق القضائي، العدد 42، ص 7.

2- محمد الفروحي، مرجع سابق، ص 94.

3- محمد اليونسي، مرجع سابق، ص 96.

4- محمد الفروحي، مرجع سابق، ص 25.

5- محمد اليونسي، مرجع سابق، ص 97.

6- يراد بعمليات الصندوق وفق مفهوم هذه المادة إيداع النفود وسحبها بمواسطة شيك وإجراء تحويل...

7- حسن العفوي، مرجع سابق، ص 11.

8- - نشير أن من بين الالتزامات الملقاة على عاتق مؤسسات الائتمان نجد واجب الإعلام عن الوضعية المالية لزبنائها قبل الإقدام على عقد عمليات الائتمان سواء المباشرة أو غير المباشرة.

إلى جانب الصعوبات القانونية التي يثيرها تطبيق مقتضيات المادة 150 من القانون البنكي الجديد والتي حاولنا الوقوف عند أبرزها، توجد صعوبات ترتبط بطريقة عمل المؤسسات البنكية مع عملائها بالارتكاز على شروط انتقائية¹ أولية قبل الإقدام على إبرام المعاملات البنكية معهم.

الفقرة الثانية: الصعوبات العملية المعيقة للحق في الحساب البنكي.

إذا كان من شأن الحق في الحساب البنكي كمبدأ يضمنه المشرع لجميع الفئات من خلال المادة 150 من القانون البنكي ينم عن رغبته في تشجيع الإقبال على خدمات مؤسسات الائتمان، كون هذا المبدأ قد وضع حدا لتعسف البنوك التي كانت ترفض فتح حسابات بنكية بدون مبرر مقبول كما تقدم ذكره، فإن الواقع العملي قد أفرز ممارسات بنوكية قاسية تتمثل في وضع عراقيل ومعيقات في وجه البعض من طالبي الحساب، فقد تلزمهم بضرورة إثبات توفرهم على أجر شهري بمبلغ معين وإلا قوبل مطلبهم بالرفض، وقد تشترط كذلك إيداع مبلغ ذي سقف محدد مما قد يؤدي إلى إقصاء فئة المودعين الصغار²، والشرط الأخير هذا قد أملتته التصرفات الاحتياطية لبعض الزبناء الذين يقومون بإيداع المبلغ المطلوب قبل فتح الحساب وبعد مدة قصيرة يعملون على سحبه مع ترك رصيد بسيط فيه حتى لا يستطيع البنك إقفاله إراديا خوفا من إثارة مسؤوليته العقدية.

لكن ورغم هذه الشروط التعجيزية يمكن لمن يواجه بها وقبل أن يطرق باب بنك المغرب، أن يقدم طلب فتح الحساب لدى الخزينة العامة للمملكة أو أمام مركز الشيكات البريدية، ذلك أن القانون خول هذه المؤسسات صلاحية فتح حساب إيداع للأشخاص الطبيعية والمعنوية دون فرض أي انتقاء أولي، ما جعل هذه المؤسسات توصف بالملجأ والملاذ لمن لم يستطع احترام الشروط المحققة التي تفرضها السياسة الإقصائية لبعض البنوك.

ومن الأسباب التي تؤدي أيضا إلى هدم الهدف الذي يرمي إليه المشرع المغربي من وراء إقراره للحق في الحساب البنكي هو جهل فئة عريضة من الأفراد بمقتضيات المادة 150 من القانون رقم 103.12 بمثابة القانون البنكي الجديد، ففي حالة رفض طلب فتح الحساب لأحدهم سيلجأ إلى بنك آخر هكذا دواليك إلى أن ينتهي به الأمر إما بفتح حساب له أو عزوفه مطلقا عن متابعة إجراءات المطالبة تلك.

من أجل تفادي وقوع الطرح السابق في المستقبل نرى بأن على مؤسسات الائتمان بوجه عام و التي ترفض فتح الحساب أن تمكن طالبي الحساب إما شفهايا أو بواسطة وثيقة ما يفيد مضمون المادة 150 حتى يتسنى لهم سلوك مسطرة إشعار بنك المغرب، فهذا الأخير يعد أعلى سلطة بنكية ومالية في المغرب له صلاحيات واختصاصات واسعة منها سحب الاعتماد وفرض الغرامات وإيقاف نشاط أي بنك لا يلتزم بالنظم والقوانين الجاري بها العمل.

ختام:

إن الحساب البنكي كعقد تجاري لم يعد فقط خدمة تقدمها مؤسسات الائتمان لزبنائها قصد تكوين سيولة مالية تسمح بعقد قروض ومنح تمويلات والمساهمة في منشآت وإستثمارات، بل تطور به الحال إلى أن أصبح بمثابة حق أساسي لجمهور الزبناء تجارا كانوا أو مدنيين يكفله القانون البنكي الجديد لهم ويعزز احترامه ومراعاة نظامه أكثر بنك المغرب من خلال مجهر رقابته، لذلك كانت خطوة المشرع المغربي في إقرار الحق في الحساب البنكي بادرة حسنة واستباق ناجع في إيجاد معادلة بين سلطة مؤسسات الائتمان في إحتكار فتح الحسابات البنكية وبين النمط الجديد الذي أخذ يطبع الحياة العامة من ضرورة الإستعانة بآليات الدفع والتحويل البنكيين باستمرار ولا يتأتى ذلك إلا بالتوفر على حساب بنكي مفتوح سلفا.

¹ - محمد الفروحي، مرجع سابق، ص 29.

² - حسن العفوي، مرجع سابق، ص 11.

إصلاح الإدارة العمومية بين الاكراهات الواقعية والحلول الممكنة

على ضوء مقتضيات الدستور الجديد

مصطفى ميمون
طالب باحث بسلك الدكتوراه
جامعة عبد المالك السعدي
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-طنجة
إطار لدى وزارة الداخلية

تقديم:

الإنسان كائن اجتماعي بطبيعته، يحتاج دائما إلى الاستعانة بخدمات غيره من الناس لضمان وجوده وبقائه¹، غير أن العيش داخل مجتمع يتكون من مجموعة من الأفراد من شأنه أن يؤدي إلى تعارض وتضارب مصالحهم، فينتشر بالتالي الاضطراب والفوضى داخل المجتمع، مما فرض ضرورة وضع قوانين توطر وتنظم علاقات الأفراد ببعضهم من جهة، وعلاقتهم بالسلطة العامة في الدولة من جهة أخرى.

والمغرب كغيره من الأنظمة القانونية، مر بعدة أحداث أثرت في طبيعة القواعد القانونية المعمول بها من ضمنها القواعد المتعلقة بقانون الوظيفة العمومية. فباعتبار المغرب بلدا إسلاميا، فإنه عرف مؤسسة الإدارة منذ أن دخل الإسلام إليه في القرن الأول الهجري، معتمدا في ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية السمحة² وقواعد المذهب المالكي³. وقد ظل هذا الوضع ساريا بالمغرب إلى أن فُرضت عليه معاهدة الحماية في 30 مارس من سنة 1912، حيث استمر العمل بهذا النظام – نظام الحماية- إلى غاية سنة 1956، حيث انتزع المغرب استقلاله وأعيد النظر في النصوص التي صدرت في عهد الحماية لسد الفراغ التشريعي الذي كان ملاحظا في بعض المجالات وإخضاعها لخصوصيات الواقع المغربي الأصيل.

ومن أهم النصوص التي صدرت خلال هذه الفترة، يمكن الإشارة إلى النظام الأساسي للوظيفة العمومية بتاريخ 24 فبراير 1958، الذي تضمن قواعد تتولى تنظيم الإدارة العمومية ونشاطها وكيفية عملها، وطرق تعيين الموظفين وما يتمتعون به من حقوق وما يفرض عليهم من واجبات.

إلا أنه بالرغم من تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية السائدة، فإن النظام الأساسي للوظيفة العمومية المذكور، لا زال يحمل مقتضيات تعود لحقبة الخمسينات لا تواءم التطور الذي يعرفه المغرب المعاصر في شتى المجالات، الأمر الذي يفرض على المشرع التدخل من جديد لتعديل قانون الوظيفة العمومية بما يتماشى وخصوصيات الواقع المغربي الحديث، وبما يراعي حقوق الموظف العمومي من جهة، ومصالح المواطنين والمستثمرين من جهة ثانية.

كل ذلك ينعكس سلبا على فعالية المرافق العمومية في تقديم خدمات جيدة للمواطنين، الأمر الذي يفرض على المشرع، أكثر من أي وقت مضى، التدخل من جديد لتعديل النظام الأساسي للوظيفة العمومية وتحديثه، خدمة للمرتفقين، والمستثمرين بوجه عام.

لذا، فإن أي إصلاح للنظام المذكور، لا يمكن أن يحقق النتائج المرجوة منه، إلا باعتماد مقاربة تشاركية تأخذ بعين الاعتبار آراء كل من الدولة والموظف والمواطنين، نهيك عن آراء مختلف الفاعلين والمتدخلين في الشأن الإداري.

كما نجزم، بأن انفتاح الإدارة العمومية بالمغرب على محيطها الخارجي بما يخدم مصالح المرتفقين، رهين بتطافر جهود الأطراف الثلاث؛ الدولة، الموظف، ثم المواطن، فضلا عن تحديث آليات الاشتغال وترسيخ مبادئ الحكامة الجيدة داخل المرفق العمومي.

ولقد تم تكريس هذا التوجه في دستور 2011، الذي حث على تغيير أنماط التدبير الإداري والمالي، والالتجاء إلى التقنيات الحديثة للتنظيم المتمثلة في الحكامة الجيدة، والاستغناء عن الطرق التقليدية. وانطلاقا من هذه المحطة الدستورية أصبح موضوع الحكامة أكثر اهتماما من قبل الباحثين والمهتمين بمجال التدبير العمومي، وعلى هذا الأساس سنحاول دراسة هذا الموضوع.

والسؤال الذي يطرح في هذا الإطار، يدور حول أهم الاكراهات التي تعتري تدبير الإدارة العمومية بالمغرب؟ وأهم الحلول الكفيلة بتجاوز هذه الاكراهات بما يضمن جودة الخدمات الإدارية؟.

للإجابة على هذه الأسئلة، ارتأينا معالجة هذه الموضوع في مبحثين، نتناول في الأول الاكراهات التي تعاني منها الإدارة المغربية، وفي الثاني أهم الحلول الكفيلة

بتجاوزها.

المبحث الأول: الإشكالات التي تعاني منها الإدارة المغربية

يمكن إجمال أهم العوائق التي تحد من فعالية الخدمات التي تقدمها الإدارة العمومية للمرتفقين؛ في جمود النصوص القانونية التي تعود لحقبة الخمسينات وما تتضمنه من تعقيدات مسطرية (الفقرة الأولى)، ثم إلى الاكراهات التي ترجع إلى ممارسات بعض الموظفين وبعض المرتفقين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاكراهات التشريعية والمسطرية.

من البديهي الحديث عن الثغرات والنقائص التي تعتري النصوص القانونية، ما دام أن القانون الوضعي، وخلافا للتشريع الإلهي، من صنع الإنسان، فهذا الأخير مهما كانت اجتهاداته؛ فإنه قد يصيب وقد يخطئ، لهذا كان من الأجدر تحيين النصوص القانونية مع تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة في كل بلد. وإذا كان التشريع الإلهي صالح لكل زمان ومكان، فإن نظيره الوضعي يحتاج بين الفينة والأخرى إلى التغيير والتجديد بما يتماشى ومتطلبات العصر وحاجيات الإنسان.

¹ محمد بنحسين: "مدخل لدراسة القانون الوضعي"، مطبعة الرباط نيت المغرب، الطبعة الأولى 2006، الصفحة 7.

² فمبادئ هذه الشريعة السمحاء باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الإداري هي التي تضمن احترام مبدأ الشرعية الذي يخضع له جميع القوانين.

³ ومما يدل على النظام الذي كان معمول به قبل فترة الحماية ينطوي على أحكام الشريعة الإسلامية، إنشاء الدواوين أو ما يعرف حاليا بالوزارة كدبوان الشكايات، وكذلك إنشاء القضاء الإداري الذي كان يعرف بولاية المظالم، ذلك أن الرسول صل الله عليه وسلم حينما أرسل معاذ ابن جبل ولما على مصر، فقال له بماذا تحكم إن عرض لك عارض فقال: "أحكم بكتاب الله، قال فإن لم تجد قال بسنة رسول الله، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله فقال اجتهد رأيي ولا ألو". انظر صحيح البخاري.

فالإدارة التي تعتبر أهم موضوعات العصر، تتقاطع في إطارها جميع العمليات الاستثمارية وتحقيق المشاريع والمخططات وإنجاز البرامج والخطط التنموية وتقديم الخدمات المتعددة للمواطنين¹.

ولهذا كان من الضروري، تحديد أهم الإشكالات التي تعترض سيرها بما يخدم مصالح المواطنين والمقاولات وغيرها من المرتفقين. فبقاء النظام الأساسي للوظيفة العمومية كما تم إصداره في فترة الخمسينات، دون تحيينه، وتعديله، لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يساير المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يعرفها المغرب، خاصة مع انفتاحه على العالم الخارجي وتوقيعه على مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات الطابع التجاري والاستثماري.

بحيث أن تحسين مناخ الاستثمار ببلادنا، يتطلب تحديث منظومة المال والأعمال، وتبسيط الإجراءات الإدارية والتعقيدات المسطرية، علاوة على تكريس مبادئ الحكامة الجيدة، وحوسبة المرافق العمومية.

الحكامة الجيدة للمرفق العام، تتطلب مساطر مبسطة وتراثبية إدارية مصغرة، تكون سهلة وفي متناول المواطنين إتباعها، والأهم في هذا المحور هو عدم تركيز السلطة في يد شخص أو جهة معينة، فضعف التفويض يؤدي إلى التأخر في صدور القرارات الإدارية وكذا إلى تكبد الملفات وتراكمها نتيجة انتظار الموافقة أو إمضاء الجهات العليا، مما يؤدي إلى إرباك السير العام للمرفق وإحباط المرؤوسين وتكريس نوعا من عدم الرضا في نفوس المرتفقين، وهكذا فإن تفويض الصلاحيات والاختصاصات يقلص من مسألة الشطط في استعمال السلطة، ويساهم في تسريع وثيرة حصول المواطنين على خدمات الإدارة وعدم طول انتظارهم.

ومن أجل إصلاح الإدارة، مر المغرب من عدة محطات منذ سنة 1981 بتشكيل لجنة وطنية للإصلاح الإداري، بحيث فحصت المشاكل التي تواجه الإدارة، وأصدرت مجموعة من التوصيات إلا أن غالبيتها تحورت حول المشاكل القانونية، كمراجعة القانون الأساسي للوظيفة العمومية، وإصلاح الهياكل الإدارية. وجاء تقرير البنك الدولي لسنة 1995 صادما لواقع الإدارة المغربية، ودعا إلى إصلاحات مستعجلة، معتبرا أن طرق تسير الإدارة جد تقليدية، فضلا عن روتينية العمل الإداري وجمود المساطر وغياب النزاهة والشفافية، دون أن يغفل المركزية المبالغ فيها. ثم جاءت المناظرة الوطنية الأولى حول الإصلاح الإداري، والتي انعقدت بتاريخ 7 و 8 ماي 2002، والتي رفعت شعار "الإدارة المغربية وتحديات 2010"، ويمكن إجمالها فيما يلي: دعم اللاتركيز الإداري وإعادة تحديد مهام الإدارة؛ ودعم الأخلاقيات بالمرفق العام؛ وتأهيل الموارد البشرية وتطوير أساليب تدبيرها؛ وإصلاح منظومة الأجور في الوظيفة العمومية؛ وتحسين علاقة الإدارة بالمعاملين معها؛ وتبسيط المساطر والإجراءات الإدارية؛ وأخيرا تنمية استعمال تكنولوجيا المعلومات والاتصال.

الفقرة الثانية: غياب حس المسؤولية من طرف الموظف والمرتفقين.

لا يختلف اثنان في كون ضعف التكوين الذي يتلقاه بعض الموظفين؛ سواء خلال فترة الدراسة بأسلاك الجامعات²، أو خلال دورات تدريب التي تنظمها القطاعات الوزارية بعد كل عملية توظيف، ينعكس سلبا على مردودية وجود خدمات المرافق العمومية.

فغياب حس المسؤولية وانعدام الضمير، من أكثر الممارسات التي تطغى على العمل الوظيفي لأغلب موظفي الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية، نهبك عن التأهب في احترام مواقيت العمل القانونية، وعدم التعامل مع مطالب المرتفقين بروح الوطنية والمواطنة.

إذا كان للموظف حقوق، فإن القانون؛ أوجب عليه مجموعة من الالتزامات يتعين عليه القيام بها تحت طائلة المسؤولية القانونية؛ المدنية والجنائية منها، بحيث يتوجب عليه أن يتحلى بواجب الوقار والشرف والمروءة والمهنية بما يخدم مصالح المواطنين في جو من الشفافية والنزاهة وتكران الذات.

فالوظيفة واجب وتكليف، وليست امتياز كما يرى البعض، ومن ثم يتوجب على كل من يعتلي هذا المنصب، مراعاة هذا المبدأ بما يحقق طموحات المواطنين في الاستجابة لمتطلباتهم وطموحاتهم بشكل مناسب.

إلا أنه، أكثر ما يعرقل السير العادي للمرفق العمومي؛ الالتحاق المتأخر للموظف بمكتبه ومغادرته قبل الموعد القانوني المحدد لذلك، إضافة إلى بعض الظواهر السلبية التي يمارسها بعض الموظفين؛ كالأسلوب المنحط والبذء الذي لا يتناسب مع حجم مسؤوليتهم تجاه المواطنين، أضيف إلى ذلك، الزبونية والمحسوبية في تقديم الخدمات الإدارية للمرتفقين، وما يرافقها من مطالب بالرشوة والإتاوات واستغلال النفوذ وغيرها من أشكال الفساد الإداري.

الغرب في الأمر، أن هذه الممارسات، أصبحت تجد لها قبولا وتبريرات داخل فئات عريضة من المجتمع، باعتبارها اقتصادا موازيا يساهم في تسهيل التعامل مع الإدارة وتجاوز رتابة وتعقد مساطرها.

ومن ثم، تعتبر الموارد البشرية العامل الأساسي في تطوير وتحديث الإدارة المغربية، وعلى هذا الأساس، فإن إشكالية تدبير هاته الموارد من الأمور التي تشكل حاجزا أمام تحقيق حكمة جيدة، فحسن التدبير لا يمكن أن يتم إلا إذا وكلت إدارة أقسام ومصالح الموارد البشرية لمن لهم رصيد مهم من التجارب ولهم دراية وتكوين في هذا التخصص.

وتجدر الإشارة، إلى أن جل هذه السلوكات تأتي نتيجة الاختيار السيئ لأعوان المرافق العمومية، بحيث لا يراعى فيه مبادئ الشفافية والنزاهة والكفاءة والخبرة بقواعد التدبير الإداري الحديث والتكوين الجيد القائم على "الاستحقاق"³.

وإذا كانت هذه بعض الاكراهات التي تحد من فعالية خدمات المرافق العمومية والعائدة إلى الموظف العمومي، فإن المواطن بدوره ليس بمنأى عن ذلك، بل هو بنفسه، كل حسب مستواه الثقافي، يساهم في استمرار هذه السلوكات الصادرة عن أعوان المرافق العمومية، سواء عن طريق دفع المال الحرام لقاء الحصول على خدمة عمومية، أو من خلال عدم فضح هذه الممارسات وتقديم بدائل للتدبير العمومي بما يحققه مطالب وطموحات المواطنين. وهذا رهين بالدرجة الأولى بارتفاع سقف الوعي لدى المجتمع، وقد جاء الدستور الجديد بما يخول للمواطنين والمواطنات إمكانية تقديم ملاحظات وعرائض إلى السلطات العمومية فيما يخص تنفيذ السياسات العمومية والدفاع عن حقوقهم⁴.

¹ التوفيق السعيد: "مدخل لدراسة القانون الإداري"، مطبعة طوب بريس الرباط، الطبعة الأولى ابريل 2006، الصفحة 7.

² الإشكال الكبير الذي تعاني منه اغلب الجامعات المغربية، يكمن في غياب تخصصات مهنية، تروم تكوين العنصر البشري على مختلف المجالات، منها البرامج تعنى باستخدام تكنولوجيا المعلومات بشكل يتناسب وحاجيات السوق.

³ الفصل 31 من الدستور المغربي الجديد نص على: "ولج الوظائف العمومية حسب الاستحقاق".

⁴ نص الدستور المغربي الجديد في الفصل 14 على أنه: "للمواطنين والمواطنات، ضمن شروط وكيفية يحددها قانوني تنظيمي، الحق في تقديم اقتراحات في مجال التشريع"، كما نص الفصل 15 منه على أنه: "للمواطنين والمواطنات الحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية. ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفية ممارسة هذا الحق".

المبحث الثاني: الحلول الكفيلة بتجاوز الاكراهات التي تعرفها الإدارة بالمغرب.

إذا كانت إدارة القرب تعد إفراناً طبيعياً للممارسة الديمقراطية، فإنها في نفس الوقت تعتبر أسلوباً متقدماً في تدبير القضايا المحلية، وهو أسلوب يفترض أن يكون مساهماً في مختلف التطورات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يشهدها المجتمع، مما يحتم إدخال مجموعة من الإصلاحات والتعديلات على التنظيم الإداري للدولة، حتى يستطيع أن يواجه هذه التحولات، وتحتل خلالها إدارة القرب المكانة المتميزة باعتبارها الأداة الأساسية لتحقيق التنمية المحلية وتنظيم أمور المواطنين وتسيير شؤونهم وإشباع رغباتهم.

وتحقيقاً لذلك، يتعين على المشرع المغربي التدخل لإعادة تموقع الإدارة العمومية، خاصة في مهامها المتمثلة في تقديم خدمات للمواطنين وتنشيط التنمية الوطنية والمحلية، حيث كان من الضروري في ظل الدستور الجديد الانتقال إلى مرحلة جديدة من التدبير الجيد والديمقراطية التشاركية، والتي تتمثل أساساً في دعم أساليب العصرية والتحديث مع تدعيم وترسيخ قواعد الحكامة الجيدة التي جاء بها الباب الثاني عشر من الدستور. وبناءً عليه، سنتناول هذه الموضوعات من خلال مطلبين، نخصص الأول للحديث عن عصرية الإدارة العمومية بما يتماشى والتطور التكنولوجي الذي يعرفه العالم، بينما سنخصص الثاني للحديث عن إرساء مبادئ الحكامة الجيدة في تدبير الشأن الإداري.

المطلب الأول: تحديث منهجية الاشتغال داخل المرافق العمومية

إن أي تحديث للإدارة العمومية، يتطلب بالدرجة الأولى: ترتيباً عميقاً وذلك باعتماد فهم مدقق لأداء الإدارة العمومية، مما يقتضي تحقيق تعاون تداخلي بين الإدارات المعنية، وكذا تقاسم الرؤية بين مختلف الهيئات.¹

وتتمثل تكنولوجيا المعلومات والاتصال رافعة أساسية لتحديث القطاع العمومي، فأمام محيط يعرف تحولات متواصلة واكراهات مختلفة، تجد الإدارة نفسها، بكل مكوناتها، مدعوة إلى التلاؤم مع هذا السياق وإلى تبسيط المساطر لإنجاح مشروع التغيير الذي تحدثه الوسائل التكنولوجية في أفق إقرار إدارة إلكترونية.² إذ أن إدراج هذه الوسائل في التدبير الإداري، قد يساهم في إحداث تغييرات إيجابية على العلاقة بين الإدارة والمتعاملين معها. وتحقيقاً لذلك، فإن تحديث الإدارة، يتطلب المرور عبر الاعتماد على التكنولوجيات الجديدة من أجل تسهيل ولوج المواطنين لمختلف الخدمات الإدارية الأساسية بشكل معلوماتي وتخفيف العبء الإداري.

كل هذا، لن يتأتى، إلا من خلال اعتماد مبادئ الشفافية والنزاهة في الولوج إلى مناصب المسؤولية بعيداً عن اعتبارات الزبونية والمحسوبية، إضافة إلى اعتماد معايير الكفاءة والتكوين الجيد للأطر بمناسبة كل عملية توظيف تقوم بها الدولة، بما فيه حسن استخدام البرامج المعلوماتية، الشيء الذي سيساهم في تفعيل الأوراش الكبرى التي انخرط فيها المغرب مطلع القرن الواحد والعشرون خاصة منها ورش الحكومة الإلكترونية ومخطط المغرب الرقمي 2013.³ وهكذا، فإن استغلال تكنولوجيا الإعلام والتواصل الحديثة من شأنه إعادة تشكيل عميق للخدمات العمومية بما يحقق أكثر فعالية وكفاءة موجهة كلياً لخدمة المواطن والمقولة، وتقريب الإدارة من حاجيات المرتفقين من حيث الجودة والشفافية. غير أن مشروع تحديث الإدارة، لا يمكن أن يحقق الأهداف المرجوة من إطلاقه، إذا لم يرافقه تبسيط للمساطر الإدارية وعقلنتها بما يساهم في تطوير جودة الخدمات العمومية ودعم شفافية العلاقة بين الإدارة والمرتفقين وتحسين مناخ الاستثمار ببلادنا.

المطلب الثاني: ترسيخ مبادئ الحكامة الجيدة في تدبير الشأن العام

تعتبر الحكامة الجيدة مقاربة عصرية في صنع القرار والتدبير الجيد للشأن العام، تعدد بتطوير المفاهيم التقليدية المستعملة في مجال التدبير، وهي تعبر عن ممارسة السلطة السياسية وإدارتها لشؤون المجتمع بمستوياته (الرابية والوطنية والعالمية) وموارده المختلفة، عن طريق منهجية للعمل المتعدد الأطراف (سلطة عمومية، قطاع خاص، ومجتمع مدني)⁴، وعن طريق آليات للفعل تعتمد معايير حكمانية من قبيل (المشاركة، المشروعية، الشفافية، والمسؤولية... الخ)، وذلك لهدف عام هو تحقيق شرط التنمية بأبعادها (السياسية، الاقتصادية والاجتماعية)، وهي بذلك عبارة عن آلية أو منهجية أو نسق، يتطلب التعدد في الأطراف المتدخلة، والتنوع في الأسس والمرجعيات المعتمدة، والتوحد في الغاية والهدف العام وهو تحقيق شرط التنمية المجتمعية الشاملة.⁵

وفي ظل هذا التوجه، يعتبر مفهوم الحكامة الجيدة من أقوى المفاهيم التي جاء بها الدستور المغربي الجديد، كتعبير عن الفلسفة العامة التي أسسها من أجل إحداث التغيير المنشود، والحد من الفساد وسوء التدبير الذي تعاني منه مؤسسات الدولة والمجتمع.⁶ فقد خصص الدستور الجديد للحكامة الجيدة باباً كاملاً (الباب الثاني عشر - من 18 فصلاً (الفصول 154 إلى 171)، ينقسم إلى شقين، يتعلق الأول بالمبادئ العامة، والثاني بتحديد المؤسسات والهيئات العاملة على تفعيل هذه المبادئ.⁷

وهكذا، وفي سبيل ضمان حسن أداء المرافق العمومية بمختلف أنواعها - لأنشطتها وتلبية حاجيات المرتفقين في أحسن الظروف، أخضعها الدستور المغربي الجديد لمجموعة من المبادئ العامة لحكامة تدبير الشأن العام، والتي يمكن إجمالها في ما يلي:¹

¹ الموقع الإلكتروني للحكومة المغربية:

الحكومة-الالكترونية/ar/content/www.maroc.ma

² الإدارة الإلكترونية، وزارة الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة، منشور على موقع الإلكتروني للوزارة التالي:

www.mmsp.gov.ma

³ يروم مخطط المغرب الرقمي الذي تم تقديمه أمام أنظار جلالة الملك محمد السادس في أكتوبر 2009، إلى استعمال تكنولوجيا الاتصال الحديثة بالقطاع العمومي، وقد انبثق عن المشروع منذ انطلاقه عدة خدمات منها: نظام تدبير الجوازات البيومترية المغربية وبوابة الخدمات العمومية، وبوابة الخدمات الضريبية عن بعد وبوابة الصفقات العمومية وغيرها.

⁴ عبد العزيز أشرف: "الحكامة الجيدة (الدولية، الوطنية والجماعية) ومتطلبات الإدارة المواطنية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2009، ص 10.

⁵ كريم لحرش: "مغرب الحكامة: التطورات، المقاربات والرهانات"، مطبعة طوب بريس، الرباط، الطبعة الثانية 2011، الصفحة 30.

⁶ كريم لحرش: "الدستور الجديد للمملكة المغربية" شرح وتحليل، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، العدد 3، طبعة 2012-2013، الصفحة 206.

⁷ تم تصنيف هيئات ومؤسسات الحكامة الجيدة في ظل الدستور المغربي الجديد إلى ثلاث أصناف: الصنف الأول يشمل الهيئات التي تعنى بحماية حقوق الإنسان والتهوض بها وهي المجلس الوطني لحقوق الإنسان (الفصل 161)، الوسيط (الفصل 126)، مجلس الجالية المغربية بالخارج (الفصل 163)، والهيئة المكلفة بالمنافسة ومحاربة جميع أشكال التمييز (الفصل 164)، والصنف الثاني يعنى بالحكامة الجيدة والتقنين، وهي الهيئة للاتصال السعي البصري (الفصل 165)، ومجلس المنافسة (الفصل 166)، والهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها (الفصل 167)، بينما الصنف الثالث والأخير يعنى بالتهوض بالتنمية البشرية المستدامة والديمقراطية التشاركية ويتعلق الأمر بالمجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي (الفصل 168)، والمجلس الاستشاري للأسرة والطفولة (الفصل 169)، والمجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعي (الفصل 170).

أولاً: المساواة والاستمرارية

تشكل المرافق العمومية هوية المجتمع ومعبّر رقيه أو تأخره، حتى باتت التعبير القانوني لفلسفة سياسة الدولة، والمركز الأساسي في تحديثها، ويعتبر العمود الفقري للدولة الديمقراطية، وأداة لتطبيق إستراتيجية التنمية وتنفيذ البرامج الحكومية، ومن هنا تأتي صوابية العلاقة بين المرفق العام والمجتمع، والمعبر عنها بأن كل تخليق في المرافق العمومية هو تخليق في المجتمع نفسه، لذلك أولى الدستور المغربي الجديد أهمية خاصة لمبادئ الحكامة الجيدة في تنظيم المرافق العمومية على أساس المساواة بين المواطنين والمواطنات في الولوج إليها، والإنصاف في تغطية التراب الوطني والاستمرارية في أداء الخدمات.²

يعد مبدأ المساواة من الضمانات الأساسية التي جاء بها الدستور المغربي الجديد، جاعلا منها قاعدة مهمة في الولوج إلى الخدمات التي تقدمها الإدارة العمومية على أساس المساواة بين جميع الأفراد دون تمييز بينهم بسبب الدين أو اللون أو العرق أو اللغة، ولا فرق بين غني و فقير أو رجل وامرأة أو كبير و صغير، متى توفرت فيهم شروط الاستفادة من تلك الخدمات، سواء فيما يخص الاستفادة من خدماتها أو المساهمة في تحمل أعبائها من جهة ثانية.

والى جانب مبدأ المساواة، ارتقى الدستور المغربي بمبدأ آخر، وهو مبدأ الاستمرارية، إلى درجة قاعدة دستورية، جاعلا منه الضمانة الأساسية في أداء الإدارة العمومية خدماتها على وجه الدوام والاستمرار ودون انقطاع، والقرب من المواطنين. وعلى المرفق العمومي الاستمرار في تقديم خدماته حتى في حالة التناوب على عملية التدبير الإداري بين النخب السياسية، إذ لا يتصور أن حكومة معينة وقعت التزامات واتفاقات إدارية أثناء فترة انتدابها، ثم تأتي حكومة بعدها تنكر لتلك الالتزامات، لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى نتائج سلبية على المتعاملين مع المرفق العمومي خاصة لارتباط هذا الأخير بمصالحهم اليومية من جهة ثانية.

ثانيا: الجودة والشفافية

في سبيل إرساء مسلك الحكامة الجيدة في تدبير الشأن العام، باعتبارها نظام جديد لتدبير الفعل العمومي، ألزم الدستور المغربي المرافق العمومية باعتماد مبادئ حديثة والتي تقوم على معايير الجودة والشفافية، وجعلها تخضع في تسييرها للمبادئ والقيم الديمقراطية التي اقرها الدستور المغربي الجديد، من اجل استعادة ثقة المواطنين في الإدارة العمومية، وإعادة الاعتبار لنبل المرفق العمومي.

ثالثا: المحاسبة والمسؤولية

كما اوجب الدستور المغربي الجديد على المرافق العمومية، باعتماد مبدأي المسؤولية والمحاسبة، وهي من أهم المعايير المعمول بها في دولة الحق والقانون. وقد اقر الدستور المغربي الجديد ربط المسؤولية بالمحاسبة، في تدبير الشأن العام، في الفصل الأول منه، والذي نص في الفقرة الثانية على انه "يقوم النظام الدستوري للمملكة على أساس فصل السلطات، وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية، وعلى مبادئ الحكامة الجيدة، وربط المسؤولية بالمحاسبة".

هذه المبادئ، من شأنها أن تقطع الطريق على أصحاب النوايا السيئة في تدبير السياسات العمومية وتنفيذها، كما أنها ستساهم في التصدي لإساءة استخدام السلطة والنفوذ وتبذير المال العام. وهي معايير كفيلة بإعادة ثقة المغاربة في مؤسساتهم، وفي الحياة السياسية والاهتمام بالشأن العام.

رابعا: النزاهة والحياد

ألزم الدستور المغربي أعوان المرافق العمومية عند ممارسة وظائفهم، الخضوع لمبادئ احترام القانون والحياد والشفافية والنزاهة والمصلحة العامة³، وقد ارتقى المشرع الدستوري بهذه المبادئ إلى مصاف القواعد الدستورية نظرا للدور الذي أصبح يحتله العنصر البشري العامل بالمرافق العمومية والحاجيات المتعددة التي يقوم بها، ليس الإدارية فحسب، بل الاقتصادية والاجتماعية والمالية، وهكذا لا تنمية بدون عنصر بشري كفاء.

يمثل العنصر البشري الركيزة الأساسية لكل عملية تنمية في معظم الأنظمة المعاصرة، لهذا كان بالضرورة، دسرة الحكامة المرفقية، لضمان حسن سير الإدارة العمومية لما فيه مصلحة عموم المواطنين، وتحقيق العدل والإنصاف بين الناس، ودرا لكل الشبهات.

خامسا: المراقبة والتقييم

اوجب المشرع الدستوري المرافق العمومية بتلقي ملاحظات مرتفقها، واقتراحاتهم وتظلماتهم، وتؤمن تتبعها كأحد المظاهر الأساسية لحكامة الإدارة العمومية⁴، من اجل تجاوز عجز الإدارة عن تحقيق طموحات المواطنين في الاستجابة لمطالباتهم وطموحاتهم بشكل مناسب، وتجاوز الإشكالات التي تعيق التواصل بين الإدارة والمواطن.

كما ألزم الدستور المغربي المرافق العمومية بتقديم الحساب عن تديبرها للأموال العمومية، طبق للقوانين الجاري بها العمل، وتخضع في هذا الشأن للمراقبة والتقييم، غايته المثل في ذلك توفير هذه المرافق المعلومات الدقيقة في وقتها، وإفساح المجال أمام الجميع للاضطلاع على المعلومات الضرورية، الأمر الذي يساعد على اتخاذ القرارات الإدارية المناسبة توسيعا لدائرة المشاركة والرقابة والمحاسبة، باعتبارها مقومات للمقاربة الجديدة لمنظومة الحكامة في المجال الإداري، إذ أنها عناصر ذات "جراة حكامة" قوية إذا ما قورنت بعناصر مطلب الإصلاح الإداري أو بمفاهيم مثل التنمية والتحديث الإداري، والتي بالإمكان اعتبارها هي الأخرى مداخل كبرى للحكامة الإدارية⁵.

والجدير بالذكر، أن تنزيل ورش الحكامة المرفقية رهين بصدور ميثاق المرافق العمومية والجهات والجماعات الترابية الأخرى والأجهزة العمومية⁶. بحيث يشكل هذا الميثاق لبنة جديدة لإرساء الحكامة الجيدة في تدبير الشأن العمومي، يحدد التزامات الإدارة وأعوامها وقواعد تنظيمها وتديبرها والقواعد المنظمة للعلاقة الإدارة بالمرتفق، وسن قواعد التدقيق الإداري وتعليل القرارات الإدارية ونشرها وقياس الأداء والجودة وعقلنة وترشيد الهياكل الإدارية لتفادي تداخل الاختصاصات وتضخم المصالح الإدارية، بناء على انجاز عمليات تدقيق تنظيمي بصفة مستمرة.

كما يشكل ميثاق المرافق العمومية سياسة تديبرية تجعل من الموارد البشرية قطب الرحى في إعداد وتنفيذ السياسات العمومية، باعتماد عدة إجراءات تشمل مواصلة الإصلاحات الهيكلية الشاملة والعميقة لمنظومة تدبير الموارد البشرية، والمتضمنة لمناهج حديثة تأخذ بعين الاعتبار الوظائف والكفاءات، وتقييم الأداء،

¹ نص الفصل 154 من الدستور المغربي الجديد على انه: "يتم تنظيم المرافق العمومية على أساس المساواة بين المواطنين والمواطنات في الولوج إليها، والإنصاف في تغطية التراب الوطني، والاستمرارية في أداء الخدمات.

تخضع المرافق العمومية لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية، وتخضع في تسييرها للمبادئ والقيم الديمقراطية التي اقرها الدستور".

² كريم لحرش: "الدستور الجديد للمملكة المغربية" شرح وتحليل، مرجع سابق، الصفحة 206.

³ نص الفصل 155 من الدستور على انه: "يمارس أعوان المرافق العمومية وظائفهم، وفقا لمبادئ احترام القانون والحياد والشفافية والنزاهة والمصلحة العامة".

⁴ جاء في الفصل 156 من الدستور: "تتلقى المرافق العمومية ملاحظات مرتفقها، واقتراحاتهم وتظلماتهم، وتؤمن تتبعها. تقدم المرافق العمومية الحساب عن تديبرها للأموال العمومية، طبقا للقوانين الجاري بها العمل، وتخضع في هذا الشأن للمراقبة والتقييم".

⁵ كريم لحرش: "الدستور الجديد للمملكة المغربية"، شرح وتحليل، مرجع سابق، ص 209.

⁶ ينص الفصل 157 من الدستور: "يحدد ميثاق للمرافق العمومية قواعد الحكامة الجيدة المتعلقة بتسيير الإدارات العمومية والجهات والجماعات الترابية الأخرى والأجهزة العمومية".

وتتمين التكوين المستمر، اعتماد الكفاءة والاستحقاق والشفافية في ولوج الوظائف العمومية، وتولي المناصب العمومية، وتقييم سياسة التكوين الإداري، في أفق إعادة النظر في التكوين الموجه للإدارة العليا.

خلاصة القول، إن الرهان الأساسي في وقتنا الحاضر، بشأن تحديث الإدارة المغربية، متوقف بالأساس على تفعيل مبادئ الحكامة الجيدة التي جاء بها الدستور، والعمل على تأهيل العنصر البشري بالتكوين المستمر، وتكوينه على تكنولوجيا المعلومات لاستخدامها في علاقته بالمواطنين، وتظافر جهود كل الفاعلين والمهتمين، بدءاً بالمواطن، الموظف، الدولة، منظمات المجتمع المدني، الأحزاب السياسية، النقابات، على تفعيل الأمل والجدي لإدارة القرب والإدارة المستقبلية والمتواصلة والشفافة والمنتجة والمسؤولة.

جريمة النصب في القانون المغربي

إكرام الداكي
طالبة باحثة في سلك الدكتوراه
تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية

مقدمة:

يقصد بالنصب الاستيلاء على شيء مملوك للغير بطريقة احتيالية بقصد تملك ذلك الشيء¹. ومصطلح جريمة النصب لم يكن قديماً، وحتى حدود القرن التاسع عشر، كان محط نقاش لاختيار اسم النصب ليطلق على جريمة ما خلاف السرقة وخيانة الأمانة المعروفين منذ القدم بحكم الديانات السماوية التي أتت على ذكرها². وقد اعتبر النصب في القانون المغربي صورة من جريمة سلب مال الغير التي تشمل أيضاً السرقة وخيانة الأمانة، وأول مرة وضع له نص خاص كان ذلك في تشريع سنة 1791، الذي أتت به الثورة الفرنسية ثم وفي تشريع سنة 1810 أصبح جريمة مستقلة بذاتها لها خصائص ومميزات³. والنصب الجنائي يختلف عن التدليس المدني وكان تشريع الثورة الفرنسية يعبر عنه بلفظة التدليس هذا متأثراً في ذلك بالخلط الذي كان سائداً بينهما وظلت الحال على هذا المنوال حتى ميز بينهما تشريع سنة 1910 فاستعمل لأول مرة في المادة 405 التي خصصها للنصب عبارة طرق احتيالية بدلا من لفظ تدليس فأفصح بذلك عن نية الفصل بين الأمرين بحدود واضحة المعالم⁴. غير أن جريمة النصب رغم استقلالها في التشريع بعناصرها القانونية المتميزة منذ ما يقرب من قرنين من الزمن (منذ سنة 1791) في القانون الفرنسي فإن عناصرها ما تزال في الوقائع العملية تتشابه مع عناصر السرقة أو التدليس المدني على الأقل في بعض الحالات الأمر الذي يثير صعوبة لا يستهان بها في التكييف القانوني لهذه الجريمة⁵.

والفرق بين التدليس في القانون المدني والتدليس في القانون الجنائي أن التدليس الجنائي تقوم به جريمة جنائية لها عقوبة وهو وسيلة على الاعتداء على الملكية، ويتحقق وفق أحد الوسائل الاحتياطية التي لا يكفي لقيامها مجرد الكذب المجرد وإنما يتعين تدعيمه بمظاهر خارجية بينما التدليس المدني هو عيب من عيوب الرضا وخطأ موجب للتعويض لا حصر لصوره في القانون المدني، فإذا أثبت أن الكذب المجرد كان لخداع المتعاقد قام به التدليس، بل إن الكتمان وهو مجرد مسلك سلمي كاف ليقوم به التدليس المدني⁶.

ويختلف النصب عن السرقة وخيانة الأمانة من ناحية الركن المادي، ففي السرقة نجد الاختلاس وفي النصب فهو عملية تؤدي إلى تسليم الشيء المملوك بواسطة طرق احتيالية، بينما خيانة الأمانة فهي تبديد الشيء أو اختلاسه بعد أن تم استلامه بإرادة المالك تنفيذا لعقد ما، كما تختلف جريمة النصب عن جريمة خيانة الأمانة من حيث معيار التسليم، فالتسليم يعتبر شرط من شروط قيام خيانة الأمانة ويكون بناء على إرادة حرة، أما في النصب فإن التسليم يكون بناء على طرق احتيالية وفي جريمة السرقة فإن التسليم ينفي الاختلاس⁷. والمشرع المغربي يتناولها كافة الأفعال المعتبرة جرائم ماسة بالأموال وتحديد عقوبات لكن جريمة على حدة، خص جريمة النصب بكيان تشريعي مستقل وذلك في الفصل 540⁸ من القانون الجنائي.

وإذا كانت جريمة النصب بطبيعتها تؤدي إلى سهولة التصديق وسرعة الانقياد للأفراد، خصوصاً السذج منهم والبسطاء، حتى كاد النصب أن يشمل أغلب صور التدليس المدني⁹، فإن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد إلى أي حد استطاع المشرع المغربي من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالنصب تحقيق العدالة حماية لضحايا هاته الجريمة وردعا لمرتكبيها؟

هاته الإشكالية التي سنعمل على الإجابة عليها من خلال فصلين:

الفصل الأول: أركان جريمة النصب

الفصل الثاني: آثار جريمة النصب

¹ - مصطفى مجدي هرجة، جرائم النصب وأحكام الشيك وخيانة الأمانة والجرائم الملحقة بهما، طبعة 1991، منقحة ومزودة، بدون مطبعة، ص 10.
² - إدريس النوازي، "الأساليب المتطورة لجريمة النصب"، مقال منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 78، سنة 2014، ص 445.
³ - رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، طبعة 1974، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 263.
⁴ - أحمد أبو الروس، جرائم السرقات والنصب وخيانة الأمانة والشيك بدون رصيد، طبعة 1996، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ص 299.
⁵ - أحمد الخليلشي، القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 1982، مكتبة المعارف، الرباط، ص 332.
⁶ - "جريمة الاحتيال"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.alyawm.com/alyawm/local بتاريخ 2016/01/24.
⁷ - مي عبد ربه عبد المنعم، "نقاط الاشتراك والاختلاف بين جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة في القانون الجزائري"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.mohamadi.net بتاريخ 2016/01/24.
⁸ - جاء في الفصل 540 من القانون الجنائي المغربي (قانون 11.99 ظهير 1993/07/25): "يعد مرتكباً لجريمة نصب ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 500 إلى 5000 درهم من استعمل الاحتيال ليقوع شخصاً في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة، أو استغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر".
⁹ - أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 300.

الفصل الأول: أركان جريمة النصب

يفهم من نص الفصل 540 من القانون الجنائي المغربي أن تحقق عملية التوصل إلى الاستيلاء على مال الغير عن طريق استعمال وسائل الاحتيال والخداع يقوم بها الجاني بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لغيره، وبذلك يبرز لنا ركناً لجريمة النصب وهما الركن المادي (المبحث الأول) والركن المعنوي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الركن المادي

إن الفعل المادي في جريمة النصب كما في غيرها من جرائم النتيجة تتكون من ثلاثة عناصر، نشاط إيجابي أو سلبى يتمثل في إثبات الجاني "الاحتيال" (المطلب الأول) ونتيجة إجرامية هي قيام الضحية بعمل يضر مصالحه أو مصالح الغير المالية (المطلب الثاني) وعلاقة سببية بين النشاط الإجرامي والنتيجة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النشاط الإجرامي "الاحتيال"

إن النشاط الذي يمارسه الجاني (النصاب) لتحقيق هدفه الإجرامي هو استعمال وسائل الاحتيال والمخادعة لتضليل المجني عليه ودفعه إلى تسليم المال بصورة اختيارية، أو القيام بما من شأنه الإضرار بمصالحه المالية¹.

فالاحتيال يقع اعتداء على حق الملكية سواء المنقولة أو العقارية، وحق الملكية كما هو معروف حق جامع مانع يخول المالك حق في استعمال واستغلال الشيء في حدود القانون والتصرف فيه².

والمرجع المغربي كما هو واضح من الفصل 540 من ق.ج. لم يقم بتعريف مدلول الاحتيال المشكل للعنصر الأول في الركن المادي وإنما حدد صراحة وعلى سبيل الحصر وسائل الاحتيال التي تتحقق بها هذه الجريمة في ثلاث:

- تأكيدات خادعة

- إخفاء وقائع صحيحة

- استغلال ماكر لخطأ وقع فيه الغير³.

وهذا يقتضي منا التعرض إلى كل وسيلة على حدة، تأكيدات خادعة (في الفقرة الأولى)، وإخفاء وقائع صحيحة (في الفقرة الثانية)، ثم استغلال ماكر وقع فيه الغير (في فقرة ثالثة).

الفقرة الأولى: تأكيدات خادعة

تشمل هذه الوسيلة كل حالات الكذب المؤيد بوقائع خارجية من شأنها أن تخدع الضحية فيصدق الجاني فيما يزعمه ويسلم له المال، أما إذا ادعى هذا الأخير واقعة صحيحة وحقيقية للمجني عليه، وتمكن بذلك من الاستيلاء على بعض أمواله، فلا يكون مرتكباً لجريمة النصب⁴.

وهذه الوقائع الخارجية التي تؤيد الكذب ويتحقق بها بالتالي النصب كثيرة ومتعددة، كما تتفاوت في قوة الإقناع بصدق النصاب فيما يدعيه، فقد يؤيد الجاني كذبه بوثيقة رسمية مزورة مثلاً، وقد يقتصر على مجرد القيام بأعمال مادية أمام الضحية مثل الدخول إلى مكتب موظف توجد بين يديه حاجة المعني بالأمر⁵.

وفي هذا الصدد صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 27 فبراير 1992 جاء فيه: "يقضي تطبيق الفصل 549 من القانون الجنائي أن يكون قصد الفاعل الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر وذلك بتأكيدات خادعة وسوء نية"⁶.

وبناء على ما سبق يجب لاعتبار الكذب مكون لجريمة النصب أن تؤكد وقائع ومظاهر خارجية من شأنها خداع الضحية وتغليظه بهدف الإضرار بمصالحه ومصالح غيره المالية.

الفقرة الثانية: إخفاء الوقائع الصحيحة

إن إخفاء الوقائع الصحيحة معناه كتمانها وعدم التصريح بها أمام المحتال الذي لا يعلم بها، فالقانون المغربي بإدخاله هذه الطريقة ضمن وسائل الاحتيال الجنائي قد تخطى مفهوم النصب في القوانين اللاتينية، لأن هذه القوانين لا تعترف إلا بالاحتيال المرتكب بالوسائل الإيجابية دون الوسائل السلبية وإن بلغت ما بلغت في خداع الضحية، فالاحتيال له مفهوم إيجابي، ومجرد السكوت موقف سلبى أي العدم والعدم لا يسمى احتيالا سواء في الفقه أو العرف، كما أن النصب من جرائم النتيجة، وهذا النوع من الجرائم يتعذر ارتكابه بالسكوت والامتناع⁷.

وفي هذا الصدد جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 19 مارس 1996 أنه: "يشترط لقيام جريمة النصب حسب الفصل 450 من القانون الجنائي استعمال الاحتيال بإخفاء وقائع صحيحة على المحتال عليه قصد الإضرار به والاستفادة المالية من وراء ذلك"⁸.

¹ - نور الدين العمراني، شرح القانون الجنائي الخاص، الطبعة الثانية 2001، بدون مطبعة، ص 295.

² - محمد هشام صالح عبد الفتاح، جريمة الاحتيال – دراسة مقارنة – رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، بإشراف د. نائل طه سنة 2008 جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، نابلس فلسطين، ص 8.

³ - عبد الواحد العلوي، القانون الجنائي المغربي، القسم الخاص، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 328.

⁴ - نور الدين العمراني، المرجع السابق، ص 295.

⁵ - أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 335.

⁶ - قرار عدد 1562، في الملف الجنائي عدد 97/476 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، سنة 1992، ص 291.

⁷ - أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 336.

⁸ - قرار عدد 338/3، ملف جنائي عدد 95/465 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49-50 سنة 1997، ص 183.

وإذا كان النص قد أطلق في إخفاء الوقائع الصحيحة، فإنه لا يمكن وصف كل كتمان بأنه احتيال جنائي، وإنما يجب أن يكون هذا الكتمان منصبا على واقعة لها أهمية قصوى عند المجني عليه، ونحو ذلك أن يقوم شخص ببيع بقعة أرض لآخر يعزم بناء عمارات ذات طبقات متعددة عليها، في حين أنها أصبحت بمقتضى القوانين والقرارات المنظمة للبناء مخصصة للمناطق الخضراء.¹

أما خارج مجال التعاقد يمكن أن يتحقق النصب كذلك بإخفاء وقائع صحيحة مثل حصول متقاض على المساعدة القضائية بناء على إخفائه التصريح بما يملكه.²

وتجدر الإشارة إلى غياب أي معيار يمكن بواسطته الاهتداء إلى ما إذا كان الكتمان بلغ درجة من الأهمية تدخله ضمن الطرق الاحتيالية في النصب أم لا، تبقى للقاضي سلطة تحديد ذلك وفقا لسلطته التقديرية، وإن كانت هذه السلطة التقديرية ستختلف من قاضي إلى آخر مما يؤدي إلى اختلاف التكييف من محكمة إلى أخرى عن نفس الفعل، فقد يعتبر إخفاء بعض الوقائع يشكل نصبا مادام أنه أوقع الضحية في غلط ما كان ليقوم به لو علم الحقيقة، في حين تعتبر محكمة أخرى أن الأمر لا يرق إلى جريمة نصب، لأنه لا يوجد معيار ملموس واضح يمكن القياس عليه.³

الفقرة الثالثة: استغلال ماكر لغلط وقع فيه الغير

الغلط حالة نفسية إذا تمكنت من شخص بدت له الأمور على غير حقيقتها فإذا كان الشخص مدركا حقيقة الحيلة التي يحاول الغير بها خداعه فإنه لا يكون واقعا في غلط وإذا سلم رغم هذا اليقين ما له لمن أراد خداعه انقطعت رابطة السببية تماما بين الاحتيال والتسليم وحال ذلك دون تمام جريمة النصب.⁴

ونشير أن المشرع قصد القول استغلال ماكر لغلط وقع فيه الغير، لأنه بالرجوع إلى النص الفرنسي للمادة 540 نجد لفظ "erreur" وليس "Faute" وبشكل عام فإن الاستغلال الماكر لغلط وقع فيه الغير يتطلب وجوده توفر عنصرين: غلط يقع فيه الضحية واستغلال ماكر لهذا الغلط من جانب الجاني.

فالغلط يتحقق كلما توهم الضحية واقعة على غير حقيقتها فتبعا بذلك لتسليم المال موضوع النصب سواء كان الغلط تلقائيا أو تسبب فيه شخص آخر غير متواطئ مع الجاني.⁵ ومثال ذلك الشخص الذي يسلم مبلغا من النقود يزيد على المبلغ المستحق نتيجة غلط الدافع في الحساب، لا يعتبر نصبا إذا كان دوره في ذلك سلبيا بأن اقتصر على أخذ المبلغ كما أعطاه إياه الدافع، ولكن على العكس يتابع بالنصب إذا استفسره الدافع أثناء الدفع فأجابه -كذبا- بأن المبلغ ناقص فأنتم له الباقي، وأجابه بأنه توصل بالمبلغ المستحق لا غير والواقع أنه أكثر.⁶

أما بخصوص استغلال الجاني بكيفية ماكرة لهذا الغلط الذي وقع فيه المجني عليه، فإن هذا الاستغلال "الماكر" يعني قيام الجاني "النصب" بعني إيجابي - وليس سلب - لا يبقى الضحية في غلظه وحسب، ولكن يحفز بهدائه ومكره على تسليم المال له.⁷ ومثاله أن يعتقد الضحية غلطا أن الجاني هو صاحب الحق في تسليم المال، فيقوم هذا الأخير بتصرف ما يساعد على تمادي الضحية (المحتال عليه) في غلظه، فيضرم بمصالحه أو بمصالح الغير المالية، كمحصل الضرائب أو ممثل شركة التأمين أو أحد الشركات الذي انتهت مهمته -والذي يتعامل معه الضحية- فينتهز فرصة وقوع هذا الأخير في غلط في صفته ويقوم بتصرفات تؤكد له اعتقاده الخاطئ ويستولي على قدر مهم من أمواله.⁸

المطلب الثاني: النتيجة الإجرامية

جاء في الفصل 540 من ق ج "ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر".

ويتضح من هذه المادة أن القانون المغربي وخلافا لغيره من القوانين يربط قيام النصب بإتيان المجني عليه لتصرف يمس بمصالحه أو مصالح غيره نتيجة نشاط المحتال، لذلك فمن المتصور في القانون المغربي قيام جريمة النصب في صورتها التامة بدون أن يسلم المجني عليه للجاني شيئا.⁹

وهكذا تتضح لنا صرامة المشرع المغربي في حماية مصالح الأفراد المالية، فمتى تحقق المساس بهذه المصالح، كانت الجريمة تامة، لأن الضرر الذي وقع من أجله التجريم قد حدث فعلا، ولا يهم بعد ذلك أن يكون الجاني قد حصل على الفائدة المتوخاة له أم لا.¹⁰

وإذا كان الأمر كذلك بشأن ماهية النتيجة كعنصر من عناصر الركن المادي للنصب فما هي إذن طبيعة المال محل النصب؟

بالرجوع إلى نص الفصل 540 نجد يستعمل عبارة "إعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر" مما يعني أن النصب غير قاصر على تسليم مال منقول إلى المحتال، وإنما يمكن أن يتعلق بالإضافة إلى ذلك بحقوق عقارية كما في حالة الاحتيال على الضحية ودفعه إلى إعطاء ارتفاق أو منفعة على عقاره.¹¹

وفي هذا الصدد أكد الحكم الجنعي الصادر بتاريخ 2002/02/06: "أن تسلم مبلغ مالي من الغير مقابل إفراغ محل موضوع النزاع وتسلمه له هو إضرار بمن سبق التعاقد معه بالكراء".¹

¹ - عبد الواحد العلوي، المرجع السابق، ص 332.

² - أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 339.

³ - حنان المتوني، جريمة النصب في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، بإشراف الأستاذ سعيد الروبيو، سنة 2010/2011، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، ص 68.

⁴ - أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 340.

⁵ - أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 339.

⁶ - أحمد الخليلي، المكان نفسه.

⁷ - نور الدين العمراني، المرجع السابق، ص 279.

⁸ - نور الدين العمراني، المكان نفسه.

⁹ - عبد الواحد العلوي، المرجع السابق، ص 335.

¹⁰ - أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 340.

¹¹ - حنان المتوني، المرجع السابق، ص 76.

وتجدر الإشارة إلى أن التصرف في الحقوق المعنوية يخرج من نطاق وسائل الاحتيال فلا تتحقق به جريمة النصب ولو أدى إلى الإضرار بمصالح الجني عليه أو مصالح الغير المالية².

المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة الإجرامية

يجب أن يكون بين وسيلة الاحتيال التي لجأ إليها المتهم والإضرار بمصالح الضحية أو مصالح الغير المالية رابطة سببية وهذا يقتضي أولاً أن يكون التسليم لاحقاً على استعمال التدليس³. وأن تكون الطرق الاحتيالية التي لجأ إليها الجاني هي التي دفعت بالمجني عليه إلى الإضرار بمصالحه المالية أو مصالح الغير. أما إذا كان هذا الأخير عالماً بحقيقة ما وقع عليه من احتيال، ورغم ذلك قام بتسليم الجاني المال، فإن علمه هذا ينفي علاقة السببية وبالتالي لا تقوم جريمة النصب⁴.

وفي هذا الصدد جاء في الحكم الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 يوليوز 1995: "أن الإدانة بجنحة النصب تتطلب إبراز عناصر ذلك مع بيان كيفية استنتاج المحكمة أن المتهم استعمل الاحتيال مع الضحايا بقصد الحصول على المنفعة المالية"⁵.

وبناء على ذلك يعود تقرير وجود أو انتفاء علاقة السببية لقاضي الموضوع الذي يستخلص وجود العلاقة السببية من وقائع كل قضية وملازماتها لأنه هو من يقوم بفحص الوقائع وبالتالي تقدير مدى تأثير وسائل الاحتيال على المحتال عليه، وما إذا كانت هي التي دفعت به إلى العمل الضار بمصالحه المالية أولاً، سيما وأن القاضي يأخذ في اعتباره الظروف الشخصية للضحية وكل الملازمات المحيطة بالوقائع، وهذا ما لا يتأتى إلا لقاضي الموضوع، لأن هذا الأخير مطالب ببيان الوقائع والقرائن التي استخلص منها النتيجة التي انتهى إليها، لأن قاضي النقض يراقبه في كفاية وسلامة التعليل الذي يبرر به منطوق الحكم⁶.

المبحث الثاني: الركن المعنوي

إن النصب جريمة عمدية يلزم لوقوعها توافر القصد الجنائي، الذي عبر عنه المشرع بقوله: "يعد مرتكباً لجريمة نصب... من استعمل الاحتيال بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر"، ولا يكفي القصد العام وحده لوقوع جريمة النصب (الفقرة الأولى) بل يجب كذلك أن يقوم لدى الجاني قصد جنائي خاص (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: القصد الجنائي العام

يشترط لقيام هذا القصد أن يحيط الجاني علماً بكافة العناصر الواقعية للجريمة فلا بد أن يكون عالماً ابتداءً بأن ما يصدر منه ادعاءات وأكاذيب أما إذا أبدأها معتقداً صحتها فلا يقوم القصد لديه ولو كانت مزاعمه باطلة في حقيقتها فمن يعتقد بجدوى مشروع يدعوه إليه ويحصل من غيره على جزء من ماله للمساهمة فيه فلا يعد نصبا ولو تعثر المشروع بعد قيامه لسوء التقدير أو العجز عن إدارته⁷.

كما يشترط أن تتجه إرادة الجاني إلى ماديات الجريمة وهي ممارسة الاحتيال والحصول على المنفعة المالية سواء له أو لغيره، ولذلك لا تقوم جريمة النصب إذا كانت غاية الفاعل الحصول على منفعة غير مالية، كمن يتحايل على شخص ليشهد لصالحه أمام المحكمة، أو من يتحايل على منافسه فيدفعه إلى إبرام صفقة خاسرة لإزاحته من السوق، ففي المثالين المحتال لم يبتغي من وراء احتياله الحصول على منفعة مالية⁸.

الفقرة الثانية: القصد الخاص

القصد الخاص في جريمة النصب هو فيه تملك المال المستولى عليه أو تملكه للغير مباشرة، فإذا تخلفت هذه النية لم يرق القصد⁹، ويقع ذلك على سبيل المثال حين يلجأ شخص إلى طرق احتيالية لاسترداد مال من سارقه بقصد رده إلى صاحبه أو بقصد الاستيلاء على مال مدينه وحبسه تحت يده حتى يكرهه على الوفاء له بحقه¹⁰.

الفصل الثاني: آثار جريمة النصب

لعل الوسائل الحديثة رفعت من مستوى قوة الأشخاص أفراد وجماعات في ارتكاب الإجرام باحترافية منسقة ومخطط لها، بأن شكل ذلك خطورة أمنية تهدد المجتمعات، بحيث تكون حالة التهديد مصدرها الفرد أو الجماعة نتيجة الظروف المادية أو الشخصية التي تحيط بهذا الشخص أو تلك الجماعة، ويكون الهدف هو الإخلال بالأمن العام والنظام العام سواء أكان التهديد داخلياً أو خارجياً لأمن الدولة، على اعتبار أن الخطورة الاجتماعية تكون قبل وتنشأ عنها خطورة إجرامية وينتج عن هذه الأخيرة خطورة أمنية¹¹. الشيء الذي يجعلنا نتساءل عن مدى كفاية العقوبات التي أقرها المشرع المغربي في الفصل 540 لردع مرتكبي هذه الجريمة في جميع صورها (المبحث الأول) وعن طبيعة الإجراءات المتبعة للكشف عنها ووسائل إثباتها، كما نتساءل عن المحكمة المختصة لمحاكمة مرتكبي جريمة النصب ذات البعد الدولي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: عقوبة جريمة النصب في القانون المغربي

إن عقوبة النصب تختلف بحسب ما إذا كانت هاته الجريمة قد ارتكبت في صورته البسيطة أم في صورتها المشددة (المطلب الأول) كما أن هناك أسباب إذا ما توافرت فإنها تعفي من العقاب في هذه الجريمة أو تقيد المتابعة الجنائية ضد الفاعل (المطلب الثاني).

¹- قرار رقم 03-518 في الملف الجنعي 20662/2011 منشور بمجلة الملف العدد 1 مشار إليه لدى عمر بوحموش، المرجع السابق، ص 150.

²- أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 336.

³- مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 19.

⁴- نور الدين العمراني، المرجع السابق، ص 300.

⁵- قرار عدد 1636 في الملف الجنعي عدد 25632/92 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 49-50، ص 255.

⁶- أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 342.

⁷- أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 359.

⁸- حنان المتوني، المرجع السابق، ص 84.

⁹- أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 361.

¹⁰- أحمد أبو الروس، المكان نفسه.

¹¹- إدريس النوازي، المرجع السابق، ص 448.

المطلب الأول: العقاب

ساوى المشرع المغربي في العقاب على جريمة النصب بين الجريمة التامة والمحاولة (الفصل 546 من ق.ج) وأقر لها عقوبات أصلية (الفقرة الأولى) وعقوبات تكميلية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العقوبات الأصلية

عاقب المشرع بمقتضى الفصل 540 من القانون الجنائي على النصب وحدد لجنة النصب في صورتها البسيطة عقوبة حبسية من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى خمس آلاف درهم (الفقرة الأولى).

إلا أنه شدد العقوبة ورفعها إلى الضعف لتصل من سنتين إلى عشر سنوات، والحد الأقصى للغرامة إلى مائة ألف درهم، إذا كان مرتكب الجريمة أحد الأشخاص الذين استعانوا بالجمهور في إصدار أسهم أو سندات أو أذونات أو حصص أو أي أوراق مالية أخرى متعلقة بشركة أو مؤسسة تجارية أو صناعية (الفقرة الثانية) والعلة من وراء هذا التشديد بالنسبة للصورة الثانية تكمن في الخطورة الإجرامية للجاني وزعزعة الثقة العامة بالقواعد المنظمة لإصدار الأسهم والسندات والأوراق المالية وما يستتبع ذلك من ضرر يلحق بصغار المدخرين، وكذا الإضرار بالاقتصاد الوطني.¹

الفقرة الثانية: العقوبات التكميلية

أجاز المشرع في الفصل 540 للمحكمة الحكم على الجاني إلى جانب العقوبة الأصلية بعقوبة إضافية تتمثل في الحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 من القانون الجنائي وبالمنع من الإقامة من خمس إلى عشر سنوات، وهذا يعني أن المحكمة غير ملزمة بالحكم بالعقوبات التكميلية إلى جانب العقوبات الأصلية.

أما فيما يخص المحاولة في النصب والتي تتحقق بأي عمل لا لبس فيه يقوم به الفاعل ويهدف من ورائه مباشرة إلى ارتكاب الجريمة فإن المشرع عاقب عليها بعقوبة الجريمة التامة.²

المطلب الثاني: الإعفاء من العقوبة وقيود المتابعة الجنائية

أحال الفصل 541 من القانون الجنائي بخصوص الإعفاء من العقوبة وقيود المتابعة في جريمة النصب على الفصول من 534 إلى 536 المطبقة على السرقة، حيث تسري أيضا على مرتكبي جريمة النصب، وعليه سأعرض لأسباب الإعفاء في (الفقرة الأولى) ولقيود المتابعة الجنائية في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أسباب الإعفاء

بالرجوع إلى الفصل 531 الذي أحال عليه المشرع في الفصل 541 من القانون الجنائي بخصوص أسباب الإعفاء مع التزامه والمطبق على السرقة نجده ينص على أن السارق يعفى من العقاب مع التزامه بالتعويضات المدنية في الأحوال الآتية:

1- إذا كان المال المسروق مملوكا لزوج

2- إذا كان المال المسروق مملوكا لأحد فروع

وعليه إذا كان المال محل الجريمة مملوكا لزوج الجاني أو لأحد فروع، وثبتت التهمة قضائيا ضده، فإنه يعفى من العقوبة مع التزامه فقط بالتعويض المدني وهو ما يسري أيضا على مرتكبي جريمة النصب.³

الفقرة الثانية: قيود المتابعة

بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 535 من القانون الجنائي فإن الدعوى العمومية لا يتم تحريكها إلى بناء على شكاية، يتقدم بها المجني عليه متى كان المال محل النصب لأحد أصول الجاني أو أحد أقاربه أو أصحابه إلى الدرجة الرابعة.

والملاحظ أن المشرع المغربي استثنى صراحة حالة أن يكون المال محل الجريمة مملوكا لأحد أصول الجاني أو أحد أقاربه أو أصحابه إلى الدرجة الرابعة، فلا تجوز متابعته إلا بناء على شكوى من المتضرر، وسحب هذه الشكوى يضع حدا للمتابعة.⁴

وفي الأخير تجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع استثنى من تطبيق أسباب الإعفاء وقيود المتابعة الجنائية للضاميين للتشديد الوارد عليه النص في الفقرة الثانية من الفصل 540، وهم النصابون الذين يستعينون بالجمهور في إصدار أسهم أو سندات... إلخ مهما كانت صفتهم بحيث لا يعفون من العقاب.⁵

ونخلص إلى أن المشرع يستهدف من وضع قيود للمتابعة في جرائم الأموال ومنها جريمة النصب خاصة إلى الحفاظ على تماسك الأسرة والعلاقات العائلية، باعتبارها قوام المجتمع، كما يستهدف من استثنائه من تطبيق أسباب الإعفاء وقيود المتابعة النصابون الذين يستعينون بالجمهور في إصدار أسهم أو سندات... نتيجة الخطورة الإجرامية لهاته الأفعال التي لا تقتصر على الإضرار بمصالح الأفراد الطبيعيين بل تضر بمصالح الأشخاص المعنوية أيضا وما يترتب على ذلك من تهديد للاقتصاد الوطني.

المبحث الثاني: الإثبات والاختصاص القضائي في جرائم النصب

تثير جرائم النصب صعوبات إجرائية تتمثل في طبيعة وسائل إثباتها من جهة (المطلب الأول) وعلى مستوى المحاكم المختصة للنظر فيها من جهة أخرى (المطلب الثاني).

¹ - حنان المتوني، المرجع السابق، ص 88.

² - راجع الفقرة الأخيرة من الفصل 546 من القانون الجنائي.

³ - نور الدين العمراني، المرجع السابق، ص 303.

⁴ - نور الدين العمراني، المكان نفسه.

⁵ - عبد الواحد العلي، المرجع السابق، ص 344.

المطلب الأول: الإثبات في جرائم النصب

إن سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة محكومة بمبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع، وأن هذا المبدأ يؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى نتيجتين:

الأولى هي حرية القاضي الجنائي في قبول الدليل، على نحو تكون فيه جميع طرق الإثبات مقبولة من حيث المبدأ – في المواد الجنائية – أما الثانية فهي أن الدليل الجنائي يخضع لمطلق تقدير القاضي¹، وعليه يجوز الإثبات في النصب بكافة الطرق بما فيها الاعتراف والشهادة والبيئة والقرائن ومن بين التطبيقات القضائية الصادرة في هذا الصدد نجد:

- الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة بتاريخ 2006/03/09² جاء فيه: "وحيث أنه نظرا لظروف الظنين الاجتماعية ولعدم سوابقه ارتأت المحكمة تمتيعه بظروف التخفيف مع جعل العقوبة الحبسية موقوفة التنفيذ (أربعة أشهر) وبغرامة نافذة قدرها 1000 درهم مع تحميله الصائر والإجبار في الأدنى.

- القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/01/05 الذي جاء فيه³: "...إذا كانت المحكمة قد استمعت إلى شهادة الشهود لإثبات أن الطاعن تسلم من الضحية مبلغ يفوق 250 درهما فإن ذلك لم يكن من أجل إثبات دين وإنما لتعزيز اعتراف الطاعن بجريمة النصب".

وإذا كان القاضي في الأصل مقيد بقيود الإثبات المدنية في إثبات المسائل غير الجنائية⁴، إلا أنه إذا كان الفعل المعاقب عليه هو نفس الواقعة المراد إثباتها فلا محل للتقيد بهذه القيود⁵، إذا أن الغش نحو القانون يجوز إثباته بكافة الطرق فضلا عن توافر مانع حينئذ من الحصول على كتابة سبب خوف المتهم من الوقوع تحت طائلة العقاب وهو في النصب بوجه خاص يكون على درجة كبيرة من الحذر⁶.

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي

لقد نظم المشرع المغربي الاختصاص القضائي لجريمة النصب سواء ارتكبت بالمغرب أو خارجه بنصوص قانونية واضحة، فبالرجوع إلى المادة 259 من قانون المسطرة الجنائية نجده يحدد المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى العمومية حيث قررت بأن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع بدائرة نفوذها إما محل الجريمة وإما محل إقامة ضحية الجريمة كأساس لمنح الاختصاص بشأن الجرائم المرتكبة ضد المغاربة.

إلا أنه بالرغم من وجود هذه النصوص القانونية ضمن قانون المسطرة الجنائية التي تمنح الاختصاص للقضاء المغربي لمكافحة الاحتيال الدولي وبصفة عامة مكافحة الجريمة عبر الوطنية فإنها تبقى حبرا على ورق إن لم يتم تفعيلها من خلال التعاون الدولي الذي تجسده الاتفاقيات الدولية، التي تحدد آليات هذا التعاون بشكل يسهل على القضاء سواء الوطني أو الأجنبي من ممارسة اختصاصه والحيلولة دون إفلات المحتالين من العقاب⁷.

والخلاصة أن توجه المشرع المغربي بصدد جريمة النصب في الفصل 540 له مزايا ومساوئ فمن ناحية مزاياه نجد أن المشرع قد حصر الوسائل التي يتحقق بها الاحتيال في صياغة مرنة تسمح بالتوسع في مفهوم النصب إلى أقصى درجة ممكنة بحيث يمكن تكيف كل صور الاحتيال تكيفا يدخلها تحت طائلة القانون الجنائي، الأمر الذي يعد ملائما لطبيعة هذه الجريمة المتطورة ومتناسب مع خطورتها على الثقة العامة والاقتصاد الوطني.

أما فيما يخص مساوئ هذا الفصل فهي كثيرة تتمثل في الصعوبات التي تعترض القاضي المغربي بصدد تكيفه للوقائع المعروضة عليه، حيث يأتي في مقدمة ما يتم الاستئناس به التكيف الصحيح للوقائع وإنما ينبغي أن يراعى إلى جانب ذلك مدى وطبيعة الضرر اللاحق بالضحية.

كما يثير الركن المادي لهذه الجريمة في القانون المغربي بدوره مجموعة من الصعوبات، خاصة فيما يتعلق بعنصر الأفعال الاحتيالية. حيث أخذ المشرع المغربي بمجرد الوقف السلي أو مجرد الكذب كوسيلة الاحتيال، ويظهر ذلك جليا في وسيلة إخفاء وقائع صحيحة خاصة بينما يشكل مجرد الكذب أو التزام الصمت تدليسا مدنيا وبالتالي لا يخرج عن مقتضيات القانون المدني.

أما بخصوص القواعد العائدة لعقاب جريمة النصب فإننا نعتقد أن التشديد الذي قرره المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 540 لا يحقق الحماية الواجبة للمحتال عليهم، والأمر واضح لأنه حتى مع ذلك التشديد بقيت جريمة النصب جنحة تأديبية بنسب بقاء عقوبتها عقوبة جنحية، لذلك اقترح بهذا الصدد أن يعدل المشرع من هذه العقوبة وذلك برفعها والتوسع في حالات التشديد، وتغيير التكيف القانوني لها من جنحة إلى جنابة.

كما أن الإشكالات والصعوبات التي تثيرها جرائم النصب المستحدثة على مستوى الإثبات والاختصاص تظهر لنا جليا القصور الواضح لوسائل الإثبات التقليدية عن مواجهة هذه الجرائم، حيث يقتضي ذلك التوفر على ضباط شرطة وقضاة متخصصين في هذا النوع من الجرائم، أما على مستوى الاختصاص فإننا ندعو المشرع إلى تكثيف جهوده وطنيا ودوليا لمحاربة هذه الجريمة من خلال الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى تطويق جرائم النصب العابرة للحدود.

¹ عبد الكافي فودة، حجية الدليل الفني في المواد الجنائية والمدنية، دراسة علمية على ضوء قضاء النقض، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ص 18.

² حكم جنحي عدد 1466، ملف جنحي عدد 05/6812 (غير منشور).

³ قرار رقم 178، ملف جنحي عدد 84237، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39، سنة 1986، ص 166.

⁴ تنص المادة 288 من الظهير الشريف رقم 01.02.255 الصادر بتاريخ 03 أكتوبر بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003، ص 315 على أنه: "إذا كان ثبوت الجريمة يتوقف على دليل تسري عليه أحكام القانون المدني أو أحكام خاصة، تراعي المحكمة في ذلك الأحكام المذكورة".

⁵ راجع الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود المغربي المتمم والمعدل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3888-2379.

⁶ مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 19.

⁷ حنان المتوني، المرجع السابق، ص 101.

دور المجتمع المدني في تعزيز وحماية حقوق الإنسان -التجربة المغربية-

ذ.الحافظ النوبي

باحث في مجال حقوق الإنسان

مقدمة

يعتبر موضوع حقوق الإنسان موضوع الساعة، وسيبقى كذلك على الرغم مما كتب فيه من مؤلفات وأبحاث، وما قدم في شأنه من أوراق عمل وندوات ومحاضرات ومؤتمرات وتقارير وتوصيات. فهو موضوع يلازمنا دائما لذلك لا تعتبر الكتابة فيه من لغو الكلام أو حشو الكتابة، بل هي رصيد معرفي وتراكم علمي يساعد على ترسيخ هذا الموضوع أكثر وأكثر في مجتمعنا.

ويرجع تزايد الاهتمام الدولي والوطني بموضوع حقوق الإنسان، لانتشار أفكار وقيم الديمقراطية، حيث أصبح من غير المنطقي الحديث عن هذه الأفكار وتلك القيم والترويج لها في كل مكان وكل مناسبة، دون أن يترجم ذلك كله بقدر أكبر من الاهتمام بقضايا حقوق الإنسان وما يتصل بها من حريات. كما يعود كذلك لتزايد الإدراك بحجم المخاطر التي بات يتعرض لها الإنسان في الوقت الراهن، إما جراء نشوب العديد من النزاعات الداخلية والإقليمية وما يصاحب ذلك من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، أو من جراء بعض حالات التلوث البيئي والمتعمد أحيانا، الأمر الذي صار يهدد حق كل إنسان في أن يعيش في بيئة صحية ومتوازنة.

وطالب المنتظم الدولي في شخص الأمم المتحدة، الدول الأعضاء بضرورة تعزيز وحماية حقوق الإنسان، وإلى إشراك مختلف الفاعلين المتدخلين في هذا المجال، وعلى رأسهم المجتمع المدني الذي أصبح ينظر إليه بأنه شريكاً أساسياً في الجانب القطاعي للحكومي والقطاع الخاص.

و لم تكن الدول العربية ومنبئها الدول المغاربية بمنأى عن هذه التحولات الدولية، وعجل بذلك ما كانت تعيشه منظورها اقتصادية وسياسية واجتماعية وثقافية سيئة، إضافة للضغط الداخلي والخارجي خاصة منها الداعية إلى إعطاء الفرصة للمجتمع المدني للمساهمة في عملية الديمقراطية والحكم الرشيد وحقوق الإنسان. ويعرف المجتمع المدني بالمغرب نشاطا منذ فترة الحماية، حيث تزايد بشكل ملحوظ بعد فترة الاستقلال بأن ظهرت أعداد كبيرة من الجمعيات التي تشتغل على مختلف المجالات والميادين، وأنشئت في مجال حقوق الإنسان أول جمعية حقوقية مغربية سنة 1972¹، تعنى بالدفاع عن حقوق الإنسان وكرامة المواطنين وتحسيس المسؤولين في السلطة بمختلف الانتهاكات المرصودة..

وتطرح هذه الورقة البحثية إشكالية رئيسية، تتمحور حول دور المجتمع المدني في تعزيز وحماية حقوق الإنسان، انطلاقا من التجربة المغربية؟ وإشكالات فرعية، تتمثل في الإطار النظري للمجتمع المدني وظهوره في المغرب؟ ثم مساهمته في مجال حقوق الإنسان؟ وأيضا ما هي معوقات قيامه بهذه الأدوار؟ وستتناول هذه الورقة البحثية، وفق المحاور التالية:

أولا- ظهور المجتمع المدني بالمغرب.

ثانيا- مساهمة المجتمع المدني المغربي في تعزيز وحماية حقوق الإنسان.

ثالثا- المعوقات التي تحول دون قيام المجتمع المدني بأدواره.

أولا- ظهور المجتمع المدني بالمغرب.

ساهم تراجع دور الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في جعل المجتمع المدني يحتل مكانة متقدمة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وأصبحت عدة مؤسسات وهيئات تقوم بأنشطة تكمل بها دور الدولة، مما شجع على تزايد مثل هذه المبادرات ذات الأهداف المتنوعة، وتعرف هذه الجمعيات عند بعض الدول العربية بالمجتمع الأهلي، بينما تعرف لدى المنتظم الدولي وفي الكتابات العربية الحديثة بالمجتمع المدني². والمجتمع المدني ينشط حين تصبح شؤون المجتمع شأنا شعبيا فلا تقتصر مهماته على الحاكم أو الدولة أو السلطة، ويتمكن المواطنون من المشاركة الفعلية في تدبير شؤونهم العامة من خلال حركاتهم الاجتماعية التي تقاوم هيمنة السلطة على المجتمع³.

أ- تعريف:

لقد تزامن ظهور مفهوم المجتمع المدني مع تسجيل تحول جذري في الفكر السياسي الغربي خلال القرن الـ17. إنه مفهوم يعني القطع مع النظام السياسي القديم الذي كانت فيه الكنيسة الجهة المتحكمة في كل نواحي المجتمع، وتسيطر على كل المجالات التي تهم الشأن السياسي، في مجتمع ينقسم إلى ثلاث طبقات أساسية، طبقة رجال الكنيسة ومن يرتبط بهم من ملوك وأمرأ (فلقد كان البابا هو من يمضي سلطة الملك)، وطبقة النبلاء، أصحاب الإقطاع الشاسعة، ثم طبقة عامة الناس. والحقيقة، كما تشير إلى ذلك مجموعة من الكتابات السياسية، فإن مفهوم المجتمع المدني ظهر في الفكر الغربي الحديث في إطار بناء فكري ارتكز على عدد من المفاهيم من مثل الحرية والمساواة والتعاقد الاجتماعي...

لم يكن مفهوم المجتمع المدني وليد الصدف، ولم يتبلور دفعة واحدة، بل إن ظهور هذا المفهوم وتطوره كان بفضل الإسهامات النظرية لفلاسفة الفكر السياسي عبر العصور، والتي كانت تعكس و في واقع الأمر ومن مرحلة لأخرى تعبيرات واستخدامات ليس لها مضمون واحد، إنها تعني في كل مرة شيئا مختلفا، لأنها تأتي في سياق متغير بنيويا وتاريخيا يولد حاجات جديدة، وأسئلة جديدة يجب عنها المفهوم⁴.

وسنقتصر على التعرض لمفهوم المجتمع المدني في الفكر العربي، دون الخوض في التطور التاريخي للمفهوم في الفكر الغربي.

ولم يظهر مفهوم المجتمع المدني في الكتابات العربية والإسلامية إلا في العقود الأخيرة للقرن العشرين، حيث تم أخذ مفهومه مباشرة من مرجعيته الغربية. وتم التطرق لمفهوم المجتمع المدني في نطاق الفكر العربي انطلاقا من مؤلفات "غرامشي" التي انتشرت بشكل واسع خلال السبعينيات في الوطن العربي⁵.

¹ - أنظر الموقع الرسمي للعصبة المغربية للدفاع عن حقوق الإنسان <http://www.lmddh.com>

² - الخطيب عامر، أصول التربية وتحديات القرن الواحد والعشرين، مكتبة القدس، عزة، 2008، ص 172.

³ - بركات حليم، المجتمع المدني في القرن العشرين، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2000، 925.

⁴ - عزمي بشارة، المجتمع المدني دراسة نقدية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ص 29.

⁵ - سيف الدين عبد الفتاح اسماعيل، المجتمع المدني والدولة في الفكر والممارسة الإسلامية المعاصرة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2002، ص 287.

وقام بعض من الباحثين والكتاب بإعطاء تعريف للمجتمع المدني، حيث عرفها بعضهم، بأنها "مجموعة التنظيمات التطوعية الحرة، التي تملأ المجال العام بين الأسرة والدولة لتحقيق مصالح أفرادها، ملتزمة في ذلك بقيم ومعايير الاحترام والتراضي والتسامح والإدارة السلمية للتنوع والخلاف"¹.

ففي إطار البنية، يذهب بعض المفكرين العرب من أمثال برهان غليون، ومحمود عبد الفضيل، وعلي عبد اللطيف حميدة إلى جعل المفهوم مفتوحاً ليتضمن نى ومؤسسات تقليدية، فيعرف على أنه "مجموعة المؤسسات والفعاليات والأنشطة التي تحتل مركزاً وسطياً بين العائلة باعتبارها الوحدة الأساسية التي ينهض عليها البنيان الاجتماعي والنظام القيمي في المجتمع المدني من ناحية، والدولة ومؤسساتها وأجهزتها ذات الصبغة الرسمية من ناحية أي أنه يضم جميع المؤسسات الخاصة المرتبطة بالدولة وتقع خارج إطار العائلة"، بينما يذهب فريق آخر من المفكرين العرب، من أمثال عزمي بشارة، ومحمد عابد الجابري، وسعد الدين إبراهيم، إلى محاولة حصر مجال المفهوم في البنى الحديثة وجعله قرين الحداثة، وفيهذه الحالة يعرف على أنه "مجملة التنظيمات غير الإثنية وغير الحكومية"²، بينما اتفق نخبة من المثقفين والمفكرين العرب لوضع التعريف الإجرائي الآتي وهذا إثر انعقاد ندوة مركز دراسات الوحدة، "إنه المؤسسات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تعمل في ميادينها المختلفة في استقلال عن سلطة الدولة لتحقيق أغراض متعددة، منها أغراض سياسية كما المشاركة في صنع القرار على المستوى الوطني والقومي، ومثال ذلك الأحزاب السياسية، ومنها أغراض نقابية كالدفاء عن مصالح أعضائها، ومنها أغراض ثقافية كما في اتحادات الكتاب والمثقفين والجمعيات الثقافية التي تهدف إلى نشر الوعي الثقافي، وفق الاتجاهات أعضاء كل جماعة، ومنها أغراض اجتماعية للإسهام في العمل الاجتماعي لتحقيق التنمية"³.

ب- خصائصه:

يتميز المجتمع المدني بمجموعة خصائص، اتفقت أغلب الدراسات على التي حددها العالم صامويل هانتنغتون، وهي على التوالي :

- التكيف : ويقصد بذلك قدرة المؤسسة على الاستجابة للتأثيرات الداخلية والخارجية ومواجهتها من خلال ترتيبات معينة، كإحداث تغييرات في الأشخاص أو البرامج.. والتكيف أنواع، منه التكيف الزمني ويعني القدرة على الاستمرار ومسايرة التطور الزمني، والتكيف الوظيفي ويقصد به قدرة المؤسسة على إجراء تعديلات في أنشطتها للتكيف مع الظروف المستجدة بما يبعدها على أن تكون مجرد أداة لتحقيق أغراض معينة⁴.
- الاستقلالية : أي أن لا تكون مؤسسات المجتمع المدني خاضعة إلى الدولة أو غيرها من المؤسسات أو الأفراد، وأن تكون مستقلة في تسيير وإدارة شؤونها الداخلية حسب إطارها القانوني.
- التجانس : ويعني عدم وجود صراعات داخل المؤسسة والتي من شأنها أن تؤثر على سير عملها وأنشطتها.
- التنظيم : يقصد به تعدد الهيئات التنظيمية والإدارية والمستويات الرأسية والأفقية داخل مؤسسة المجتمع المدني⁵.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن المجتمع المدني العامل خاصة في مجال حقوق الإنسان، يستوجب بعض الخصائص الخاصة، والتي تتجلى أساساً في اعتمادها على المعلومات الموثوقة والدقيقة والحديثة، التي تعكس واقع حقوق الإنسان في الدولة بشكل موضوعي وغير مبالغ فيه، والتواصل مع الحكومة كأداة أساسية تمكن هذه المؤسسات من الحصول على المعلومات وإحداث التغييرات في سبيل تعزيز حقوق الإنسان، وتبادل الخبرات والشراكة والتعاون مع كل المؤسسات العاملة في نفس المجال، وأيضاً اعتماد وسائل مرنة كالترقيات والمسيرات السلمية للتصدي للانتهاكات في مجال حقوق الإنسان والتواصل مع وسائل الإعلام...

ت- المجتمع المدني المغربي

شهد المجتمع المدني في المغرب تحولات كبرى منذ صدور قانون الحريات العامة في ظهير 15 نونبر 1958 متضمنة الدستور المغربي تنصيباً على حق تأسيس الجمعيات، فتعددت أشكال الجمعيات، إذ عرفت مرحلة التأسيس قبل ومباشرة بعد الاستقلال، قيام منظمات حزبية ونقابية وجمعيات كشفية، وجمعيات للأوراش التطوعية، والتعاونيات والخيريات وكانت مرحلة سياسية بامتياز لعبت فيها الأحزاب دوراً أساسياً وجوهرياً في إطار انشقاق الحركة الوطنية إلى يمين ويسار ولعبت دور المستقطب لكل فعل جمعي فأخضع حينها النشاط الجمعي الشباني والطلائي والتلاميذي والنسائي للنشاط الحزبي، إذ لم يعد ميسراً فقط، بل تم ضمه بشكل مؤسسي في ما سمي بالمنظمات الموازية للأحزاب.

لقد حاول ظهير 1958 وضع الإطار العام للمنظم لمجال اشتغال جمعيات المجتمع المدني، غير أنه من الغرابة أن الظهير نفسه كان يهتم إلى جانب الجمعيات، بمجال الحريات والتجمعات العمومية، بمعنى أن الإطار القانوني لم يخصص المجتمع المدني بعينه، بل وضعه في سياق مكونات أخرى من المجتمع، غير أنه في المقابل، قدم تعريفاً للجمعية، باعتبارها "اتفاق لتحقيق تعاون مستمر بين شخصين أو عدة أشخاص لاستخدام معلوماتهم أو نشاطهم لغاية غير توزيع الأرباح في ما بينهم"⁶.

ثم إن ظهير 15 نونبر 1958 اكتسب طابعاً ليبرالياً، بالنظر إلى سياقه التاريخي الذي اعتمد فيه. فمن أوجه ذلك كون تأسيس الجمعيات كان خاضعاً لمجرد تصريح، وأن حلها في حالة البطالان يتم بناء على قرار قضائي. وهكذا فإن وجود الجمعيات، لا يمكن المنازعة فيه إلا في حالة الإبطال المحكوم به قضائياً، "كلما سعت إلى تحقيق هدف غير مشروع مخالف للقوانين والأخلاق الحميدة أو تهدف إلى المسبب الواحدة الترابية أو بنظام الدولة الملكي أو تدعو إلى كافة أشكال التمييز"⁷.

غير أنه منذ تعديل 1973، أصبح من الواجب توقيفها أو حلها بمرسوم للوزير الأول، لأسباب نفسها، أو لأن نشاطها من شأنه أن يمس بالنظام العام، وهذا الجانب هو الذي في الغالب يتخذ كدرع لمنح جمعية ما، وللمحد من نشاطها⁸. فعلى مستوى حرية تأسيس الجمعيات، فإن الإطار القانوني فسح المجال للسلطات المختصة بالتحكم في التصريح للجمعيات ومنحها الشهادة الإدارية التي تسمح لها في مزاولة مهامها.

¹ - سعد الدين إبراهيم، المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في الوطن العربي، سلسلة دراسات مشروع المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في الوطن العربي، مركز ابن خلدون للدراسات الإنمائية، القاهرة، 1995، ص 5.

² - عبد الله أبو هيف، الحرية والمجتمع المدني والعمولة، مجلة الفكر السياسي، العدد 16، ربيع 2002، ص 29.

³ - عبد الله أبو هيف، نفس المرجع السابق.

⁴ - شلي محمد، المنهجية في التحليل السياسي، القاهرة، 1996، ص 122.

⁵ - أحمد الصبيحي، مستقبل المجتمع المدني في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2000، ص 32-37.

⁶ - الفصل 1 من الظهير الشريف رقم 1.58.376 المتعلق بحق تأسيس الجمعيات.

⁷ - الفصل 3 من الظهير الشريف رقم 1.58.376 المتعلق بحق تأسيس الجمعيات.

⁸ - الفصل 7 من الظهير 1.73.283 المتعلق بالحق في تأسيس الجمعيات.

في سياق مستجدات دستور 2011، أنه منح للمجتمع المدني المكانة المنتظرة. فبعد أن تبين دوره، من خلال الحراك الذي عرفه الشارع المغربي وانخراط جمعيات إلى جانب حركة 20 فبراير، بات من الضروري العمل على تأسيس المجتمع المدني على اعتبار أن إشكالية تفاعل المجتمع المدني مع الهيئات الرسمية والحكومية كانت دائما تندرج في صيرورة المشاركة وإستراتيجيات الإنتاج المشترك للسياسات العمومية.

لقد ضمن الدستور الجديد للمجتمع المدني من الناحية النظرية هذه المكانة، من خلال تخصيص مجموعة من الفصول (12 و14 و15 و16 و169 و170 و171)¹، إلى جانب إحداث وزارة مكلفة بالعلاقة مع البرلمان والمجتمع المدني في أفق ضبط صيرورة السياق العام والإمساك بالإستراتيجيات المستقبلية بشكل يمكن من رصد المؤشرات المرتبطة بمكونات المجتمع المدني، الشيء الذي يخلق مسار جديد في إطار علاقة المجتمع المدني بالدولة، مسار يتطلب من الأخير الاجتهاد ليكون طرفا فعالا في سياق الإنتاج المشترك للقوانين، وفي تقديم اقتراحات تنم عن تطلعات المواطنين بمختلف فئاتهم.

فإذا كان الدستور الجديد ضمن حضور المجتمع المدني، إلى جانب باقي المؤسسات، في إعداد المشاريع وتقديم المقترحات، فإنه في المقابل، من الضروري أن تضطلع الجمعيات بدورها بكثير من الحرية وأيضا المسؤولية. فالجمعيات، وفق منطوق الفصول المتخصصة في ذلك الموجودة في الدستور، تنص على أن الجمعيات تساهم في إطار الديمقراطية التشاركية ليس فقط في إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة وكذا السلطات العمومية، بل إنها تساهم في تفعيلها وتقييمها²، وهذا يلقي على عاتق الجمعيات مسؤولية جسيمة تدفعها إلى الانتقال من منطق "الربع الجمعي" والقطع مع عقلية جعل الجمعية وسيلة "للاغتناء" من الدعم المقدم، إلى فاعل أساسي ومؤثر في وضع السياسات العامة، غير أن هذا يطرح أكثر من تحدي على الجمعيات وعلى العاملين بها.

ثانيا- مساهمة المجتمع المدني المغربي في تعزيز وحماية حقوق الإنسان.

تقوم مؤسسات المجتمع المدني المغربي بدور مهم في حماية حقوق الإنسان، اعتبارا من أن هدف هذه المؤسسات الرئيسي هو حماية وتعزيز قيم حقوق الإنسان. وتتنوع أشكال الآليات التي تستعملها الجمعيات المشتغلة في مجال حقوق الإنسان، حيث تقوم بأعمال الرصد والتوثيق، وأعمال التقصي والتحقيقات، وإعداد التقارير، ورعاية ضحايا الانتهاكات، ومراقبة مدى إعمال الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، والسعي إلى تحقيق حرية الرأي والتعبير...

ويتوفر المغرب على العديد من المنظمات غير الحكومية المدافعة عن حقوق الإنسان والمؤثرة في السياسة الحقوقية، والتي أبانت عن أهميتها من خلال مواقفها وأعمالها المعلنة. وتستند هذه المنظمات عند قيامها بالدفاع عن حقوق الإنسان إلى مجموعة من الاستراتيجيات، بغية التأثير على السلطة الحاكمة وسياساتها الحقوقية، ويتم ذلك من خلال لجوء المواطن إلى مختلف مكونات الحركة بشكاياتهم وتظلماتهم، وتقوم المنظمات إذن بربط الاتصال مع السلطات المعنية لتحسيس المسؤولين في السلطة بمختلف الانتهاكات المرصودة، وغالبا ما ترسل بعض الوزارات المعنية بالأمر أو الهيئات التي استحدثت من أجل السهر على تطبيق القوانين³.

هكذا فإن تعدد المنظمات الحقوقية في المغرب أعطى حركية في مجال حقوق الإنسان، واهتمام كبير في وسط المجتمع بالمجال الحقوقي، الشيء الذي ساهم في التأثير على السياسة الحقوقية للدولة، وسنعالج بعض هذه المنظمات الغير حكومية الحقوقية النشيطة على سبيل المثال لا الحصر والتي اخترناها نظرا لتواجدها على الساحة الحقوقية بشكل قوي، كالجمعية المغربية لحقوق الإنسان، العصبة المغربية للدفاع عن حقوق الإنسان، المنظمة المغربية لحقوق الإنسان⁴.

أ- الجمعية المغربية لحقوق الإنسان

وتأسست "الجمعية المغربية لحقوق الإنسان" في 24 يونيو 1979، وتتبنى المبادئ التالية: كونه حقوق الإنسان، شمولية حقوق الإنسان، جماهيرية العمل الحقوقي، الاستقلالية، الديمقراطية، والتقدمية⁵. وتهدف إلى الدفاع عن حقوق الإنسان، وعلى الخصوص العمل على: التعريف بحقوق الإنسان وإشاعتها والتربية عليها، العمل على تصديق المغرب على كافة المواثيق الدولية لحقوق الإنسان وإدماج مقتضياتها في التشريع المغربي وملاءمته معها وضمان احترامها، الرصد والفضح والتنديد بجميع الخروقات التي تطل حقوق الإنسان والعمل من أجل وضع حد لها، والوقوف بجانب الضحايا تضامنا وموازرة ودعمهم⁶. وتعتمد الجمعية المغربية لحقوق الإنسان على كافة الوسائل المشروعة لتحقيق أهدافها: فتقوم بإصدار التقارير والمذكرات المطلوبة، الصحافة والنشرات، المحاضرات والندوات والمناظرات والجامعات ومختلف الأنشطة التكوينية والإشعاعية، الأنشطة الفنية والثقافية والتخييمية والترفيهية والرياضية الساعية إلى نشر قيم ومعايير حقوق الإنسان، ربط العلاقات والتنسيق وتبادل الخبرات مع سائر المنظمات التي لها نفس الأهداف في الداخل والخارج، التدخل لدى الجهات المسؤولة والمعنية للعمل على حماية وضمان احترام حقوق الإنسان والموازرة وإنصاف الضحايا⁷.

ومن أمثلة عمل الجمعية ما قامت به في مجال التربية والتكوين الحقوقي والذي يعتبر إحدى المجالات التي تزايد فيها عملها. فقد نظمت خلال الفترة الممتدة بين 2010 و2012، سبع جامعات موجهة للطلبة استفاد منها أكثر من 650 طالب وطالبة نصفهم إناث، و 4 جامعات "بروميتيوس" مخصصة لتلامذة المستوى الإعدادي والثانوي وحضرها ما يناهز 820 تلميذ وتلميذة بالمناسبة، وجامعي "ابن رشد" لفائدة 400 من رجال ونساء التعليم بالثانوي نصفهم نساء، وجامعة لفائدة الأساتذة الباحثين وعددهم 98، منهم 40 من الأساتذات، وهو ما يعطينا مجموع 1968 مستفيدا من جامعات للتربية على حقوق الإنسان والتثقيف الحقوقي بمعدل 55 مستفيدا كل شهر

¹ - دستور 29 يوليوز 2011.

² - خليل سعدي، "المجتمع المدني، الديمقراطية التشاركية بالمغرب.. أية علاقة"، مقال منشور بموقع Marocdroit.com، بتاريخ 20 أكتوبر 2015.

³ - الحافظ النوبي، "السياسة الحقوقية بالمغرب"، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون العام تخصص العلوم السياسية، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق-سلا، 2012-2013، ص 34.

⁴ - هناك منظمات غير حكومية وطنية أخرى، نجد: - المنتدى المغربي للحقيقة والإنصاف، -الهيئة المغربية لحقوق الإنسان، -جمعية هيئات المحامين بالمغرب، -لجنة الدفاع عن حقوق الإنسان، -المركز المغربي لحقوق الإنسان، -جمعية عدالة، -منتدى الكرامة، -مركز حقوق الإنسان، -الرابطة المغربية لحقوق الإنسان، -جمعية أقارب وأصدقاء مجهولي المصير بالمغرب، -ضحايا الغازات السامة بالريف، -ترانسبارنسي المغرب، -المركز الوطني للسجون، -الجمعية الديمقراطية لحقوق النساء، الجمعية المغربية لحقوق النساء، -الجمعية المغربية لحماية الأسرة، -الجمعية المغربية لمساعدة الطفل والأسرة...

⁵ - وثائق مرجعية، منشورات الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، أكتوبر 2011، ص 15.

⁶ - المرجع السابق، ص 16.

⁷ - نفس المرجع السابق.

خلال ثلاث سنوات متتالية. وتمتد مدة كل تكوين ما بين 3 أيام بالنسبة للتلاميذ والأساتذة و 6 أيام للطلبة، وبفضل هذا العمل تعززت شبكة أندية حقوق الإنسان في المؤسسات التعليمية، ونظمت فروع الجمعية 18 ملتقى للنادي الحقوقية يعملون في 150 مؤسسة تعليمية، وشارك فيها 1719 مشارك منهم 856 من الإناث، و 90 % من المشاركين/ت تلاميذ و 10 % من هيئة التدريس¹. وفي مجال العمل التفاعلي: وضعت الجمعية مذكرة للحكومة قبل وضعها لبرنامجها الحكومي وأصدرت وثيقة ب 30 ملاحظة حول تصريحها، وتصدر كل سنة عدة مذكرات، بمناسبة 8 مارس حول حقوق المرأة، وفي بداية ماي حول الحقوق الشغيلة، وفي نوفمبر حول حقوق الطفل وغيرها من المذكرات².

وعليه، فإن الجمعية تعتبر أن المغرب لا يعيش نفس انتهاكات الماضي و لكنها تلزمه أن يلتزم بالاتفاقيات التي صادق عليها، هكذا فإن الانتقادات والتوصيات التي توجهها التقارير الدولية للدولة، ما يؤثر على الأخيرة من خلال دفعها للقيام بإصلاحات وتغييرات، وتحسين وضعية حقوق الإنسان، ورغم التقدم الذي شهده المغرب في مجال حقوق الإنسان الذي بدأ في التسعينات فإنه لم يستمر، بل "يعرف منعرجات غير ممتنجة من لدن الدولة"³.

ب- العصبة المغربية للدفاع عن حقوق الإنسان.

في منتصف الستينات، اشتدت حملات القمع والاضطهاد ضد المناضلين، والوطنيين المغاربة تجلت على الخصوص في الاختطافات والاعتقالات والمحاكمات الصورية والرقابة على الصحافة الوطنية، ومصادرتها وتهميش القوى الديمقراطية ومضايقة نشاطاتها وتركيز دعائم الحكم الفردي المطلق ما جعل ضرورة إيجاد إطار قانوني يتولى التوعية بحقوق الإنسان ويقوم بالدفاع عن هذه الحقوق بجميع الوسائل المشروعة⁴.

ولذلك عزم مجموعة من المناضلين ذوي تجارب سياسية ونقابية وجمعية على سد الفراغ الذي كان موجودا آنذاك في المجال الحقوقي، وبالتالي تكوين جمعية وطنية مختصة تتولى حمل رسائل النضال من أجل إقرار حقوق الإنسان وحمايتها، فاجتمع عدد من الحقوقيين والمثقفين والصحافيين والنقابيين والطلبة والشباب وأسسوا بتاريخ 11 ماي 1972 العصبة المغربية للدفاع عن حقوق الإنسان⁵.

و تسعى العصبة المغربية للدفاع عن حقوق الإنسان لتحقيق الأهداف التالية: الدفاع عن حقوق الإنسان السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحريات والعمل على إقرارها واحترامها داخل المغرب وخارجه، و نشر وتعميق مفاهيم وثقافة حقوق الإنسان كما جاءت في مرجعياتها الأساسية في جميع أصولها ومصادرها كما نص عليها الإسلام وأكدها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواثيق والمعاهدات الدولية، ثم تأييد حق الشعوب في تحريرها من الاستعمار بكل إشكاله وفي وحدة أراضيها ونيل حقوقها الأساسية ومساندة حركات التحرير الوطنية ومحاربة كل أنواع التمييز العنصري والتفرقة، و أخيرا التعاون مع المنظمات والمؤسسات والنقابات والاتحادات الدولية والإقليمية والوطنية ذات الأهداف المشتركة وتنسيق العمل معها. وتستعمل كل الوسائل المشروعة والممكنة لتحقيق أهدافها⁶.

ومنذ تأسيس العصبة وهي تعمل على واجهتين أساسيتين، تتجلى أولهما في التحسيس والتوعية في مجال حقوق الإنسان، عن طريق ندوات ومحاضرات وتجمعات فكرية وحلقات نقاشية، وإصدار دوريات ومجلات منها مثلا المجلة المغربية لحقوق الإنسان وجريدة العصبة. وتتجلى الواجهة الثانية في النضال على أرض الواقع من خلال الاحتجاج السلمي للتصدي للانتهاكات والخروقات التي تهم حقوق الإنسان، والقيام بالاتصال بالجهات المسؤولة ورفع مذكرات للدوائر الحكومية في شأن الانتهاكات، وإصدار البيانات والتقارير، كما تتمثل في الدعم الفعلي لمعتقلي الرأي أمام المحاكم والدفاع عن الحقوق التي ينبغي أن يتمتع بها سائر المعتقلين داخل السجون ولم ينحصر نضال العصبة عبر تاريخها على مستوى المغرب وإنما ساندت قضايا الحرية والكرامة الإنسانية في شتى مناطق العالم⁷.

ت- المنظمة المغربية لحقوق الإنسان.

جاء تأسيس المنظمة المغربية لحقوق الإنسان بعد مخاض عسير حاولت فيه السلطة في البداية عرقلة انعقاد مؤتمرها التأسيسي، وقد تأسست رسميا في 10 دجنبر 1988، غير أن ما يميز إنشاء المنظمة هو انفتاحها على كافة الفعاليات الديمقراطية الوطنية وتبنيها التعددية السياسية والفكرية داخل أجهزتها التنظيمية بحيث أن تركيبة أعضائها تشمل اتجاهات مختلفة، اتجاه يمثل الأحزاب السياسية واتجاه مستقل عن كل تيار سياسي أو مذهبي⁸.

كما استطاعت المنظمة من استقطاب اهتمام الرأي العام الوطني والدوائر السياسية والأوساط الدولية، لدرجة أنها اكتسبت في الساحة السياسية الوطنية مكانة مرموقة و بارزة وبفضل بلاغاتها وتصريحاتها المستمرة التي اتخذتها المنظمة إزاء قضايا الحقوق الفردية والجماعية، التي استطاعت من خلالها أن تلعب دورا رئيسيا في تحسيس السلطات العامة بالخروقات وانتهاكات حقوق الإنسان.

وتهدف المنظمة ل:نشر و تعميق الوعي بحقوق الإنسان الفردية والجماعية في الميادين الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والمدنية والسياسية، والسعي من أجل تعزيز السلطة القضائية واستقلالها، ثم السعي من أجل تطوير التشريع المغربي والعمل على إلغاء المقتضيات التشريعية والتنظيمية الماسة بالحريات الفردية والجماعية والنصوص المتنافية مع التشريعات الدولية في مجال حقوق الإنسان، وتوفير ضمانات فعالة لإعمال هذه الحقوق والحريات، وأخيرا تعزيز روابط التضامن الوطني والعربي والإفريقي والدولي في مجال حقوق الإنسان⁹.

وللمنظمة المغربية لحقوق الإنسان مقاربة لحل وتسوية ملفات ماضي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وقد أكدت عليها في مؤتمراتها السابقة ومواقفها الرسمية، حيث دعت الدولة إلى تغيير التعامل مع ملفات الماضي، و طالبت أساسا برد الاعتبار للضحايا بالاعتذار الرسمي من طرف الدولة والتعويض عن الضرر المعنوي والجسماني واسترداد حقوقهم، كنسوية عادلة لتلك الملفات¹⁰.

ثالثا- المعوقات التي تحول دون قيام المجتمع المدني بأدواره.

وتصنف هذه المعوقات إلى معوقات قانونية ومالية أساسا، والتي تحول دون قيام المجتمع المدني المغربي بدوره في مجال حقوق الإنسان.

¹- كلمة المكتب المركزي في الجلسة الافتتاحية للمؤتمر الوطني العاشر للجمعية المغربية لحقوق الإنسان.

²- نفس المرجع السابق.

³- لقاء مع الأنسة قدس الفناتسة، عضو في المكتب المركزي للجمعية المغربية لحقوق الإنسان، يوم 8 يونيو 2015 على الساعة 16، بمقر الجمعية.

⁴- أنظر الموقع الرسمي للعصبة المغربية للدفاع عن حقوق الإنسان <http://www.lmddh.com>

⁵- أنظر الموقع الرسمي للعصبة المغربية للدفاع عن حقوق الإنسان <http://www.lmddh.com>

⁶- نفس المرجع السابق.

⁷- نفس المرجع السابق.

⁸- أنظر الموقع الرسمي للمنظمة <http://www.omdh.org>

⁹- نفس المرجع السابق.

¹⁰- أركيبي أحمد فال، "نخبة حركة حقوق الإنسان بالمغرب"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا بالقانون العام، جامعة محمد الخامس أكادال، 2006-2007، ص 91-92.

أ- معيقات قانونية

يعتبر عدد من الباحثين أنه لحد الساعة لا يتوفر إطار قانوني ملائم لقيام المجتمع المدني بدوره الحقيقي، حيث أن كل القوانين المغربية المتعلقة بالجمعيات والمجتمع المدني، "الظهير الشريف المتعلق بحق تأسيس الجمعيات، القانون رقم 07.09 المعدل للفصل 5 من الظهير المتعلق بحق تأسيس الجمعيات، القانون المتعلق بطلب الترخيص بالتماس الإحسان العمومي، القانون المتعلق باليانصيب الوطني وأنواع اليانصيب المرخص فيها، المرسوم المتعلق بمنح صفة المنفعة العامة، المرسوم المتعلق بالتماس الإحسان العمومي، المنشور المتعلق بشروط و مسطرة منح صفة المنفعة العامة، منشور رقم 2/2005 المتعلق بشروط و مسطرة الترخيص بالتماس الإحسان العمومي، منشور رقم 1/2010 المتعلق بعمليات التماس الإحسان العمومي دون الحصول المسبق على ترخيص من الأمانة العامة للحكومة"¹، لم تتم ملائمتهم للمعايير الدولية المتعلقة بهذا الشأن ولا حتى لدستور 2011، الذي أعطى للمجتمع المدني مكانة جد مهمة ومتقدمة مقارنة مع النصوص الدستورية السابقة². وبشكل عام عندما نعالج مسألة المجتمع المدني انطلاقاً من الفكر القانوني وموقعه في إطار المجتمع في كليته، فإنه سرعان ما يتم اكتشاف تلك العوائق التي تعرقل بروز المجتمع المدني، والمتمثلة في عدة مؤشرات منها: أن الدولة في المجتمع المغربي لديها شبكة واسعة من القوانين، تجعلها مسؤولة عن نشاط الفرد في مجالات العمل والمشاركة السياسية والترفيه، ومؤسسات الرعاية الاجتماعية، والاتحادات المهنية والجمعيات بجميع أنواعها، وتكاد الدولة لا تترك للفرد مجالاً من مجالات نشاطاته، إلا تدخلت فيه تحت شعارات مختلفة أولاً، وثانياً أن النظام العربي الرسمي ومن بينه النظام السياسي للدول المغاربية لم يصل بعد إلى مفهوم الدولة القانونية المعاصرة، وإلى الفلسفة الديمقراطية كأسلوب لسلطة الحكم في قيادة الدولة والمجتمع، وثالثاً: يشكل ضعف المؤسسات القضائية أحسن تعبير عن وضعية المجتمع المدني في الأقطار العربية ومنها الدولة المغربية³.

ب- العوائق المالية

وتتمثل هذه العوائق أساساً في الحصول على تمويل للمشاريع، حيث يصعب على عدد من الجمعيات العاملة خاصة في مجال حقوق الإنسان الحصول على دعم مالي لتنفيذ مشاريعها على أرض الواقع، وذلك راجع للصعوبات التي تطرحها الدولة، والتي تفرض على عدد من الجمعيات العاملة في مجال حقوق الإنسان، الالتجاء إلى الدولة من أجل الحصول على الدعم، والذي بطبيعة الحال سيكون مشروطاً وموافقاً لتوجهات البلاد في هذا الشأن. إضافة إلى أن المجتمع المدني في الدول النامية وفي المغرب خاصة يتأثر بالتغيرات والأزمات الاقتصادية العالمية، حيث تناقص التمويل الموجه إلى قطاع منظمات المجتمع المدني بشكل كبير نتيجة للأزمة الاقتصادية والمالية العالمية سنة 2012⁴. وتبقى تبقى المبادرة الوطنية للتنمية البشرية هي الممول الرئيسي للجمعيات المحلية، إلا أن الوصول لتمويلها غير متاح بالتساوي لكل الجمعيات، على الرغم من قدرة الجميع على المشاركة في المشاريع المطروحة، ومن توفر المعلومات المتعلقة بفرص التمويل لصالح الجمعيات. كما تفتقر آليات التمويل، وخاصة المحلية منها، إلى الشفافية في تخصيص الأموال وإدارتها والمحاسبة عليها⁵. ولا تمتلك معظم الجمعيات أنظمة إدارة مالية مناسبة ومتوازنة لها، نظراً لنقص المهارات والموارد المالية، مما يضطرها إلى تبني الأنظمة المالية المطلوبة من جانب الممولين بدلاً من إنشاء أنظمة خاصة⁶.

خاتمة:

يعد المجتمع المدني أحد أهم ركائز بناء الديمقراطية، وتنمية المجالات، وحماية وتعزيز ثقافة حقوق الإنسان، إن لم يكن أهم الفعاليات على الإطلاق، مقولة طاماردت ضمن الخطابات العالمية واقتنعت بها قطاعات واسعة من المجتمعات العربية ومن بينها المجتمع المغربي، وفي ضوء هذه المقولة سعت هذه الورقة البحثية إلى محاولة الوقوف على المجتمع المدني في المغرب ودوره في أحد أهم جوانب الديمقراطية ألا وهي حماية وتعزيز حقوق الإنسان، لاسيما وأن هذه الدولة قد عرفت نمواً هائلاً في مؤسسات المجتمع المدني. ومن أجل بلوغ هذا الهدف العلمي انطلقت الورقة البحثية من تحديد إطار نظري ومفاهيمي للمجتمع المدني، ثم محاولة فهم واقع المجتمع المدني المغربي، والتطرق لأهم التجارب على مستوى الجمعيات العاملة في مجال حقوق الإنسان بالمغرب، على سبيل المثال لا الحصر، ثم ملامسة ولو بشكل عام أهم المعوقات التي تحول دون قيام هذا المجتمع المدني بدوره الحقيقي.

¹ - الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للحكومة المغربية <http://www.sgg.gov.ma/arabe/Associations.aspx>.

² - يتعلق الأمر بدساتير 1962، 1970، 1972، والمراجعتين الدستوريتين 1992، و1996.

³ - عبد الله ساعف، المجتمع المدني في الفكر الحقوقي العربي، بحوث الندوة الفكرية التي نظمتها مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 1992، ص 242.

⁴ - تقرير استدامة منظمات المجتمع المدني لعام 2012 لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية، ص 39.

⁵ - تقرير استدامة منظمات المجتمع المدني، مرجع سابق، ص 39.

⁶ - نفس المرجع السابق، ص 40.

الاعلام عند الانخفاض في رأس مال شركة المساهمة

العبدلوي فاطمة

باحثة في مجال قانون الأعمال

حاصلة على الدكتوراه في القانون الخاص.

مقدمة.

لقد تأثر نظام الشركات بالتطورات الاقتصادية والتجارية، التي اكتسحت العصر الحديث وما واكبها من اتساع المجالات الصناعية والتجارية. حيث أصبحت الصفقات تتم بين الدول والقارات في أسرع وقت، وكان من نتائج هذه التطورات، الانتقال تدريجيا من نظام شركات الأشخاص التي تقوم على الثقة وبذل الجهد المشترك، إلى نظام شركات الأموال، التي تقوم على المضاربة وتسعير الأسهم في البورصة. وبالتالي أصبحت أهم أداة للسيطرة على الاقتصاد الوطني وتركيز القطاع أو الرأسمالي، التي تهدف إلى الاغتناء وجمع الثروات والأرباح عن طريق استغلال الرأسمال والمضاربة في سوق البورصة.

رغم نص المشرع المغربي على ترسانة قانونية تنظم هذه الشركات وخصوصا الجانب المتعلق بالإعلام من خلال ظهور 1922 الملغى، أسوة بنظيره الفرنسي وكذا الأمريكي، حيث قام المشرع المغربي بإفراد إعلام خاص للشركات التي تدعو الجمهور للاكتتاب الذي ينتج عنه قيام المدخرين بدورهم الرقابي بفعالية عالية نتيجة لثراء المعلومات التي تفصح عنها الشركة.¹

إلا أننا بالرجوع إلى هذا الظاهر، نجد أنه كان ناقصا في تنظيمه لهذا النوع من الشركات حيث في مجال الإعلام لم ينظم سوى الإعلام في مرحلة تأسيس الشركة. ولتفادي هذا النقص قام المشرع المغربي بإصدار ظهير 24 يوليو 1970 المتعلق بإعلام المساهمين والعموم. لكن رغم ذلك ظل ناقصا لعدم توضيحه للنصوص التي تم تحيينها، مما خلق عزلة وقطعية مع ظهير 1922.²

وبعدما عرف المغرب إلى جانب باقي الدول في العصر الحالي تطورا هاما في هذا المجال، قام المشرع بتحسين العديد من تشريعاته التي لها علاقة وطيدة مع الشركات المسعرة ومن أهمها ما يتعلق بالسوق المالي، حيث قام بإصدار ثلاثة ظواهر بتاريخ 21 شتنبر 1993 تتعلق بكل من بورصة القيم،³ مجلس القيم المنقولة،⁴ والهيئات المكلفة بالتوظيف الجماعي⁵ للقيم المنقولة. بالإضافة إلى إصدار قانون ش.م 95/17، الذي وضع معايير محددة لتعريف شركة المساهمة التي تدعو الجمهور للاكتتاب، وقدم إطارا قانونيا لإعلام متميز للمساهمين والجمهور.⁶

ولاشك أن تأسيس شركة المساهمة عن طريق الاكتتاب نادر العمل به حتى في الدول الرأسمالية الكبرى، وكذا الأمر بالنسبة للمغرب. فهي غالبا ما تأتي إما عقب طرح شركة المساهمة لقائمة أو جزء من أسهمها على الجمهور عند دخولها إلى البورصة، أو تتم في إطار برنامج الخصخصة بالنسبة لبعض المؤسسات العامة أو الشركات ذات الصبغة العمومية، التي تختار تفويت جزءا من أسهمها في شكل أسهم تطرح للاكتتاب طبقا للمادة 9،⁷ أو بمناسبة الزيادة في رأسمالها.

كما أن تأسيس شركة المساهمة سواء كانت تدعو الجمهور للاكتتاب أو لا تدعو إلى ذلك، تقوم على سائر الأركان العامة والخاصة والشكلية التي تخضع لها كل الشركات إلى جانب القيم والإجراءات الخاصة بتأسيس شركة المساهمة، هي نفس الإجراءات تسري عليها وبجذافيرها على الشركات المسعرة، مع فروق هامة لكنها قليلة تتجسد أهمها في تحرير بيان المعلومات، وفي رقابة مجلس القيم المنقولة وتأشير هذا المجلس على بيان المعلومات قبل نشره وتوزيعه لحماية للاذخار للمكتتبين وللشركة وقيمها، إلى جانب اختلافات أخرى. في حين نجد أن المشرع المغربي خفف كثيرا من إجراءات تأسيس شركات المساهمة التي تدعو الجمهور للاكتتاب لدرجة أصبحت قريبة جدا من تأسيس شركة المساهمة التي لا تدعو إلى ذلك، ما عدا الاستثناءات التي أشرنا إليها والتي تتجسد خاصة في مبدأ الإعلام لضمان المصادقية والشفافية.⁸

ولما كان تأسيس شركة المساهمة يعتمد على دعوة الجمهور للاكتتاب في رأسمالها، كان من الضروري لحماية الاذخار العام تمكين المكتتبين المحتملين من المعلومات الكافية عن مشروع الشركة، ليكون باستطاعتهم أن يعبروا عن رضاهم بالاكتتاب فيها عن بينة واختيار.

ووعيا من المشرع المغربي بأهمية هذه الشركات، فقد أولى مساهمي هذه الشركات بعناية خاصة وخصهم بإعلام أكثر تميزا، من خلال الظهير بمثابة قانون رقم 1/93/212 المتعلق بمجلس القيم المنقولة ودورية يناير 2012⁹ التي دخلت حيز التنفيذ في فاتح أبريل 2012. وفي نفس السياق نصت المادة 156 من ق.ش.م على إخضاع

¹ Louis Daniel Muka Tshibende: l'information des actionnaires source d'un contre – pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA, presses universitaires D'AIX - MARSEILLE 2009p:264.

² عبد الوهاب المبرني: "سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس اكدال الرباط، السنة الجامعية 1997/1996، ص: 426.

³ شركة البورصة: وهي شركة مساهمة ذات طبيعة خاصة، وتتمثل مهمتها في تنفيذ أوامر العملاء بتداول السندات المسعرة، كما تجتمع في إطار الجمعية المهنية لشركات البورصة، وعلاوة على هذا تقوم بحفظ السندات، وتسيير محافظها، وتقديم الإشارة للزبناء، كما يمكن أن تجري العمليات لحسابها الخاص.

⁴ مجلس القيم المنقولة: وهو مؤسسة عمومية، تسهر على حماية الاذخار العام، ومراقبة المعلومات الواجب توفرها بالسوق، وبشكل عام يقوم بضبط حسن سير العمليات، وضمان السلامة الضرورية، لهذا يلقب بدركي البورصة.

⁵ الهيئات المكلفة بالتوظيف الجماعي: ثم إنشائها بهدف تنمية السوق، حيث تقدم إمكانيات واسعة للتوظيف للمدخرين الذين لا يملكون الكفاءة والتجربة اللازمين، وكذا الوقت الكافي لتسيير استثماراتهم، وتكون إما في شكل شركة مساهمة تدعى شركات ذات رأسمال متغير، أو صناديق التوظيف المشترك التي لا تتمتع بالشخصية القانونية.

⁶ سميير أوخليفة: تداول الحقوق المرتبطة بالقيم المنقولة داخل البورصة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق، أكادال، سنة 2001/2002، ص: 4.

⁷ أحمد أيت الطالب: التنظيم القانوني للسوق المالي بالمغرب البنات والفاعلون، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2006، ص: 143.

⁸ نصت المادة 9 من ق.ش.م. على أنه: "تعتبر شركة المساهمة التي تدعو الجمهور للاكتتاب في أسهمها أو سندات كل شركة مساهمة تطلب إدراج قيمها المنقولة في بورصة القيم أو في أي سوق منظمة أخرى، تصدر أو تفويت القيم المذكورة وفق الشروط المقررة في المادة 12 من قانون القيم المنقولة".

⁹ أحمد شكري السباغي: الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الثالث دار المعرفة الرباط، 2004، ص: 147 و 148.

⁹ صادرة عن مجلس القيم المنقولة يحدد من خلالها قواعد الممارسة المهنية والقواعد المتعلقة بالأخلاقيات والإجراءات التقنية أو العملية لتطبيق القوانين والأنظمة.

الشركات التي تدعو الجمهور للاكتتاب إلى أحكام المواد من 140 إلى 152 من نفس القانون، كما أبحاث المواد 153 و 145 من ق.ش.م على المواد 16 و 17 و 18 من القانون المنظم لمجلس القيم المنقولة.¹

ولأهمية هذه الشركات سوف نتطرق إلى مفهوم دعوة الجمهور للاكتتاب "المبحث الأول" ثم إلى تحرير المعلومات التي تساعد المكتبتين في معرفة خبايا الشركة والأسس التي تقوم عليها "المبحث الثاني".

المبحث الأول: مفهوم دعوة الجمهور للاكتتاب.

لم يقوم المشرع المغربي، من خلال القانون المتعلق ببورصة القيم أو شركة المساهمة بتحديد مفهوم واضح ودقيق لمفهوم دعوة الجمهور للاكتتاب العام، وإنما اقتصر إلى الإشارة فقط لحالات دعوة الشخص المعنوي الجمهور للالتزام في أسهمه وسنداته،² والتي نص عليها المشرع في المادة 12 من قانون 21 شتنبر 1993 المتعلق بمجلس القيم المنقولة والمتمثلة في:

"- إدراج قيم منقولة في بورصة القيم أو في أي سوق منظمة أخرى بالمغرب.

- إصدار أو تفويت قيم منقولة إلى الجمهور مع اللجوء بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى السعي أو الإشهار أو بواسطة شركات البورصة أو بنوك أو مؤسسات أخرى ينحصر غرضها في توظيف الأموال أو التسيير أو الإرشاد في المجال المالي وتحدد الإدارة قائمتها بقرار الوزير المكلف بالمالية باقتراح من مجلس القيم المنقولة".

وسوف نعالج من خلال هذا المبحث، حالة التقييد في بورصة القيم "المطلب الأول" ثم حالة اللجوء إلى المؤسسات المالية الأخرى، وكذا استعمال وسائل الدعاية لتوظيف القيم المنقولة "المطلب الثاني".

المطلب الأول: التقييد في البورصة أو في السوق المالي.

يدخل اتخاذ قرار القيد في جدول التسعيرة بالبورصة ضمن القرارات الإستراتيجية للشركة التي ترغب خوض غمار التحديث والشفافية، ويتم البث فيه داخل الجمعية العمومية العادية، بناء على اقتراح مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية الذي يرغب في تقديم طلب بذلك إلى الشركة المسيرة للبورصة، والتي تقوم بالبث في الطلب بالقيود أو التشطيط، باستثناء الشركات التي يوجد مقرها خارج المغرب والتي تحتاج إلى موافقة سابقة من الوزير المكلف بالمالية.³

وهكذا فالحاجة الملحة لانسجام مقتضيات القانونية المتعلقة بالقيود بالبورصة وواقع المفاوضة المغربية، قد دعت إلى اعتماد أنظمة متعددة ومرنة للقيد في جدول التسعيرة وكذا إعادة النظر في شرط الثلاث سنوات من الوجود الفعلي التي كانت تنص عليه المادة 14 قبل التعديل، مما جعل المشرع المغربي يتدخل بسرعة للحد من القيود المشددة المحددة من قبل نفس المادة، من هذه القيود ما يرتبط بحجم رأسمال الشركة المصدرة للقيم المنقولة والسندات ومستوى الانفتاح على الجمهور، بالإضافة إلى ما يطبع الاقتصاد الوطني من هيمنة للشركة الصغرى والمتوسطة، ما كان يجعل فرصة التقييد في البورصة صعبة المنال للغالبية الكبرى من الشركات المغربية.

وسوف نتطرق إلى أقسام التقييد في البورصة التي نصت عليها المادة 14 من الظهير المعتبر بمثابة قانون المتعلق ببورصة القيم كما تم تعديلها بواسطة القانون رقم 34/69، وذلك لتوضيح الشروط الخاصة بكل قسم.

الفقرة الأولى: القيد في القسم الأول.

نصت المادة السابقة 14 على أنه "لا يمكن أن تقييد في القسم الأول إلا سندات رأس المال القابلة للتداول الصادرة عن شخص معنوي"، وما يتضح من نص المادة أنها نصت على شروط،⁴ منها ما يتعلق بالهيئة المصدرة ومنها ما يتعلق بالقيم المنقولة.

فبالنسبة للشركة المصدرة، ينبغي من جهة أن تصدر القيم المنقولة عن أشخاص معنوية تكتسي شكل شركات مساهمة أو التوصية بالأسهم وتتوفر على رأسمال مدفوعا بكامله لا يقل عن 15 مليون درهم، وإذا تعلق الأمر بسندات دين يجب أن يتوفر على ما يقل عن 20 مليون درهم، إضافة إلى توزيع نسبة معينة من الأسهم على الجمهور والتي يحددها المشرع المغربي فيما لا يقل عن 20%، ومن جهة أخرى، ينبغي إعداد حساب السنوات الثلاث الأخيرة والإدلاء بشهادة تثبت صحتها يسلمها مراقب الحسابات، علاوة على التزام الشركة الطالبة للقيد بالإفصاح عن المعلومات الواجب على الجمهور والمساهمين الإطلاع عليها.⁵

وفي حين نجد القانون الفرنسي⁶ لم يحدد قيمة دنيا للرأسمال أو رقم المعاملات، ولكن اشترط كون الشركة الصادرة في وضعية مالية حسنة تحقق أرباح تشير إلى مستوى تطورها، كما رفع من درجة انفتاح الشركة على الجمهور بنسبة 25%.

¹ جاء في المادة 12.4 من ق. 21 شتنبر 1993 المنظم لمجلس القيم المنقولة المعدل والمتمم بواسطة قوانين 23/01 و 05/36 و 06/44 على أنه: "يخضع كل شخص يدعوا الجمهور إلى لاكتتاب في أسهمه وسنداته والتزامات الإخبار دون الإخلال بالالتزامات الأخرى المتعلقة بالأخبار الواردة في نصوص تشريعية أو تنظيمية خاصة مطبقة عليه، ويجب أن تكون المعلومات المقدمة إلى الجمهور من لدن الأشخاص الذين يدعون الجمهور إلى الاكتتاب صحيحة ودقيقة وصادقة".

² أحمد آيت الطالب: م. س. ص: 140.

³ المادة 110 و 15 من الظهير المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.211 المتعلق ببورصة القيم.

⁴ نصت المادة 14 على الشروط الخاصة بالهيئة المصدرة وبالقيم المنقولة وهي:

أن يكون رأس المال مدفوعا بكامله.

أن يعرض على الجمهور سندات رأس المال لا يقل مبلغها عن 75 مليون درهم. ويمكن أن يغير المبلغ الأدنى المذكور بقرار للوزير المكلف بالمالية باقتراح من الشركة المسيرة بعد استطلاع رأي مجلس القيم المنقولة.

أن يعرض على الجمهور عددا من سندات رأس المال لا يقل عن 25 مليون درهم، ويمكن أن يغير العدد الأدنى المذكور بقرار للوزير المكلف بالمالية باقتراح من الشركة المسيرة بعد استطلاع رأي مجلس القيم المنقولة.

أن تكون له رؤوس أموال خاصة لا يقل مبلغها عن 50 مليون درهم، ويمكن أن يغير المبلغ الأدنى المذكور بقرار للوزير المكلف بالمالية باقتراح من الشركة المسيرة بعد استطلاع رأي مجلس القيم المنقولة.

أن يكون قد أعد القوائم التركيبية للثلاث السنوات المالية السابقة لطلب القيد في جدول الأسعار وحصل على شهادة بصحتها.

ويجب بالإضافة إلى ذلك على الأشخاص المعنويين المتوفرين على شركات تابعة كما هي معرفة في المادة 143 من القانون رقم 117.95 المتعلق بشركات المساهمة أن يقدموا حسابات سنوية مجمعة وفقا للتشريع الجاري به العمل أو إن تعذر ذلك وفق المعايير الدولية المعمول بها.

⁵ شكري الملواني: إعلام المساهمين في شركة المساهمة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون والمفاوضة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل مكناس، السنة الجامعية 2011/2012، ص: 144 و 145.

⁶ النظام العام لمجلس بورصات القيم الفرنسية الصادر بتاريخ 22 يناير 1988.

أما الشروط الخاصة بالقيم المنقولة فقد اكتفت المادة 14، بالإشارة إلى أسهم رأس المال واستثنت حصص التأسيس والانتفاع (كما استثنت سندات الدين القابلة للتداول)، أخذاً بالانتقادات التي وجهت لهذه الحصص على اعتبار أنها تشكل خرقاً لمبدأ المساواة بين الشركاء وتخول مزايًا لغير الشركاء دون المساهمة في رأسمال الشركة.¹

وبهذا تكون المادة 14 أضافت تميزاً للبورصة التي تعد بمثابة سوق ثانية لا تتداول فيها إلا السندات المدفوعة مبالغها بكاملها مقارنة مع سوق الإصدار،² التي تشكل السوق الأولى لتداول السندات المالية.³

الفقرة الثانية: القيد في القسمين الثاني والثالث.

تم إحداث القسم الثاني⁴ والثالث⁵ من جدول الأسعار بالبورصة من أجل تشجيع الانخراط في عالم البورصة بعدما كان جدول أسعار البورصة يتكون من جدول واحد في ظل القانون رقم 1/93/211 حيث كان بعيداً عن تلبية حاجيات المقاولات المغربية.⁶ وقد تم إحداث هذين القسمين بواسطة التعديل الأخير استجابة لتطلعات المقاولات المتوسطة الحجم للاستفادة من مزاي التقييد بالبورصة وتجنب تشدد إجراءات القسم الأول.⁷

ولا تختلف الشروط العامة للقيد في هذين القسمين مقارنة مع القسم الأول إلا من حيث حجم الشركة المصدرة للقيم المنقولة والسندات، حيث يشترط أن يعرض على الجمهور سندات رأسمال لا يقل مبلغاً عن 25 مليون درهم بالنسبة للقسم الأول و10 مليون درهم بالنسبة للقسم الثاني.⁸ إضافة إلى تحديد عدد سندات رأسمال الأدنى في 10000 بالنسبة للأول و30000 بالنسبة للثاني. وتختلف شروط القيد كذلك من حيث الوجود الفعلي للشركة، إذ أن القسم الأول يشترط ثلاث سنوات بينما القسم الثاني سنتين والقسم الثالث سنة واحدة، وبالرجوع إلى الشروط الخاصة بالشكل القانوني للشركة المصدرة ووضعيتها المحاسبية، والتزامها بنشر المعلومات التي يحق للجمهور الاطلاع عليها، فإنها تعتبر من أعمدة السوق المالي ولم يلحقها أي تعديل لكونها تشكل صيانة للإخطار العام ولارتباطها بحسن عمل السوق المالي.⁹ وتجدر الإشارة، إلى أن هدف المشرع المغربي من إنشاء القسم الثاني يكمن في جعله محطة للعبور على القسم الأول، أخذاً عن نظيره الفرنسي الذي يعمل بنظام السوق الثاني الذي يقابل القسم الثاني بالمغرب، بحيث تقوم الهيئة المكلفة بعد مضي ثلاث سنوات على القيد للتشطيب على الشركة المقيدة أو الاحتفاظ بها وقيدتها في السوق الرسمية الأولى إذا كانت تتوفر على شروط محددة.¹⁰

المطلب الثاني: الاستعانة بالوسطاء الماليين أو وسائل السعي والإشهار.

تعتبر الاستعانة بالوسائل المالية المباشرة أو غير مباشرة، من حالات دعوة الجمهور للاكتتاب التي نصت عليها المادة 12 من قانون 1993 المتعلق بمجلس القيم المنقولة، إذ تقوم معاملات البورصة بالأساس على تداول القيم المنقولة وذلك بشراؤها وبيعها عن طريق الوسطاء. فالوسيط يقوم بتنفيذ إجراء العملية وفق الشروط المحددة في نظام بورصة القيم، فوسطاء البورصة هم وسطاء رسميون يتمتعون وحدهم بحق إجراء العمليات المتعلقة بالصكوك والأوراق المالية داخل البورصة. وتعتبر استعانة الشركات المصدرة بمؤسسات مالية متخصصة من أجل التقييد في البورصة كشركات البورصة ضد المالية المباشرة.¹¹

أما الوساطة المالية غير المباشرة فتتعلق بالمؤسسات المالية أو البنكية حيث نصت المادة 28 من القانون البنكي لسنة 2006¹² على أنه "لا يجوز أن تؤسس مؤسسات الائتمان الموجودة مقرها الاجتماعي بالمغرب إلا في شركة مساهمة ذات رأس مال ثابت باستثناء المؤسسات التي حدد لها القانون نظاماً خاصاً". وتعتبر البنوك مجموعة من الهيئات والمؤسسات التي خولها المشرع صلاحية تلقي الأوامر وتحويلها إلى شركات البورصة.

تتعاهد الشركات المصدرة مع هذه المؤسسات للقيام بالأبحاث والدراسات المالية للسوق وإعداد ملف الانخراط وإنجاز الشكليات الإدارية والقيام بإجراءات الشهر والإعلام القانونية وتحديد سعر الادخار والالتزام بتوظيف القيم المنقولة.¹³

وبالرجوع إلى وسائل السعي والإشهار، فهي تدخل ضمن الوساطة المالية غير المباشرة، تلجأ إليه الشركات المصدرة من أجل التقييد في البورصة، وقد تولى المشرع المغربي تحديد مضمونها من خلال المادة 12-14¹⁴ من قانون مجلس القيم المنقولة.

فدعوة الجمهور إلى الاكتتاب من خلال هذه المادة، تظل قائمة كيفما كانت وسائل السعي والاستمالة المعتمدة من اتصال مباشر بالأشخاص إلى إرسال للوثائق أو نشر دعائي في الجرائد والصحف المالية والاقتصادية أو عن طريق استعمال وسائل الاتصال المختلفة كالهاتف والفاكس والإنترنت.

حيث أكد المشرع المغربي من خلال قانون 1.05/53 في الفصل 417 المتعلق بالإثبات وحجته عند ما نص على أنه "تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق". كما أضافت الفقرة الثالثة من نفس الفصل "تتمتع كل وثيقة مذيبة بتوقيع إلكتروني مؤمن، والمختومة زمنياً، بنفس

¹⁶ نصت الفقرة 243 من قانون 95.17 "لا تعد سندات الديون القابلة للتداول والمنظمة بالقانون رقم 35.94 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.95.3 بتاريخ 24 شعبان 1415 / 26 يناير 1995، قيماً منقولة خاضعة لأحكام هذا القانون.

² وهي في الحالة التي يتم فيها إصدار أو تقويت قيم منقولة إلى الجمهور مع اللجوء بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى السعي أو الإشهار أو مؤسسات خارج البورصة.

³ شكري الملواني: م. س. ص: 145

⁴ صدر بموجب قانون 96/34 بتاريخ 7 يناير 1997.

⁵ صدر بموجب الظهير الشريف رقم 100/265 بتاريخ جمادى الآخرة 1421 فاتح سبتمبر 2000 منشور بالجريدة الرسمية عدد 4828 بتاريخ 8 جمادى الآخرة 1421 7 سبتمبر 2000، ص: 2326.

⁶ أحمد أيت الطالب: م. س. ص: 84. 83.

⁷ أحمد أيت الطالب: م. س. ص: 149.

⁸ راجع الشروط في البند الثاني من المادة 14 من قانون البورصة المغربي.

⁹ أحمد أيت الطالب: م. س. ص: 99/100.

¹⁰ أحمد أيت الطالب: م. س. ص: 153.

¹¹ إدريس الحياتي: ومحمد الرعاوي "القانون البنكي"، جامعة ابن زهير كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، طبعة 2009، ص: 19.

¹² القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، المنفذ بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.05.178 الصادر في 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006).

¹³ أحمد أيت الطالب: م. س. ص: 153.

¹⁴ نصت المادة 1. 12 من قانون 21 شتنبر 1993 المتعلق بمجلس القيم المنقولة "السعي هو الذهاب إلى محل سكني أو محل إقامة الأشخاص أو إلى أماكن عملهم أو أماكن عامة لأجل دعوتهم إلى الاكتتاب في قيم منقولة..

يعتبر كذلك سعياً عرض الخدمات أو تقديم الإرشادات لأجل نفس الأغراض في محل سكني أو إقامة الأشخاص أو محل عملهم بإرسال وثنائي أو عن طريق الهاتف أو بأي وسيلة الاتصال الأخرى.

قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها بتاريخ ثابت". وهذا أصبح للوثيقة المذيلة بتوقيع الكتروني حجية وصحة الوثيقة العادية وهذا سيمنعها مصداقية أكبر في التعامل.²

ومن أهم مميزات النظام الإلكتروني السرعة في الحصول على المعلومة وإنجازها، التي بفضلها استطاع هذا النظام أن يفرض مكانه ويعرف انتشارا كبيرا على مستوى جميع المعاملات التجارية وبالرغم من كل هذا فالمتعامل بالأسهم داخل مؤسسة البورصة، يبقى متخوفا من التعامل بهذا النظام رغم ما يوفر من وقت وتكلفة، على اعتبار أنه لا يخضع لقانون خاص به.³

كما تثار إشكالية ما إذا كانت الاستعانة بالوسطاء أو اللجوء إلى وسائل السعي والدعاية تشكل قرائن بسيطة أو قاطعة لقيام شرط الدعوة العامة للاكتتاب، وبالرجوع إلى لجنة عملية البورصة الفرنسية اعتبرتها مجرد قرائن بسيطة وليست قاطعة، إذ لا تعتبر ضمن الشروط المحددة لحالات دعوة الجمهور للاكتتاب وهذا ما يتوافق مع صياغة المادة 12 من القانون المتعلق بمجلس القيم المنقولة وكذا المادة 9 من قانون شركة المساهمة.

ولتفادي هذا القصور اعتبرت هذه اللجنة سنة 1985، بأن هناك دعوة للجمهور متى كانت تضم أو تدعو بأكثر من 300 شخص، مع ترك المجال مفتوحا لأدلة مخالفة، ما يقابله في التشريع المغربي قانون شركة المساهمة رقم 17/95 الذي يعتبر دعوة 100 مساهم أو أكثر ضمن حالات دعوة الجمهور للاكتتاب على خلاف المقتضيات القانونية المنظمة للسوق المالي لسنة 1993، التي لم تدرج هذه الحالة ضمن حالات الدعوة إلى الاكتتاب.⁴

وفي ظل المقتضى الجديد الذي أتى بها قانون 17/95، فإنه تثار إشكالية إمكانية معرفة الشركة لعدد المساهمين فيها أو حملة سنداتهما، حيث يصعب على الهيئة المصدرة التعرف على هوية حاملي السندات لحاملها وكذا الحصة التي يملكها كل واحد منهم، إذ ليس هناك ما يوجب أن يكشف المساهمون عن هوياتهم إذ لم يرغبوا في المشاركة في الجمعيات العمومية أو ممارسة حقوقهم المرتبة بالأسهم.⁵

وما يبرز هشاشة هذا التوجه، تذبذب المشرع المغربي حيث نص على حالة دعوة 100 شخص ضمن حالات الشخص المعنوي الذي يدعو الجمهور للاكتتاب العام في ق.ش.م، ولزم الصمت عن هذه الحالة في القوانين المنظمة للسوق المالي.

وأخيرا حسم المشرع المغربي واتخذ موقفا واضحا، وذلك باستيعاده لهذه الحالة خلال القانون رقم 23.01،⁶ والذي قامت المادة الخامسة منه بنسخ المادة 9 من ق.ش.م وتوضيها بمقتضيات المادة 12 من قانون مجلس القيم المنقولة.⁷

وبعد التطرق إلى شروط التقييد في الشركات في البورصة وكذا الاستعانة التي تلجأ إليها الشركات المصدرة والمتمثلة في الوساطة المالية المباشرة وغير المباشرة، في المقابل يجب على هذه الشركات أن تلتزم بمبدأ الشفافية عن طريق الإفصاح التام والصادق للمعلومات الواجب على الجمهور الإطلاع عليها. وقد قام المشرع بتحديد كيفية إعداد بيان المعلومات وشكل مضمونها وسوف نتطرق إلى هذه البيانات من خلال المبحث الآتي:

المبحث الثاني: عرض بيان المعلومات.

تطبيقا للمادة 13 من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.212. بالإضافة إلى مراعاة مقتضيات المادتين 12.3 و15 من نفس الظهير "يجب على كل شخص يعززم القيام بدعوة الجمهور للدخار عرض بيان المعلومات المخصصة للجمهور على مجلس القيم المنقولة للتأشير عليه".⁸

بالإضافة إلى أنه يجوز لمجلس القيم المنقولة أن يطالب بجميع المعلومات أو المستندات التكميلية المقيدة لدراسة الملف. ونظرا لشساعة الإعلام الذي تلتزم الشركات بنشره، وما يترتب عنه من آثار على مستوى المضاربة في السوق المالي، وكذا استغلال المنافسين للبيانات المدلى بها للإضرار بالشركة. فإن هذه العوامل يكون لها أثر سلبي على مضمون المعلومات وجودتها وكذا شموليتها، إذ كان الإعلام المدلى به من قبل الشركة يخص البيانات الخاصة بالحياة الاقتصادية والاجتماعية للشركة أكثر من وضعيتها المالية والتجارية، علاوة على تركيزه لدوافع دعائية على الآفاق المستقبلية للشركة أكثر من الصعوبات والإكراهات التي تعترضها، الشيء الذي ينعكس على جودة المعلومة ويبعد المساهمين عن معرفة الوضعية المالية والتجارية للشركة.⁹

وقطعا للتلاعب وكذا الاستغلال الذي تلجأ إليه الجهات المنافسة للإضرار بالشركة مما ينعكس على السوق المالي، تدخل المشرع المغربي وأوجب على الشركات التي ترغب في إدراج سنداتهما بالبورصة أو دعوة الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو سنداتهما بإعداد بيان المعلومات وفقا للنموذج الذي يحدده مجلس القيم المنقولة.¹⁰

وسوف نتطرق في هذا المبحث إلى المضامين العامة "المطلب الأول" والخاصة "المطلب الثاني" لبيان المعلومات لما لها من أهمية قصوى في الشركات المسعرة.

المطلب الأول: المضامين العامة لبيان المعلومات.

حددت دورية يناير 2012 البيانات التي يجب أن ترد في بيانات المعلومات والخاصة بالهيئة المصدرة منها ما يتعلق بالواجبة، هذه الأخيرة التي تؤدي إلى جلب الانتباه للوهلة الأولى، وذلك لما تتوفر عليه من معلومات جذابة تحفز المستقبل على الانتباه على العرض والوقوف على مضمونه. ولبلوغ هذا الهدف قام مجلس القيم المنقولة بتحديد

¹ - القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المنفذ بمقتضى ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007).

² - بوشرة خرازي: "ضمانات تأسيس شركة المساهمة ودورها في التنمية الاقتصادية". رسالة لنسب دبلوم الماستر في القانون الخاص. جامعة محمد الأول وجدة. السنة الجامعية 2010. 2011، ص: 89.

³ - محمد الحناوي: الاستثمار في الأوراق المالية وإدارة المخاطر " المكتب الجامعي الحديث، الطبعة 2007، ص: 39.

⁴ - أحمد آيت الطالب: م. س. ص: 158.

⁵ - أحمد آيت الطالب: م. س. ص: 160.

⁶ - القانون 23.01 المنفذ بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.04.17 الصادر في فاتح ربيع الأول (21 أبريل 2004). المغير والمتمم للظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.212. الصادر في 4 ربيع الآخر 1414 (21 سبتمبر 1993) المتعلق بمجلس القيم المنقولة وبالمعلومات المطلوبة للأشخاص المعنوية التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو سنداتهما.

⁷ - شكري المولائي: م. س. ص: 148. 149.

⁸ - المادة III. 1.1 من دورية يناير 2012 المتعلقة بمجلس القيم المنقولة.

⁹ - أحمد آيت الطالب: م. س. ص: 166.

¹⁰ - نصت المادة 14 من الظهير الشريف بمثابة قانون 2012، 93.1 المتعلق بمجلس القيم المنقولة على أنه "يجب أن يحرر بيان المعلومات المنصوص عليه في حالة دعوة الجمهور إلى الاكتتاب في الأسهم أو السندات وفق للكيفيات التي يحددها مجلس القيم المنقولة. ويجب التقييد في مضمون البيان المذكور الذي يعده المجلس. ويتضمن البيان المذكور بوجه خاص المعلومات المنصوص عليها في التشريع المطبق على الشخص الذي يدعو الجمهور إلى الاكتتاب.

يجب أن يؤشر مجلس القيم المنقولة على بيان المعلومات المذكور قبل نشره وتوزيعه.

كل معلومة مقدمة إلى الجمهور في إطار دعوة الجمهور إلى الاكتتاب، يجب أن تكون مطابقة.

تفاصيل مضمون واجهة بيان المعلومات. بغية تقديم صورة أولية وشاملة عن العملية المزمع القيام بها، توفر الوقت وكذا المعلومات الضرورية التي تدفع إلى الاستفادة من المعلومات الموجودة في صلب البيان.¹

حيث قام ملحق الدورية السابق ذكرها بتحديد محتويات الغلاف،² بالإضافة إلى عدم إضافة أي معلومات أخرى في اللائحة التي سبق عرضه، وكذا منع احتواء الغلاف على أي رسوم أو صور تمكن أن تحمل عدة تأويلات.

وهناك البيانات المتعلقة بمختصر الكلمات أو التعابير³ التي تستعملها الشركة والتي يجب تحديدها بدقة دفعا لكل لبس، بالإضافة أنه يجب على الشركة أن تقوم بتعريف المصطلحات التقنية لتوفير إعلام دقيق للمستثمرين وتقريب المعلومة من المساهم، كحالة الإشارة إلى احتياطي الشركة، كما يجب أن يتم تضمين واجهة بيان المعلومات فهرسا يشير إلى الصفحات المتطابقة مع العناوين الرئيسية، حيث يتمكن المستثمر من سهولة البحث عن المعطيات، بالإضافة إلى تضمينه مقدمة محددة من طرف نفس الدورية، تحتوي على مجموعة من البيانات التي لا يمكن للمساهم الاستغناء عنها، وكذا طرق نشر بيان المعلومات إلى جانب تخصيص حيز خاص لتأشير مجلس القيم المنقولة مع تحديد المسطرة المتبعة،⁴ كما أكدت دورية يناير 2012 على أنه يتم تقديم الإشارة إلى الجهات المسؤولة عن إعداد بيان المعلومات وإحقاقه بشهادة كل جهة توجب مسؤوليتها على احترام القوانين الجاري بها العمل.

كما أشار ملحق الدورية على مجموعة من البيانات تتعلق بالتنبيهات والتحذيرات التي يجب أن ترد في بيان المعلومات بحروف بارزة، حرصا من مجلس القيم المنقولة على المستثمر من وقوعه في القراءة المغلوطة للبيان، وكذا تأكيد الدورية للدور الإعلامي للبيان وأنه ليس بأداة إشهار، إلى جانب حماية المستثمر القليل الدراية بتحليل المعطيات المالية والاقتصادية للشركة.

أضف إلى ذلك أن هذا التنبيه يؤكد على أن مجلس القيم المنقولة مؤسسة عمومية لا تملك سلطة تقييم نتائج الشركات، فهي يقتصر دورها على احترام الأنظمة والقوانين المعمول بها ويجد هذا التنبيه أهميته في الوقاية من كل فهم خاطئ لمغزى تأشير مجلس القيم المنقولة.⁵

وفي نفس الصدد تطرق ملحق الدورية إلى "محل الإقامة" لحل إشكالية تنازع القوانين في حالة استغلال مميزات قانون كل بلد، عند عدم الاعتماد على قانون محل الإقامة، هذا الأخير الذي أصبح تحديده صعب وقد يكون مستحيلا في ظل انتشار التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية.

كما أن المستثمر يلزم باحترام الأنظمة الجاري بها العمل في العمليات المالية، ويضيف الملحق أيضا على ضرورة التنبيه بالتزام هيئات التوظيف باحترام القوانين الخاصة بكل بلد في حالة الاستثمار في الأسواق الخارجية.⁶

المطلب الثاني: المضامين الخاصة لبيان المعلومات.

نصت المادة 15 من قانون 44.12⁷ على أنه مع مراعاة لأحكام المادة 8 من نفس القانون يلزم كل شخص معنوي أو هيئة يدعو الجمهور للاكتتاب في أسهمه أو سنداته بإعداد بيان المعلومات حسب الكيفيات التي يحددها مجلس القيم المنقولة:

ويتعلق بيان المعلومات على الخصوص، بتنظيم المصدر والشخص المعنوي الذي يراقبه والأشخاص المعنويين الذين يخضعون لمراقبته عند الاقتضاء، بمفهوم مقتضيات المادة 144 من القانون رقم 95/17 المتعلق بشركات المساهمة وبوضعهم المالية والاقتصادية وأفاق تطوير النشاط، وكذا خاصيات وعرض العملية المزمعة، كما يجب أن يسمح بيان المعلومات على الخصوص بتقييم أفاق تطوير ومردودية المصدر وكذا قدرته على الوفاء بالتزاماته واسترجاع قيمة القيم المنقولة التي يتعين إصدارها عند الاقتضاء، "المادة 1.1.111. من دورية يناير 2012".

¹. عزيز وأخليف: "إعلام الشركات المسعرة للمساهمين والجمهور" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق الرباط سنة 2001. 2002، ص: 34.

². تتضمن صفحة الغلاف بيان المعلومات العناصر الإعلامية التالية.

علامة المصدر.

التسمية الكاملة للمصدر كما هي واردة في نظامه الأساسي.

خاصيات العملية: عدد السندات المزمع إصدارها أو تفويتها، الثمن أو حاضرة الثمن والمبلغ لإصدار أو التفويت وفترة الاكتتاب أو الاقتناء.

تعيين رئيس أو ورؤساء النقابة أو عند الاقتضاء رئيس أو رؤساء الهيئة أو الهيئات المسؤولة عن التوظيف.

المعلومات المتعلقة بالقيود المحتملة للاكتتاب أو الاقتناء.

تنبيه من مجلس القيم المنقولة عند الاقتضاء.

تأشير مجلس القيم المنقولة.

عبارة "بيان المعلومات" في حالة مسطرة ذات مرحلتين الكتابية بحروف بارزة "بيان معلومات الأولى".

طبيعة العملية: إصدار أو تفويت السندات.

³. نصت الدورية على استعمال هذه المختصرات لأن بورصة المغرب تستعمل اللغة الفرنسية التي يكثر فيها استعمال المختصرات مثل ADPSDV للدلالة على "ACTION à dividende San" droit de vote أي الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت. غير أنه قد يكون لنفس الرمز عدة دلالات مما يستوجب تصنيفها وفقا لترتيب أبجدي مع الإشارة إلى معناها في جدول خاص.

⁴³. نصت المادة 1.2 من دورية يناير 2012 على مسطرتين لمنح التأشير:

المسطرة العادية: يراد بها المسطرة التي يتم بموجبها منح تأشير وحيدة ونهائية عند نهاية دراسة بيان المعلومات المودع لدى مجلس القيم المنقولة.

المسطرة على مرحلتين: يراد بالمسطرة التي من خلالها منح تأشير أولى تدعى "التأشير الأولية" بناء على دراسة بيان المعلومات لا يشمل جميع المعلومات المتعلقة بالعملية المرتقبة. لا تمنع التأشير النهائية إلا بعد إتمام بيان المعلومات.

⁵. عزيز وأخليف: م. س. ص: 37.

⁶. نص ملحق دورية يناير 2012 في إطار تنبيهاته أنه "لا يعني بيان المعلومات هذا الأشخاص الذين لا ترخص لهم قوانين محل إقامتهم بالاكتتاب في القيم المنقولة موضوع بيان المعلومات المذكورة.

إن الأشخاص الذين يجوزهم بيان المعلومات المذكورة مدعون إلى الاستخيار وإلى احترام القوانين والأنظمة الخاضعين لها في مجال المشاركة في هذا النوع من العمليات.

لن تقترح كل مؤسسة عضو في نقابة توظيف القيم المنقولة موضوع بيان المعلومات هذا، إلا طبقا للقوانين والأنظمة السارية في كل بلد يقام فيه بمثل هذا العرض.

لا يتحمل لا مجلس القيم المنقولة ولا المصدر ولا الهيئة المستثمرة أي مسؤولية جراء عدم احترام القوانين والأنظمة من طرف عضو أو أعضاء نقابة التوظيف".

⁷. القانون رقم 44.12 المتعلق بدعوة الجمهور إلى الاكتتاب بالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية والهيئات التي تدعو إلى الاكتتاب في أسهمها أو سنداتها. والمنفذ بالظهير الشريف رقم 1.12.55 الصادر في 14 صفر 1434 (28 ديسمبر 2012)

وما يستفاد من هذه المادة أن بيان المعلومات يجب أن يتضمن بيانات تتعلق بالشركة المصدرة للقيم المنقولة والسندات ورأسمالها "الفقرة الأولى" من حيث المعلومات الخاصة بها ونشاطها "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: البيانات التي تتعلق بالشركة المصدرة ورأسمالها.

يجب أن يشير بيان المعلومات بداية إلى معلومات عامة حول الشركة والمتعلقة بتسميتها، مقرها الاجتماعي، شكلها القانوني، تاريخ إنشائها، غرضها الاجتماعي، رأسمالها، رقم سجلها التجاري، رقم هاتفها وموقعها الإلكتروني، وهو ما يشكل إعلاناً أولياً للشركة المصدرة للقيم المنقولة والسندات، قد يحفز المساهم أو الجمهور المتلقي للمعلومة على متابعة دراسة بيان المعلومات أو الوقوف عند هذا الحد لعدم استجابة المعطيات الأولية لتطلعات وحاجيات متلقي المعلومة.¹

وفيما يخص رأسمال الشركة فقد نصت الدورية نفسها على أنه يجب أن يتضمن بيان المعلومات مبلغ الرأسمال المكتتب، وكذلك عدد ونوعية السندات وقيمتها الاسمية مع تحديد مبلغ الرأسمال المكتتب الغير محرر، إلا أنه في حالة إصدار أسهم جديدة فإنه يتعين تحرير مبلغ الرأسمال بكامله، وذلك تحت طائلة بطلان عملية الإصدار.² كما يجب أن يتضمن وصفاً لتطور الرأسمال خلال السنوات الخمسة الأخيرة مع توضيح طبيعة العملية التي تم إنجازها وعدد الأسهم المرتبطة بكل عملية وسعرها. بالإضافة إلى تقديم لائحة بأسماء المساهمين وعدد الأصوات التي يملكها كل مساهم، مع وضع خانة خاصة للمساهمين الذين يملكون أقل من 3% تحت اسم "مساهمون آخرون" وكذا بيانات حول الشركات المساهمة والتي تملك أكثر من 5% من رأس مال الشركة المصدرة للقيم المنقولة والسندات.³

كما يجب أن يتضمن كذلك عدد الأسهم وحقوق التصويت التي يملكها المساهمون، المستخدمون، مراقبو الحسابات، المستشارين أو الشركات المشاركة بأكثر من 50% من أسهمها، إضافة إلى هوية المساهمين المشاركين في حلف يمكن من ممارسة رقابة على الشركة مع ذكر تاريخ إنجازها وفحواه. فرأسمال الشركة له دلالة جد مهمة، إذ يمكن من معرفة حجم الشركات، فهو يعد ضماناً عامة للدائنين، كما أن ارتفاعه يعكس ملائمة الذمة المالية للشركة.⁴

أضف إلى ذلك، يجب أن يتضمن بيان المعلومات إشارة حول المتعضيات الخاصة بالشركة والمخالفة لقانون الشركات رقم 95/17 والمنظمة للجمعيات العامة.⁵ مع الإشارة إلى أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة مع تحديد أسماءهم العائلية والشخصية، تاريخ كل من التعيين وانتهاء المأمورية وفي حالة ممثل الشخص المعنوي المتصرف يجب تحديد وظيفته داخل الشركة التي يمثلها، أما المدراء⁶ فيجب أيضاً تحديد لائحة بأسمائهم مع وظائفهم وتاريخ بدء مزاولة مهامهم مع الإشارة إلى جميع البيانات الخاصة بهم داخل الشركة وخارجها.

ووقاية من كل استغلال للشركة من قبل المسيرين، فقد أوجبت الدورية أن يتم الإفصاح عن أجور وتعويضات أجهزة الإدارة والتسيير، اتفاقيات الشركة مع أعضاء الأجهزة المذكورة المعلومات المتعلقة باللجان التقنية وكذا السياسة المتبعة لتحفيز المستخدمين على المشاركة في رأسمال الشركة مع الإشارة إلى المبالغ المخصصة لذلك من قبل الشركة خلال السنوات الثلاث الأخيرة.⁷

الفقرة الثانية: المعلومات الخاصة بنشاط الشركة.

فيما يخص البيانات المتعلقة بنشاط الشركة المصدرة للقيم المنقولة والسندات، فيجب الإفصاح في بيان المعلومات عن انتماء هذه الشركة لمجموعة شركات مع وصف موجز لهذه الأخيرة والمكانة التي تحتلها الشركة فيها، ووصف التدفقات المالية الداخلة والخارجة مع الهيئات الأخرى للمجموعة برسم الثلاث سنوات الأخيرة، مع إيضاح طبيعة علاقات الشركة مع مختلف هيئات المجموعة،⁸ وكذا الأمر بالنسبة لمختلف الشركات التابعة،⁹ مع إيضاح طبيعة علاقات الشركة الأم مع الشركات التابعة لها من حيث الخدمات المتبادلة.

بالإضافة إلى ذلك يجب تقديم صورة عن المميزات الرئيسية لقطاع نشاط الشركة مع توضيح أهمية القطاع في الاقتصاد الوطني، وللإشارة إلى أهم المتدخلين الرئيسيين في المحيط القانوني والتنظيمي لقطاع الشركة، والأنشطة الأساسية للهيئة المصدرة التي لها تأثير على رقم المعاملات والنتائج المحققة خلال الثلاث سنوات الأخيرة. ويجب أن يتضمن بيان المعلومات في الجانب المتعلق بتدبير الموارد البشرية، تحديد الهيكل التنظيمي للشركة والإشارة إلى الدورة الإنتاجية، وكذا وسائل الإنتاج المعتمدة فيما يخص الجانب التقني.

أضف إلى ذلك، يجب أن يحتوي بيان المعلومات على الخطوط العريضة لإستراتيجية التطوير والتحديث المتبعة من قبل الشركة خلال الثلاث سنوات الأخيرة، أو من طرف المجموعة التي تنتمي إليها الشركة وكذا السياسة المعتمدة في البحث والتنمية، وبراءة الاختراع ورخص التصنيع التي تم حيازتها أو التي في طريق الاقتناء.¹⁰

أما البيانات الخاصة بالوضعية المالية للشركة المصدرة للقيم المنقولة والسندات، فالدورية لم تكتف بإلزام الشركات بتقديم حساباتها السنوية بل أضافت قراءة تحليلية للمعطيات الواردة فيها، لكون الأرقام المقدمة في القوائم التركيبية تقبل عدة تأويلات وتحتاج إلى تدخل الشركة لتقديم التأويل الأنسب.

ويجب تقديم¹ الحسابات بشكل إجباري بالنسبة لكل شركة تدعو الجمهور للاكتتاب إلى التقييد في القسم الأول من جدول التسعيرة أو سبق تقيدها، وقد اعتبرت الدورية الأمر اختيارياً بالنسبة للشركات التي ترغب في التقييد في الأقسام الأخرى مع التعليق على الحسابات، وتحليل الوضعية المالية لتوفير إعلام ذا فعالية وجودة عالية.

¹. شكري الملواني: م. س. ص: 152.

². نصت المادة 187 من قانون 17.95 في فقرتها الأولى على أنه "يتعين تحرير مبلغ رأس المال بكامله قبل كل إصدار لأسهم جديدة تحرر نقداً، وذلك تحت طائلة بطلان عملية الإصدار".

³. عزيز أخلفيا: م. س. ص: 50.

⁴. عزيز أخلفيا: م. س. ص: 47.

⁵. خاصة ما يتعلق بطرق الاستدعاء شروط ممارسة حق التصويت وشروط اقتناء حقوق التصويت المزدوجة المحتملة.

⁶. نفس الشيء نصت عليها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في توصياتها على أنه يجب الإفصاح عن: "معلومات حول أعضاء مجالس الإدارة كل على حدة وأيضاً عن كبار المديرين لكي يتسنى لهم تقييم خبراتهم وكفاءتهم وكذا تقييم أية احتمالات لتعارض المصالح قد يكون من شأنها التأثير على أحكامهم. كما تمثل مركبات وحواجز أعضاء مجالس الإدارة وكبار المديرين مجال اهتمام لدى المساهمين "مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية شأن حوكمة الشركات" 2004 ص: 28 و 29.

⁷. شكري الملواني: م. س. ص: 156.

⁸. وخاصة ما يتعلق بالخدمات المتبادلة، طريقة الأداء المتفق عليها، شروط القروض المستلمة والممنوحة والتنازلات المحتملة بين مختلف الشركات داخل المجموعة.

⁹. فرض ملحق دورية يناير 2012 على الشركة أن تقدم بيانات حول الهيكل التنظيمي القانوني للمجموعة مع توضيح النسبة المئوية المملوكة في مختلف الشركات التابعة والإشارة إلى تسمية ومقر الشركات التابعة ومجال نشاطها ومبلغ رأسمالها وعدد المساهمين المالكين لأزيد من 5% من الرأسمال. ورقم معاملات هذه الشركات التابعة والنتيجة الصافية ومبلغ الأرباح الموزعة برسم السنة الأخيرة. لشركته ويكون مدرجا في القسم الأول أن يطلب إدراجه في القسم الأول.

¹⁰. شكري الملواني: م. س. ص: 158، 159.

ورغبة من المشرع في الاستعمال الحسن للإعلام، يجب أن يتضمن بيان المعلومات تحذيراً² يتعلق بتوقعات الشركة، التي ينبغي أن يحاط المساهمون بكونها تنبني على فرضيات غير مؤكدة وأنها قد تغاير النتائج الحقيقية مع الإشارة إلى الإستراتيجية الرئيسية المصدرة للأمد القصير والمتوسط، وذلك بتحديد الشركة لبرنامج الاستثمار خلال ثلاث سنوات السابقة والمقبلة، دون إغفال العوامل الداخلية والخارجية المؤثرة.³

كما قدم ملحق الدورية لائحة بالمخاطر⁴ التي تهدد الشركة المصدرة للقيم المنقولة والسندات، واشترط ضرورة تأثيرها على نشاط الشركة أو مردوديتها مع الأخذ بالحسبان وضعية الشركة وخصوصيات قطاعها، وقد أورد هذه اللائحة على سبيل المثال لا الحصر. زيادة على نتائج الشركة وعلى وضعيتها المالية أو نشاطها مع تبيان حجم التأثير المرتقب.

¹ نص ملحق دورية يناير 2012 على أنه "عندما يمتلك المصدر شركات تابعة لشركته ويكون مدرجا في القسم الأول أن يطلب إدراجه في القسم الأول، يكون التقديم والتعليق على الحسابات الموطدة إجباريا وفي هذه الحالة يمكن للمصدر بموافقة مسبقة من مجلس القيم المنقولة عدم تقديم حسابات شركاته إذا كانت هذه الحسابات لا تشكل معلومات تكميلية ملموسة".

² ينص ملحق الدورية 2012، على أنه يلزم أن تكون صياغة التنبيه قريبة من الصياغة التالية:

"أن التوقعات بعده تعتمد على فرضيات يكتسي تحقيقها طابعا غير متيقن منه. والنتائج والاحتياجات الفعلية من التمويل يمكن أن تختلف بكيفية ملموسة عن المعلومات المقدمة. وهذه التوقعات لا تعطي إلا على سبيل الإشارة، ولا يمكن اعتبارها كتعهد بات أو ضمني من طرف المصدر".

³ شكري الملواني: م.س. ص: 161.

⁴ ينص ملحق دورية يناير 2012 على أنه يمكن أن تكون العوامل ناتجة على الخصوص من:

- التبعية المحتملة للمصدر اتجاه براءة الاختراع ورخص التسويق والامتياز الصناعي أو المالي،
- تبعية المصدر المحتملة اتجاه عقود التمويل والتسويق والامتياز الصناعي أو المالي،
- مركزة قوية للمبيعات لدى مجموعة من الزبناء أو لدى قطاع معين،
- تبعية اتجاه كل القوانين والأنظمة التي لها تأثير على نشاط المصدر،
- الأصول الضرورية للاستغلال والتي لا تملكها الشركة،
- تعديل العوامل التنافسية،
- المحيط، في حالة إكراهات خاصة في مجال احترام المحيط،
- التحكم في التطور التكنولوجي،
- خصائص أو تبعية من حيث الموارد البشرية،
- وقع كل تغيير في أسعار الفائدة،
- وقع مخاطر الصرف،
- وقع كل تغيير في أثمان المواد الأولية،
- المخاطر الخاصة بتدبير الأصول الخصوم،
- المخاطر القانونية المتعلقة بالسندات ذات طابع (إصدارات تبعية ذات اللجوء المحدود).

اختصاصات الملك في مجال المعاهدات الدولية في ظل دستور 2011

ملاك قائد

طالبة باحثة

بسلك الدكتوراه تخصص القانون الدولي العام

مقدمة:

إن جميع الدول التي تتمتع بالشخصية الدولية وتصبح بالتالي عضواً في المجتمع¹ الدولي فإن لها الحق في وضع التشريعات والقوانين سواء الداخلية منها أو الدولية والتي تكون في شكل معاهدة.

وتعتبر أهمية المعاهدات الدولية في كونها من مصادر القانون الدولي الرئيسية وذلك حسب ما صنفته المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية واعتبار أحكام المحاكم وآراء كبار الفقهاء من المصادر الاحتياطية.

ومنذ ذلك الوقت فقد شهدت علاقة الاتفاقيات بالتشريعات الداخلية تطوراً ملحوظاً، بحيث لم تعد المعاهدات الدولية آلية قانونية لتنظيم العلاقات بين الدول فحسب، وإنما امتدت لتنظيم العلاقات بين الدول وأفرادها وأصبحت بذلك جزءاً من النظام القانوني الداخلي، وعليه فالمعاهدة حسب المادة الثانية في فقرتها الأولى من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م هي " اتفاق دولي يعقد كتابة بين الدول، ويخضع للقانون الدولي، سواء تمت صياغته في وثيقة واحدة أو أكثر، وأياً كانت التسمية التي تطلق عليه"².

إن المغرب أصبح نموذجاً في نجاح منظومة الإصلاحات الداخلية³ ابتداءً من المفهوم الجديد للسلطة وهو ما تم تكريسه بوضع دستور 2011م مؤسساً لمبادئ احترام حقوق الإنسان وحماية الحريات كما هو متعارف عليه دولياً⁴، إن المشرع الدستوري وعلى مر الدساتير المتعاقبة وإلى ما قبل صدور دستور 2011م لم يوضح العلاقة التي تحكم الاتفاقيات الدولية والتشريع الوطني إلا في أحيان قليلة، ذلك أنه لا توجد قواعد قانونية صريحة ودقيقة بخصوص تحديد هذه العلاقة إلا بعض النصوص الصادرة عن المشرع العادي والتي حاولت تأكيد سمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية في حالة تعارضهما⁵، ومن ثم اكتفت هذه الدساتير بتحديد السلطة التي لها حق التوقيع والمصادقة على الاتفاقيات وقيدت تلك الأخيرة بموافقة البرلمان في حالة ما إذا كانت هذه الاتفاقيات تلزم مالية الدولة⁶.

ولقد جاء دستور 2011م بمجموعة من الإضافات منها تطور عدد المرات التي ذُكرت فيها الاتفاقيات الدولية، فالفصول التالية تم ذكر الاتفاقيات الدولية وإن كان اللفظ يختلف في كل مرة فتارة يُعبر عنه بمصطلح "اتفاقي" وتارة "تعهدات المغرب" وتارة "التزام دولي" وتارة أخرى بشكل ضمني، فالفصول 19، 42، 49، 92، 132 تشير للاتفاقيات الدولية⁷.

ولما كان دور المؤسسة الملكية ثابتاً في جميع الدساتير وذلك ابتداءً من دستور 1962م إلى حدود دستور 2011م وذلك في التوقيع والمصادقة، وإن كانت مقيدة بموافقة برلمانية على المعاهدات التي تلزم مالية الدولة بالنسبة للدساتير السابقة، ومجموعة من المعاهدات كمعاهدات التجارة ورسم الحدود على سبيل المثال والمذكورة في الفصل 55 بالنسبة لدستور 2011م.

وتندرج أهمية الموضوع في قلة الكتابات المنجزة في هذا المجال خصوصاً عن دور الملك الفعلي في مجال المعاهدات وحدود كلا السلطتين الملكية والبرلمانية في مجال المعاهدات، إضافة إلى ذلك فإن مكانة الاتفاقيات الدولية كانت مغيبة عن الدساتير السابقة حيث جاء دستور 2011م ليزيح الغموض على هذا الإشكال القانوني ذلك أنه قد وضح في ديباجته مكانة المعاهدات الدولية، وزادها تأكيداً في آخر فقرة في الديباجة وهي أن هذه الأخيرة هي جزء لا يتجزأ من الدستور.

وعليه تطرح الإشكالية التالية: هل حسم دستور 2011م مع مكانة الاتفاقيات الدولية في الهرم التشريعي المغربي وأقام نوعاً ما من التوازن بين السلطات في ممارستها لمجال المعاهدات الدولية؟ هل تمت توسعة صلاحيات البرلمان على حساب المؤسسة الملكية أم أن هذه الأخيرة لها أكثر مما هو منصوص عليه في دستور 2011م؟ وللإجابة على الإشكالية السابقة سيتم اعتماد مطلبين، حيث المطلب الأول سيتم تخصيصه لدور الملك في مجال المعاهدات الدولية، أما المطلب الثاني فسيتم تخصيصه لممارسة اختصاص السلطة الملكية لمجال المعاهدات وإشكاليات التطبيق.

المطلب الأول: دور الملك في مجال المعاهدات الدولية:

" في قلب النظام السياسي المغربي يوجد رجل واحد هو الملك"⁸ فهذه المقولة تصور لحد بعيد المكانة التي يحتلها الملك في النظام السياسي المغربي¹، من خلال استقراء الدساتير المغربية وذلك ابتداءً من أول دستور عام 1962م إلى حدود دستور 2011م فإنه يتضح أن المغرب وخصوصاً فيما خص المؤسسة الملكية² بوضعيتها

¹ عبد الواحد الناصر، التطبيقات المغربية لقانون العلاقات الدولية، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، يوليو 2004، ص 5.

² المادة الثانية من اتفاقية فيينا التي اعتمدت من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 05 ديسمبر 1966م، و رقم 2287 المؤرخ في 06 ديسمبر 1967م، وقد عقد المؤتمر في دورتين في فيينا خلال 26 مارس إلى 24 مايو 1968م، وخلال الفترة من 09 أبريل إلى 22 مايو 1969م، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 مايو 1969م وعرضت للتوقيع في 23 مايو 1969م ودخلت حيز النفاذ في 27 يناير 1980م، وصادق عليها المغرب بتحتفظ يوم 26/09/1972م، وتم نشرها بالجريدة الرسمية عدد 3239 بتاريخ 12 ذو القعدة 1394هـ الموافق 27 نوفمبر 1974م بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.73.348 بتاريخ 08 رجب 1393 هـ الموافق 08 غشت 1973م، ص 3447.

³ Mohammed El Fadili, Considération à propos de la nouvelle constitution marocaine du 1^{er} juillet 2011, extrait du livre « La nouvelle Constitution de Royaume du Maroc », publications de la revue Marocaine d'administration locale et développement, 2014, page. 40

⁴ محمد تاج الدين الحسيني، الدبلوماسية المغربية في عهد محمد السادس الطموحات والتحديات، جريدة الحدث، العدد 2، صادر بتاريخ 6 - 22 نوفمبر 2013، ص 3.

⁵ عبدالعزيز لعروسي، التشريع المغربي والإنفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: ملاءمات قانونية ودستورية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط، ص 59.

⁶ محمد لطرش، المعاهدات الدولية على ضوء الدستور المغربي 29 يوليو 2011، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – وجدة، 2012 - 2013، ص 4.

⁷ نعيمة البالي، مكانة الاتفاقيات الدولية في الدستور الجديد، ندوة تحت عنوان " الدستور المغربي 2011 مستجدات وأفاق"، أعمال الندوة الدولية المنظمة من طرف: كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة محمد الأول – وجدة، بتاريخ 20 – 21 أبريل 2012، مركز الدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية – وجدة، يوليو 2012، ص 159.

⁸ ربي لوفو، الفلاح المغربي المدافع عن العرش، ترجمة محمد بن الشيخ، سلسلة أطروحات وبحوث جامعية، وجهة نظر، الطبعة الأولى 2011، ص 303.

واختصاصاتها يتضح وجود نظامين، النظام الأول يدخل في المجال التقليدي أي فيما يخص القانون العام الإسلامي، والنظام الثاني يدخل في مجال التقنية الدستورية العصرية³، ومما هو واضح عبر التاريخ الدستوري أن الملكية المغربية استمدت مشروعيتها من تفاعل هذين النظامين في جميع مجالات الدولة داخلياً وذلك باعتباره أمير المؤمنين⁴ وضامن دوام الدولة وخارجياً باعتباره الممثل الأعلى للأمم ورمز وحدتها⁵. وعليه فإن اختصاصات وسلطات الملك تتباين من خلال الدساتير المغربية، فبالنسبة للدساتير السابقة فقد كانت تعطي للملك سلطات واسعة نوعاً ما* "أولاً"، أما حالياً وفي ظل الدستور المغربي لعام 2011م فقد تم تضيق السلط الملكية في مجال المعاهدات "ثانياً".

أولاً: اختصاصات الملك قبل دستور 2011:

عند الحديث عن الدساتير المغربية السابقة⁶ وابتداءً من أول دستور 1962م إلى حدود دستور 1996م فإنه وللحديث عن سلطات الملك ستم دراسة الفصلين 19 و 31 في جميع الدساتير السابقة**، فبالإطلاع على الفصل 19 في الدساتير المغربية يتضح أن "الملك أمير المؤمنين والممثل الأعلى للأمم ورمز وحدتها وضامن دوام الدولة واستمرارها، وهو حامي حى الدين والساهر على احترام الدستور، وله صيانة حقوق وحريات المواطنين والجماعات والهيئات. وهو الضامن لاستقلال البلاد وحوزة المملكة في دائرة حدودها الحقة"، أما فيما يخص الفصل 31 فقد نص على "يعتمد الملك السفراء لدى الدول الأجنبية والمنظمات الدولية، ولديه يعتمد السفراء وممثلوا المنظمات الدولية، يوقع الملك المعاهدات ويصادق عليها غير أنه لا يصادق على المعاهدات التي تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة إلا بعد الموافقة عليها بقانون⁷، تقع المصادقة على المعاهدات التي يمكن أن يتكون غير متفقة مع نصوص الدستور بإتباع المسطرة المنصوص عليها فيما يرجع لتعديله".

فتأكيد الفصل 19 على أن الملك "رمز وحدة الأمة وممثلها الأعلى" يعبر عن مضمون تاريخي واجتماعي وسياسي واضح، فالملك دستورياً يضل فوق الصراعات السياسية داخل الدولة، أما "كضامن دوام الدولة واستمرارها" هو ما يستبعد أي حل آخر سواه لضمان الاستمرارية في ممارسة الوظائف الملكية والحكومية والبرلمانية⁸ - وهو ما سيتم مناقشته فيما بعد -.

فبتحليل الفصل 31 يتضح بأن الملك هو صاحب الاختصاص المطلق في إبرام المعاهدات الدولية واتخاذ ما يراه من إجراءات عملية وتمهيدية لعقد أية معاهدة، وله الحق في تفويض ذلك إلى أي شخص يراه مناسباً لتمثيل المملكة المغربية سواء من داخل السلك الدبلوماسي أم من خارجه، وعليه فإن له الحق في تفويض حق التوقيع للوزير الأول كما كانت تسميته الوظيفية حسب الدساتير السابقة أو وزير الخارجية⁹ أو حتى كاتب الدولة في الوزارة المذكورة إن اقتضى الأمر، ودستورياً فالملك هو صاحب السلطة الأولى والأخيرة فيما يخص التوقيع والمصادقة على جميع أنواع المعاهدات الدولية، أما سلطة البرلمان فلا تتعدى الموافقة المسبقة على المعاهدة أي يتركز مجال البرلمان في إعطاء الإذن بالمصادقة على المعاهدات التي تدخل في مجالها.

وعليه سيتم تحليل الفصل 31 تحليلاً قانونياً وذلك لمعرفة نوعية المعاهدات التي يتضمنها هذا الفصل إضافة إلى التعرف أكثر عن سلطات كلا السلطتين التشريعية والتنفيذية في مجال المعاهدات الدولية وذلك في "الفقرة الأولى"، ثم سيتم التعرف أكثر على نوعية المعاهدات التي لم يتم ذكرها داخل فصول دستور 1996م وذلك في "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: الأساس القانوني للفصل 31:

بالرجوع للفصل 31 من الدساتير المغربية يتبين أن الدستور المغربي يميز من حيث التصديق بين ثلاثة أنواع من المعاهدات الدولية:

1. المعاهدات التي لا تلزم مالية الدولة ولا تتعارض مع الدستور، فهذه المعاهدات يصادق عليها الملك مباشرة وتصبح نافذة دولياً في النظام القانوني المغربي بمجرد استكمال إجراءات التصديق¹⁰.
2. المعاهدات التي تلزم مالية الدولة، فهذه المعاهدات تصبح جزءاً من النظام القانوني في المملكة المغربية في حالة تحقق شرطين¹¹:
 ✓ أن يوافق عليها البرلمان.
 ✓ أن يصادق عليها الملك.
3. المعاهدات التي يمكن أن تكون غير متفقة مع نصوص الدستور فهذه المعاهدات تصبح ملزمة للمغرب إذا تمت راجعة الدستور.

1. المصادقة على المعاهدات التي ليس لها طابع مالي ولا تتعارض مع الدستور:

¹ الوافي فيصل، الوظيفة التشريعية للبرلمان المغربي - على ضوء دستور 2011 -، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام شعبة العلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا، 2012 - 2013، ص 30.

² Christophe Boutin, la place du souverain dans la nouvelle constitution du Royaume, extrait du livre « La nouvelle Constitution de Royaume du Maroc », publications de la revue Marocaine d'administration locale et developpement, page. 96.

³ عبد اللطيف بكور، دور المؤسسة الملكية في إحلال التوازن في المغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق وحدة: علم السياسة والقانون الدستوري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الرباط أكاد، 2001 - 2002، ص 61.

⁴ عبد الإله الشياكي، إدارة الدبلوماسية الرسمية لمجال حقوق الإنسان بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا، 2006 - 2007، ص 14 و 15.

⁵ الفصل 19 في الدساتير المغربية من 1962م إلى 1996م، والفصلين 41 و 42 من دستور 2011م. *جانب من الفقه يؤمن بهذه النظرية.

** نص الفصلين لا يختلف بالنسبة للدساتير المغربية من 1962م - 1996م.

⁶ عبد الإله بلقزيز، المغرب والانتقال الديمقراطي - قراءة في التعديلات الدستورية: سياقاتها والنتائج، مجلة المستقبل العربي، العدد 392، 2011/10/10، ص 34. م، صادرة عن مركز دراسات الوحدة العربية، ص 34.

⁷ بالنسبة للدساتير 1970م، 1972م و 1992م جعل الموافقة في يد مجلس النواب.

⁸ عبد اللطيف بكور، دور المؤسسة الملكية في إحلال التوازن السياسي في المغرب، مرجع سابق، ص 234.

⁹ إدريس مولاي هشام، المعاهدات الدولية: قراءة في الفصل 31 من الدستور المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 66 - 67، يناير - أبريل 2006م، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط، ص 90.

¹⁰ عبدالواحد الناصر، التطبيقات المغربية لقانون العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 36.

¹¹ عبدالواحد الناصر، الحياة القانونية الدولية - مدخل لفهم اتجاهات التطور وإشكاليات التطبيق في القانون الدولي العام -، مطبعة النجاح الجديدة، يناير 2011، ص 408.

وهي المعاهدات التي لا ترتب أحكامها التزامات مالية في ذمة الدولة كما لا تتضمن مقتضياتها ما يعتبر متعارضاً مع أحكام وروح الدستور، وهو النوع الذي يختص الملك بالمصادقة عليه دونما قيد أو شرط، وهو أمر يعطيه دوراً متميزاً بل مركزياً يجعل منه صاحب القرار الأول في مجال السياسة الخارجية. وإذا كان الملك بإمكانه تفويض التوقيع¹ على المعاهدة طالما أن التوقيع لا يلزم الدولة نهائياً بأحكام المعاهدة، فإنه لا يستطيع ممارسة هذا الحق إذا كانت المعاهدة تنص على أن لعملية التوقيع نفس أثر التصديق²، أي أن الدولة تكون ملزمة بأحكام المعاهدة نهائياً بمجرد التوقيع عليها غير أن الملك لا يحق له تفويض إجراء التصديق لأي جهة كانت ما دامت المعاهدة تلزم الدولة بمجرد المصادقة عليها، وتجدر الإشارة أن السبب الذي يجعل أنه من الخاطئ دستورياً تفويض الملك لسلطة المصادقة لأن ذلك يعني أنه تنازل عن سلطة أناطه بها الدستور³.

2. المصادقة على المعاهدات التي تلزم مالية الدولة:

لقد ميز المشرع الدستوري المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 31 بين نوعين من المعاهدات وجعل معيار التمييز قائماً على مدى توفر المعاهدات على صفة الطابع المالي أو خلوها منه، حيث إذا كانت لا تلزم مالية الدولة فهي تحال على المصادقة الملكية مباشرة، أما إذا كانت تحتوي على مقتضيات تكلف مالية الدولة فهي بحاجة إلى موافقة برلمانية مسبقة وذلك بإعطاء الإذن بالمصادقة.

وتجدر الإشارة إلى أن الدساتير المغربية إلى غاية 1996م تكاد تكون الوحيدة التي اختزلت لائحة المعاهدات التي تتطلب الموافقة المسبقة من قبل البرلمان إلى صنف واحد وهي التي ترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة⁴.

حيث نصت المادة 151 من الدستور المصري السابق على أن "معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة يجب موافقة مجلس الشعب عليها"، كذلك نص الدستور البحريني في مادته 37 على أن "معاهدات الصلح والتحالف والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثرواتها الطبيعية أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة والخاصة، ومعاهدات التجارة والملاحة والإقامة والمعاهدات التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية أو تتضمن تعديلاً لقوانين البحرين فيجب لنفاذها أن تصدر بقانون"، لكن وبغض النظر عن تعدد هذه المعاهدات، فما هو معنى عبارة "المعاهدات التي ترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة"؟ كيف يتم التمييز بين المعاهدات التي تكلف مالية الدولة وبين المعاهدات الأخرى؟ ما هو المعيار الذي يتم اعتماده للتمييز بين المعاهدات التي تستلزم موافقة برلمانية وبين تلك التي تُحال مباشرة على المصادقة الملكية؟

أولاً يجب الإقرار بأن عبارة "المعاهدات التي ترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة" هي عبارة مطاطية وقابلة لأن تخضع لمجموعة من التأويلات الواسعة⁵ وعليه وفي إطار إشراك السلطة التشريعية في بعض الصلاحيات التي كانت منذ زمن طويل وقبل دستور 1962م داخلية في الاختصاص المحفوظ للسلطان، تم إقرار صلاحية البرلمان في الموافقة على المعاهدات الدولية التي ترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة⁶.

✓ مسطرة التمييز بين المعاهدات الملزمة لمالية الدولة والمعاهدات الغير ملزمة:

بصفة عامة فإن جميع المعاهدات تلزم مالية الدولة وكيفما كانت طبيعتها سواء كانت سياسية كمعاهدات الصداقة وحسن الجوار، اتفاقيات عدم الاعتداء... إلخ، فهذه المعاهدات تتطلب بدورها بعض التكاليف المالية وإن كانت خفيفة كمصاريف المفاوضات والتنقل والإقامة والتعويضات.

فمعرفة طبيعة المعاهدة تكون منذ وقت إجراء المفاوضات، ففي المغرب تتم المفاوضات ممثلة في السلطات الحكومية المعنية أو سفراء المغرب بالخارج وذلك بالتنسيق مع وزارة الخارجية⁷، فإذا كانت المعاهدة المزمع عقدها لها طابع مالي فإن الأمر يقتضي التنسيق مع المصالح المختصة بوزارة المالية المغربية، وعند الانتهاء من مرحلة المفاوضات والتوقيع وقبل المرور بمرحلة المصادقة يتم إرسال نص المعاهدة الموقع عليها إلى الأمانة العامة للحكومة لتقوم بدراستها والبحث عن المقتضيات التي ترتب تكاليف مالية مباشرة يجب أن تدفعها المملكة⁸، مثل وعلى سبيل المثال لا الحصر:

- اتفاقيات الشراكة مع الاتحاد الأوروبي أو اتفاقيات التبادل الحر.
- اتفاقيات منح الامتياز.
- الاتفاقيات المبرمة مع المستثمرين الأجانب أو المغاربة وذلك في إطار سياسة تشجيع الاستثمار.
- المعاهدات التي تتضمن الإقرار المباشر للدولة بمساهمتها المالية في مشروع معين.
- تمويل برنامج أو دفع حصة للانخراط في منظمة دولية.
- الاتفاقيات التي تحتوي على تدابير ذات صبغة جبائية كالأحكام القضائية بالاتفاق على تفادي الازدواج الضريبي.

وعليه يتم تحويل المعاهدات التي تحتوي مثل هذه الإجراءات إلى البرلمان ليوافق عليها وذلك في شكل مشروع قانون⁹.

وبالنسبة للبرلمان فإن الموافقة التشريعية هي موافقة من حيث المبدأ وتهتم بمختلف مواد وبندو المعاهدة كلاً دون تجزئ ولا يجوز إدخال أي تعديلات على المعاهدة.

✓ هل كل المعاهدات ذات الطابع المالي تخضع لمسطرة الموافقة التشريعية؟

يجب التمييز بين نوعين من الالتزامات المالية، فهناك المعاهدات التي تكلف ميزانية الدولة، وهناك الاتفاقيات المالية التي تنص عليها المادة 7 من القانون التنظيمي رقم 7.98¹⁰ والمتعلق بقوانين المالية والتي تندرج في إطار اتفاقات الاقتراض الخارجي التي يتم إبرامها في شكل اتفاقات أو عقود بين المغرب ممثلة في الوزير الأول – رئيس

¹ سمير بللمليح، رئيس الدولة ورئيس الحكومة في دستور 2011، مجلة مسالك، عدد 19-20، 2012 م، ص 9.

² عبد الواحد الناصر، التطبيقات المغربية لقانون العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 35.

³ عبد الواحد الناصر، العلاقات الدولية – القواعد والممارسات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 134.

⁴ نجيب الحجيوي، سمو المؤسسة الملكية بالمغرب – دراسة قانونية -، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق وحدة: القانون الدستوري وعلم السياسة، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية – الرباط أكادال، 2000 – 2001، ص 205.

⁵ Hassan Ouazzani Chahadi, l'article 31 de la constitution de 1972 et le droit traités, R.M.D.E.D. N°1 casablanca, 1982, p 103.

⁶ إدريس مولاي هاشم، المعاهدات الدولية: قراءة في الفصل 31 من الدستور المغربي، مرجع سابق، ص 94.

⁷ عبد الواحد الناصر، المشكلات السياسية الدولية - مشكلات التقاطع بين السياسة الدولية والقانون الدولي والتدبير الدبلوماسي -، مرجع سابق، ص 288.

⁸ مرجع سابق، ص 95.

⁹ يخضع إعداد مشاريع القوانين للموافقة من حيث المبدأ على المعاهدات المكلفة المالية للدولة لنفس المسطرة المتبعة عند إعداد مشاريع القوانين العادية بحيث يتم عرضها أولاً على المجلس الحكومي ثم على المجلس الوزاري وذلك تحت رئاسة الملك لُحال في الأخير على البرلمان للموافقة عليها بقانون.

¹⁰ هناك قانون صدر تحت رقم 14.00 سنة 2014 م.

الحكومة حالياً – أو وزير المالية أو الشخص الذي يفوضه لهذه المهمة وبين دولة أو منظمة أو مؤسسة من مؤسسات التمويل الدولية أو الجبهة والتي تهدف إلى تمكين المغرب من الحصول على قروض خارجية لتمويل بعض المشاريع الاقتصادية أو الاجتماعية أو غيرها.

فهذه المعاهدات لا تعرض على أنظار البرلمان للموافقة عليها بل وقانونياً هي عقود اقتراض تخضع لمسطرة خاصة ويتمثل أساسها القانوني في قانون الإذن وذلك طبقاً للفصل 45 من دستور 1996م والذي ينص على أن للبرلمان الحق في أن "يأذن للحكومة أن تتخذ في ظرف من الزمن محدود ولغاية معينة بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها" حيث يكون هذا الاقتراض في حدود المبالغ المقدرة للموارد.²

كانت هذه وجهة نظر القانون للمعاهدات الملزمة المالية للدولة إلا أنه لا يمكن إهمال رأي أساتذة القانون في ذلك، فلقد وضع الأستاذ نجيب الحجيوي ثلاثة معايير لاعتبار أي معاهدة ملزمة مالية الدولة، وهي كالتالي:

- ❖ المعاهدات التي تحدث عبء على ميزانية الدولة.
- ❖ المعاهدات التي تؤثر على تراث الدولة.
- ❖ المعاهدات التي تنتج تكلفة فعالة أو تكلفة مستقبلية وتؤدي للتقليص من موارد الدولة.³

أما أستاذي الفاضل د.عبد الواحد الناصر يرى أن المعاهدات التي تلزم مالية الدولة هي تلك المعاهدات التي تزيد في نفقات الخزينة العامة من حيث أنها تؤدي إلى تكاليف ذات مبلغ محدود وتستدعي فتح إعتمادات في الميزانية لمواجهتها، مثل المعاهدات التي يكون موضوعها إنشاء دين على الدولة إضافة إلى ذلك المعاهدات التي تؤدي إلى نقص في إيرادات الخزينة مثل الاتفاقيات المتعلقة بالاندماج الضريبي أو الاتفاقيات المتعلقة بالتخلي عن قرض لفائدة دولة أجنبية أو عدم تحصيله.⁴

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن الممارسة المغربية في هذا الخصوص لا تفصح عن حدود واضحة للتمييز بين المعاهدات المكلفة وغير المكلفة لمالية الدولة، حيث تبقى الحكومة المغربية هي صاحبة الكلمة الأولى للإعلان عن ذلك.

3. المصادقة على المعاهدات التي تتعارض مع الدستور:

علاوة على تمييز المشرع المغربي للمعاهدات على أساس معيار التكلفة المالية لميزانية الدولة فقد وضع معياراً آخر وهو معيار التعارض، فكما سبق الإشارة إذا كانت المعاهدة لا تلزم مالية الدولة ولا تتعارض مع الدستور فإن الملك يصادق عليها مباشرة، أما إذا كانت نصوص المعاهدة لا تتفق مع نصوص الدستور فإن المصادقة لا تقع إلا بعد تعديل الدستور، والمراجعة تتم عن طريق:

- ❖ أن يقوم الملك ومجلس النواب ومجلس المستشارين بطلب مراجعة الدستور.⁵
- ❖ في حالة تقديم عضو أو أكثر من مجلس النواب أو مجلس المستشارين بطلب مراجعة الدستور فإن طلبه لا يوافق عليه إلا بتصويت ثلثي الأعضاء اللذين يتألف منهم المجلس المعروض عليه الاقتراح بل ويحال الاقتراح بعد ذلك إلى المجلس الآخر ولا تصح موافقته عليه إلا بأغلبية الثلثين من الأعضاء اللذين يتألف منهم.⁶

ويعرض الملك مشروع المراجعة بظهير على الاستفتاء الشعبي وتصير المراجعة نهائية بعد إقرارها بالاستفتاء، ذلك أن السيادة للأمة تمارسها مباشرة بالاستفتاء.⁷

إلا أن هناك بعض الثوابت التي لا يمكن أن تتناولها المراجعة الدستورية ألا وهي النصوص المتعلقة بالدين الإسلامي ثم النظام الملكي، وفي حالة نصت المعاهدة على ما يخالف تعاليم الدين الإسلامي أو النظام الملكي فهناك حلان إما أن لا يصادق على المعاهدة أو تتم المصادقة عليها مع استخدام الدولة حقها في التحفظ على الفصول المذكورة.

الفقرة الثانية: المعاهدات التي لم يشر إليها دستور 1996م:

إن نص المادة 31 والمتعلق بالمصادقة على المعاهدات الدولية لم يذكر نوعين من المعاهدات الدولية رغم أنها يشكلان العدد الأكبر من المعاهدات لأية دولة:

- ✓ المعاهدات الخاضعة لمسطرة القبول المنصوص عليها في المادة 14 من اتفاقية فيينا 1969م:
- حيث يمكن للدول التعبير عن ارتضاهاها للالتزام بمعاهدة عن طريق القبول والموافقة المبنية على الفكرة الجوهرية للتصديق، إلا أن هذا النوع من المعاهدات يخضع لنفس الشروط المنصوص عليها في الفصل 31 وذلك لسبب بسيط وهو أنها تتشابه و المعاهدات الخاضعة لمسطرة التصديق المباشر وبالتالي تندرج ضمن سلطة الملك بوصفه السلطة المختصة بإبرام المعاهدات بالمغرب.⁸
- ✓ المعاهدات ذات الشكل المبسط:

هذه المعاهدات لم يتم ذكرها في أي فصل من فصول الدساتير المغربية مجتمعة، ويقصد بهذا النوع من الاتفاقيات هي تلك الاتفاقيات التي تصبح نافذة بمجرد التوقيع عليها دون حاجة للتصديق عليها، وهو ما نصت عليه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أن "قبول الدولة للارتباط بالمعاهدات يمكن التعبير عنه بالتوقيع".

ولذا وبالنسبة للتشريع المغربي فهذا النوع من المعاهدات يدخل في سلطات الملك في التوقيع على المعاهدات وبالتالي يمكن تفويضها للوزير الأول أو أي شخص آخر.

وتتميز هذه المعاهدات بأنها تصبح ملزمة بمجرد التوقيع عليها وذلك لبساطتها وسرعة مسطرتها ذلك أنها لا تنطوي على تدخل السلطة المكلفة بإبرام المعاهدات وتحمل عادة اسم تبادل الخطابات، تبادل الرسائل، تبادل المذكرات، اتفاقية، تصريح، تسوية، بروتوكول، وتجدر الإشارة إلى أن عدد هذه المعاهدات يفوق بكثير المعاهدات ذات الشكل الرسمي وذلك لأنه من النادر التفاوض بشأنها، ويمكن أن تتعلق بمسائل عسكرية موقف إطلاق النار أو سياسية كتحالف أو تجارة أو تعاون.⁹

¹ ظهير شريف رقم 1.98.138 صادر في 07 شعبان 1419هـ الموافق 26 نوفمبر 1998م في الجريدة الرسمية عدد 4644 بتاريخ 12/03/1998م صفحة 3297 وذلك بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 7.98 لقانون المالية.

² إدريس مولاي هاشم، المعاهدات الدولية: قراءة في الفصل 31 من الدستور المغربي، مرجع سابق، ص 98.

³ نجيب الحجيوي، سمو المؤسسة القانونية – دراسة قانونية -، مرجع سابق، ص 207.

⁴ عبد الواحد الناصر، قانون العلاقات الدولية – القواعد والممارسات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 175.

⁵ الفقرة الأولى من المادة 104 من دستور 1996م.

⁶ الفقرة الثانية من نفس الفصل المذكور.

* لا يحق للبرلمان إثارة مسألة عدم دستورية المعاهدة إلا إذا كانت تلزم مالية الدولة وتبين له أثناء نظرها فيها أنها تتعارض مع الدستور آنذاك يحق له طبقاً للفصل 104 من الدستور اتخاذ مبادرة المراجعة.

⁷ المادة الثانية من دستور 1996م.

⁸ عبد الواحد الناصر، الحياة القانونية الدولية – مدخل لفهم اتجاهات التطور وإشكاليات التطبيق في القانون الدولي العام -، مرجع سابق، ص 404.

⁹ مرجع سابق، ص 410.

ثانياً: اختصاصات الملك في ظل دستور 2011:

- إنطلاقاً من نص الفصل 31 من دستور 1996م – كما سبق – فإنه هناك ثلاثة أنواع من المعاهدات، وهي كالتالي:
- ✓ المعاهدات التي عليها الملك ويصادق عليها والتي لا تتضمن أي مقتضيات تحمل خزينة الدولة عبئاً مالياً.
 - ✓ المعاهدات التي لا يصادق عليها الملك إلا بعد موافقة البرلمان بقانون وهي المعاهدات التي تلزم مالية الدولة.
 - ✓ المعاهدات التي تتضمن مقتضيات مخالفة للدستور والتي لا يُصادقُ عليها دون الرجوع للمسطرة الخاصة بتعديل الدستور.
- وعليه وبالرجوع للفصل المقابل للفصل 31 من دستور 2011م وهو الفصل 55 والذي ينص على "يعتمد الملك السفراء لدى الدول الأجنبية والمنظمات الدولية، ولديه يُعتمدُ السفراء وممثلوا المنظمات الدولية .

يوقع الملك على المعاهدات ويصادق عليها غير أنه لا يصادق على معاهدات السلم أو الإتحاد، أو التي تهم رسم الحدود ومعاهدات التجارة، أو تلك التي ترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة، أو يستلزم تطبيقها اتخاذ تدابير تشريعية، أو بحقوق وحرريات المواطنين، العامة أو الخاصة، إلا بعد الموافقة عليها بالموافقة بقانون.

للكل أن يعرض على البرلمان كل معاهدة أو اتفاقية أخرى قبل المصادقة عليها.

إذا صرحت المحكمة الدستورية، إثر إحالة الملك أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين، أو سدس أعضاء المجلس الأول أو ربع أعضاء المجلس الثاني الأمر إليها، أن التزاماً دولياً يتضمن بنداً يخالف الدستور فإن المصادقة على هذا الالتزام لا تقع إلا بعد مراجعة الدستور " .

وانطلاقاً من النص السابق فإنه يتضح أن سلطة الملك قد تقلصت في مجال المصادقة على المعاهدات الدولية وفي المقابل قد اتسعت سلطات البرلمان، فبعدما كان الملك يصادق على جميع المعاهدات ما عدا المعاهدات التي تلزم مالية الدولة والتي تحتاج موافقة برلمانية للمصادقة عليها، أصبح البرلمان يوافق وجوباً على المعاهدات التالية قبل إحالتها على المصادقة الملكية:

- معاهدات السلم أو الإتحاد.
- معاهدات رسم الحدود.
- معاهدات التجارة.
- المعاهدات التي ترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة.
- المعاهدات التي تستلزم تطبيقها اتخاذ تدابير تشريعية.
- المعاهدات المتعلقة بحقوق وحرريات المواطنين والمواطنات.
- على أن للملك كامل الحرية والصلاحيات في إحالة أي معاهدة أو اتفاقية على البرلمان قبل المصادقة عليها.

وعليه فإنه ومن خلال الفصل 55 يتضح أنه يمكن التمييز بين ثلاثة تصرفات قانونية:

- ✓ سلطة التوقيع.
- ✓ الموافقة البرلمانية على المعاهدات المنصوص عليها في الفقرة الثانية والثالثة من الفصل المذكور.
- ✓ المصادقة.

وعليه لمعرفة ماهية هذه السلطات في دستور 2011م سيتم الحديث عنهم بشكل منفصل وذلك بتخصيص التوقيع لـ "الفقرة الأولى"، الموافقة البرلمانية لـ "الفقرة الثانية" و المصادقة لـ "الفقرة الثالثة".

الفقرة الأولى: التوقيع:

التوقيع له دور أساسي في إضفاء القوة الملزمة التي تتمتع بها الأدلة الكتابية، فهو شرط جوهري للتمسك بالدليل الكتابي كوسيلة لإثبات الحق¹، وكما هو ثابت هذا الحق لرئيس الدولة في المادة 7 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969م في الفقرة الثانية "يعتبر الأشخاص التالون ممثلين لدولهم بحكم وظائفهم، ودون حاجة إلى إبراز وثيقة التفويض الكامل:

رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية من أجل القيام بجميع الأعمال المتعلقة بعقد المعاهدة " .

وبالنسبة للفصل 55 هو مشابه للفصل 31 من دستور 1996م حيث يتضح أنه قد احتفظ الملك بمجاله المحفوظ فيما تعلق بإبرام المعاهدات الدولية حيث نص "يوقع الملك على المعاهدات " ، إلا أن هذا لا يعني أن سلطة التوقيع لا تُفوض، بل تفوض شرط التزود بوثيقة التفويض اللازمة، وهو ما يمكن استنتاجه من المرسوم الصادر بعد نشر قانون المالية لعام 2012م² وذلك بتاريخ 16 ماي 2012م حيث نصت المادة الأولى على أن " تفوض إلى وزير الاقتصاد والمالية أو الشخص الذي ينيبه عنه خصيصاً لهذا الغرض سلطة إبرام باسم حكومة المملكة المغربية خلال السنة المالية 2012 اتفاقيات التعاون المالي وإبرام إقتراضات خارجية مع حكومات أجنبية أو هيئات أجنبية أو دولية وكذا إصدار إقتراضات في السوق المالي الدولي " وكذلك نصت المادة الثانية على " تُفوض كذلك إلى وزير الاقتصاد والمالية أو الشخص الذي ينيبه عنه خصيصاً لهذا الغرض سلطة التوقيع خلال السنة المالية 2012م باسم حكومة المملكة المغربية الاتفاقيات أو الاتفاقيات أو عقود الضمان المبرمة مع حكومات أجنبية أو هيئات حكومية أو دولية " .

وعليه وبناءً على النصين السابقين فإنه يمكن تفويض التوقيع على الاتفاقيات المالية التي تهم الدولة، ومع أن التوقيع هو سلطة ملكية إلا أنه يمكن تفويضها ذلك أن التوقيع لوحده هو غير ملزم للدولة ويمكن اعتبار أن هذا هو السبب في تفويض التوقيع لأشخاص آخرين غير الملك، ويمكن كذلك تفويض التوقيع لرئيس الحكومة الذي له الحق بتفويضه إلى الوزراء الآخرين وذلك بناءً على الفصل 90 من الدستور حيث يمارس رئيس الحكومة السلطة التنظيمية، ويمكن له أن يفوض بعض سلطه للوزراء³.

¹ مصطفى والفاضي، المعاهدات الدولية في المغرب وفق مستجدات دستور 2011، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام تخصص صياغة النصوص القانونية والعمل والبرلماني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – سلا، 2011 - 2012، ص 71.

² مرسوم رقم 212.81 صادر في 07 جمادى الآخر 1433هـ (16 ماي 2012م) ، بتفويض السلطة إلى وزير الإقتصاد والمالية فيما يتعلق بالتمويلات الخارجية، الجريدة الرسمية عدد 6048 بتاريخ 29 جمادى الآخرة 1433هـ (05 أكتوبر 2012م) صفحة 3228.

³ ينص الفصل 90 على " يمارس رئيس الحكومة السلطة التنظيمية، ويمكن أن يفوض بعض سلطه للوزراء، تحمل المقررات التنظيمية التنظيمية الصادرة عن رئيس الحكومة التوقيع بالخط من لدن الوزراء المكلفين بتنفيذها " .

* منذ أول دستور 1962م إلى غاية دستور 2011م.

الفقرة الثانية: السلطة التشريعية والمعاهدات الدولية:

لقد وضع المشرع الدستوري المغربي طبقاً لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969م في الفصل 55 من دستور 2011م مسطرة خاصة بإجراءات التصديق، حيث أقر * أن سلطة المصادقة هي سلطة ملكية خالصة إلا أنه تم تقييدها بموافقة برلمانية مسبقة وذلك من خلال التمييز بين خمسة أنواع من المعاهدات مع احتفاظ الملك بالحق في عرض أي معاهدة يراها مناسبة على أنظار البرلمان، وهي التالي:

➤ معاهدات السلم:

يعرف السلم بأنه حالة الأمة التي لا يوجد لديها أعداء للقتال، ويعرف أيضاً بأنه تلك التقارير المنتظمة والهادئة بين دولة وأخرى والتي تنشأ عن طريق المعاهدات مباشرة بعد انتهاء الحروب من أجل البحث عن علاقات الصداقة والانسجام.

وعليه تعرف معاهدات السلم بأنها كل معاهدة مبرمة بين طرفين في النزاع والتي عن طريقها يتم الاتفاق على إنهاء الحرب وإقرار السلام¹.

➤ معاهدات الاتحاد:

هي التي تتطلب الانخراط في الاتحادات الدولية كإتحاد المغرب العربي.

➤ المعاهدات الملزمة مالية الدولة²:

عرف هذا الصنف من المعاهدات جدلاً كبيراً عبر الدساتير المغربية التي مرت عبر التاريخ الدستوري المغربي³ وكان سبب هذا الجدل هو سكوت المشرع المغربي عن تعريف هذه المعاهدة أو كيف يمكن وضع معايير لتصنيف المعاهدات الملزمة لميزانية الدولة ذلك أن وبصفة عامة فإن جميع المعاهدات هي ملزمة مالية الدولة نوعاً ما، إلا أن اجتهاد الفقهاء والذي أكد على أن هذا النوع من المعاهدات هو تلك المعاهدات⁴ تحدثت عبا في مالية الدولة أو توجب ديناً عليها أو تفرض تخلصها عن دين لفائدة دولة أخرى.

➤ المعاهدات التي يستلزم تطبيقها إتخاذ تدابير تشريعية:

إن المقصود بهذا النوع من المعاهدات هي تلك المعاهدات التي لا تتوفر على قوانين من أجل ممارستها وتطبيقها عملياً وعلى أرض الواقع، وذلك من قبيل تحديد الآثار المترتبة على مخالفتها، فموافقة البرلمان على هذا الصنف من المعاهدات تقتضي منه أن يقوم بإصدار تشريعات في إطارها وذلك من أجل تسهيل وضمان تطبيقها بشكل سليم⁵.

➤ معاهدات تخص حريات وحقوق المواطنين والمواطنات:

أن الموافقة المتعلقة بحقوق الإنسان⁷ أجبر المشرع الدستوري ضرورة عرضها على البرلمان وذلك من أجل الموافقة، ويكمن ذلك باعتبار أن هذا الأخير وفق الفصل 71 الذي حدد مجال القانون، هو المختص بالتشريع في الحقوق والحريات الأساسية⁸.

فهذه المعاهدات الخمس السابقة بالإضافة إلى معاهدات التجارة لا يصادق عليها الملك إلا بعد موافقة البرلمان عليها بقانون وذلك عن طريق مسطرة خاصة - سيتم التعرف عليها في الفصل الثاني -، إلا أن ذلك لا يعني أن سلطته مقيدة فالملك له حرية التوقيع والمصادقة على المعاهدات التي لا تلزم مالية الدولة ولا تحتوي على مقتضيات تخالف الدستور، وذلك يعطيه دوراً متميزاً بل ومحورياً يجعل منه صاحب القرار النهائي في مجال تحديد توجهات السياسة الخارجية.

الفقرة الثالثة: التصديق مجال محفوظ للملك⁹:

كما سبقت الإشارة فإن سلطة البرلمان هي سلطة تنحصر في الموافقة وإعطاء الإذن ذلك أن المصادقة النهائية هي من سلطات الملك وهي معطاة له بشكل دستوري باعتباره ممثل الدولة الأسى وحامي الوطن.

ولكي يكتمل التصديق الملكي فهو يصدر في شكل ظهير ثم يعرض للنشر وذلك حسب المادة 50 من دستور 2011م، وتعتبر خاصية النشر ثَقْنٌ ولأول مرة داخل فصول الدستور إذ لم يذكر النشر من قبل وهو يعتبر من المستجدات التي أتت بها دستور 2011م وذلك تطبيقاً للقاعدة العرفية القائلة "لا يعذر أحد بجعله للقانون".

فطبقاً للفصل 50 فـ "الملك يصدر الأمر بتنفيذ القانون خلال 30 يوماً التالية لإحالاته إلى الحكومة بعد تمام الموافقة عليه.

يُنَشَرُ القانون الذي صدر الأمر بتنفيذه، بالجريدة الرسمية للملكة، خلال أجل أقصاه شهر ابتداء من تاريخ ظهير إصداره".

فالإصدار هو أمر إظهار من رئيس الدولة بأن القانون قد استوفى مراحله الدستورية وأصبح تنفيذه واجباً على أعضاء السلطة التنفيذية¹⁰.

فالملك عند ممارسته لحق الإصدار فيما يتعلق بالمعاهدات التي يُؤَاقَقُ عليها بقانون يمكنه أن يرفض القانون القاضي بالموافقة من حيث المبدأ على المعاهدة الدولية وله أن يطلب قراءته قراءة جديدة وذلك وفق الفصل 95 من الدستور.

وأول مراحل التنفيذ تتمثل في نشر القانون حتى يتحقق العلم به هو النشر بالجريدة الرسمية وهو الإجراء الرسمي والوحيد والذي يكتسي حجية قانونية في التطبيق أم القضاء الدولي والوطني.

¹ مصطفى والقاضي، المعاهدات الدولية في المغرب وفق مستجدات دستور 2011، مرجع سابق، ص 81.

² إدريسي مولاي هشام، المعاهدات الدولية: قراءة في الفصل 31 من الدستور المغربي، مرجع سابق، ص 98.

³ Hassan Zouaoui, la fabrication royale de la constitution – étude comparative entre les con. De 1996 et de 2011, séminaire sur « Constitution Marocaine 2011 : Nouveautés et Perspectives », CERHSO, le 20 et 21 Avril 2012 à Oujda, p. 112.

⁴ نجيب الحجيوي، سمو المؤسسة الملكية في المغرب – دراسة قانونية -، مرجع سابق، ص 205.

⁵ مصطفى والقاضي، المعاهدات الدولية في المغرب وفق مستجدات دستور 2011، مرجع سابق، ص 82.

⁶ عبدالعزيز لعروسي، التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: ملاءمات قانونية ودستورية، مرجع سابق، ص 142.

⁷ Hamid Rbii, La place de la convention internationale dans la nouvelle constitution : cas des conventions des droits de l'Homme, Najib Ba Mohammed, La parlement dans la constitution de 2011, extrait du livre « La nouvelle Constitution de Royaume du Maroc », publications de la revue Marocaine d'administration locale et développement, 2014, p. 333.

⁸ مصطفى والقاضي، المعاهدات الدولية في المغرب وفق مستجدات دستور 2011، مرجع سابق، ص 82.

⁹ البشير المتاني، إشكالية توزيع السلطة في النظام الدستوري والسياسي المغربي: قراءة في مستجدات دستور 2011، ندوة حول "الدستور الجديد 2011: وثيقة جوهريّة للانتقال الديمقراطي في المغرب؟"، 29 نوفمبر 2012م، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، عدد 40-2013، ص 167.

¹⁰ علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية - الإبرام - الشروط الشكلية - الشروط الموضوعية - البطالان - الآثار والتطبيق والتفسير -، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى 1995 م، 201.

- المعاهدات التي تتعارض مع الدستور:

بالإضافة إلى أن الفصل 55 قد ميز بين أنواع المعاهدات التي تحال على المصادقة الملكية وتلك التي تستوجب موافقة البرلمان¹، فقد ميز أيضاً بين نوعين من المعاهدات وذلك بتوظيف معيار التعارض مع مضمين الدستور، فإذا كانت المعاهدة المزمع المصادقة عليها لا تخالف الدستور ولا تلزم مالية الدولة فمصادقة الملك هنا تكون مباشرة، أما إذا كانت مقتضيات المعاهدة الموضوعية رهن المصادقة عليها لا تتفق مع نصوص الدستور وتوجد في حالة اختلاف مع الدستور، فإن المصادقة عليها لا تتم إلا بعد تعديل أحكام الدستور طبقاً لمسطرة المراجعة الواردة في الباب الثالث عشر.

ويتضح من خلال المستجدات التي جاء بها دستور 2011م فيما يخص هذا النوع من المعاهدات أن المشرع المغربي قد حسم إلى حد ما مسألة حدوث تعارض بين المعاهدات وخالفها للدستور.

إلا أنه وعند قراءة الفقرة الأخيرة من الفصل 55 يتضح أنها لم تحسم بعد في أم أولوية القانون الدولي في التطبيقات عند تعارضه مع التشريع الداخلي، بقدر ما زادت الأمر لبساً بحيث قيدت من الرقابة الدستورية على المعاهدات، بحيث جعلت من دور القاضي الدستوري دوراً ثانوياً بحيث لا يحق له التدخل من تلقاء نفسه عندما يكون هناك مقتضى يخالف الدستور بقدر ما هو يعود للأشخاص التاليين:

- ✓ الملك.
- ✓ رئيس مجلس النواب.
- ✓ رئيس مجلس المستشارين.
- ✓ سمس أعضاء مجلس النواب.
- ✓ ربع أعضاء مجلس المستشارين.

وعليهم إحالة أحكام المعاهدة على أنظار المحكمة الدستورية حتى تنظر في مدى مطابقة أحكام المعاهدة لأحكام الدستور، وعليه ومن نص الفقرة الأخيرة يتضح التالي: وهو أن الدفع بعدم دستورية المعاهدات لا يعني بتاتاً جميع المعاهدات التي يصادق عليها الملك، بل فقط تلك المعاهدات التي تستدعي قبل المصادقة عليها موافقة البرلمان نظراً لأن الأشخاص الموكول لهم إحالة المعاهدة على أنظار المحكمة الدستورية إلى جانب الملك هم تقنياً يشغلون وظائف في البرلمان المغربي.

ثانياً: ممارسة اختصاصات الملك في مجال المعاهدات الدولية وإشكالية التطبيق:

الفقرة الأولى: تقييم سلطات الملك مباشرة طبقاً للفصلين 31 و 55 من دستوري 1996م و 2011م على التوالي:

نص الفصل 31 من دستور 1996م على " يوقع الملك المعاهدات ويصادق عليها غير أنه لا يصادق على المعاهدات التي ترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة إلا بعد الموافقة عليها بقانون، تقع المصادقة على المعاهدات التي يمكن أن يتكون غير متفقة مع نصوص الدستور بإتباع المسطرة المنصوص عليها فيما يرجع لتعديله ". أما بخصوص الفصل 55 من دستور 2011م فقد نص على " يعتمد الملك السفراء لدى الدول الأجنبية والمنظمات الدولية، ولديه يُعتمد السفراء وممثلوا المنظمات الدولية .

يوقع الملك على المعاهدات ويصادق عليها غير أنه لا يصادق على معاهدات السلم أو الإتحاد، أو التي تهم رسم الحدود ومعاهدات التجارة، أو تلك التي ترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة، أو يستلزم تطبيقها اتخاذ تدابير تشريعية، أو بحقوق وحرية المواطنين والمواطنات، العامة أو الخاصة، إلا بعد الموافقة عليها الموافقة بقانون. للملك أن يعرض على البرلمان كل معاهدة أو اتفاقية أخرى قبل المصادقة عليها.

إذا صرححت المحكمة الدستورية، إثر إحالة الملك أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين، أو سمس أعضاء المجلس الأول أو ربع أعضاء المجلس الثاني الأمر إليها، أن التزاماً دولياً يتضمن بنداً يخالف الدستور فإن المصادقة على هذا الالتزام لا تقع إلا بعد مراجعة الدستور ".

وعليه فيالنسبة للفصل 31 فالملك له الحق بالمصادقة على جميع المعاهدات ما عدا تلك التي تلزم مالية الدولة، إلا أنه هناك إشكالية مطروحة على مستوى نوع المعاهدة، فعند قراءة مصطلح " تلزم مالية الدولة " يتبادر إلى الذهن المعاهدات الاقتصادية والتي تدخل في نطاقها معاهدات التجارة، الاستثمارات، التهريب الضريبي ... إلخ، إلا أن هناك أنواعاً أخرى من المعاهدات التي قد تكون ليست اقتصادية إلا أنها تلزم مالية الدولة مثل معاهدة تسليم المجرمين بين الدول ومعاهدات التعاون في عدد من المجالات²، ومن هنا يمكن القول أن المعاهدات تقريباً تلزم مالية الدولة وتؤثر على اقتصادها وليس المقصود هنا هو المعاهدات الاقتصادية بل معظم المعاهدات الدولية.

أما بالنسبة للمعاهدات التي تكون غير متفقة مع نصوص الدستور فتقع مراجعة الدستور قبل المصادقة عليها، وطبقاً للفصل 103 من دستور 1996م فللملك ومجلس النواب ومجلس المستشارين حق اتخاذ المبادرة قصد مراجعة الدستور، أما بالنسبة للفصل 55 من دستور 2011م فقد زاد من صلاحية البرلمان للموافقة على المعاهدات الدولية حيث أصبحت الموافقة البرلمانية ضرورية بالنسبة للمعاهدات المنصوص عليها في الفصل 55، إضافة إلى أنه يبقى للملك حرية عرض أي معاهدة على البرلمان بالإطلاع على الفقرة الأخيرة من الفصل السابق فإن مسطرة المصادقة على المعاهدات الدولية التي تكون غير متفقة مع نصوص الدستور قد تغيرت عن الدستور السابق، فالمحكمة الدستورية هي التي لها صلاحية التصريح على أن التزاماً دولياً يتضمن بنداً يخالف الدستور وعليه فإن المصادقة على المعاهدة لا تتم إلا بعد مراجعة الدستور³.

إضافة إلى ذلك فقد تغير النصاب القانوني بالنسبة لمجلسي النواب والمستشارين، فبعدم كان ربع أعضاء مجلس النواب أو المستشارين أصبح سمس أعضاء المجلس الأول وربع أعضاء المجلس الثاني.

وعليه فإن هناك سؤال مهم يجب طرحه: من الناحية الدستورية هل يجوز للملك المصادقة مباشرة على المعاهدة بعد التأكد من أنها ملزمة مالية الدولة قبل الحصول على موافقة السلطة التشريعية؟

وللإجابة على هذا السؤال فإن هناك ثلاثة آراء فقهية تحدث عنها شارل روسو في كتابه المعاهدات⁴ وهي كالتالي:

¹ عادلة الورد، مكانة الاتفاقيات الدولية في الدستور المغربي في دستور 2011 بالمغرب مقاربات متعددة – مساهمة للكشف عن جديد الوثيقة الدستورية وتفعيل التنزيل السليم لمقتضياتها، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد الخامس، 2012م، ص 183.

² معاهدة الإتحاد للاتصالات السلكية واللاسلكية والمغرب عضو فيها.

³ الفقرة الأخيرة من الفصل 55 من دستور 2011م.

⁴ للتوسع أكثر يرجى الإطلاع على مقالة إدريس مولاي هشام، المعاهدات الدولية: قراءة في الفصل 31 من الدستور المغربي، مرجع سابق، ص 97.

1. إن عدم مراعاة الإجراءات الدستورية عند التصديق لا يؤثر في صحة المعاهدة من الناحية الدولية وذلك تأميناً للعلاقات بين الدول خصوصاً أن الدول المتعاقدة تتجنب التدخل في شؤون الدولة داخلياً وسياسياً¹.
 2. إن الدولة التي لم تراعى الإجراءات الدستورية فيجب عليها أن تلتزم بالمعاهدة.
 3. إن الدولة لا تنقيد بالمعاهدة التي لم تراعى في إبرامها لإجراءات الدستورية، فالمعاهدة لا تصبح لازمة إلا إذا روعيت في إبرامها الشروط الأساسية.
- إلا أنه وبالإطلاع على الفصلين 46 و 47 من اتفاقية فيينا 1969م يتضح أنه لا يجوز للدولة أن ترفض الالتزام بأي التزام دولي نظراً لأن ذلك الالتزام قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي خصوصاً في حكم الاختصاص بإبرام المعاهدة إضافة إلى ذلك فقد نصت المادة 47 "إذا كانت سلطة الممثل في التعبير عن رضا الدولة بالالتزام بمعاهدة ما خاضعة لقيد معين فلا يجوز الاحتجاج بإغفال الممثل مراعاة هذا القيد كسبب لإبطال ما عبر عنه من رضا إلا إذا كانت الدول المتفاوضة الأخرى قد أخطرت بالقيد قبل قيام الممثل بالتعبير عن هذا الرضا".
- أما دولياً فإن الدول وإن حصل وأبرمت معاهدة دون احترام نصوصها الداخلية فإنها لا تميل إلى إثارة إمكانية إبطال المعاهدة وذلك حتى لا تختل الثقة بين الدول².
- كانت هذه السلطات المباشرة للملك في مجال المعاهدات والتي تظهر من الوهلة الأولى أنها سلطات مقيدة، إلا أن ذلك غير صحيح وذلك واضح في فصول الدستور الأخرى والتي يمكن القول عنها أنها توضح اختصاصات الملك في مجال المعاهدات والمجالات الأخرى وإن كانت بشكل غير مباشر، وهو ما سيتم الحديث عنه تالياً.
- الفقرة الثانية: سلطات الملك الغير مباشرة في مجال المعاهدات:
- مع أن سلطات الملك واضحة في الفصل 55 بالنسبة للتوقيع والمصادقة على المعاهدات الدولية، بشكل مباشر محددة في أنواع معينة من المعاهدات، إلا أنه وبشكل غير مباشر فالملك له سلطات أخرى ضمن عدة فصول في دستور يوليو 2011م وهي كالتالي:
- الفصل 42:
- يعتبر الفصلين 41 و 42 هي نتاج عن الفصل 19 لدستور 1996م، فالفصل 42 ينص على "الملك رئيس الدولة، وممثلها الأعلى، ورمز وحدة الأمة، وضامن دوام الدولة واستمرارها، والحكم الأعلى بين مؤسساتها، يسهر على احترام الدستور، وحسن سير المؤسسات الدستورية، وعلى صيانة الاختيار الديموقراطي وحقوق وحرريات المواطنين والمواطنات والجماعات، وعلى احترام التعهدات الدولية للملكة.
- الملك هو ضامن استقلال البلاد وحوزة المملكة في دائرة حدودها الحقة.
- يمارس الملك هذه المهام بمقتضى ظهائر، من خلال السلطات المخولة له صراحة بنص الدستور.
- تُوَقَّع الظهائر بالعطف من قبل رئيس الحكومة، ماعدا تلك المنصوص عليها في الفصول 41 و 44 (الفقرة الثانية) و 47 (الفقرة الأولى والسادسة) و 51 و 57 و 59 و 130 (الفقرة الأولى) و 174".
- وعليه:
- الملك رئيس الدولة: يعني هو أعلى سلطة في الدولة دستورياً ودينياً وذلك من خلال مؤسسة إمارة المؤمنين المذكورة في الفصل 41 وعليه فهذا الترابط بين "إمارة المؤمنين" و "رئاسة الدولة" تجعل الملك على غرار الدساتير المغربية السابقة يتدخل في كل المجالات ويدون قيود بل وبالإضافة إلى ذلك فإنه يتحرك في الحقل السياسي كالأعب رئيسي يمكنه التحكم في قواعد اللعبة السياسية³.
 - ممثلها الأعلى: عند الإطلاع على الدساتير الليبرالية يتضح أن التمثيلية تبقى ضمن الاختصاصات الحصرية للبرلمان، في حين أن دستور 2011م ومن خلال الفصل 60 أعطى للبرلمان فقط مسؤولية النيابة عوض التمثيلية، وعليه فإن المؤسسة التشريعية وفق التصنيف الهرمي الدستوري في رتبة أدنى وأقل من المؤسسة الملكية.
 - يسهر على حقوق وحرريات المواطنين والمواطنات والجماعات: بما أنه رئيس الدولة وممثلها الأعلى فهو المسؤول الأول والمباشر عن حقوق شعبه.
 - فينتضح مما سبق أن الملك له سلطة أعلى من البرلمان في مجال "حقوق الإنسان" أي فيما يخص المواطنين والمواطنات وكذلك المعاهدات التي تخص هذا المجال دونما حاجة لتدخل السلطة التشريعية.
- الفصل 49:
- ينص الفصل 49 على "يتداول المجلس الوزاري في القضايا والنصوص التالية:
- مشاريع مراجعة الدستور، مشاريع القوانين".
- وبصفته رئيساً للمجلس الوزاري حسب الفصل 48 فإنه يتم تداول مشاريع القوانين بعد إحالة الحكومة لها على المجلس الوزاري لتبنت النظر فيها قبل إحالتها إلى البرلمان وعليه وعند التأمل في التاريخ الدستوري المغربي وذلك ابتداءً من أول دستور في 1962م ووصولاً للدستور الحالي 2011م يتبين وبشكل ملموس أن السلطة الملكية هي السلطة السائدة وفيما عداها من منشآت سواء أكانت حكومية أم برلمان ليست سوى مؤسسات مساعدة حيث يبقى الرأي الأول والأخير للملك⁴.
- الفصل 95:
- ينص الفصل 95 على "للملك أن يطلب من كلا مجلسي البرلمان أن يقرأ قراءة جديدة كل مشروع أو مقترح قانون.
- تُطلب القراءة الجديدة بخطاب، ولا يمكن أن ترفض هذه القراءة الجديدة".
- وعليه فإذا قام البرلمان بالتصويت على قانون ما - كمعاهدة مثلاً - وجد جديد على مستوى العلاقات الدولية أو السياسية بين أطراف المعاهدة ورأى الملك بضرورة إعادة النظر في تلك المعاهدة بعد تصويت البرلمان عليها فله أن يطلب وإجراء لاحق قراءة ذلك القانون قراءة جديدة ولا يمكن أن ترفض هذه القراءة الجديدة أي تصبح ملزمة قانونياً فور صدورها.
- الفصل 132:

¹ الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة.

² إدريس مولاي هشام، المعاهدات الدولية قراءة في الفصل 31 من الدستور المغربي، مرجع سابق، ص 97.

³ محمد الزهراوي، قراءة في الفصلين 41 و 42: ما بين إقرار الوظائف الدينية والتحكيمية للملك وإعادة إنتاج الفصل 19 من دستور 1996م، مجلة وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، عدد 58، خريف 2013م، ص 48.

⁴ عبد اللطيف حسني، الملكية المغربية سؤال المشروعية، مجلة وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، عدد 48، ربيع 2011، ص 2.

ينص الفصل 132 على " ... يمكن للملك وكذا لكل من رئيس الحكومة ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين وخمس أعضاء مجلس النواب، أربعين عضواً من مجلس المستشارين، أن يحيلوا القوانين أو الاتفاقيات الدولية قبل إصدار الأمر بتنفيذها أو قبل المصادقة عليها إلى المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور ... ". فبعد تصويت البرلمان على الاتفاقية الدولية للملك حق إحالة تلك المعاهدة على أنظار المحكمة الدستورية قبل إصدار ظهير المصادقة أو حتى قبل المصادقة عليها وذلك لتبت المحكمة في مطابقتها للدستور.

➤ الفصل 172:

ينص الفص 172 على " للملك ولرئيس الحكومة وللمجلس النواب وللمجلس المستشارين، حق اتخاذ المبادرة قصد مراجعة الدستور، للملك أن يعرض مباشرة على الاستفتاء، المشروع الذي اتخذ المبادرة بشأنه " .

فمن خلال الفصول السابقة يتضح أن المشرع الدستوري قد منح الملك صلاحيات واسعة في ميدان التشريع وعليه يُستنتج ما يلي:

1. تمتع الملك بحق الاعتراض على القوانين:

بناء على الفصل 95 من دستور 2011م فإن حق الاعتراض على القوانين التي صوت عليها البرلمان يمارسه الملك عند تقديره أن القانون الذي وقعت عليه الموافقة غير ملائم وذلك لاعتبارات اجتماعية، سياسية أو غيرها، فالقراءة الجديدة هي كلفت نظراً أعضاء مجلسي البرلمان¹ إلى ما في تلك المعاهدة أو القانون من نقض أو تعارض، وطلب القراءة ينقرد به الملك ولا يوقع بالعطف من رئيس الحكومة.

2. إمكانية لجوء الملك إلى الاستفتاء:

إن تمتع الملك بحق الاستفتاء يعد مظهراً من مظاهر إنفرادة بالوظيفة التشريعية ويعتبر تجاوزاً للمؤسسة البرلمانية، والاستفتاء في النظام المغربي يحركها الملك متى شاء، حيث يلجأ إلى تحكيم الشعب بمقتضى ظهير شريف في شأن مشروع أو مقترح وذلك بعد قراءته قراءة جديدة.

ففي ظل العمل بالدساتير السابقة كان الاستفتاء يعتبر تهديداً للبرلمان بالحل إذا رفض مشروعاً وافق عليه الشعب² - وهو إختصاص ملكي - ، وعلى غرار الدساتير السابقة وحتى دستور 2011م فإنه لم يحدد الفترة التي تخول الملك اللجوء إلى الاستفتاء، فغياب تحديد المدة يعطي للملك سلطة تقديرية واسعة تمكنه من تقرير الاستفتاء متى شاء، وعليه فالأمة هي صاحبة السيادة وهذه السيادة يتم تنفيذها بواسطة الملك الذي يعطيها هذا الدور مباشرة بمقتضى ظهير وذلك طبقاً لأحكام الفصل الثاني من دستور 2011م، فالاستفتاء هو وسيلة هيمنة بيد السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية وليس تحويلاً لهذه الأخيرة بيد الشعب أو الأمة³.

3. إمكانية تحريك الفصل 42 من الدستور من طرف الملك:

لقد منح الملك اختصاصات هامة في ميدان التشريع وأهم اختصاص هو إمكانية سد الفراغ التشريعي الذي يمكن أن يحصل في الفترات الفاصلة بين الدورات التشريعية، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاختصاص تم الأخذ به لتبرير الممارسة التشريعية أثناء غياب البرلمان ذلك أنه غير منصوص عليه في الدستور ولا القوانين التنظيمية. وتحريك الفصل 42 يحصل لملاء الفراغ التشريعي كلما قدر الملك ضرورة تحريكه وهذا باعتباره أمير المؤمنين، وممثل الأمة الأسى وضامن استمرارية الدولة وحامي الدستور وبالتالي يمكنه أن يسد الفراغ التشريعي والمؤسساتي.

فالفصل 42 من الدستور يمنح الملك إمكانية التدخل في وجود المؤسسات أو غيابها ويوسع نفوذه ويجعله يحكم من خلال ثلاثة مجالات لها خصوصيات في النظام السياسي المغربي، حيث يقسم المجال الدستوري جزئياً مع مؤسسات أخرى، فالمجال السياسي مستوحى دستورياً والآخر مقيد بالقرآن والسنة.

المطلب الأول: إشكاليات تطبيق المعاهدات في ظل دستور 2011م:

لقد تأثرت حركة التشريع في العالم بالقانون الدولي، خصوصاً تلك الجوانب المتعلقة بالمعاهدات الدولية، وهو ما يستدعي الوقوف على دور المؤسسة التشريعية في مجال إبرام المعاهدات، ذلك أن مبدأ مشاركة البرلمان في إبرام المعاهدات هو لصيق بالتسلسل الديموقراطي والذي يقتضي أن يساهم ممثلو الأمة في القرارات الكبرى والتي ترتب مسؤوليات والتزامات جديدة على الدولة والتي ليست بالضرورة مرتبطة بتكاليف تلزم مالية الدولة⁴.

وعليه وفي ظل العمل بمقتضيات دستور 2011م فإنه يجب تفسير دور وحدود كلا السلطتين التنفيذية ممثلة بالملك والتشريعية ممثلة بالبرلمان وذلك في مجال المعاهدات، خصوصاً مع تعدد الآراء الفقهية حول حدود هذه السلطات وهو ما سيتم الحديث عنه في " المطلب الأول"، إضافة إلى ذلك فقد منح دستور 2011م الحق للمحكمة الدستورية سلطة الرقابة على دستورية وأهلية المعاهدة الدولية ومدى إمكانية تطبيقها على أرض الواقع في " المطلب الثاني".

المطلب الثاني: حدود السلطة الملكية في المصادقة على المعاهدات الدولية:

بعد اعتماد دستور 2011م كأعلى تشريع في البلاد وبدء العمل به وتطبيقه بدأ فقهاء القانون، بتفسير فصول الدستور المتعلقة بالمعاهدات الدولية، وكانت أغلب التفسيرات تتجلى حول تقلص أو زيادة دور كلا المؤسسات الملكية والبرلمانية في مجال المعاهدات فجُلَّ الكتابات حتى الآن وحتى الدراسات المنجزة إلى حد الساعة لم تتفق على رأي واحد لحدود سلطة كلا المؤسسات، ومجمل الآراء هي كالتالي:

1. الرأي الأول يقول بأن دستور 2011م جاء ليعطي البرلمان حقه في التشريع طبقاً للفصل 55.

2. الرأي الثاني يقول باستمرارية هيمنة المؤسسة الملكية على البرلمانية في مجال المعاهدات.

3. أما الرأي الثالث فيتحدث عن وجود توازن بين الاثنين، وهو ما سيتم الحديث عنه في فقرات تالياً.

الفقرة الأولى: توسيع صلاحيات البرلمان:

يعد النشاط الدبلوماسي من الأهمية بمكان بالنسبة للبرلمان المغربي⁵ وذلك إلى جانب الوظيفتين التشريعية والرقابية، وهو ما يمكن استنتاجه من خلال خطاب ملوك المغرب وذلك إبتداءً من خطابه - رحمه الله - الحسن الثاني عندما قال: " إن كنت سأواخذ عليكم شيئاً فسأواخذ عليكم عدم اهتمامكم بنشاط المغرب من الناحية الخارجية " ¹، إضافة إلى ذلك فهناك دعوة الملك محمد السادس للبرلمانيين إلى تقوية نشاطهم الدبلوماسي وذلك من أجل التعريف بالقضايا الوطنية لدى دول العالم².

¹ صبرية السخيري زروق، وظائف البرلمان في المغرب والأردن والكويت - دراسة مقارنة - ، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص - تونس، 2013، ص 68.

² الفصلين 72 و 75 من دستور 1972م.

³ صبرية السخيري زروق، وظائف البرلمان في المغرب والأردن والكويت - دراسة مقارنة - ، مرجع سابق، ص 73.

⁴ محمد لطرش، المعاهدات الدولية على ضوء الدستور المغربي 29 يوليوز 2011، مرجع سابق، ص 59.

⁵ السعيدة لدبس، السياسة الخارجية المغربية على عهد الملك محمد السادس تغيير أم إستمرارية؟، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا، 2006-2007، ص 25.

وعليه فالدستور المغربي جاء موسعاً مجال الموافقة بقانون على المعاهدات الدولية لعدد من المعاهدات لم تكن في السابق وهي المعاهدات المنصوص عليها في الفصل 55 في فقرته الثانية.³

وتكون موافقة البرلمان في شكل قانون يتكون من مادة فريدة بحيث يتم التعبير عن الموافقة في بضعة سطور على الشكل التالي:⁴

" مشروع قانون رقم 12-141 يوافق بموجبه على اتفاق الشراكة الإستراتيجية في مجال التنمية والتعاون الثقافي والتربوي والرياضي الموقع بالرباط في 03 أكتوبر 2012م بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية حيث يضم مادة فريدة تنص على ما يلي: يوافق على اتفاق الشراكة الإستراتيجية في مجال التنمية والتعاون الثقافي والتربوي والرياضي الموقع بالرباط في 03 أكتوبر 2012 بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية".⁵

فرغم أن الفريق القائل بتوسيع سلطة البرلمان في الموافقة على المعاهدات الدولية إلا أنه رأي خاطئ للأسباب التالية:

✓ إن الجهة المسؤولة والتي تعطي البرلمان الإذن بالموافقة هي الأمانة العامة للحكومة، وذلك باعتبارها صاحبة جل مشاريع القوانين التي تعرض على البرلمان، ذلك لأن مسطرة التصويت تكون بعد التوقيع على المعاهدة ترسل للأمانة العامة للحكومة والتي تناقش المعاهدات والاتفاقيات الدولية وذلك قبل عرضها على المجلس الوزاري (الفصل 92).

وفي حالة كانت المعاهدة تحتوي على مقتضيات تكلف ميزانية الدولة فإنها تعرض على المجلس الوزاري برئاسة الملك (الفصل 49) ثم تحال على البرلمان، أما إذا كانت لا تحتوي على مقتضيات تكلف ميزانية الدولة فإنها تعرض مباشرة على المصادقة الملكية، الشيء الذي يوضح أن البرلمان لا سلطة له في مجال المعاهدات سوى الموافقة وليس الإحالة.

✓ عند الحديث عن الموافقة البرلمانية في مجال المعاهدات فإنه لا يمكن تذكر أي سابقة برلمانية عن رفض البرلمان بإعطاء الإذن بالمصادقة على معاهدة، وعليه وحتى لو نظرياً تم توسيع مجال الموافقة البرلمانية على مجموعة من المعاهدات إلا أنه لم يتم تسجيل رفض البرلمان لمعاهدة ما، هذا وإن دل على شيء دل على أن موافقة البرلمان هي موافقة شكلية أو بمعنى أوضح هي شرفية، وعليه لا يمكن الحديث عن توسيع سلطة البرلمان بشكل جوهري كما هو مُرَوَّج له.

✓ لا يصوت البرلمان على المعاهدة مادة بمادة كما هو الشأن بالنسبة لمشاريع القوانين الأخرى ولا حق له في تعديل بنود المعاهدة أو إبداء تحفظات بشأنها وهو ما أكدته المادة 164 من النظام الداخلي لمجلس النواب لعام 2013م⁶ في فقرته الثانية " لا يصوت على مواد المعاهدة أو الاتفاقية الدولية ولا يجوز تقديم أي تعديل بشأنها " وهو ما أكدت عليه المادة 227 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين في فقرتها الثانية بنفس الصيغة⁷، ذلك لأن هذه المواد تكون نهائية بعد اعتمادها من جانب المفاوضين المغاربة بالتوقيع عليها⁸.

الفقرة الثانية: تفوق السلطة الملكية على السلطة البرلمانية:

عند الحديث عن السلطة الملكية يجب عدم إغفال أن سلطة الملك تُمارَس دستورياً باعتباره " أعلى سلطة في الدولة " و باعتباره " أمير المؤمنين " فكما سبقت الإشارة له سلط غير مباشرة في جميع ميادين التشريع.

فالاختصاص الملكي هو القاعدة سواء في التوقيع أو المصادقة⁹ وهو الذي يلزم المغرب على المستوى الخارجي، إضافة إلى ذلك فإن موافقة البرلمان على معاهدة ما لا تعني نهاية عملية التصديق بل يعني أنه تبقى للملك مطلق الحرية والسلطة التقديرية للمصادقة أم لا وهنا يكتشف بأن الاختصاص الملكي هو القاعدة والموافقة البرلمانية هي الاستثناء.

وأكبر دليل على ذلك نص المادة 164 من النظام الداخلي لمجلس النواب والتي توضح أن اختصاص البرلمان يقتصر فقط على إبداء رأيه بشأن المصادقة على المعاهدات التي تدخل ضمن نطاق صلاحياته، وعليه فإن رأي البرلمان في هذا النطاق يكون موضوع قبول أو رفض إعطاء الإذن بالمصادقة، والممارسة البرلمانية أثبتت أنه لا يوجد مثال واحد في التاريخ الدستوري المغربي يؤكد قيام مجلس النواب برفض إعطاء الإذن بالمصادقة وإن كانت مقتضيات النظام الداخلي تسمح بذلك¹⁰.

وعليه فإن استمرار البرلمان في القبول التلقائي لجميع الاتفاقيات المحالة عليه يؤكد دوره الشرطي في مجال السياسة الخارجية، إضافة إلى تخلي البرلمان عن ممارسة حقه في الرفض يعزز واقعياً هيمنة المؤسسة الملكية على مجال السياسة الخارجية وتحديد مجال المعاهدات الدولية وعليه فهذا يؤكد أن السلطة الملكية هي القاعدة والموافقة البرلمانية هي الاستثناء، إضافة إلى ذلك فإنه يمكن للملك أن يصادق على جميع أنواع المعاهدات الدولية دون مرورها على أنظار البرلمان وذلك بصفة قانونية في حالة كانت المعاهدة في صيغة " معاهدة ذات شكل مبسط".

الفقرة الثالثة: تكريس توازن بين السلطتين¹:

¹ كان هذا خطاب الملك الحسن الثاني - رحمه الله - والموجه إلى النواب وذلك بمناسبة إفتتاحه لدورة أكتوبر التشريعية سنة 1982م.

² خطاب الملك محمد السادس بمناسبة إفتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثالثة من الولاية التشريعية التاسعة.

³ Najib Ba Mohammed, La parlement dans la constitution de 2011, extrait du livre « La nouvelle Constitution de Royaume du Maroc », publications de la revue Marocaine d'administration locale et développement, 2014, p.105 – 112.

⁴ محمد لطرش، المعاهدات الدولية على ضوء الدستور المغربي 29 يوليو 2011، مرجع سابق، ص 71.

⁵ مشروع قانون رقم 12 – 142 يوافق اتفاق الشراكة الإستراتيجية في مجال التنمية والتعاون الثقافي والتربوي والرياضي الموقع بالرباط في 3 أكتوبر 2012 بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية، هذا المشروع تم دراسته بلجنة الخارجية والتعاون والدفاع الوطني والشؤون الإسلامي والمغاربية المقيمين بالخارج، حيث تم المصادقة عليه بمجلس النواب بتاريخ 2013/05/21م.

⁶ النظام الداخلي لمجلس النواب "كما أقره مجلس النواب في جلسته المنعقدة يوم الخميس 23 رمضان 1434 هـ الموافق لفاتح غشت 2013 م"، دورة أبريل 2013م، الولاية التشريعية التاسعة 2011 – 2016، السنة التشريعية الثانية 2012 – 2013.

⁷ النظام الداخلي لمجلس المستشارين، دورة أكتوبر 2013م، السنة التشريعية 2013 – 2014.

⁸ عبد الواحد الناصر، المشكلات السياسية الدولية - مشكلات التقاطع بين السياسة الدولية والقانون الدولي والتدبير الدبلوماسي -، مرجع سابق، ص 339.

⁹ نجيب الحجوي، سمو المؤسسة الملكية بالمغرب - دراسة قانونية -، مرجع سابق، ص 219.

¹⁰ محمد لطرش، المعاهدات الدولية على ضوء الدستور المغربي 29 يوليو 2011، مرجع سابق، ص 73.

يتحدث أنصار التوازن على أن دستور 2011م قد جاء موسعاً لصلاحيات البرلمان مع الاحتفاظ للملك بسلطة المصادقة نظراً لأنها من المجال المحفوظ له²، ذلك لأن البرلمان كان دائماً بعيداً في المساهمة في إبرام المعاهدات حيث تكلف السلطة التنفيذية للتفاوض إما من طرف وزير الخارجية باعتباره منسق العلاقات الخارجية لبلاده أو رئيس الحكومة.

ويركز المدافعون عن هذا الطرح على الفقرة الأخيرة من الفصل 55 والتي تعطي الحق لرئيسي مجلسي النواب والمستشارين أو سدس أعضاء المجلس الأول أو ربع أعضاء المجلس الثاني لإمكانية إحالة المعاهدات الدولية على أنظار المحكمة الدستورية لتبت في دستورتها وذلك عندما تتضمن المعاهدة نصاً يخالف الدستور.

حيث يعتبر هذا سلطة مفتوحة للبرلمان حيث مُنح إمكانية إحالة المعاهدة الدولية إذا ما لاحظ أن هناك بنداً في المعاهدة يخالف الدستور، وبما أنه لا يمكنه التصويت على المعاهدة مادة بمادة يمكنه إحالتها أنظار المحكمة الدستورية.

إذاً فمبدأ مشاركة البرلمان في إبرام المعاهدات الدولية مرتبط بالتقليد الديمقراطي الذي يقضي بأن يساهم ممثلوا الأمة في القرارات الكبرى التي ترتب التزامات ومسؤوليات جديدة على الدولة والتي ليست بالضرورة مرتبطة فقط بأنواع المعاهدات المذكورة في الفصل 55³.

خاتمة:

وختاماً لما سبق لقد تبين من خلال المعلومات السابقة أن موضوع المعاهدات الدولية في المغرب يرتبط ارتباطاً وثيقاً بدستور المملكة سواء من حيث أسلوب إدماجها في النظام القانوني الداخلي، أو من حيث مكانتها، أو من حيث شروط وكيفية إقرارها وتطبيقها داخلياً.

فمسطرة إقرار المعاهدات تتم من خلال مؤسستين الملكية والبرلمانية، حيث تعامل دستور 2011م في إطار التعاون والتوازن بين السلطات المسؤولة، فمع توسيع دور البرلمان في الموافقة على لائحة من المعاهدات بعدما كانت محصورة فقط في المعاهدات التي تلزم مالية الدولة، مع ما ثار من نقاش حول محدودية هذه المؤسسة حتى في ظل الإصلاحات السياسية والدستورية لسنة 2011م.

¹ محمد المكلف، مستجدات المعاهدات الدولية في دستور 2011 وإشكالات التطبيق في الدستور المغربي في دستور 2011 بالمغرب مقاربات متعددة – مساهمة للكشف عن جديد الوثيقة الدستورية وتفعيل التنزيل السليم لمقتضياتها، مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد الخامس، ماي 2012، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط، ص 177.

² عبد اللطيف بكور، دور المؤسسة الملكية في إحلال التوازن السياسي في المغرب، مرجع سابق، ص 234.

³ ميمون خراط، حقوق الإنسان في الدستور المغربي بين السمو الكوني والخصوصية الوطنية في الدستور المغربي في دستور 2011 بالمغرب مقاربات متعددة – مساهمة للكشف عن جديد الوثيقة الدستورية وتفعيل التنزيل السليم لمقتضياتها، مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط، العدد الخامس، ماي 2012م، ص 197.

الإختبار القضائي في السياسة العقابية المعاصرة

زكية مكدوفي

مقدمة

قطعت العقوبة أشواطاً مهمة من التطورات قبل أن يرسو بها الحال على ما استقرت عليه الآن، إذ كانت القاعدة الأم هي تنفيذ الجزاء العقابي بمجرد حدوث الاعتداء أو الخرق و الانتهاك لحق من الحقوق الفردية، بغض النظر عن المؤثرات الداخلية والخارجية للمجرم و الجريمة، فبمجرد ارتكاب الجريمة يقع الجزاء الجنائي انطلاقاً من مرتكزات العادات والتقاليد، وكذا الإنتساب الديني و المكانة الاجتماعية دون أي اعتبار لا لخطورة الجريمة ولا لشخصية الجاني و حرية اختياره. إلا أنه و بفضل التراكبات المعرفية و التيارات الفكرية المناهضة للقسوة و المكرسة لثقافة التوازن و الليونة في العقاب، تم تجاوز هذا المنطق الرياضي الجامد وكانت البداية مع المدرسة الوضعية، التي نادى بوجود تحديد العقوبة وفقاً للشخصية الذاتية للمجرم ليستمر فيما بعد الفكر الجنائي الحديث في رسم مسار سياسة عقابية شعارها التأهيل والإصلاح والاندماج، هذا بعد أن أبانت العقوبات السالبة للحرية عن عدم مفعوليتها خصوصاً منها القصيرة المدة، والتي أصبحت تخلق ارتباكاً على مستوى المؤسسات العقابية. ومن هذا المنطلق بدأ التفكير ينصرف إلى إعداد نظام أفضل يكفل تجنب إيداع المحكوم عليه في السجن بمنحه فرصة الإصلاح والتأهيل، ومن هذه الأنظمة نجد نظام الإختبار القضائي، الذي يعتبر بحق من أهم البدائل الحضارية التي اهتدى إليها الفكر العقابي قانونياً وواقعياً من أجل موازنة الإختلالات التي أصبحت تهدد السياسة العقابية المطبقة بشأن المؤسسات السجنية، وظاهرة الإكتضاض والتكدس داخل هته الأماكن المغلقة، وما يترتب عليها من تبعات تؤثر بقوة وبنائج سلبية على وظيفتها ومردوديتها، مما يفشل أية محاولة للإصلاح والاندماج، فازدياد معدلات الإجرام بشكل صاروخي، وغياب النسق العقابي، والغلو في إصدار العقوبات القصيرة المدة والمبالغ في الأمر بالاعتقال الاحتياطي، كلها أسباب تساهم في استفحال أزمة السجن وتفاقم وضعيتها، فكان الحل الموضوعي هو إعادة النظر في السياسة الجنائية والمنهجية العلمية والعملية المطبقة من طرف الأجهزة القضائية والتنفيذية، والتي تمخض عنها الإقتناع بفعالية البدائل العقابية والذي يعتبر الإختبار القضائي واحد من ضمنها، إذن فما هو مضمون هذا النظام؟ وماهي شروطه؟ وصوره؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال هذه الدراسة.

المحور الأول: الإطار القانوني لنظام الإختبار القضائي

أثار الإختبار القضائي جدلاً واسعاً بين أوساط الفقهاء من خلال أفكاره ومبادئه، شروطه ومضمونه، انطلاقاً من نظرة السياسة الجنائية للجريمة والمجرم والعقوبة بالنسبة لكل تشريع.

الفقرة الأولى: مضمون الإختبار القضائي

تثير الأنظمة العقابية الحديثة عادة الكثير من الصعوبات أثناء محاولة تعريفها وتحديد عناصرها والأسس التي تستند إليها، ومرد ذلك عدم انتشارها والإفتقار إلى المعلومات التفصيلية عنها، وبالتالي فإن محاولة التعرف على نظام الإختبار القضائي وفهمه وتحديد العناصر الأساسية له تستوجب منا التعرض ولو بصفة عامة إلى المحاولات العديدة التي بدلت في تعريفه من طرف أغلب الكتاب البارزين في علم الإجرام والعقاب. وهكذا فقد عرفه تشارلس تشوت ومار جوري بل، بأنه هو الطريقة التي يعامل بها المذنب أمام المحكمة والتي تفرج عنه بشروط تحددها مع تكليف ضابط الإختبار بالإشراف عليه وعلاجه.¹

أما القانون النموذجي الأمريكي الذي وضعته الجمعية القومية للإختبار القضائي والإفراج الشرطي في الولايات المتحدة الأمريكية، فقد عرفته على أنه الإجراء الذي تفرج المحكمة بمقتضاه عن متهم بعد ثبوت ارتكابه الجريمة سواء باعترافه أو بقرار إدانة

من غير الإيداع في السجن وذلك وفقاً لشروط تحددها المحكمة مع خضوعه للإشراف بمعرفة خدمة الإختبار القضائي.²

أما دونالد تالفت، فيعرفه على أنه هو تأجيل المحاكمة النهائية أو الحكم في قضية جنائية وبذلك تتاح للمذنب فرصة لتحسين سلوكه وتكييف نفسه مع المجتمع في الغالب بشروط تفرضها المحكمة وتحت إرشاد ورقابة موظف المحكمة هذا فيما يخص البالغين، أما الأحداث فيرى أنه نظام يشابه الإختبار القضائي للبالغين إلا أنه يتضمن إجراءات أقل في صفتها الصورية وبأنها إجراءات غير جنائية في طبيعتها وأبعد ما تكون من المظاهر الرسمية.³ ويعرفه وينفرد الكن، بأنه الوسيلة الوحيدة المباحة للمحاكم التي توفر إرادة واعية لإعادة التربية والتقييم دون حاجة إلى تحطيم الحياة العادية للمذنب ودون انتزاعه من البيئة الطبيعية لأسرته.⁴

ويعرفه مارك انسل المستشار في محكمة النقض الفرنسية، بأنه تدبير مقيد للحرية يتضمن إيقاف تنفيذ العقوبة التي لم تنفذ بعد واتخاذ نوع من المراقبة والمصاحبة بصورة خاصة بمساعدة تهييبية وإيجاد نوع من التلاؤم التام بين المجرم وفقاً للشروط التي ينص عليها القاضي في كل حالة هذه الشروط التي تعتبر قابلة للتعديل في المستقبل.⁵

أما على المستوى العربي عرفه الدكتور أحمد فتحي سرور، بأنه وسيلة لمعاملة المجرم أثناء مباشرة الخصومة الجنائية معاملة ملائمة بقدر شخصيته لا بقدر الجريمة التي ارتكبها.⁶

أما الدكتور محمود نجيب حسني، فقد عرفه بأنه نظام عقابي قوامه معاملة تستهدف التأهيل أساساً وتفترض تقييد الحرية عن طريق فرض التزامات والخضوع لإشراف شخصي فإن ثبت فشلها استبدل بها سلب الحرية.⁷

¹ - تشارلس تشوت ومار جوري بل، الجريمة والمحاكم والإختبار القضائي ترجمة محمود صاحب ط1 دار المعرفة القاهرة 1962 ص 25.

² - نضال ياسين الحاج حمو العبادي، الإختبار القضائي في السياسة العقابية المعاصرة دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات مصر والإمارات سنة النشر 2012 ص 60.

³ - دونالد تالفت، مبحث الجريمة المجلد الثاني ترجمة زكي سوس دار الكرنك للنشر القاهرة بدون سنة طبع ص 121.

⁴ - يس الرفاعي، الإختبار القضائي نشأته وأساسه وتطبيقه بحث مقدم للمركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بالقاهرة الى الحلقة الثانية لمكافحة الجريمة منشورات المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية القاهرة 1964 ص 7 8.

⁵ - صالح محسوب، الإفراج بشرط التجربة كطريقة لإصلاح الأحداث الجانحين في العراق تقرير مقدم الى الحلقة الدراسية الثانية للدول العربية حول مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين مجلة القضاء الثالثة السنة الخامسة عشر 1957 ص 364.

⁶ - أحمد فتحي سرور، نظام الإختبار القضائي في نظرية القانون وفي التشريع المصري تقرير الى الحلقة الثانية لمكافحة الجريمة التي أقامها المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية في القاهرة العدد الثاني سنة 1963 منشورات المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية مجلد خاص القاهرة 1963 ص 261. 262.

⁷ - محمود نجيب حسني، علم العقاب دار النهضة العربية ترجمة 2 القاهرة 1973 ص 565.

أما الدكتور يس الرفاعي، فقد عرفه بأنه أداة المعاملة وعلاج المذنبين المنتقن انتقاء خاصا وأنه يتكون من تعليق العقاب تعليقا مشروطا مع وضع المذنب تحت الرقابة الشخصية التي تتضمن المساعدة والتوجيه والعلاج الفردي.¹

بعد أن انتهينا من سرد هذه المفاهيم تبين لنا أنها متشابهة فيما بينها في الكثير من العناصر، مما يؤدي في الغالب إلى الوقوع في الخلط والإلتباس بينها وبين الكثير من أنظمة التفريد العقابية الأخرى، كإيقاف التنفيذ والإفراج الشرطي، وعليه يمكننا تعريف الاختبار القضائي بأنه نظام من أنظمة التفريد القضائية، وأسلوب من أساليب المعاملة العقابية الحديثة، يطبق في حق عينة من الجناة التي تنتفي فهم الخطورة الإجرامية ويتوسم فهم الإصلاح والتأهيل خارج الأسوار العقابية ويكون ذلك بتعليق الحكم تعليقا مشروطا خلال فترة معينة يخضع فيها المتهم للإشراف والتوجيه تحت سلطة المحكمة عن طريق شخص مكلف بذلك يعرف بضابط الاختبار القضائي.

الفقرة الثانية: شروط الاختبار القضائي

تباينت الرؤى واختلفت الإتجاهات بين التشريعات التي أخذت بنظام الاختبار القضائي بالنسبة لشروط تطبيق هذا النظام، مما انعكس على سلطة القاضي التقديرية في تقرير الوضع تحت الاختبار من عدمه، ومن هذه الشروط ما هو متعلق بالمحكوم عليه وهو ما يسمى بالشروط الذاتية ومنها ما هو متعلق بالجريمة وهو ما يسمى بالشروط الموضوعية ومنها ما هو متعلق بالالتزامات، وهذا ما سوف نتعرض له من خلال النقاط التالية:

1- الشروط الذاتية

تنادي السياسة الجنائية المعاصرة باتخاذ موقف جديد اتجاه الجاني يجب أن يتسم بالواقعية الإجتماعية، وأن يبتعد عن رد الفعل العقابي الذي اتسمت به السياسة الجنائية التقليدية، ويقتضي هذا الموقف الإعتداد بشخصية الجاني الذي يعد أهم دعائم هذه السياسة، فلا يكفي أن يحيط القاضي بالظروف الخارجية والإمارات القانونية وإنما يجب أن يمتد هذا العلم إلى تكوين الجاني الطبيعي وخلله النفسي وحالته العقلية وظروفه الإجتماعية، بما ينير طريق القاضي ويساعده على اتخاذ قراره بمنح الوضع تحت الاختبار من عدمه، استنادا إلى معيار موضوعي يتحدد بمرتكي الجرائم غير العمدية، ومعيار شخصي يتحدد بمدى استعداد المتهم للاستفادة من الاختبار،² ومدى ما يلحق المجتمع من خطر خلال فترة الاختبار، ولقد ذهب الأستاذ سندر لاند إلى أنه لتحديد هذا المعيار يجب على القاضي أن يجيب عن الأسئلة التالية قبل الحكم بالاختبار.

هل يحتاج المتهم إلى الإشراف والمساعدة ليلاءم ظروف المجتمع؟ وما مدى استفادته من هذا الإشراف وهذه المساعدة؟ وما هي الخطورة التي تلحق المجتمع خلال فترة الاختبار؟³

وبما أن الاختبار القضائي نظام من أنظمة التفريد القضائي، فإن الأصل أن يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة وبحرية تامة عند تقريره لهذا المقتضى، ولا يعتمد على معايير محددة وجامدة عند اختيار الأشخاص المناسبين لهذا التدبير. لكن ومع هذا نجد أن القوانين التي تأخذ بهذا النظام تختلف في ما يخص القيود التشريعية التي يستوجبها الوضع تحت الاختبار، فمنها ما تستوجب رضا المتهم وهذا هو حال قانون العدل الإنجليزي الذي اشترط رضا المتهم⁴، أما في قانون ولاية إلينوى وقانون ولاية كاليفورنيا الأمريكيتين اشترط ضرورة تقدم المتهم أو محاميه بطلب رسمي للمعاملة بالاختبار القضائي.⁵ بينما اشترط قانون العقوبات الألباني، على القاضي أن يأخذ تعهدا صريح من المحكوم عليه بالمحافظة على حسن السلوك والخضوع للشروط والالتزامات المفروضة عليه.⁶

أما فيما يخص عدم الحكم على المتهم سابقا، فنجد أن هناك بعض التشريعات من لم تشترط خلو السجل الإجرامي للمتهم كالقانون الهولندي والقانون الدانمركي والقانون الإنجليزي⁷، بينما اتجه البعض إلى قصر تطبيق هذا النظام على المجرمين المبتدئين كالقانون النرويجي والقانون السويدي والقانون الألماني⁸، لكن نرى أنه إذا كان الأصل في نظام الاختبار القضائي هو إعطاء الفرصة للمخطئ لإصلاحه وتقويمه بعيدا عن جذران المؤسسة السجنية فإنه من الأصوب وانسجاما مع التوجهات الحديثة للسياسة العقابية أن تعطى مثل هذه الفرصة حتى للعائدين من المجرمين لاحتمال إصلاحهم مادام الوضع تحت الاختبار يستند إلى دراسة شخصية المتهم ومدى خطورته الإجرامية.

2- الشروط الموضوعية

إذا كانت جسامه الجريمة المرتكبة يمكن عدها إماره قانونية على مدى خطورة المتهم وعدم صلاحيته للوضع تحت الاختبار، فإن هذا الإستنتاج ليس حاسما مالم تتأيد هذه الخطورة عن طريق بعض الإعتبارات والقرائن الأخرى التي يسترشد بها القاضي لتقرير وضع المتهم تحت الاختبار القضائي،⁹ من مثل حالته العقلية والصحية وعوامل انحرافه وماضيه الإجرامي وظروفه الإجتماعية،¹⁰ التي يستخلصها من ملف الشخصية والبحث السابق على الحكم، وهذا ما يبرر حياد القاضي في تطبيقه الاختبار القضائي بعيدا عن أية معايير قانونية خاصة، لكن مع ذلك اتجهت بعض القوانين في اتجاه وضع معايير قانونية لإختبار الجريمة التي يجوز الحكم من أجلها بالوضع تحت الاختبار، ومن خلال استقراءنا لهته التشريعات تبين لنا أنها تحتكم إلى اتجاهين بصدد تحديد الجرائم التي يجوز للقاضي أن يقرر الوضع من أجلها تحت الاختبار:

الإتجاه الأول: يظهر هذا الإتجاه في قوانين بعض الولايات المتحدة الأمريكية التي تسمح للقاضي بتطبيق الاختبار القضائي على جميع المتهمين الذين يحكم عليهم بالسجن لمدة لا تزيد على عشر سنوات، بينما حدد قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الجرائم التي يجوز تطبيق الوضع تحت الاختبار بشأنها بالجرائم المعاقبة

1 - يس الرفاعي، مرجع سابق ص 87.

2 - أنظر في هذا المعنى نضال ياسين الحاج حمو العبادي مرجع سابق ص 241.

3 - تشارلس تشوت و مار جوري بل، مرجع سابق ص 212.

4 - أنظر في هذا المعنى يس الرفاعي مرجع سابق ص 46.

5 - تشارلس تشوت ومارجوري بل مرجع سابق ص 211.

6 - محمد المنجي، الاختبار القضائي أحد تدابير الدفاع الإجتماعي ط 1 منشأة المعارف الإسكندرية 1982 ص 378.

7 - أحمد فتحي سرور، الاختبار القضائي دراسة مقارنة منشورات المركز القومي للبحوث الإجتماعية المطبعة العالمية بدون سنة طبع القاهرة ص 176.

8 - محمد المنجي، مرجع سابق ص 376.

9 - أحمد فتحي سرور، الاختبار القضائي دراسة مقارنة مرجع سابق ص 179.

10 - سمير الجتزوري، السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة المجلة الجنائية القومية العدد الأول المجلد 11 آذار 1968 ص 183.

بالحبس لمدة لا تزيد على خمس سنوات، أما القانون الأثيوبي فقصر تطبيق هذا النظام على الجرائم المعاقبة بالغرامة أو العمل الإلزامي أو الحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات.¹

الاتجاه الثاني: تطبيقه جل قوانين الولايات المتحدة الأمريكية والتي تتجه إلى إطلاق سلطة القاضي في تحديد الجرائم التي يجوز الحكم من أجلها بالوضع تحت الاختبار القضائي، مع استثناء بعض الجرائم الجسيمة، بحيث كانت ولاية رواد أيلند هي أول ولاية حددت الجرائم التي يعامل مرتكبها بالاختبار القضائي وهي الخيانة العظمى والقتل والإغتصاب وحرق الممتلكات وسرقة المنازل، أما ولاية كاليفورنيا² فقد بدأت بعدم فرض أية قيود على سلطة المحكمة ولكنها وضعت فيما بعد أطول قائمة للجرائم المستثناة من تطبيق هذا النظام، أما بمقتضى المادة 24 من قانون الإجراءات السوداني فيجوز للقاضي الحكم بالاختبار القضائي في جميع الجرائم ماعدا المعاقب عليها بالإعدام بالنسبة إلى مرتكبي تلك الجرائم من الذكور الذين لا تزيد أعمارهم على إحدى وعشرين سنة والإناث عموماً.³

بالرغم من إقرارنا لإيجابيات هذا النظام على مستوى السياسة العقابية والمساهمة في تخفيف السائكة السجنية، وبالرقي بأهداف العقاب من الثأر والانتقام، الذي كان سائدا في السياسة العقابية التقليدية إلى التأهيل والإصلاح وإعطاء الفرصة الثانية للجاني والذي لا نرى فيه من مانع من الأخذ به في التشريع المغربي، فإنه ومع ذلك ومن وجهة نظرنا لا يمكننا هدر اعتبارات الردع العام خصوصاً في الجرائم الخطيرة، على حساب الردع الخاص الذي يتمثل في الإصلاح، ومن هذا المنطلق نرى أنه إذا ما قرر المشرع المغربي تبني هذا النظام الحدائي، أن يعتمد إلى الأخذ بالاتجاهين السالفين وذلك بقصر تطبيق الاختبار القضائي على الجرائم المعاقبة بالحبس والغرامة مع استثناء بعض الجرائم الجسيمة.

من حيث الالتزامات

إذا كان الاختبار القضائي حلاً عقابياً معاصراً، وبدلاً حضارياً لإصلاح المجرمين، فإنه لا بد لكي يؤدي وظيفته الإصلاحية والتقويمية أن تأطره مجموعة من الالتزامات التي تعد بمثابة قيود على حرية المحكوم عليه خارج جدران المؤسسة العقابية، تمكن من معرفة شخصية الجاني والعوامل التي أدت إلى ارتكابه الجريمة ولقد تجاذب هذه الالتزامات ثلاثة اتجاهات داخل المنظومات العقابية التي تأخذ به،

الاتجاه الأول: يتمتع فيه القاضي بسلطة تقديرية واسعة إذ أنه يختار الالتزامات المناسبة الذي يقدر ملائمتها لحالة كل متهم موضوع تحت الاختبار دون التقيد بالالتزامات معينة.⁴

الاتجاه الثاني: يستفرد فيه القانون بتحديد الالتزامات على سبيل الحصر بحيث لا يسمح للقاضي الإضافة إليها وإن كان يسمح له بالحذف منها إن رأى أن لا حاجة لها ونذكر من هذه الالتزامات:⁵

1- دفع الغرامة سواء دفعة واحدة أو على أقساط

2- الإقامة في حدود مكان معين

3- الابتعاد عن الأماكن ذات السمعة السيئة

الاتجاه الثالث: يتضمن هذا الاتجاه التزامات أساسية والتزامات ثانوية على سبيل الخيار، يحددها القانون على سبيل الحصر لتطبيقها على الشخص الموضوع

تحت الاختبار، كما يمتاز هذا الاتجاه بمنح القاضي إمكانية إضافة أي التزام يراه مجدياً في تأهيل الشخص المدان.⁶

بالرغم من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في مجال تفريد العقوبة حسب النوازع الداخلية والخارجية للمجرم بما يخدم صالحه، إلا أنه لا يجب أن يطلق له العنان في التحكم في حياة الأفراد بصفة تعسفية من قبيل الالتزامات التي تمس الحريات العامة مثل حرية الرأي والعقيدة إلى غيرها، لذا نرى أنه من الأنسب استفراد القانون بحصر هذه الالتزامات والقيود وتمكين القاضي بتطبيق المناسب منها لشخصية المدان استناداً إلى قواعد التفريد وملف شخصية المحكوم عليه.

المحور الثاني: صور الاختبار القضائي

تنوع صور الاختبار القضائي تبعاً للفترة الزمنية التي يصدر، فيها والوقت المناسب الذي يتحقق فيه الغرض منه، وبرجوعنا لمختلف التشريعات التي تأخذ به تبين لنا أن الاختبار القضائي يتخذ الصور التالية وهو ما سوف نعالجه في الأتي ذكره.

الفقرة الأولى الاختبار القضائي في مرحلة الاتهام

يتجلى مضمون هذه الصورة في استفراد النيابة العامة بتقدير مدى ملائمة رفع الدعوى الجنائية ضد المتهم بالرغم من اقتناعها بثبوت التهمة عليه، فتعتمد إلى وضع المتهم تحت الاختبار القضائي قبل تحريك الدعوى الجنائية ضده، فإذا نجح في الاختبار تترك الدعوى الجنائية لتسقط بالتقادم، أما إذا فشل وأخل بمراعاة الشروط والالتزامات المفروضة عليه عمدت النيابة العامة إلى تحريك الدعوى العمومية ضده.⁷

وتعتبر بلجيكا أول البلدان التي أخذت بهذه الصورة حتى سميت بالتجربة البلجيكية، حيث أنه في سنة 1946 قام النائب العام لمحكمة الإستئناف الأستاذ هيرمان بيكار، دون الإستناد إلى نص تشريعي خاص إلى تطبيق تجربة الاختبار القضائي عن طريق تعليق السير في الإجراءات الجنائية خلال فترة الوضع تحت الاختبار، ومن أجل إمام ممثلي النيابة العامة بمبادئ الاختبار القضائي الواجب إتباعها صدر بتاريخ 26 شباط سنة 1946 منشور دوري يفسر المبادئ والشروط على النحو التالي.⁸

1- أن تتضمن الدعوى العامة جريمة معاقب عليها بعقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز الخمس سنوات.

2- أن يقر المتهم بارتكابه الجريمة.

3- أن يكون غير محكوم عليه بجريمة سابقة.

4- أن يوافق المتهم على الوضع تحت الاختبار.

¹ - تشارلس تشوت ومارجوري بل، مرجع سابق ص 119 .

² - تشارلس تشوت ومارجوري بل، مرجع سابق ص 119 .

³ - انظر محمد معي الدين عوض القانون الجنائي مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في التشريعين المصري و السوداني المطبعة العالمية القاهرة 1963 ص 995.

⁴ - تشارلس تشوت ومارجوري بل، مرجع سابق ص 226.

⁵ - عبد الوهاب حومد شرح قانون الجزاء الكويتي القسم العام جامعة الكويت بدون سنة طبع ص 389.

⁶ - يس الرفاعي مرجع، سابق ص 71.

⁷ - أنظر يس الرفاعي، المرجع السابق ص 71.

⁸ - محمد المنجي، مرجع سابق ص 242 .

اذن فما توفرت هذه الشروط وتبين للنياية العامة جدوى وضع المتهم تحت الإختبار، تأمر بإجراء البحث السابق لشخصية المتهم، ثم تتقدم للقاضي بالتماس تطلب فيه وضع المتهم تحت الإختبار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، فإن وافق القاضي على الإلتماس تقوم بتبليغ شروط الإختبار لكل من المتهم وضابط الإختبار الذي يعهد إليه بمساعدة المتهم والإشراف عليه.

من خلال اطلاعنا على هذه التجربة تبين لنا تشكل خرقا سافرا على أحد الحقوق الأساسية التي تركزها جل التشريعات المعاصرة، وهي مبدأ قرينة البراءة المفترضة في المتهم، فكيف يعقل إدانة المتهم إدانة صورية تعرج به إلى تقييد حريته ولو خارج السجن بدون حكم قضائي تتوافر فيه الضمانات التي كفلها الدستور، وقررتها القوانين والمتمثلة في خضوعه للإجراءات التي ينظمها القانون الكفيل، إذ أنه حتى ولو كان الإختبار القضائي حلا عقابيا في البيئة المفتوحة إلا أنه ينطوي على تقييد حرية المتهم بمجموعة من القيود التي تؤثر ولو على جزء بسيط من حياته وكل هذا في غياب ضمانات المحاكمة العادلة وهدر مبدأ البراءة المفترضة في حقه.

الفقرة الثانية: الإختبار القضائي في مرحلة المحاكمة

يتخذ نظام الإختبار القضائي في مرحلة المحاكمة الصورتين التاليتين قبل صدور قرار الإدانة وبعد صدور قرار الإدانة.

الصورة الأولى: الإختبار القضائي قبل صدور قرار الإدانة

تتضمن هذه الصورة بدورها حالتين فقد يكون الأمر الصادر من المحكمة بوضع المتهم تحت الإختبار القضائي أثناء المحاكمة وقبل صدور قرار الإدانة قبل ثبوت إدانته، أو بعد ثبوتها، إلا أنه في الحالتين يتعين على المحكمة أن تأمر بهذا التدبير قبل أن يصدر منها حكم بالإدانة.

الحالة الأولى: يصدر فيها الأمر بوضع المتهم تحت الإختبار القضائي قبل ثبوت إدانته، ولقد طبقت هذه الحالة أربع ولايات أمريكية، وهي ماساشوسيتس، كنتاكي ماريلاند، ووردايلند ونفس المسار سارت عليه المحاكم الأمريكية العليا بالنسبة للأحداث الجانحين.¹

الحالة الثانية: يصدر فيها الأمر بوضع المتهم تحت الإختبار القضائي بثبوت إدانته وقبل الحكم بها، ولقد طبقت إنجلترا في قانون الإختبار القضائي للمجرمين وفي قانون الأحداث.²

الصورة الثانية: الإختبار القضائي بعد صدور قرار الإدانة

بعد استيفاء المتهم لكافة إجراءات المحاكمة وصدور القرار بالإدانة تصدر المحكمة تبعا لذلك قرار الوضع تحت الإختبار القضائي بحيث تصدره كتدبير مستقل غير تابع للحكم بعقوبة معينة.³ إذ أنه ومن بعد إدانته ينفذ من العقاب في البيئة المغلقة مقابل مجموعة من الإلتزامات والشروط التي يجب أن يتقيد بها. وقد أخذ المشرع المغربي بصورة مشابهة لهذه الصورة فيما يسمى بإيقاف تنفيذ العقوبة، إذ من بعد ثبوت إدانة المتهم وتقدير العقوبة المناسبة له في سلم الجرائم تأمر المحكمة بوقف تنفيذها بشرط ألا يرتكب المحكوم عليه جريمة أخرى خلال مدة معينة، وإذا كنا نعتز بأهمية هذا النظام على مستوى السياسة العقابية الحديثة من حيث نظرتها إلى الجريمة والمجرم وأبعاد العقاب، إلا أننا نرى أنه من الصور الكلاسيكية والتدابير ذات الطابع السلي في المعاملة العقابية التي تتمثل في إعطاء المتهم فرصة لإصلاح نفسه بنفسه دون أدنى عون يقيه من عثرته التي أوقعته أولا في هاوية الجريمة هذا بعكس الإختبار القضائي، الذي يعد ذا طبيعة إيجابية في المعاملة العقابية يستند إلى تقديم الدعم والمساعدة من طرف موظف مؤهل لذلك قانونا، لذا نأمل من مشرعنا المغربي وهو في إطار إصلاح القانون الجنائي أن يعيد النظر في مقتضى إيقاف تنفيذ العقوبة إما بالجمع بينه وبين الإختبار القضائي، أو بإخضاع المستفيدين منه للرقابة الإجتماعية والتوجيه السلوكي من طرف المختصين في هذا المجال من أجل إنجاح مخطط الإصلاح والتأهيل الذي تعتمد عليه السياسة الجنائية في نضرتها المستقبلية.

الفقرة الثالثة: الإختبار القضائي كتدبير تكميلي

يتصف الإختبار القضائي في هذه الصورة بكونه تدبيرا تكميليا للحكم بالعقوبة المقررة مع وقف تنفيذها، ويتمثل بأن ينطق القاضي بحكم الإدانة والعقوبة المقررة ثم يأمر بوقف تنفيذها ووضع المتهم تحت الإختبار القضائي، فإذا اجتاز فترة الإختبار بنجاح اعتبر حكم الإدانة كأن لم يكن، أما إذا فشل أثناء فترة الإختبار نفذت فيه العقوبة المحكوم بها.⁴ وينطوي الأساس القانوني لهذا النظام على جانبين الجانب الموضوعي والجانب الإجرائي، فمن الناحية الموضوعية يعتبر إيقاف التنفيذ الأساس الموضوعي لهذه الصورة فلا يجوز للمحكمة أن تصدر حكما بوضع المتهم تحت الإختبار القضائي مالم تكن قد أصدرت حكما بالعقوبة مشمولة بوقف التنفيذ، أما من الناحية الإجرائية فالأساس القانوني له يرجع إلى مبدأ وحدة الفصل في الخصومة الجنائية، ذلك المبدأ الذي حرصت الدول الأوربية على الإبقاء عليه في التشريعات اللاتينية، فهي لا تفرق الفصل بين مرحلي الإدانة والعقوبة في اللحظة التي تقرر فيها الإدانة. أما من حيث الإختبار القضائي فهو كتدبير تكميلي ليست له الصفة العقابية إذ أنه تدبير علاجي الهدف من ورائه يكمن في مد يد العون والمساعدة للمتهم الموضوع تحت الإختبار عن طريق توجيهه وإصلاحه والعودة به إلى أحضان المجتمع مواطننا صالحا متجاوزا معه.⁵

الفقرة الرابعة: الإختبار القضائي بعد الحكم بالعقوبة المشمولة بالنفاذ

تضافرت الجهود بفرنسا من أجل إدخال صور الإختبار القضائي للبالغين إليها، ويرجع الفضل في ذلك إلى الجمعيات المتطوعة من مثل الجمعية العامة للسجون والتشريع الجنائي، والمجلس الأعلى للإدارة العقابية الذي يعمل كهيئة استشارية لوزارة العدل الفرنسية، وعلى اثر ذلك كون المجلس الأعلى لجنة من تسع أعضاء لدراسة التدابير الإصلاحية والتي من بينها اقتراح الإختبار القضائي للبالغين، إذ ولدت هذه التجربة في مقاطعة تولوز الفرنسية وعرفت بالتجربة الفرنسية لنظام الإختبار القضائي على يد النياية العامة ثم ما لبثت أن امتدت إلى مقاطعات ليل ومول وهارس وستراسبورغ⁶ ويتلخص مضمونها في أن المحكمة عندما تصدر حكما بالحبس لمدة أو لمدد لا تزيد في مجموعها عن سنة تقوم النياية العامة باعتبارها الجهة المسؤولة عن تنفيذ الأحكام بتقدير ملائمة تنفيذ عقوبة الحبس، إذ بعد الإطلاع على ملف شخصية المحكوم عليه، وأخذ رأي رئيس لجنة مساعدة المفرج عنهم أن تقرر تعليق تنفيذ العقوبة وأن تضع المتهم تحت الوضع تحت الإختبار بعد إعلام رئيس اللجنة السابقة بهذا القرار لكي يدعو المحكوم عليه ويحصل منه على موافقة كتابية بتطبيق الوضع تحت الإختبار، ليتم فيما بعد تعيين مندوب للمساعدة ومراقبة النشاط لمدة سنتين، فإذا برهن المحكوم عليه عن تحسن سلوكه تقوم النياية العامة بالتماس العفو عنه أو ترك العقوبة تتقادم بعد مرور خمس سنوات.⁷ وينهض الأساس القانوني

¹ - عبد الجبار عريم، الطرق العلمية الحديثة في إصلاح وتأهيل المجرمين والجانحين بحث في نظرية الإصلاح المعاصر ط3 مطبعة المعارف بغداد 1977 ص319.

² - نضال ياسين الحاج حمو العبادي، مرجع سابق ص110.

³ - أنظر في هذا المعنى محمد المنجي المرجع السابق ص249.

⁴ - انظر احمد فتحي سرور، الإختبار القضائي دراسة مقارنة مرجع سابق ص63 محمود نجيب حسني المرجع السابق ص583.

⁵ - انظر محمد المنجي المرجع السابق ص256.

⁶ - يس الرفاعي المرجع السابق ص81.

⁷ - نضال ياسين الحاج حمو العبادي، مرجع سابق ص123 124 أنظر كذلك محمود نجيب حسني مرجع سابق ص580.

للتجربة الفرنسية على الحيلة القانونية التي صورت للنياحة العامة أن من يملك تنفيذ الحكم الجنائي يملك عدمه أيضا، إذ اعتمادا على هذا التصور اعتقدت النيابة العامة أن تجربتها لا تمس سلطة المحكمة في إصدار الأحكام ولا تمس بحجيتها، وأنها لا تتجاوز في تعديل النظام الإداري في تنفيذه.¹

بعد أن انتهينا من سردنا لمختلف صور الإختبار القضائي ارتأينا ترجيح صورتين نأمل أن يأخذ بهما المشرع المغربي إذا ما قرر الأخذ بهذا النظام :
الصورة الأولى: في مرحلة المحاكمة كتدبير مستقل، والثانية كتدبير تكميلي مضاف إلى العقوبة الموقوفة التنفيذ، إذ أنه بالنسبة للصورة الأولى، نرى أنه يمكن أن تدعم إرادة التأهيل والإصلاح لدى المتهم من أنه يبقى خلال فترة الإختبار في حالة شك من احتمال الحكم عليه بسلب الحرية إذا أخل بإحدى الالتزامات المقررة مما يجعله حرصا على التقيد بالشروط المفروضة عليه.

الصورة الثانية: وهي الأخذ به كنظام تكميلي للحكم بالعقوبة الموقوفة، فنرى أن من شأن ذلك أن يخلق تكامل وانسجاما بين النظامين بما يعمل على تحقيق المعالجة العقابية من إصلاح وردع وتأهيل.
خاتمة

إذا كانت العقوبة شر لا بد منه، فإنه يجب التعامل معها بقدر ماتسببه من ألم و حرمان، اعتداء و انتهاك، سواء لحرية الجاني أو لحق الضحية والمجتمع وفق قالب متكامل يحضر فيه الجانب الإصلاحي والجانب الردعي، المضمون الأخلاقي والاعتبار الإنساني، لخلق نوع من التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة فما الجدوى من عقاب الجاني في الوسط المغلق إن كان بالإمكان إصلاحه بالوسط المفتوح وهو ما ينطبق على موضوع دراستنا الذي خلصنا من خلاله :

على أن الإختبار القضائي هو أسلوب من أساليب المعاملة العقابية الحديثة التي ترمي إلى إعادة الإصلاحي والتأهيل وتأطير سلوكيات الفرد بما يدمجه في حظيرة المجتمع خارج أسوار المؤسسات السجنية، وهذا ما ينسجم مع اتجاهات السياسة العقابية المعاصرة في نظرتها لفلسفة الحق في العقاب. ونظرا لما يحققه هذا النظام من إيجابيات على مستوى تخفيف السكينة السجنية والرقى بأهداف العقاب من الثار والانتقام إلى الإصلاحي والإدماج، نأمل من مشرعنا المغربي وهو على أبواب إصلاح القانون الجنائي أن يحجز له مكانا ضمن بنوده، من أجل تخفيف الضغط على المؤسسات العقابية والتقليل ما أمكن من تبعات العقوبات السالبة للحرية، وكنتيجة لقناعتنا الخاصة والتي تكونت لنا اثر دراسة هذا الموضوع نقترح :

- الأخذ بنظام الإختبار القضائي للبالغين والأحداث
- الإعتداد في تطبيق الإختبار القضائي بشخصية المتهم وإجراء البحث السابق على الحكم عن طريق إيراد نصوص تأخذ بصيغة وجوبية بالفحص الطبي والنفسي والعقلي والاجتماعي للجنة في مرحلة التحقيق الابتدائي تحت إشراف وسلطة قاضي التحقيق دون التقيد بنوع وجسامة الجريمة أو صفة المتهم
- توفير الموارد البشرية الكافية والمؤهلة لإنجاح هذا النظام من ضباط الإختبار القضائي وفنيين وأطباء واجتماعيين
- استثناء بعض الجرائم الخطيرة من تطبيق الإختبار القضائي كالاغتداء على أمن الدولة الداخلي والخارجي جرائم المخدرات إلى غيرها من الجرائم الخطيرة لكي لا يصبح الإختبار القضائي مرادف للبراءة.

¹ - احمد فتحي سرور، المرجع السابق ص 74.

تطور آليات تنفيذ سياسات الدول الداخلية في مجال حماية البيئة

اناس بندوز

حاصل على الدكتوراه في القانون العام

- جامعة محمد الخامس - الرباط

كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية - أكادال-

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 ، وباتت من اهتماماتها الأساسية في الوقت الراهن للحد من خطورة التلوث الذي تتعرض له البيئة ، نظرا للتهديد 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 سياساتها 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.

أولا: 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 اهتماماتهم ، 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 المتمثل غالبا في أداء غرامات مالية ، وتتحدد 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 الانبعاثات : 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 البنزين ، 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.
- يعد 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 المؤسساتية 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

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.

فمن خلال تنظيم بيئي رادع، يمكن للحكومات أن تخفف مؤسستها بطريقة غير مباشرة للبحث عن أساليب وطرائق إنتاج ذات فعالية بيئية أعلى، لكن هذا التنظيم البيئي لن يكون فعالاً إذا كانت قدرة الحكومات على الرقابة ضعيفة، 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 وبتكلفة أقل على المجتمع بالاعتماد على ما يسمى بـ "قوى أوآليات السوق"، ولذلك تعرف أيضاً هذه المجموعة من التدابير بالحوافز الاقتصادية أو الأدوات المعتمدة على السوق. وهناك نوعان من أدوات التحفيز الإقتصادي نتجا عن اختلاف المقاربتين اللتين اعتمدهما كل من الخبراء 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 وتدخل 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 لفارق 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 الاجتماعية التي يتحملها المجتمع نتيجة التلوث، وحتى يتحقق ذلك يجب أن يتم تقييم التكلفة الاجتماعية 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 بحیطة 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. ويعتقد بعض المتخصصين في الإقتصاد البيئي والسياسة البيئية على رأسهم عالم الإقتصاد الإنجليزي "غاريت هاردن GARRET HARDIN" في نظريته الشهيرة "مأساة المشاع"³ 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 ثم يعتبرون أن تحديد حقوق الملكية والانتفاع 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 ELINOR 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.⁴

يستند هذا النوع من التدابير الاقتصادية إلى إنشاء حقوق ملكية على السلع البيئية أي خصوصية موارد الطبيعة وإحداث أسواق لتداول هذه السلع، هذا التداول يحدد لها سعراً 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 للإنبعاثات 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 معاقبة 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 الملوثات يجب تحقيقه، لكن توزيع الأعباء على مختلف الأطراف المعنية يتم من خلال السوق الذي يتم فيه تداول حقوق التلوث.⁵

ثالثاً: على مستوى المقاربات الطوعية

تعتبر المقاربات الطوعية الجيل الثالث من آليات السياسة البيئية، وهي عبارة عن مبادرات تسمح للمؤسسة الإنتاجية بإظهار أدائها البيئي الفعال، كما تشجع التنظيم الذاتي للقطاعات الاقتصادية، 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 - 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.

³ - "مأساة المشاع" هو مصطلح اقتصادي يستعمل في معظم الأحيان فيما يتصل بالتنمية المستدامة، الربط بين النمو الإقتصادي وحماية البيئة، وكذلك في النقاشات حول ظاهرة الاحتباس الحراري.

⁴ - أنظر هشام الزيات، "الإدارة البيئية: الإدارة والمفاهيم الأساسية"، مرجع سابق ص: 81.

⁵ - يشار هنا إلى أن قواعد التوزيع الأولى لحقوق التلوث هي من اختصاص السلطة العمومية.

- 1- الأنظمة الطوعية العمومية : هي عبارة عن دفاتر شروط تعدها السلطات العمومية ويمكن للمؤسسات أن تنخرط فيها بشكل طوعي وفردى مقابل الاستفادة من "التوصيف البيئي" أي العلامة البيئية لمنتجاتها، ويمكن لدفاتر التحملات هذه أن تتعلق بالأداء البيئي، التكنولوجيا أو طرائق الانتاج المنتهجة ، كما تمكن "الوكالات الوطنية للمعايرة" المؤسسات التي تستجيب لمطالباتها 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 الأجل المحدد ، وبالمقابل تتعهد السلطات العمومية بعدم إصدار تشريعات جديدة (رسوم، معياربيئي إجباري) وتقوم بمراقبة مدى احترام القطاع لبند الاتفاق.
- 3- الاتفاقيات الخاصة بين المؤسسات الملوثة وضحايا التلوث: هي عقود تبرم بين مؤسسة أو عدة مؤسسات انتاجية وتلك الأطراف المتضررة من انبعاثاتها الملوثة (العمال، السكان، مؤسسات مجاورة، جمعيات محلية ، جمعيات حماية البيئة ، نقابات، تنظيمات مهنية)، وينص العقد على بحث برامج لإدارة البيئة أو وضع آليات لإزالة التلوث.
- 4- الالتزامات أحادية الجانب للمؤسسات: تتمثل في إعداد المؤسسة الانتاجية 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 انتاج 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 الإنتقال 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 والإجتماعي القائم.

المساطر الكفيلة بحماية الغير في قانون المسطرة المدنية

ذ/ هشام المراكشي
دكتور في الحقوق
محام بهيئة الرباط سابقا
إطار بالمحافظة العقاري

مقدمة :

إذا كانت قوانين الموضوع تلعب دورا كبيرا في تحديد ما للأفراد من حقوق و التزامات ، فإن القواعد الإجرائية تعتبر هي قطب الرحى لوصول الأفراد إلى حقوقهم و حماية مراكزهم القانونية ، و في مقدمة هاته القواعد الإجرائية نجد قانون المسطرة المدنية ، الذي ضمنه المشرع مجموعة من المقتضيات التي تسمح لأطراف الخصومة بحماية مراكزهم القانونية ، و إذ كانت الخصومة كما هو معلوم قد لا تقتصر على أطرافها ، بل تتعداها إلى طائفة الغير ممّا يجعل المركز القانوني لهاته الطائفة قد يتضرر من الخصومة عموما و أثناء تنفيذ الأحكام خصوصا ، و عيا من المشرع المغربي و على غرار التشريعات المقارنة¹ بهاته المسألة فإننا نجد قد أوجد مجموعة الآليات و المساطر لحماية المركز القانوني للأغيار في قانون المسطرة المدنية² ، و الغاية من كل هاته المساطر هي حماية طائفة الأغيار ، خصوصا إذا علمنا أن مفهوم الغير في قانون المسطرة المدنية له مفهوم خاص و مختلف عن الغير في مجال العقود³ و كذلك الغير في مجال الإشهار العقاري⁴ و المشرع المغربي نجده كان واعيا بهاته الإشكالية لهذا نجد لم يتصدى لتحديد مفهوم الغير ، باعتبار هذا الأخير له معان متعددة ، حيث يذهب الأستاذ الطيب برادة⁵ إلا أن الغير في التنفيذ له معنى خاص يختلف عن الغير في مجالات قانونية أخرى ، ونظرا لخصوصية الغير. فإن المشرع المغربي تفادى إعطاء مفهوم واحد له حتى داخل قانون المسطرة المدنية⁶ وبذلك يكون الغير ذو طابع نسبي إذ أن مفهومه قد يكون واسعا أو ضيقا حسب الحالات ، وقد اختلفت التعريفات الفقهية⁷ للغير في مجال التنفيذ.

إلا أن جلها ينطلق من مفهوم المخالفة للطرف فكل من ليس طرفا في الحكم الجاري بشأنه التنفيذ ولا ممثل ممن هو طرف فيه ومع ذلك فإن مصالحه ستأثر بسبب إجراءات التنفيذ الجارية⁸.

و عموما فإننا سنتطرق لمختلف المساطر التي أوجدها المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية لحماية الأغيار ، و هاته المساطر منها ما يستعمل أثناء سير الدعوى (الإدخال في الدعوى التدخل فيها مثلا) ومنها ما يتم استعماله بعد صدور حكم في الدعوى (تعرض الغير الخارج عن الخصومة) كما يمكن للغير في حالة التنفيذ على عقار مملوك له أن يمارس دعوى الاستحقاق الفرعي.

المطلب الأول : حماية الغير أثناء سير الدعوى

لم يعرف المشرع المغربي الدعوى⁹ ويعرف بعض الفقه المغربي¹⁰ الدعوى بأنها آلية قانونية وضعها المشرع لتمكين الأشخاص من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتوفير الحماية الوقائية لما يدعونه أو يتمسكون به من حقوق ومراكز قانونية ، وتجمع الدعوى¹¹ بين شخصين هما طرفا الدعوى ، يكون أحدهما في مركز المدعي والآخر في مركز المدعى عليه ، والحكم الصادر في هاته الدعوى يحوز حجية الشيء المحكوم به اتجاه طرفيه ، ولتجاوز مساوئ قاعدة نسبية الشيء المقضي به فإن التشريعات المقارنة ومن بينها التشريع المغربي أوجدت نظام إدخال الغير في الدعوى كوسيلة لجعل الغير طرفا في الخصومة¹² وبالتالي لا يفاجا بتنفيذ حكم في حقه لم يكن طرفا فيه وإدخال الغير في الدعوى¹³ يمكن أن يكون من طرف الخصوم أو من طرف المحكمة كما يمكن أن يكون هذا التدخل اختياريا من طرف الغير في هاته الدعوى.

¹- للتوسع في موضوع حماية الغير في القانون المقارن انظر

: Hakim Boularbah ; Charlotte Marquet Tierce opposition ; répertoire pratique du droit belge. et voir aussi Noureddine GHazouani , Le tiers et le proces civil , revue de jurisprudence et legislation , Tunis ; N 2 , 1997 .

²- للتوسع في هذا الموضوع انظر : عمر الشيك ، و سائل حماية الغير في قانون المسطرة المدنية المغربي ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة محمد الخامس الرباط ، كلية الحقوق أكادال ، السنة الجامعية 2014-2015 .

³- للتوسع في مفهوم الغير في مجال العقود انظر : محمد محروك مفهوم الغير في العقد - التحديد و الآثار - ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة محمد الخامس الرباط ، كلية الحقوق مراكش ، السنة الجامعية 2005-2006 . و انظر كذلك : صبري خاطر ، الغير عن العقد ، طبعة 1 سنة 2001 .

⁴- للتوسع في مفهوم الغير في مجال الإشهار العقاري انظر : Mohamed Elmerissi : Essai sur la notion de publicité foncière , étude de droit français et Marocain , Thèse de doctorat , université Paris , 1973 .

⁵- الطيب برادة: التنفيذ الجبري في التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق ، رسالة لنيل د.د.ع في القانون الخاص ، جامعة الحسن الثاني ، كلية الحقوق ، الدار البيضاء ، السنة الجامعية 1987 ثم نشرها سنة 1988 ، ص 53 .

⁶- يذهب الأستاذ المفضل الوالي إلى أن الغير في مجال التنفيذ يختلف مفهومه عن مفهوم الغير في مجال نسبية آثار الأحكام ، انظر رسالته: المبادئ العامة للتنفيذ ، رسالة لنيل د.د.ع جامعة الحسن الثاني ، كلية الحقوق ، الدار البيضاء ، السنة الجامعية 1984-1985 ، ص 62-63 .

⁷- للإطلاع على مختلف التعريفات الفقهية للغير في مجال التنفيذ ، انظر : حسن زرداني : صعوبة التنفيذ الوقتية في القانون المغربي والمقارن ، أطروحة الدكتوراه ، جامعة القاضي عياض ، كلية الحقوق ، مراكش ، السنة الجامعية : 2005-2006 ، ص: 185 .

⁸- في هذا الاتجاه ذهبت بعض الأحكام القضائية منها : أمر صادر عن محكمة الإقليمية للدار البيضاء سنة 1967 جاء فيه : وحيث من الثابت أن الشخص الذي لم يكن طرفا في الحكم أو السند المنفذ به يجوز له أن يعترض عن التنفيذ إذا تعدى إلى مال له عليه حق عيني أو مجرد وضع اليد ، وحيث أن المبدأ القانوني المتعلق بنسبية اثر الأحكام من جهة أخرى يفيد هذا المعنى وبالأخص الأحكام التي أريد بها تحقيق العدالة حفاظا على حريات الغير وأموالهم " . أمر منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 5 ، سنة 1968 ص 27 .

⁹- و ذلك على غرار مجموعة من التشريعات المقارنة التي لم تعرف الدعوى باستثناء القانون الفرنسي الذي تميز في هذا الصدد بوضعه تعريف للدعوى في قانون المسطرة المدنية الجديد .

¹⁰- عبد الوهاب المريني : دروس في القانون القضائي الخاص المغربي ، دار السلام ، الرباط ، ص: 125 .

¹¹- لقد ثار خلاف بين الفقه حول العلاقة بين الدعوى و الحق حيث يذهب بعض الفقه الفرنسي أن الدعوى هي الحق ذاته إذ يقع اندماج بينهما و يستحيل فصل أحدهما عن الآخر ، في حين يذهب فريق ثان و هو الراجح إلى القول بضرورة التمييز بين الدعوى و الحق لأنهما مستقلان عن بعضهما ، و هذا هو عين الصواب لأن سقوط الدعوى لا يسقط الحق . للإطلاع على مختلف هذه الآراء انظر : عبد الكريم الطالب ، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية ، طبعة 6 سنة 2012 .

¹²- يميز بعض الفقه بين الدعوى والخصومة حيث يعتبر أن الخصومة هي مجموع الإجراءات التي يقوم بها كل المتدخلين في النزاع من قضاة وخصوم. وأغيار والتي تهدف إلى تحقيق الحماية القضائية لموضوع الخصومة. انظر هذا التمييز عند أحمد مسلم : أصول المرافعات ، دار الفكر العربي ، مصر ، ص 313 .

ويرى بعض الفقه المغربي على هذا التمييز ويقول بأنه لا يستقيم الأخذ به في القانون المغربي حيث أن الدعوى هي الخصومة. انظر عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية. الطبعة السادسة 2012، ص:....

¹³- إن إدخال الغير في الدعوى له مجموعة من المبررات والدواعي لعل أهمها.

-نظام إدخال الغير في الدعوى يؤدي إلى علاج مساوئ قاعدة نسبية الشيء المحكوم به.

- إدخال الغير في الدعوى يترتب عليه تحيين تناقض الأحكام وتكرار المنازعات بالإضافة إلى أنه يتيح للمحكمة فرصة امتثال أشخاص الخصومة حماية للغير من نفس الخصوم. في الدعوى الأصلية وتواطئهم.

الفقرة الأولى: التدخل الاختياري للغير في الدعوى

إذا كانت هناك دعوى جارية في المحكمة ، وعلم بوجودها أحد الأشخاص من الغير وكانت له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في إشراكه فيها ، فإنه يحق له التدخل فيها ، وهذا التدخل يأخذ صورتين¹: إما أن يكون تدخل انضماميا أو تدخل أصليا

أولا: التدخل الانضمامي

يُعرف بعض الفقه² التدخل الإنضمامي هو مساندة لأحد طرفي النزاع و انحياز لدفاعه فيه و يكون التدخل انضماميا من الغير في الحالة التي يشارك فيها في الدعوى من أجل مؤازرة إحدى طرفيها وذلك عندما تكون مصلحة ذلك الخصم تتفق مع مصالح المتدخل³ كال كفيل الذي يكون من مصلحته حماية مصالح مكفوله. ويسعى هذا التدخل بالانضمامي أو التبعي لأن المتدخل لا يطلب شيئا لنفسه بصفة مباشرة وقد عبرت المادة 111 من ق م م عن ذلك بقولها: "يقبل التدخل الإرادي ممن لهم مصلحة في النزاع المطروح".

وقد أكد الفصل 377 من نفس القانون هذا الأمر عندما نصت على جواز تدخل كل شخص أمام محكمة النقض قصد تعزيز ادعاءات أحد الأطراف ، إذا كانت له مصالح مشاعة مع مصالح الطالب أو المطلوب ضده النقض ، و عليه و من خلال الفصل 377 من ق م م يمكن للغير التدخل أمام محكمة النقض لكن شريطة أن يقتصر تدخله على تعزيز ادعاءات أحد أطراف الدعوى سواء المدعي أو المدعى عليه و هو ما سبق أن أكدته المجلس الأعلى بتاريخ 41991 في إحدى قراراته و ممّا جاء فيه "إن التدخل الانضمامي أمام المجلس الأعلى لا يُعطي للمتدخل الحق في إثارة دفع لم يثيره الطرف المتدخل أو إضافة و سائل لم يشير إليها الطاعن في عريضة النقض التي قدّمها لذلك فإن الوسائل التي أثارها المتدخل في عريضته و التي لم يثيرها الطاعن تكون غير مقبولة لأنها و سائل جديدة "

و لا تتفق مع هذا القرار لأننا نعتقد أنه حُلّ الفصل 377 من ق م م ما لم يقوله ، فالفصل 377 من ق م م واضح و لم يُقيد حق الغير في التدخل في الدعوى أمام محكمة النقض إلا بشرطين و هما أن يكون هذا التدخل انضماميا و تكون للطرف المتدخل مصالح مشاعة⁵ مع الطرف المتدخل لفائدته .

ثانيا : التدخل الأصلي

التدخل الأصلي أو كما يصفه بعض الفقه التدخل الهجومي⁶ يكون عندما يعلم شخص من الغير بوجود دعوى قضائية تمس حقا له بصفة كلية أو جزئية ، حيث يستطيع التدخل من أجل المطالبة بما يدعيه من حقوق ، مثل في حالة رفع دعوى طلب الإبراد التكميلي يمكن للمؤمن القانوني أن يتدخل في الدعوى للمطالبة باسترداد ما دفعه في إطار دعوى التعويض عن حوادث الشغل أو كما رفع المكري دعوى طلب الإفراغ ضد المكثري الأصلي حيث يجوز للمكثري من الباطن طلب التدخل في الدعوى لحماية حقوقه ومصالحه المستقلة الناجمة عن عقد الكراء من الباطن.

ولقد نظم المشرع المغربي قواعد ممارسة التدخل الإرادي أمام القضاء بكيفية مختلفة من محكمة درجة إلى أخرى حيث أجازته في محاكم الدرجة الأولى مع مراعاة مقتضيات المادتين 112 و 113 من ق م م 7 فإنه قيده أمام محاكم الدرجة الثانية حيث لم يسمح به إلا ممن يكون له الحق في ممارسة طعن تعرض الخارج عن الخصومة وفقا للمادة 144 من ق م م 8 وهو ما أكدته القضاء غير ما مرة ، حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى ، " التدخل الإرادي مغول قانونا إلى من له مصلحة في النزاع المعروض أمام المحكمة وهو إما أن يكون انضماميا أو اختصاصيا يأخذ فيه المتدخل دور المدعي بحق له أن يقوم بطلبات مستقلة خاصة به إذا كان ممن لهم الحق في أن يستعملوا مسطرة التعرض الخارج عن الخصومة ولا تعد طلباته هاته من الطلبات الجديدة الممنوع تقديمها استئنافيا "9.

الفقرة الثانية: إدخال الغير في الدعوى .

إذا كنا رأينا في الحالة الأولى التدخل الاختياري للغير بناء على محض إرادته فإننا في هاته الحالة سننتقل للحالة المعاكسة ، بمعنى أن إدخال الغير في هاته الحالة لا يكون بمحض إرادته وإنما يفرض عليه ، وهنا يطرح علينا التساؤل التالي من له الحق في إدخال الغير في الدعوى هل أطراف الدعوى وحدهم أم أن المحكمة لها الحق في إدخال الغير في الدعوى؟

أولا : إدخال الغير في الدعوى من طرف أحد أطرافها

يمكن لطرفي الدعوى (المدعي أو المدعى عليه) أن يطلب إدخال الغير في هاته الدعوى ، ورغم الانتقادات التي تم توجيهها لهذا المبدأ¹⁰ على اعتبار أنه يجبر شخصا على الدخول في خصومة في وقت غير مناسب له فإن الفائدة من وراء إقرار هذا المبدأ أكثر من أضراره مما جعل أغلب التشريعات¹ تعمل على الإقرار به ، وهو ما

إدخال الغير في الدعوى قد يصبح وسيلة للمحكمة للإظهار الحقيقة وتحقيق العدالة .

عموما للتوسع في موضوع إدخال الغير في الدعوى وأثاره انظر :

-أحمد هندي: سلطة الخصوم والمحكمة في إخضاع الغير ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006.

أحمد مليحي: اختصاص الغير وإدخال ضامن في الخصومة المدنية ، دار النهضة العربية.

سعيد حريش : إدخال الغير في الدعوى في قانون المسطرة المدنية ، دراسة مقارنة ، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني ، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، البيضاء، السنة الجامعية، 2001-2002.

¹- محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قانون المرافعات في التشريع المصري والمقارن، المطبعة النموذجية، الجزء الثاني، ص: 365.

²- عبد العزيز حضري : استئناف الأحكام المدنية في التشريع المغربي ، الجزء الثاني أثار الاستئناف ، دار الأفاق المغربية للنشر و التوزيع طبعة 1 سنة 2009 ص 225 .

³- هناك بعض الفقه المصري يقول بأن التدخل في الدعوى يأخذ ثلاثة صور وهي: التدخل الانضمامي، والتدخل الأصلي، و التدخل الانضمامي المستقل،

انظر: فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، مطبعة جامع القاهرة ، 1987، ص: 325.

ولقد انتقد جانب كبير من الفقه المصري هذا الرأي معتبرين أن التدخل الانضمامي المستقل هو اقرب إلى التدخل الهجومي.

انظر مختلف مآته الآراء عند: خالد الحبيب: الطلبات العارضة في قانون المسطرة المدنية المغربي، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 4 ماي 2008، ص 91.

ونحن نعتقد أن هاته الصورة (التدخل الانضمامي المستقل) هي اقرب إلى التدخل الانضمامي بل هي جزء لا يتجزأ منه وهذا ما سبق وان قررته محكمة النقض المصرية، حيث جاء في إحدى قراراتها "إذا اقتضت تدخل طلبات التدخل على إبداء أوجه دفاع لتأييد طلبات اخضم الذي حصل الانضمام إليه ولم يطلب الحكم لنفسه يحق ذاتي يدعيه في مواجهة طرفي الخصومة، فإن التدخل على هذا النحو أيا كانت مصلحة المتدخل فإنه لا يعد تدخل مجوميا وإنما هو تدخل انضمامي.

⁴- قرار عدد 216 بتاريخ 1991/01/23 منشور عند عبد العزيز توفيق ، موسوعة قانون المسطرة المدنية و التنظيم القضائي ، الجزء الثالث طبعة 3 سنة 2011 ص 944.

⁵- للتوسع معنى المصالح المشاعة انظر : عمر الشكير ، و سائل حماية الغير في قانون المسطرة المدنية المغربي ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، م س ، ص 135 و ما بعدها .

⁶- عبد الوهاب المبرني: دروس في القانون القضائي الخاص ، م.س، ص: 152.

وانظر كذلك خالد حبيب ، الطلبات العارضة في ق م م المغربي ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية ، سلسلة الدراسات والأبحاث ، العدد 4، ماي 2008، ص: 89.

⁷- تنص المادتين 112 و 113 من ق م م على ما يلي:

م 112: "يجوز للمحكمة في حالة طلب إدخال الغير في الدعوى أن تحكم في الطلب الأصلي منفصل إذ كانت القضية جاهزة، أو أن تؤجله للبت فيه وفي طلب إدخال الغير في الدعوى بحكم واحد".

و 113: "لا يمكن أن يؤخر التدخل والطلبات العارضة الأخرى الحكم في الطلب الأصلي إذا كان جاهزا".

⁸- تنص المادة 144 من ق م م على ما يلي : لا يقبل أي تدخل إلا ممن قد يكون لهم الحق في أن يستعملوا التعرض الخارج عن الخصومة.

⁹- قرار صادر بتاريخ 1972/3/2 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 28 ، ص : 154

¹⁰- لقد عارض بعض الفقه الفرنسي بقوة مسألة إدخال الغير في الدعوى خاصة في المرحلة الإستئنافية حيث اعتبر هاته المسألة فيها اعتداء على قاعدة التقاضي على درجتين ، للتوسع في مختلف هاته الآراء انظر عبد العزيز حضري ، استئناف الأحكام المدنية في التشريع المغربي ، الجزء الأول ، م س ص 380.

أخذ به المشرع المغربي في المادة 103 من ق.م.م. ومن خلال مقتضيات الفصل 103 من ق.م.م. تستنتج مجموعة من الشروط وهي: أن يكون الخصم المراد إدخاله في الدعوى ممن كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها، ومعنى ذلك أن الإدخال لا يتصور إلا بالنسبة للأشخاص الذين كان من الممكن أن تنعقد بينهم الخصومة في أول الأمر إذ لا يجوز أن يكره على الدخول في الدعوى إلا من كان في الإمكان اختصاصهم عند رفعها ليقضى ضدهم في الحق المتنازع فيه.

2- أن لا يكون الخصم المراد إدخاله ممثلاً في الدعوى لأنه يتمثله فيها يكون الحكم حجة عليه وينعدم المبرر لإدخاله وبمفهوم المخالفة لهذا الشرط فإن الوكيل بإمكانه التدخل في الدعوى ما دام أنه لم يكن يمثل نفسه وإنما كان يمثل الغير، وهو ما سبق أن أكدته المجلس الأعلى حيث جاء في إحدى قراراته "من كان ينوب عن شخص بوكالة في دعوى فإنه لا يعتبر طرفاً مباشراً في تلك الدعوى وأن نيابته هذه لا تمنعه من حق التعرض الخارج عن الخصومة بصفته الشخصية على الحكم الذي أضمر بحقوقه هو" 3

3- أن يكون للغير المراد إدخاله مصلحة في الدعوى، وعلى ذلك يجوز لأحد طرفي الخصومة أن يدخل الغير في الخصومة، لأن هذا الغير المدخل لا تكون له مصلحة في ذلك، وعليه فإنه لا مجال لإدخال شخص في الدعوى ليبيدي بمعلوماته فيها وإنما يمكن في هاته الحالة استدعائه بصفته شاهداً عند إحالة الدعوى على التحقيق 4.

ثانياً: مدى سلطة المحكمة في إدخال الغير في الدعوى 5

من المبادئ المسلم بها في قانون المسطرة المدنية، مبدأ سيادة الخصوم 6 ومبدأ حياد القاضي 7، وعليه فدور القاضي إزاء الدعوى يكون سلبياً على نحو ما حيث يكتفي بالاستماع إلى المرافعات والإشراف على تبادل المذكرات إلى أن يكف الأطراف عن تقديمها، وبإسناد النظر إلى المحكمة في الفصل في القضية لصالح من كانت حجته قوية ودامغة 8.

وإذا كانت التشريعات المقارنة 9 قد تجاوزت هذا الفكر التقليدي الجامد فإن المشرع المغربي لم يصغ نصاً تشريعياً صريحاً يعطي للمحكمة إمكانية إدخال الغير في الدعوى ولقد ذهب بعض الفقه 10 إلى أن المشرع المغربي يسمح للمحكمة بإدخال الغير في الدعوى اعتماداً على بعض النصوص القانونية كالفصل 115 من ق.م.م. 11، ولقد تم انتقاد هذا الرأي بشدة من طرف بعض الفقه المغربي 12.

حيث اعتبروا أن هناك فرق بين إدخال المحكمة الغير في الدعوى وبين الحالة المنصوص عليها في الفصل 115 من ق.م.م. والتي لا تعدو أن تكون تصحيحاً للمسطرة أو استكمالاً لإجراءات التحقيق، ونحن نتبنى نفس الرأي ونعتقد أن الفصل 115 من ق.م.م. واضح ولا يحتمل التأويل فضلاً عن أن الفصل 115 ينسجم مع الفصل الأول من ق.م.م. الذي يجعل الدعوى لا تسمع إلا ممن له الصفة والمصلحة والأهلية وفضلاً عن هذا فالاستدعاء المنصوص عليه في الفصل 115 من ق.م.م. والذي توجهه المحكمة إلى من له الصفة، يتم توجيهه إلى الورثة بعد واقعة الوفاة وهؤلاء ليسوا أغيار بل هم خلف عام 13 لمتوفى والإشعار يوجه إليهم بصفته هاته وهذا ما سبق وأن قرره المجلس الأعلى في مجموعة من القرارات 14.

وإذا كنا نذهب مع الرأي القائل بأن المشرع المغربي لا يسمح للمحكمة باختصاص الغير في الدعوى فهذا لا يمنع أن نسجل بعض المرونة على المشرع المغربي وذلك من خلال التطور الذي حصل في التشريع المغربي من الرضا المطلق لفكرة إدخال الغير في الدعوى في قانون المسطرة المدنية القديم الملغى إلى المرونة التي ظهرت مع ق.م.م. لسنة 1974، والتي تعززت مع إصلاحات 1993 حيث نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من ق.م.م. على أن القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية يطلب عند اقتضاء تحديد البيانات غير التامة أو التي وقع إغفالها كعناوين المدعى عليه وتوقيع المقال وهكذا أصبحت المحكمة تتفادى أكثر ما يمكن الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم توفر البيانات الشكلية للمقال.

المطلب الثاني: حماية الأغيار بعد صدور الأحكام.

قد يحدث أن يصدر الحكم القضائي بين أطرافه دون ممارسة أحدهم لمسطرة إدخال الغير في الدعوى أو دون علم هذا الغير، بأن الدعوى ستؤثر على مركزه القانوني، وهنا تطرح التساؤل ما هي الوسائل المتاحة أمام الغير لتجنب اثر هذا الحكم على مركزه القانوني وعدم مساسه بحقوقه أو بممتلكاته، وعليه فإننا نجد

1- يذهب بعض الفقه المصري أن هاته التشريعات تنقسم قسمين أو مجموعتين مجموعة أفردت طريق طعن خاص لحماية الغير (الكويت - لبنان - بلجيكا) ومجموعة أخرى لا تفرد طريق طعن خاص وإنما تقر مجموعة من الوسائل لحماية الغير (مصر، سويسرا، كولومبيا) للاطلاع على هاته التشريعات وطرق حماية الغير انظر:

أحمد السيد صاوي: أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

2- ينص الفصل 103 من ق.م.م. على ما يلي: "إذا طلب أحد الأطراف إدخال شخص في الدعوى بصفته ضامناً أو لأي سبب آخر استدعى ذلك الشخص طبقاً للشروط المحددة في الفصول 37، 38، 39.

يعطى له الأجل الكافي اعتباراً لظروف القضية ومحل موطنه أو إقامته للحضور بالجلسة يمكن إدخال شخص في الدعوى إلى حين وضع القضية في المداولة، غير أنه يمكن للمدعي طلب تطبيق مقتضيات الفصل 106 إذا كان الطلب الأصلي جاهزاً وقت إدخال الغير".

3- قرار صادر بتاريخ 19/10/1985 منشور بمجلة المحامي عدد 8 ص 134.

4- محمد العشماوي: عبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني، ص 352.

5- للتوسع في هذا الموضوع انظر: خالد الحبيب، مدى سلطة المحكمة المدنية لإدخال الغير في الدعوى، مجلة الإشعاع، العدد 33، سنة 2008، ص: 115 وما بعدها.

6- يقصد بمبدأ سيادة الخصوم في النزاع المدني، هو أن هذا الأخير ملك للأطراف فهم الذين يرفعون الدعوى إلى القضاء، يرسمون معالمها ويتولون دفع إجراءاتها في كل لحظة ويملكون حق الدفاع كما أن لهم التنازل عنها، انظر نبيل اسماعيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2000، ص: 707.

7- يقصد بمبدأ حياد القاضي أن هذا الأخير يجب أن يبقى محايداً فعبء الادعاء والإثبات يقعان على الخصوم بشكل مباشر وفي الحدود التي رسمها القانون ويقع على القاضي مهمة تقدير هذا النزاع وإعطاء الوصف القانوني الذي ينطبق عليه، فليس له أن يضيف من عنده إلى موضوع الطلب أو سببه وقائع لم يستند إليها الخصوم أو عرفت خارج نطاق الخصومة.

ففي كل هذه الحالات يظل مبدأ الحياد مطلقاً لأن القاضي لو فعل ذلك لصار خصماً وهذا لا يجوز.

انظر: نبيل اسماعيل عمر: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات، المعارف الإسكندنرية، سنة 1989، ص: 14.

وانظر كذلك: أحمد مسلم: قانون القضاء المدني، المرافعات أو أصول المحاكمات، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1966.

8- سعيد حريش، إدخال الغير في الدعوى، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، م.س، ص: 82.

9- المادة 332 من قانون إجراءات الفرنسي

المادة 118 من قانون الإثبات المصري

10- الفكهاني وآخرون، التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، الدار العربية للموسوعات، طبعة 1، 1983، ص: 496.

11- ينص الفصل 115 من ق.م.م. على ما يلي: "يستدعي القاضي بمجرد علمه بوفاة أحد الأطراف أو بتغيير وضعيته بالنسبة إلى الأهلية سواء شفوياً أو بإشعار يوجه وفق الشروط المنصوص عليها في الفصول 37، 38، 39 من ليم الصفة في مواصلة الدعوى للقيام بذلك إذا لم تكن الدعوى جاهزة للحكم".

12- خالد الحبيب، مدى سلطة المحكمة المدنية لإدخال الغير في الدعوى، مقالته السابقة، ص: 115.

وانظر كذلك سعيد حريش رسالته السابقة، ص: 87 وما بعدها.

13- للتوسع في أحكام الخلف في التشريع المغربي انظر: أشرف جنوي، الخلف في العقد، بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية الحقوق مراكش، السنة الجامعية 2011-2012، خاصة الباب الثاني.

14- انظر القرار الصادر بتاريخ 19/4/1983 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 32 ص 16، والذي جاء فيه: "إذا توفي المستأنف كان على المحكمة أن توجه إلى ورثته إشعاراً لمواصلة الدعوى طبقاً للفصل 115 من قانون المسطرة المدنية".

وانظر كذلك القرار التالي: لما كان المستأنف قد توفي وأدلى محاميه أمام محكمة الاستئناف مما يثبت وفاته ووعده إرادته، فقد كان على المحكمة أن تطبق في القضية الفصل 115 من قانون المسطرة المدنية في مثل هذه الحالة بإشعار الورثة بمواصلة الدعوى، لأن تقضي بعدم قبول الاستئناف استناداً إلى الفصل 142 من نفس القانون".

قرار صادر بتاريخ 26/4/1992 منشور بمجلة ق.م.م. عدد 46، ص: 147.

أن المشرع المغربي وعلى غرار التشريعات المقارنة¹ أوجد مجموعة من الآليات داخل ق م م لحماية المراكز القانونية للأغيار بعد صدور أحكام قضائية ضارة بهم ولعل أبرز هاته الآليات تعرض الغير الخارج عن الخصومة (الفقرة الأولى) كما نجد أن المشرع المغربي سمح للغير الذي يدعى ملكية عقار محجوز ، أن يمارس بشأنه دعوى الاستحقاق الفرعي ، ويبقى التساؤل مطروحا ، هل يمكن للغير ممارسة صعوبة التنفيذ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعرض الغير الخارج عن الخصومة²

يعتبر تعرض الغير الخارج عن الخصومة طريقة من طرق الطعن الغير العادية³ والتي سمح بها المشرع للغير بالتعرض على الحكم الصادر في قضية ما والذي يؤثر في مركزه القانوني ويضر بحقوقه ، ولقد افرد المشرع المغربي لهذا الطريق من طرق الطعن الغير العادية⁴، ثلاثة مواد في ق م م هي (303-304-305) وأضاف إشارة أخرى في البند الأخير من المادة 379 من ق م م كما أشار إلى نفس الموضوع في المادة 729 من مدونة التجارة⁵.

و عموما فإننا سنتطرق إلى تعرض الغير الخارج عن الخصومة من خلال إبراز الشروط الواجب توافرها في المتعرض (أولا) ، وكذا الأحكام والقرارات القابلة لتعرض الغير الخارج عن الخصومة (ثانيا).

أولا: الأشخاص الذين لهم حق الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة.

ينص الفصل 303 من ق م م " يمكن لكل شخص أن يتعرض على حكم قضائي يمس بحقوقه إذا كان لم يستدع⁶ هو أو من ينوب عنه في الدعوى⁷ ". ويستفاد من هاته الصيغة أن تعرض الغير الخارج عن الخصومة ، لا يقدم من أحد أطراف الدعوى ، وإنما من الغير ، والغير حسب مضمون الفصل 303 من ق م م هو من لم يكن طرفا في الدعوى التي انتهت بالحكم المتعرض عليه ، لا هو شخصيا ولا بواسطة من ينوب عنه ولم يتدخل في الدعوى اختياريا أو أدخل ، و تأكيدا لهذا المعطى فقد جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف بالرباط " و حيث أن المتعرضة ذكرت في مقال تعرضها أنها لم تستدع للمرحلة الاستئنافية ممّا فوّت عليها فرصة الدفاع عن حقوقها ، و أن القرار المتعرض ضده أضرّ بها . و حيث أن من شروط الطعن بالتعرض عن طريق الغير الخارج عن الخصومة هو عدم استدعاء الطاعن لأية مرحلة من مراحل التقاضي و في كون الحكم المتعرض عليه مسّ بحقوقه و كونه أصبح نهائيا ، و حيث أن المتعرضة نفسها تقر بأنها استدعت للمرحلة الابتدائية و تقدّمت بمذكرة تمّ الجواب عنها و لم تتقدم للطعن بالاستئناف ضد الحكم الابتدائي الذي ردّ دُفعوها ممّا ينفي عنها صفة الأجنبي عن النزاع 8 . وهنا يطرح علينا التساؤل التالي ، ما موقع كل من الخلف العام والخلف الخاص بالنسبة لتعرض الغير الخارج عن الخصومة.

1) بالنسبة للخلف العام

بالرجوع إلى الفصل 451 من ق ل ع نجده جاء واضحا حيث يستفاد منه أن ورثة الشخص الهالك يمتنع عليهم الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة ، في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية التي كان الهالك طرفا فيها لأنهم كانوا حاضرين بسلفهم ، ولقد أكد القضاء هذا المقتضى حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى " لكن حيث إن الشخص الذي يجوز له أن يتعرض تعرض الخارج عن الخصومة هو الغير الذي لا يجوز أن يحتج بقوة الشيء المقضي به ضده ، وطبقا للفصل 451 من ق ل ع فإنه يشترط للدفع بقوة الشيء المقضي به إلى جانب وحدة الموضوع والسبب ووحدة الأطراف بأن تكون الدعاوى السابقة قائمة من نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة ويعتبر في حكم الخصوم الأشخاص الذين كانوا أطرافا في الدعاوى وورثتهم⁹. و عليه فالورثة لا يعتبرون غيرا و ذلك بصريح الفقرة الأخيرة من الفصل 451 من ق ل ع شريطة أن لا يكون هناك تدليس أو تواطؤ أو غش أثناء الدعوى الأصلية ، إذ في هاته الحالة يتصف الورثة بصفة الغيرية .

و تجدر الإشارة إلى أن تطبيق الفصل 451 من ق ل ع فيما يتعلق بمباشرة الخلف العام حقوق من انتقلت إليه منه مشروط بأن تكون تلك الحقوق قد انتقلت إليه بعد صدور الحكم¹⁰ ، و هو ما تواتر القضاء على تأكيده حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى¹¹ " الطاعنين لا يعتبرون خلفا للمحكوم عليه مادام العقار موضوع النزاع انتقل إلى مورثهم بالشراء قبل صدور الحكم باستحقاقه من يد الغير ، إذ لا يعتبر خلفا للمحكوم عليه إلا من تلقى الحق منه بعد الحكم " .

¹- للإطلاع على هاته الوسائل في التشريع المصري انظر: أحمد عبد العظيم بشندي، حماية الغير في قانون المرافعات ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة كلية الحقوق ، سنة 1990، خاصة الباب الثاني من القسم الثاني الذي خصصه لوسائل حماية الغير بعد صدور الحكم.
²- للتوسع في هذا الموضوع انظر : - عمر الشيكور : الشروط الموضوعية لتعرض الخارج عن الخصومة ، رسالة لنيل د د ع المعمقة ، جامعة محمد الخامس ، كلية الحقوق اكدال ، السنة الجامعية 2006-2007 . - سعاد الزروالي : دعوى تعرض الغير الخارج عن الخصومة ، رصد لمفهوم الغير و شروط ممارسة الطعن ، ، قانون المسطرة المدنية في العمل الفقهى والاجتهاد القضائي ، سلسلة الأعداد الخاصة عدد 1 سنة 2009 ، منشورات مجلة الحقوق المغربية .
³- للإطلاع على طرق الطعن في التشريع المغربي سواء العادية أو الغير العادية أنظر : - محمد السماحي : طرق الطعن في الأحكام المدنية والإدارية ، دراسة عملية مقارنة ، الطبعة 1 ، 1995 ، مطبعة الصومعة ، الرباط ، - الطيب بن لقدم : الطعون المدنية في التشريع المغربي ، الجزء الأول ، مطبعة وبيدك ، 1956 .
⁴- إلى جانب التعرض الغير الخارج عن الخصومة الذي يعتبر طريق غير عادي من طرق الطعن هناك الطعن بإعادة النظر هذا الأخير الذي يمارس من طرف أحد أطراف الدعوى في حالات معينة، يعكس التعرض الخارج عن الخصومة الذي يمارسها من طرف الغير فقط ، للتوسع في موضوع الطعن بإعادة النظر: أنظر: هشام عليوي: الطعن بإعادة النظر أمام المجلس الأعلى في المادة المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة محمد الخامس، اكدال، كلية الحقوق الرباط، السنة الجامعية ، 2006-2007.
⁵- تنص المادة 729 من مدونة التجارة على ما يلي: يتم التعرض وتعرض الغير الخارج عن الخصومة ضد المقررات الصادرة بشأن التسوية و التصفية القضائية و سقوط الأهلية التجارية بتصريح لدى كاتب ضبط المحكمة داخل أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ النطق بالمقرر القضائي أو نشره في الجريدة الرسمية إذا كان من اللازم إجراء هذا النشر .
⁶- للتوسع في الإشكالات التي تطرحها المادة 729 من مدونة التجارة ، انظر: عبد الصمد شقرون ، النظام المغربي لطرق الطعن في مادة تسوية ومعالجة صعوبات المقاول، مجلة المنتدى، عدد خاص (العدد الثالث) يونيو 2002.
⁷- هناك ملاحظة شكلية تستوقف الفارئ لهذا الفصل حيث ورد في منطوقه (لم يستدع) فهل إذا تم استدعاء شخص ولكن لم يتم احترام الشكليات القانونية في الاستدعاء (أجال التبليغ مثلا)، فهل يعتد بهذا الاستدعاء؟
اختلف الفقه المغربي في الجواب على هذا التساؤل.
فيذهب اتجاه أول: أن الاستدعاء يجب أن يكون قانونيا ، انظر في هذا الرأي ، محمد السماحي طرق الطعن في الأحكام المدنية والإدارية ، مطبعة الصومعة ، ط 1 ، 1995 ، ص 125 .
أما الاتجاه الثاني، فيرى أنه يكفي فقط الاستدعاء لاعتبار الشخص طرفا حتى ولو حكم عليه غيابيا.
انظر: هذا التوجه، في كل من وزارة العدل، سلسلة الشروح والدلائل القانونية ، طرق الطعن رقم 1 طبع ونشر جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، ص 86-87
وانظر: كذلك عمر الشيكور : الشروط الموضوعية لتعرض الخارج عن الخصومة ، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة محمد الخامس، اكدال، الرباط، كلية الحقوق، الرباط، السنة الجامعية، 2006-2007، ص: 12.
ونعتقد بسلامة هذا الرأي، وسندنا في ذلك الفصل 5 من ق م م الذي ينص: يجب على كل متقاض ممارسة حقوقه طبقا لقواعد حسن النية.
فبمجرد استدعاء شخص إلى دعوى رانجة أمام المحكمة ، فهذا يعني أن شرط العلم بالنزاع قد تحقق لهذا فعليه أن يتدخل في الدعوى أثناء سريانها وذلك لتفادي إطالة المسطرة وإثقال كاهل القضاء.

⁷- جاء في إحدى القرارات القضائية الصادرة عن محكمة الاستئناف بأكادير ما يلي " إن عمومية الفصل 303 من ق م م تخول لكل شخص لم يستدع أن يتعرض على حكم قضائي أضرّ بمصالحه و لو تعلق الأمر بحكم جنحي نظر في الدعوى المدنية السابقة ، فقاعدة نسبية آثار الأحكام تقضي أن لا تنصرف الأحكام إلا على أطرافها الممثلين فيها بصفة قانونية " قرار صادر بتاريخ 1997/09/28 منشور بمجلة المجامي ، عدد 33/32 سنة 2010.
⁸- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2008/06/02 ملف 2008/96 ، أشارت إليه سعاد زروالي في مقالها السابقة .
⁹- قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1990/06/25 منشور بمجلة ق م م ، عدد 45، ص 16.
والى جانب القرار، انظر القرارات التالية:
¹⁰- عمر الشيكور ، تعرض الخارج عن الخصومة ، م س ، ص 27 .
¹¹- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2003/01/01 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد مزدوج 64-65 .

(2) : بالنسبة للخلف الخاص .

يمكننا أن نسجل اختلاف الفقه المسطري المغربي حول مدى إمكانية الخلف الخاص ممارسة تعرض الخارج عن الخصومة بين مؤيد ورافض ، حيث يذهب الأستاذ عبد العزيز توفيق¹ إلى أن الخلف الخاص الموصى له بشيء معين والمشتري لا يُقبل منهما تعرض الخارج عن الخصومة على حكم صدر على سلفهم وكان هذا السلف ممثلاً في الدعوى ، وذلك لأن هذا الخلف تلقى الحق من السلف كما هو ، وبمقابل هذا الرأي الرافض هناك رأي آخر يذهب إليه الأستاذ عبد الوهاب الميريني² إلى أن الخلف الخاص كالمشتري أو الموهوب له يكون من حقهما تعرض الخارج عن الخصومة في حالة صدور حكم يمس الحق الذي انتقل إليهما ، في حين يرى جانب آخر من الفقه المغربي³، أن الخلف الخاص يعتبر ممثلاً في الدعوى من خلال سلفه إذا كانت حقوقه ناشئة بعد صدور الحكم في تلك الدعوى أما إذا كانت هاته الحقوق نشأت قبل ذلك فإنه يعتبر غيراً عن الخصومة ولم يمثلها فيها سلفه.

ويعتبر معيار نشأة الحقوق قبل الحكم أو بعده من عمل الاجتهاد القضائي⁴، الذي كانت له فرصة تطبيق هاته القاعدة حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى⁵ "الخلف الخاص يكون ممثلاً في الدعوى من طرف البائع له شرط أن تكون الدعوى سابقة على البيع لأن المشتري يصبح بعد البيع صاحب حق خاص لا يبقى للبائع صفة في المخاصمة للنباية عنه بشأن هذا الحق" و في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى جاء فيه "إن المقرر فقهاً أن الحكم لا تمتد حجته من السلف إلى الخلف الخاص طبقاً للفقرة الأخيرة من الفصل 451 من ق ل ع إلا إذا صدر الحكم بعدما انتقل الشيء المتنازع عليه إلى الخلف ، أمّا إذا صدر الحكم بعدما انتقل الشيء إلى الخلف و اكتسب الحق عليه فلا تمتد حجته إلى الخلف الخاص الذي يعتبر في هذه الحالة من الغير بالنسبة لذلك الحكم⁶ "

ثانياً : الأحكام القابلة لتعرض الخارج عن الخصومة .

حسب الصيغة التي ورد بها الفصل 303 من ق م م فإنه يُفهم منها أن جميع الأحكام أيّاً كانت قوتها و درجتها و المحكمة المصدرة لها قابلة للطعن بهاته الوسيلة⁷ ، و إذا كان هذا هو الأصل العام و القاعدة العامة المقررة في الفصل 303 من ق م م ، فإن هناك بعض الاستثناءات التي تطرأ عليها كالتقاضي المتعلقة بالتحفيظ العقاري ، إذ أن هاته الأخيرة يُجمع الفقه و القضاء على أنها لا تقبل تعرض الخارج عن الخصومة حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى " حيث تعيب الطاعنة فيها (الوسيلة) بعدم ارتكاز على أساس قانوني حين قبل تعرض المطالبة خديجة و قضى بما ذكر ، و حيث صح ما عاتبته الوسيلة على القرار المطعون فيه ذلك أنه لا وجود لنص قانوني في مقتضيات ظهير 1913 يسمح بالتعرض الخارج عن الخصومة و القرار المطعون فيه لما قبل طلب المطالبة في النقض رغم ما ذكر يكون قد خرق الظهير المشار إليه أعلاه فتعرض للنقض⁸ " .

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الفقه⁹ و القضاء يسير في هذا المنحى الذي لا يقبل تعرض الخارج عن الخصومة في قضايا التحفيظ العقاري ، فإن المشرع و بمقتضى قانون 07/14 المعدل لظهير 12 غشت 1913 قد نص صراحة على هذا المقتضى في المادة 109 من ظ ت ع التي جاء فيها " أن الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري لا تقبل إلا الطعن بالاستئناف أو النقض " . و مرد هاته الحالة إلى خصوصية مسطرة التحفيظ¹⁰ و خصوصية قضايا التحفيظ العقاري التي تكون حضورية ، و بقراءة في المادة 109 من ظ ت ع نجد أنها غير واضحة و تحمل في طياتها بعض الغموض ، فهل جميع الأحكام الصادرة في ميدان التحفيظ العقاري لا تقبل إلا الطعن بالاستئناف و النقض أم أن الأمر يقتصر على مسطرة التحفيظ فقط دون أن يتعداه إلى مسطرة التقييدات المالية لمسطرة التحفيظ العقاري ، و بمعنى آخر هل نأخذ مصطلح التحفيظ بمفهومه الواسع أم الضيق¹¹ ، نعتقد أن نية المشرع اتجهت إلى مسطرة التحفيظ فقط دون مسطرة التقييدات ، لأن أخذ مصطلح التحفيظ العقاري الوارد في المادة 109 من ظ ت ع بمفهومه الواسع سيؤدي إلى نتائج سلبية .

و يثار تساؤل آخر حول مدى إمكانية تعرض الخارج عن الخصومة ضد الأوامر الإستعجالية ، يذهب غالبية الفقه و القضاء¹² إلى قبول تعرض الغير الخارج عن الخصومة ، وذلك لمجموعة من المبررات أهمها : أن مناط قبول هاته الوسيلة ليس هو الفصل في موضوع الدعوى و إنما يمس بحقوق هذا الغير من طرف الأمر الاستعجالي و الإضرار به .

و في الأخير تجدر الإشارة إلى أن الحكم القضائي و حتى يمكن أن نُقبل بشأنه دعوى تعرض الخارج عن الخصومة يجب أن يكون حسم في النزاع بصفة نهائية ، أمّا إذا كانت الدعوى لازالت جارية أمام المحكمة فلا يمكن للغير ممارسة تعرض الخارج عن الخصومة ، و هو ما سبق أن قرره القضاء حيث جاء في إحدى قرارات محكمة الاستئناف بالدار البيضاء¹³ ما يلي " إن الطالب تقدم بمقال تعرض الغير الخارج عن الخصومة و الحال أن مقالات التعرض هاته لا تكون مقبولة حين يكون موضوع النازلة لا زال معروضا على المحكمة سواء منها الابتدائية أو الاستئنافية " .

¹- انظر مؤلفه: موسوعة قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، م.س، ص: 626.

²- عبد الوهاب الميريني، دروس في القانون القضائي الخاص، م.س، ص: 266.

³- مامون الكزبري ، ادريس العبدلوي: شرح قانون المسطرة المدنية الجديد، ص: 316.

⁴- انظر : عمر الشيك ، الشروط الموضوعية لتعرض الخارج عن الخصومة ، م.س ، ص: 278 وما بعدها.

⁵- قرار صادر بتاريخ 26/04/1990 منشور بمجلة ق م أ ، عدد 45، ص: 16.

⁶- قرار صادر بتاريخ 26/07/2000 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 57-58 ، ص: 221 .

⁷- لكن هذا الإطلاق يعرف تقييدا صريحا أمام محكمة النقض حيث نجد الفصل 379 من ق م م يحصر مجال تطبيق تعرض الخارج عن الخصومة في القرارات الصادرة عن محكمة النقض في مجال إلغاء مقررات السلطات الإدارية "

⁸- قرار صادر بتاريخ 08/11/2000 منشور بمجلة الإشعاع ، عدد 26، ص: 173 .

⁹- انظر الآراء الفقهية التالية : - محمد خيري ، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي ، طبعة 5 سنة 2009 ، ص 275 هامش 1 . - عمر الشيك ، رسالته السابقة ص 61 .

¹⁰- للتوسع في خصوصية مسطرة التحفيظ انظر : - المصطفى الكلي ، خصوصية المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة محمد الأول كلية الحقوق و جدة ، السنة الجامعية 2009-2010 . - سميرة محمودة ، القواعد المسطرية لقضايا التحفيظ العقاري ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، جامعة محمد الأول كلية الحقوق و جدة ، السنة الجامعية 2004-2005 .

¹¹- لقد كان مصطلح التحفيظ الوارد في المادة 361 من ق م م المتعلق بوقف التنفيذ يثير مجموعة من الإشكاليات حول ماهية الأحكام الموقفة للطعن ، هل الأحكام المتعلقة بمسطرة التحفيظ فقط أم يشمل مسطرة التقييدات ، و لقد أثار هذا المصطلح خلاف واسع بين الفقه الإداري (المحافظة العقارية) و العمل القضائي بين من يتبنى الاتجاه الضيق و بين من يتبنى الاتجاه الواسع . عموما للتوسع في الإشكال الذي كان مطروحا حول هذا التفسير انظر ، عبد القادر الرافعي ، مفهوم التحفيظ حسب الفصل 361 من ق م م ، مجلة القضاء و القانون عدد 145 سنة 2002 ص و ما بعدها . و بعد صدور قانون 07/14 الذي بمقتضاه تم تعديل ظهير 12 غشت 1913 فإن المادة الأولى قد أعطت مفهوما واسعا لمصطلح التحفيظ العقاري ، حيث يكاد يجمع غالبية الفقه أن المشرع قد حسم هذا النقاش . و في توجه آخر يذهب الأستاذ أحمد ادريوش أن المادة 1 من ظهير الانتحفيظ العقاري كما تم تعديلها بمقتضى قانون 07/14 لا علاقة لها بالتعريف الواسع لمصطلح التحفيظ العقاري الوارد في الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية ، انظر مؤلفه : تأملات نظرية حول مدونة الحقوق العينية ، الكراسية الثالثة ، مفهوم التحفيظ العقاري ، تعليق على قرار محكمة النقض الغرفة المدنية القسم الثامن ، دراسة تحليلية و تأصيلية لأحد أهم حالات الخلاف بين مؤسسة المحافظ العام و بين القضاء ، منشورات سلسلة المعرفة القانونية سنة 2015

¹²- يتبنى هذا التوجه الفقهي كل من :

- عبد الوهاب الميريني : م.س ، ص 266 .

- عبد العزيز توفيق : م.س ، ص 628 .

- عمر الشيك : م.س ، ص 75 .

و هناك بعض التوجهات الفقهية المعارضة لقبول تعرض الغير الخارج عن الخصومة ، انظر في هذا التوجه :

- عبد اللطيف هداية الله ، القضاء المستعجل ، ص 211

- عبد الله بودهرين : ص 117 .

¹³- قرار صادر بتاريخ 30/07/1983 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 28 ، سنة 19 ، ص 71 .

الفقرة الثانية: حماية المركز القانوني للغير عند تنفيذ الأحكام.

يعتبر التنفيذ أهم مرحلة في الدعوى ، فكما جاء في الأثر لا ينفع التكلم بحق لا نفاذ له¹، ومسؤولية التنفيذ هي من أكبر المسؤوليات فعدم التنفيذ يجر المرء إلى أن يفكر في شيء خطير وهو انحلال الدولة²، فتنفيذ الحكم هو مناط العدالة وإعطاء الحقوق لأصحابها ، لكن قد يحدث أن يكون هذا التنفيذ للأحكام فيه مساس بحقوق الاغيار3 الذين لم يتسنى لهم التدخل في الدعوى أو ممارسة طرق الطعن المخولة لهم بمقتضى القانون ، كالحالة التي ينصب فيها التنفيذ على عقار مملوك للغير ، وعليه فإننا سنطرق للإمكانيات والوسائل المتاحة أمام الغير لحماية مركزه القانوني أثناء التنفيذ.

أولاً : ممارسة دعوى الاستحقاق الفرعي .

دعوى الاستحقاق الفرعي⁴، هي الدعوى التي ترفع بعد الحجز على العقار من طرف الغير وقبل بيعه بطلب ملكية العقار وبطلان إجراءات التنفيذ⁵، وبأخذ صفة الغير كل طرف غير ملتزم بصفة شخصية بالدين على اعتبار أن مناط التنفيذ هو الالتزام بالدين ، ولذلك لم يكن من المسموح رفعها من لدن أي واحد من أطراف الحجز⁶، وحتى يتمكن الغير من ممارسة دعوى استحقاق فرعي لابد من توفر بعض الشروط وهي كالتالي:

أن ترفع الدعوى بعد البدء في التنفيذ وقبل البيع ، بناء على الفصل 482 من ق م م ، وهذا يعني أن المدة الزمنية المسموح بها للغير لممارسة دعوى الاستحقاق الفرعية ، محصورة بين بدء التنفيذ⁷ وقبل البيع⁸، أما إذا رفعت دعوى استحقاق خارج هذا النطاق الزمني فإنها تكون دعوى استحقاق أصلية لا فرعية ، وذلك لانفصالها التام عن إجراءات التنفيذ⁹.

أن يطلب الغير استحقاق ملكية العقار المحجوز.

لا يتصور أن تقوم دعوى استحقاق فرعية بغير طلب ملكية العقار المحجوز. وهذا الطلب يكون من طرف الغير لأن المدعى عليه في التنفيذ يمكنه سلوك مسطرة طلب الحكم ببطالان إجراءات التنفيذ¹⁰. وعليه فدعوى الاستحقاق الفرعية تنصب على الملكية ، وهنا تطرح علينا مجموعة من التساؤلات من قبيل هل يمكن قبول دعوى استحقاق فرعية منصبه على حق تنفرض عن الملكية كالمطالبة بحق الانتفاع أو حق السطحية ؟ والتساؤل الثاني ما هي العقارات المشمولة بهاته الدعوى ، بمعنى هل يمكن ممارسة هاته الدعوى في جميع أنواع العقارات (محفظ وغير محفظ).

أ - بالنسبة للتساؤل الأول

اختلف الفقه المغربي حول إمكانية ممارسة دعوى الاستحقاق الفرعي على حق متفرع عن الملكية ، حيث ذهب اتجاه أول إلى أنه ليس هناك مانع من ذلك¹¹ وحججته في ذلك أن الفصل 482 من ق م م جاء بصيغة شمولية.

وهذا ما سبق أن أكدته القضاة حتى جاء في إحدى قرارات المحكمة الاستئنافية بطنجة 12 بأن الاستحقاق قد يتعلق بحق انتفاع وقضت تبعا بذلك باستحقاق المدعى به أما الاتجاه الثاني¹² فهو يرى بأن دعوى الاستحقاق لا تقبل إلا إذا كان الحق المطالب به هو نفس الحق محل الحجز ، حسب هذا التوجه فهو يقول

¹- هاته القولة هي من الأقوال الماثورة لأثير المومنين سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، في رسالته التي أرسلها إلى قاض القضاة أبي موسى الأشعري المعروفة برسالة القضاء ، للاطلاع على هاته الرسالة انظرها عند: المارودي في الأحكام السلطانية ، وعند الجاحظ في البيان والتبيين ، و قد شرحها ابن قيم الجوزية في كتابه الرائع ، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، الجزء الأول، و انظرها كذلك عند فرحون في تبصرة الحكام ، ص 56.

²- للتوسع في مضامينها أنظر : أحمد سحنون ، رسالة القضاء لأثير المومنين عمر بن الخطاب ، توثيق دراسة وتحقيق ، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة ، دار الحديث الحسنية ، الرباط 1980 .

³- من خطابات المغفور له الحسن الثاني بتاريخ 31 مارس 1982 منشور بمجلة المحاكم المغربية ، عدد 41 سنة.

⁴- يذهب الأستاذ الوالي المفضل إلى أن الغير في نطاق التنفيذ يختلف مفهومه عن مفهوم الغير في نسبية آثار الأحكام.

⁵- انظر : رسالته لنيل دبلوم الدراسات العليا ، م س .

⁶- نظم المشرع المغربي دعوى الاستحقاق الفرعي للعقار المحجوز في الفصلين 482 و 483 من ق م م ومما جاء فيها ما يلي :

ف 482 "إذا ادعى لغير أن الحجز انصب على عقارات يملكها أمكنه لإبطال الحجز رفع دعوى الاستحقاق".

يمكن رفع هذه الدعوى إلى حين إرساء المزايدة النهائية وترتيب عليها وقف مسطرة التنفيذ بالنسبة إلى الأموال المدعى فيها بالاستحقاق إذا كانت مصحوبة بوثائق يظهر أنها مبنية على أساس صحيح".

ف- 483 "يجب على طالب الاستحقاق لوقف الإجراءات أن يقدم دعوان أمام المحكمة المختصة ويودع دون تأخير وثائقه، ويستدعي المحجوز عليه الدائن الحاجز إلى اقرب جلسة ممكنة لإبداء اعتراضها وإذا اعتبرت المحكمة أنه لا موجب لوقف إجراءات الحجز العقاري كان حكمها مشمولاً بالتنفيذ المعجل رغم كل تعرض أو استئناف".

⁷- نبيل اسماعيل عمر ، أشكال التنفيذ الجبري ، ص : 260

ويعرفها الأستاذ الطيب براءة ، بكونها هي الدعوى التي يرفعها شخص من الغير إلى محكمة الموضوع المختصة مدعيا ملكية العقار الذي وقع حجزه ولم تنته إجراءات المزايدة النهائية الأخيرة طالبا رفع الحجر.

انظر مؤله التنفيذ الجبري ، م.س، ص: 350.

⁸- وهو ما جاء في أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بمراكش حيث جاء فيه: "أن المدعين ليسوا طرفا في التنفيذ المطلوب الحكم ببطالان إجراءاته حتى يمكنهم تقديم هذه الدعوى

وحيث إنه إذا ثبت فعلا ، فإن التنفيذ المذكور قدمت بحقوقهم رغم أنهم لم تكونوا طرفا في الحكم الموضوع فما عليهم سوى سلوك المسطرة المنصوص عليها قانونا في هذا الشأن والمتعلقة بدعوى الاستحقاق الفرعية. وليس ببطالان إجراءات التنفيذ وحيث تكون الدعوى والحالة هذه في غير إطارها القانوني الشيء الذي يستوجب الحكم برفضها"

حكم صادر بتاريخ 2002/05/29 غير منشور أشار إليه يونس الزهري ، م.س ، : 128.

⁹- بالرجوع إلى الفصل 482 من ق م م نجده استخدم مصطلح حجز باطلاق دون تقييده ، بمعنى هل بمجرد إجراء حجز تحفظي أم على الراغب في ممارسة دعوى الاستحقاق الفرعية انتظار رجوع الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي خصوصا وأن المشرع نظم هذا المقتضى ضمن الفرع الثاني من الباب الرابع المتعلق بالحجز التنفيذي، وقد اختلف مجموعة من الباحثين في الفقه المغربي حول هذا المقتضى حيث ذهب اتجاه أول إلى التقييد بمكان ورود النص وبالتالي اعتبار أن دعوى الاستحقاق الفرعية لا تمارس الا عندما يكون هناك حجز تنفيذي، انظر:

عظيم إزفاق، الحجز التنفيذي على العقار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة، السنة الجامعية ، 2006-2007، ص: 68-69. وهناك اتجاه ثاني، ذهب إلى أن العبرة بممارسة دعوى الاستحقاق الفرعي هي مجرد وجود حجز على عقار سواء تحفظيا أو تنفيذيا كان، انظر في هذا التوجه كل من :

-جواد الهروس: دعوى الاستحقاق الفرعية العقارية، مقال منشور بمجلة الأنظمة والمنازعات العقارية، القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية، الجزء الثاني، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة 1، ص 100 وما بعدها.

-الرافعة وثاب: دعوى الاستحقاق الفرعية للعقار المحجوز، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد الأول، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، سنة، ص: 192.

¹⁰- عبر عنه المشرع بالمزايدة النهائية وهو تعبير سليم ودقيق وهذا يعني انه قد تحدثت بمزايدة لكن لا يكتب لها النجاح كالحالة التي تكون فيها الاذن بالبيع بالمزاد العلني مرة ثانية، أما لبطلان البيع الأول لأي سبب من الأسباب أو لتخلف الرامي عليه المزا، أو طبقا لما هو منصوص عليه في الفصل 479 من ق م م ، ففي كل هاته الحالات لا يضيع حق الغير الممارس لدعوى الاستحقاق الفرعية بدعوى أن المزا قد تم فحسب العبارة الواردة في الفصل 482 من ق م م فإن الغير يمكنه ممارسة هاته الدعوى لأن المزايدة النهائية تكون لم تحصل بعد، وقد سحنت الفرصة أمام القضاء لتطبيق إحدى هاته الحالات وأن بمفهوم المخالفة، حيث جاء في إحدى قرارات محكمة الاستئناف بورزازات ما يلي:

"أجل دعوى الاستحقاق الرامية إلى إبطال الحجز على العقارات ينتهي بإرساء المزايدة وتسليم محضر المزايدة والبيع الذي يعتبر سنداً للملكية ولا يمكن تمديد هذا الأجل إلا بتعهد وهي زيادة السدس" قرار صادر بتاريخ 2003/01/22 منشور بمجلة الملف، العدد الثامن، ص 279.

¹¹- محمد هماش : دعوى بطلان إجراءات التنفيذ على العقار، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص. جامعة القاضي عياض ، كلية الحقوق، مراكش السنة الجامعية. 2011-2012 ، ص: 54.

ويضيف هذا البحث قائلا، إن خاصية هاته الدعوى هي التلازم والترابط بين ادعاء الغير للملكية العقار المحجوز وطلب بطلان الحجز لهذه العلة، فإذا تخلف أحدهما لم يجز تسميتها بدعوى استحقاق فرعية، لأن وصفها لا فرعية مرده إلى أنها تنفرض عن الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الحجز والبيع بالمزاد العلني، نفس المرجع ونفس الصفحة المشار إليها أعلاه.

¹²- انظر في هذا الصدد : محمد هماش ، رسالته السابقة.

¹³- انظر في هذا الاتجاه ، عبد الرحيم الصقلي : طرق معالجة الإدعاءات الواردة على الأحكام المدنية ، دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة ، طبعة 1 سنة 2006 ص 485 .

¹⁴- قرار صادر بتاريخ 1992/01/14 غير منشور أشار إليه عبد الرحيم الصقلي ، م س، ص 485.

بأن لا مصلحة للمدعي في رفعها مادام البيع العقاري يقع على الحقوق التي يحكمها المدين بالحالة التي عليها ، ولا يزيل الحقوق المتعلقة بها وإنما يكون له إذا نازعه المشتري بالمزاد في حقه أن يرفع ضده دعوى تقريرية عادية.

ب- بالنسبة للتساؤل الثاني : حول نوعية العقارات التي يمكن أن تمارس بشأنها دعوى الاستحقاق الفرعية ، فيذهب بعض الفقه المغربي²، إلى أن دعوى الاستحقاق الفرعية لا يمكن تصورها إلا في العقارات الغير المحفظة أمّا العقارات المحفظة فلا يمكن قبول الادعاء بأي حق عليها ، ما لم يكن مسجلا في رسمها العقاري ، ولذلك فمن لم يكن مسجلا في الرسم العقاري كمالك لا يمكنه بأن يدعي أن العقار المحجوز في ملكه ، كما أن عون التنفيذ لا يمكنه أن يباشر عمليات الحجز إلا إذا أدلى له الدائن شهادة الملكية من المحافظة العقارية تثبت أن العقار المطلوب حجزه في ملك مدينه أو في ملك كفيله ، ويعزز هذا الرأي موقفه بمقتضيات الفصل 470 من ق م 3 ، ولقد انتقد الأستاذ يونس الزهري⁴ هذا الرأي ، واعتبر أن دعوى الاستحقاق الفرعي تسري حتى على العقارات المحفظة بدليل أن المشرع نفسه ينص على وجوب تسجيل الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ في الصك العقاري حتى يحتج بها ضد الغير ، واستند هذا التوجه في دعم رأيه على الفصل 202 من ظهير 1915 المطبق على العقارات المحفظة⁵.

وعموما فدعوى الاستحقاق الفرعية تعتبر من الدعاوى الممنوحة من طرف المشرع لكل من يتمتع بصفة الغير عند التنفيذ ، وذلك لحماية مركزه القانوني ، وعدم المساس بحقوقه وممتلكاته.

ثانيا : مدى إمكانية الغير ممارسة صعوبة التنفيذ.

لم يعرف المشرع المغربي صعوبة التنفيذ ممّا فتح الباب أمام الفقه ليدلي بدلوه حيث يعرفها الأستاذ عبد اللطيف هداية الله⁶ بأنها " المنازعات الواقعية و القانونية المتعلقة بتنفيذ الأحكام القابلة للتنفيذ و التي يثيرها الأطراف أو الأغيار و تعرض على قاضي المستعجلات بقصد اتخاذ إجراء و هو وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه " ، و يعرفها الأستاذ محمد السماحي⁷ بأنها " أحد العقوبات القانونية التي يجعلها المنفذ عليه أو الغير في وجه المحكوم له في محاولة لوقف التنفيذ أو تجنبه و لو مؤقتا ، و تنسحب آثارها إلى جميع الأحكام القابلة للتنفيذ ، سواء منها النهائية أو المشمولة بالتنفيذ المعجل " ، و فضلا عن إغفال المشرع تعريف الصعوبة في التنفيذ فإنه عند الحديث عنها في المادتين 149 و 8436 من ق م م ، لم يميز بين صعوبة التنفيذ الوقتية وصعوبة التنفيذ الموضوعية⁹، حيث نجد أن المشرع استعمل لفظ الصعوبة¹⁰ و جعله شاملا للوقتية منها و الموضوعية . و عموما فإن أبرز الإشكالات المطروحة في هذا الصدد ، هي هل يمكن للغير ولحماية مركزه القانوني ممارسة دعوى الصعوبة في التنفيذ ؟.

لم يجب المشرع المغربي على هذا التساؤل مما فتح الباب أمام الفقه والقضاء الاختلاف حول هذا المقتضى بين مؤيد و رافض ، وهو ما سنتطرق إليه في النقطتين التاليتين :

1 : الاتجاه القائل بمنع الغير من رفع دعوى الصعوبة في التنفيذ .

حسب هذا الاتجاه¹¹ فكل من ليس طرف في خصومة التنفيذ ليس له الحق في ممارسة دعوى الصعوبة ، لأنه يفتقد لعنصر الصفة.

وقد سارت مجموعة من القرارات القضائية في هذا الاتجاه منها القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 12/03/1991 الذي جاء فيه : " حيث تبين صحة ما عابه الطالب على القرار ذلك أنه بناء على مبدأ نسبية الأحكام فالمطلوبة لم تكن طرفا في الأمر عدد 83/267 الذي لم يصدر في مواجهتها وبذلك لم تكن لها الصفة في إثارة الصعوبة في التنفيذ التي أتاحها الفصل 436 من ق م م للأطراف دون غيرهم " . وعليه فهذا الاتجاه الفقهي والقضائي ، يعتبر أن الغير لا صفة له في رفع دعوى الصعوبة وأن هاته الأخيرة هي من حق الأطراف فقط أو أعوان التنفيذ.

¹ - يونس الزهري: الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى، 2007، الجزء الثاني، ص: 131.

الطيب برادة: التنفيذ الجبري، م. س، ص: 351.

² - عبد العزيز توفيق : موسوعة قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائية ، م. س ، الجزء الثالث ، ص: 1130.

³ - ينص الفصل 470 من ق م م على ما يلي : " إذا لم يكن العقار محل حجز تحفظي سابق وضعه العون المكلف بالتنفيذ بين يدي القضاء بإجراء حجز عقاري عليه بين محضره تبليغ الحكم وحضور المنفذ عليه أو غيبته في عمليات الحجز وموقع العقار وحدوده بأكثر دقة ممكنة والحقوق المرتبطة به والتكاليف التي يتحملها إن أمكنت معرفتها وعقود الكراء المبرمة في شأنه وكذا حالته تجاه المحافظة العقارية عند الاقتضاء . إذا وقع الحجز في غيبة المنفذ عليه بلغ إليه ضمن الشروط المشار إليها في الفقرة الثالثة من الفصل 469. يقيد المحضر بسعي من العون المكلف بالتنفيذ من طرف المحافظ في الرسم العقاري طبقا للتشريع الجاري به العمل وإذا لم يكن العقار محظا فليقيد في السجل الخاص بالمحكمة الابتدائية وينع الإشهار ضمن الشروط المشار إليها في الفقرة الأخيرة من الفصل 455.

يطبق عون التنفيذ قبل إجراء الحجز أن تسلم إليه رسوم الملكية ممن هي في حوزته ليطلع عليها المتزايدون ويمكن على كل حال أن يشمل الحجز كل الأموال ولو لم تكن مذكورة في الرسوم ويظهر أنها ملك للمدين وذلك تنفيذًا لإذن يسلمه رئيس المحكمة التي يقع التنفيذ في دائرة نفوذها بناء على طلب الحاجز إذا كان هذا الأخير قد صرح بأنه يطلب هذا الحجز تحت عهده ومسؤوليته

⁴ - يونس الزهري: الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي ، م س ، ص: 132.

⁵ - لقد أُلغى ظهير 1915 وحلت محله مدونة الحقوق العينية الصادرة بمقتضى ظهير شريف رقم 178.11.1 الصادر في 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 08/39.

المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5928. بتاريخ 24 نونبر 2011 ص 5587.

⁶ - عبد اللطيف هداية الله : القضاء المستعجل في القانون المغربي ، الطبعة الأولى 1998 ، مطبعة النجاح الجديدة، ص 589.

⁷ - محمد السماحي : التنفيذ المعجل للأحكام المدنية في القانون المغربي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى سنة 1985 ص 377 .

⁸ - ينص الفصل 149 من ق م م على ما يلي : " يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفّر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو أي إجراء آخر تحفظي سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا ، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا للمستعجلات إذا عاق الرئيس مانع قانوني أسندت مهام قاضي المستعجلات إلى أقدم القضاء . إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف مارس هذه المهام رئيسها الأول تعين أيام وساعات جلسات القضاء المستعجل من طرف الرئيس "

ينص الفصل 436 من ق م م على ما يلي : " إذا أثار الأطراف صعوبة واقعية أو قانونية لإيفاء تنفيذ الحكم أو تأجيله أحيلت الصعوبة على الرئيس من لدن المنفذ له أو المحكوم عليه أو العون المكلف بتبليغ أو تنفيذ الحكم القضائي وقدر الرئيس ما إذا كانت الادعاءات المتعلقة بالصعوبة مجرد وسيلة للمماطلة والتسويف ترمي إلى المساس بالشئ المقضي به حيث يأمر في هذه الحالة بصرف النظر عن ذلك، وإذا ظهر أن الصعوبة جديّة أمكن له أن يأمر بإيقاف التنفيذ إلى أن يبت في الأمر . لا يمكن تقديم أي طلب جديد لتأجيل التنفيذ كيفما كان السبب الذي يستند إليه " .

للتوسع في العلاقة التي تجمع بين الفصين 149 و 436 من ق م م انظر : عبد العلي حفيظ ، الحجز التنفيذي العقاري ، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق ، جامعة محمد الخامس اكدال ، كلية الحقوق اكدال الرباط . السنة الجامعية 2008-2009 ص 140 و ما بعدها .

⁹ - صعوبة التنفيذ الوقتية ترمي إلى اتخاذ إجراء و قتي قصد وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه ، و ذلك من طرف قاضي المستعجلات ، و دون المساس بأصل الحق . أمّا صعوبة التنفيذ الموضوعية فهي ترمي إلى الحصول على حكم في أصل الحق إثمًا بطلان إجراءات التنفيذ أو انعدامها أو عدم مشروعيتها . انظر هاته التفرقة عند الوالي لمفضل ، م س ، ص 130 .

¹⁰ - بخلاف التشريع الفرنسي الذي مّيز بين الصعوبة الوقتية و الصعوبة الموضوعية من خلال المصطلح حيث نجده استعمل لفظ Difficulté للتعبير عن الصعوبة الوقتية و استعمل لفظ contestation للتعبير عن الصعوبة الموضوعية . انظر المرسوم المؤرخ في 31/07/1992 ، و هي ملاحظة سبق و أن سجلها الأستاذ حسن زرداني في أطروحته ، م س ، ص 24 .

¹¹ - من مناصري هذا الاتجاه:

في الفقه المغربي: عبد اللطيف هداية الله: القضاء المستعجل ، ص: 594.

في الفقه المصري: أحمد هندي: الصفة في التنفيذ ، ص: 276.

¹² - قرار منشور بمجلة ق م أ، عدد 45، ص: 36.

وفي نفس التوجه انظر القرارات والأحكام التالية : - قرار صادر بتاريخ 1983/07/30 عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 28 ص 71 .

(2) : الاتجاه القائل بجواز رفع دعوى الصعوبة من طرف الغير.

لقد انتقد بعض الفقه¹ التوجه الأول القاضي بحرمان الغير من رفع دعوى الصعوبة وسندهم في ذلك أن الفصل 436 من ق م م لا يتضمن أية إشارة صريحة أو ضمنية تفيد حرمان الغير من إثارة الصعوبة ، ومادام أن الأصل في الأشياء هي الإباحة ، فلا يمكن استنتاج المنع من عبارات الفصل 436 من ق م م ، وإلى جانب هذا التوجه الفقهي نجد أن العمل القضائي بالمحاكم يسمح برفع هذه الدعوى من طرف الغير حيث جاء في إحدى القرارات القضائية الصادرة عن المجلس الأعلى² " إن الفصل 436 من ق م م لا يشترط لقبول طلب الصعوبة إقامة دعوى في الموضوع ، و المحكمة لما اعتبرت ذلك كانت على صواب ، بحيث يمكن تقديم طلب الصعوبة من الغير المتضرر من الحكم لأن مقتضيات الفصل 436 من ق م م لا يُستشف منها أنها وردت على سبيل الحصر ، و لا يوجد ما يمنع رئيس المحكمة من الاطلاع على ظاهرات المستندات للتأكد من جدية الصعوبة الموضوعة من الغير ، و ليس في ذلك أي مساس بجوهر النزاع ."

و نحن نؤيد هذا الاتجاه و نعتقد أنه من حق الغير رفع دعوى الصعوبة و ذلك لمجموعة من المبررات :

(1) إن اللجوء إلى القضاء يتمحور حول المصلحة و رفع الضرر ، و كما هو معلوم و مقرر فلا دعوى بدون مصلحة ، و عليه فإذا كان المركز القانوني للغير و مصالحه³ ستتضرر ، فمن حق هذا الغير اللجوء إلى القضاء عن طريق دعوى الصعوبة .

(2) نعتقد أن من المبررات التي تجعل من العدالة السماح للغير برفع دعوى الصعوبة هي العبارة الواردة في الفصل 436 من ق م م التي تنص على عبارة المنفذ عليه ، فهاته العبارة يجب أخذها بمفهومها الواسع ، فالمنفذ عليه يمكن أن يكون طرف في الدعوى أو الدائن أو الخلف العام أو الخاص أو الغير كذلك .

و لهاته الأسباب نضم صوتنا لصوت الفقه و القضاء الذي يسمح للغير بإثارة صعوبة التنفيذ لأن في ذلك حماية للغير و تعزيز لمركزه القانوني بمجموعة من الوسائل للدفاع عن مصالحه .

خاتمة :

من خلال ما تم ذكره أعلاه يتبين لنا أن المشرع المغربي أوجد مجموعة من الآليات في قانون المسطرة المدنية من أجل حماية المراكز القانونية للأغيار ، سواء أثناء سريان الدعوى أو بعد صدور الأحكام القضائية ، و إن كنا نسجل أن هاته المساطر و الآليات تختلف حسب اختلاف درجة التقاضي ، و عموما فإننا نعتبر أن المشرع أقر سياسة حمائية للأغيار ، و إن كان يؤخذ على المشرع أنه تفادى إعطاء تعريف لمفهوم الغير في مجال القواعد الإجرائية ، لهذا فإن الأمل معقود على مشروع المسطرة المدنية المرتقب في أن يتجاوز نقائص القانون الحالي لاسيما في إعطاء تعريف دقيق لمفهوم الغير في مجال الخصومة ، و كذلك تنصيبه صراحة على إمكانية ممارسة الغير لدعوى الصعوبة في التنفيذ ، و السماح للمحكمة بإدخال الغير في الدعوى الرائجة متى كان ذلك فيه مصلحة للعدالة و لتفادي تضارب الأحكام القضائية .

¹ - يمثل هذا التيار :

في الفقه المغربي : محمد اللديدي ، هل يجوز لغير أطراف الحكم إثارة الصعوبة في التنفيذ ، مجلة المحامي ، عدد 2 ، ص : 34 - محمد النجاري : الاختصاص المكاني في دعاوي إشكالية التنفيذ المؤقتة ، ص : 159 .

- عبد الرحيم الصقلي : م س ، ص 323 و ما بعدها . - جودية خليل : آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة القاضي عياض ، كلية الحقوق مراكش ، السنة الجامعية 2007-2008 ص 145 . - بونس الزهري ، م س ، ص : 126 . - في الفقه المصري انظر :

سيف النصر سليمان محمد : مرجع القاضي والمتقاض في القضاء المستعجل ، المكتبة القانونية ، طبعة 2 ، 1991 ، ص : 441 .

² قرار صادر بتاريخ 2001/04/26 منشور بمجلة ق م أ عدد 59-60 سنة 2002 ص 88 . و في نفس التوجه انظر القرارات التالية :

- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء صادر بتاريخ 1979/02/21 ، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 19-20 ص 17 .

- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء صادر بتاريخ 1989/07/26 ، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 88 سنة 2001 ص 132 .

- قرار محكمة الاستئناف بالرباط صادر بتاريخ 1982/04/06 ، منشور بمجلة رسالة المحاماة عدد 2 ص 17 .

³ لقد سبق للقضاء ممثلا في محكمة الاستئناف بوجدة أن تبني هذا التوجه حيث جاء في إحدى قرارات محكمة الاستئناف بوجدة " أن الصعوبة في التنفيذ و عرض إشكالاته على قاضي المستعجلات يمكن إثارتها ممن كان طرفا في الحكم المراد تنفيذه و كذا من كل شخص له مصلحة في الاعتراض على التنفيذ لتعلق صفته بالشيء المنفذ عليه " . قرار صادر بتاريخ 02 أبريل 1985 منشور بمجلة الميادين عدد 1 ، ص 206 .

الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق وحدودها

وائل تيسية
الطالب الباحث

مقدمة:

تعد مهنة التوثيق من بين المهن القانونية التي لها ارتباط وثيق بزمرة من المؤسسات والقوانين، إذ أن نطاق تعامل الموثق مع المتعاقدين وبعض المؤسسات يتسع ليشمل مجموعة من المراحل، ومن بينها مرحلتى قبل تحرير العقد موضوع تراضى الأطراف وبعده، ومن ثم فالموثق عند قيامه بمهامه التوثيقية وبمناسبتها يمكنه أن يقترب مجموعة من الأفعال المجرمة سواء في ظل القواعد العامة للقانون الجنائي أو في إطار القوانين الخاصة مما يتم بذلك مساءلته مساءلة جنائية (المحور الأول)، غير أن هناك مجموعة من الحالات التي يتم فيها تضيق المؤاخذه الجنائية على الموثق، (المحور الثاني).

المحور الأول: الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق وحدودها

إن دراسة الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق يدفعنا بشكل مباشر لمعرفة الجرائم التي يمكن أن يترفعها الموثق الناتجة عن ممارسته لمهنته، فتلك الجرائم نجد مرجعها في مجموعة من النصوص التشريعية، كالمدونة العامة للضرائب، مدونة استخلاص الديون العمومية... إن دائرة التجريم والعقاب التي تخص الموثق واسعة تشمل ليس فقط النصوص القانونية أو القوانين السابقة ذكرها، بل ترتبط بأفعال مجرمة من لدن القواعد العامة للقانون الجنائي (1)، ثم بعض القوانين الخاصة كقانون التوثيق الجديد، وقانون مكافحة غسل الأموال (2).

1/ الإطار القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق على ضوء القواعد العامة للقانون الجنائي

تقوم المسؤولية الجنائية للموثق على خطأ توثيقي أثناء ممارسته لمهنته يعاقب عليه القانون الجنائي. هذا الخطأ يمكن حصره في نوعين: الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي، فالأول يتمثل في كل الأفعال الإجرامية التي يرتكبها الموثق عن بينة واختيار، ولقد أورد القانون الجنائي مجموعة من الجرائم التي تستوجب المسؤولية الجنائية كالتزوير والاختلاس وإفشاء السر المهني وغيرها. أما الثاني، فيتمثل في ذلك الخطأ الذي يرتكبه الموثق والذي ينتج عنه ضرر لكن دون نية إحداثه، ويكون ذلك غالباً نتيجة للإهمال¹.

في هذا الإطار فإنه يجب تحديد أهم الجرائم التي يرتكبها الموثق مع التفصيل في الأركان المكون لها.

1-1: أهم الجرائم المرتكبة من لدن الموثق الواردة في القانون الجنائي

تم التنصيص في القانون الجنائي على مجموعة من المقتضيات القانونية المحددة للجرائم المرتكبة من لدن الموثق إما أخذاً بعين الاعتبار الصفة المهنية للموثق، وإما متجاهلاً تلك الصفة.

• الجرائم الناتجة عن صفة الموثق:

قبل الخوض في مناقشة الأفعال التي تستوجب المسائلة الجنائية للموثق باعتبار صفتها، يتعين القول أن جريمة التزوير تساءل مباشرة صفة الموثق، إلا أن هناك بعض الجرائم كالاختلاس والغدر وإفشاء السر المهني، التي يتم فيها حصر المجرم و صفتها في شخص الموظف العمومي، وكل أمين عن الأسرار بحكم مهنته أو وظيفته.

✓ جريمة التزوير: تعتبر جريمة التزوير من أخطر الجرائم التي يرتكبها الموثق، إذ أن الأفعال المكونة لها ته الجريمة كإقحام توقيعات مزورة تعبر عن مدى تحايل ومكر الموثق وكذلك النية الكاملة لهذا الأخير من أجل خيانة الأطراف المتعاقدة إما عن طريق:

- وضع توقيعات مزورة
- تغيير المحرر أو الكتابة أو التوقيع
- وضع أشخاص موهومين أو استبدال أشخاص آخرين
- كتابة إضافية أو مقحمة في السجلات أو المحررات العمومية، بعد تمام تحريرها أو اختتامها.

كل تلك الوسائل التي يستخدمها الموثق قصد القيام بجريمة التزوير تم التنصيص عليها في المادة 352 من القانون الجنائي المغربي.

عرف المشرع المغربي تزوير الأوراق في المادة 351 من القانون الجنائي باعتباره: " تغيير الحقيقة فيها بسوء نية، تغييراً من شأنه أن يسبب ضرراً متى وقع في محرر بإحدى الوسائل المنصوص عليها في القانون".

ويعتبر هذا التعريف قاصراً بالمقارنة مع التعريف الوارد في القانون الجنائي الفرنسي، الذي يعرف بمقتضاه التزوير بأنه كل تغيير احتيالي للحقيقة من شأنه إحداث ضرر، ويتم بأي وسيلة كانت تقع على محرر أو أي دعامة للتعبير عن الأفكار يكون موضوعها أو يكون من أثارها إقامة الدليل على حق أو واقعة ذات نتائج قانونية (الفصل 441-1 من القانون الجنائي الفرنسي)².

جاء النص الفرنسي في رأينا شاملاً بحيث أن محل الجريمة يمكن أن يكون أي دعامة تقيم الدليل على إثبات حق، غير أن النص المغربي قد تناول فقط المحرر المكتوب محل الفعل الجرمي.

و بموازاة ذلك، نجد أن هناك ركنين أساسيين لا يمكن أن تتحقق جريمة التزوير بدونهما وهما إدارة الموثق الاحتياطية قصد تغيير حقيقة الدعامة ثم الضرر الناتج عن عملية التزوير، إذ أن تلك الوسائل يجب أن تصدر عن شخص الموثق، لتتأتى جريمة التزوير وفق المادة 441-1 من القانون الجنائي الفرنسي، بالتالي فإن صفة الموثق تيسر إثبات الفعل الجرمي³.

¹- د. محمد الأمين، " المسؤولية الجنائية للموثق"، مجلة القيس المغربية، للدراسات القانونية والقضائية، العدد الخامس، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، يوليو 2013، ص 36.

²- د. محمد الأمين، المرجع السابق، صفحة 44

³- Jeanne de POULPIQUET, « Responsabilité des notaires, civile, disciplinaire, pénale ». Deuxième édition, Mai 2009. Dalloz, page 253.

هذا الإثبات الذي يمكن أن يتضح بأي وثيقة صادرة عن الموثق كالعقود التي يحررها أثناء ممارسته لمهنته من أصل العقد « minute », نسخة أصل العقد « expédition », ملحقات العقد « Annexes », فالموثق باعتباره مفوض عن القوة العمومية يتحمل تبعات تغييره لحقيقة المحرر بسوء النية، وباحتياال منه قاصدا الضرر الحاصل على إثر ذلك الفعل.

تجدر الإشارة إلى أن الفعل المادي المكون لجريمة التزوير قد يصدر كما أسلفنا الذكر في شكل مجموعة من الصور ومن بينها " وضع توقيعات مزورة، تغيير المحرر أو الكتابة أو التوقيع، كتابة إضافية أو مقحمة في السجلات أو المحررات العمومية بعد تمام تحريرها أو اختتامها، وضع أشخاص موهومين أو استبدال أشخاص آخرين. في حالة وضع توقيعات مزورة، فإن كاتب المحرر، يقوم بإيراد اسم شخصي أو عائلي غير حقيقي.

يمكن أن يتحقق تغيير المحرر أو الكتابة أو التوقيع بواسطة تغيير تاريخ العقد بغية الاستفادة من الأجل المحددة في القوانين الضريبية، إيراد ثمن أدنى من ثمن البيع الحقيقي في العقد، وكذلك تناقص صورة تغيير المحرر أو الكتابة أو التوقيع عن طريق وضع توقيعات مزورة للشهود بعد تحرير العقد عندما تتوقف صحة العقد على توقيعات هؤلاء الشهود¹.

يلاحظ على مقتضيات المادة 352 من القانون الجنائي أنها تطرقت إلى صور التزوير الصادرة عن الموثق ولم تشر إلى أن تلك الوقائع المادية التي وقعت على وثيقة حررها الموثق بذاته، بينما جاءت المادة 353 من القانون الجنائي بعدها لتبرز بعض الأفعال الناتجة عن تحرير الموثق للمحرر الصادر عنه وهي: (كتابة اتفاقات تخالف مارسمه أو أملاه الأطراف المعنية و إما بإثبات صحة وقائع يعلم أنها صحيحة، و إما بإثبات وقائع على أنها اعترف بها لديه، أو حدثت أمامه بالرغم من عدم حصول ذلك، وإما بحذف أو تغيير عمدي في التصريحات التي يتلقاها).

يستنتج من خلال ما سبق أن المادة 352 من القانون الجنائي سردت صور التزوير الصادرة عن الموثق في محررات عمومية دون تحديد كاتب تلك الوثيقة إلا أن المشرع الجنائي في المادة 353 بعدها تدارك صفة الموثق للمحرر الصادر عن الموثق وقع في جوهر المحرر.

فيما يتعلق بالركن المعنوي للجريمة، فتزوير الموثق للمحرر بسوء نية مع علمه بذلك وأن تتجه إرادته الخاصة لاقتراف الفعل الجرمي مخالفا بذلك قواعد القانون الجنائي، يعتبر قصدا جنائيا عاما، أما القصد الجنائي الخاص يتمثل في كون أن إرادة الموثق متجهة لتحقيق النتيجة المتوخاة من الفعل الجرمي². يتضح من خلال شرح الركن المادي والمعنوي لجريمة التزوير أن هاته الأخيرة هي من الجرائم ذوي الصفة، بحيث لا يمكن أن يتحقق إلا من موثق وقاضي وغيرهم ممن أشير إليهم في المادتين 352 و 353 من القانون الجنائي.

✓ جريمة الاختلاس: يستنتج من أول وهلة أن المادة 241 ق.ج لم تعرف جريمة الاختلاس على خلاف جريمة التزوير، بل حصرت الصور الممكنة لتأتي الجريمة. في هذا الصدد، فالمادة السابقة ذكرها (241 ق.ج) أشارت أن صور عديدة تتحقق مع جريمة الاختلاس إما عن طريق: اختلاس، تبديد، احتجاز ثم إخفاء أموال عامة أو خاصة وكذلك سندات تقوم مقامها أو حجج أو عقود أو منقولات موضوعة تحت يد الموظف العمومي أو من في حكمه كالموثق الذي يقوم بتلك الأفعال المشار إليها إما بحكم وظيفته أو بسببها.

ابتداء يمكن القول أن الفعل المادي الذي يتجلى في إخفاء المنقولات أو العقود أو ما شابه ذلك يثير إشكالا مهم بحيث أنه لا يمكن أن نتصور عملية الإخفاء من لدن الموثق لعقود قد أبرمها بصفته المهنية أو لأموال قد تلقاها أثناء ممارسته لمهامه التوثيقية، على سبيل المثال الموثق عندما يقوم بتحرير عقد هبة لا يمكن أن يخفي العقد المبرم لأن أصل العقد موجود بقوة القانون و مؤشر عليه لدى مكتب التسجيل و التنبر التابع لوزارة الاقتصاد و المالية، كما أن الثمن الموضوع تحت يد الموثق بعد إبرامه لعقد بيع لا يمكن أن يكون محلا للإخفاء لأن العقد المبرم من لدن الموثق تكون له قوة تبوئية و حجية اتجاه الأطراف المتعاقدة واتجاه الغير، وذلك ما يستفاد من المادة 419 من قانون الإلتزامات و العقود المغربي.

اعتمادا على ما سبق هناك ثلاثة أفعال مادية تؤدي إلى ارتكاب الموثق لجريمة الاختلاس، وهي الاختلاس، التبديد ثم الاحتجاز. فيما يتعلق بالاختلاس كفعل مادي مكون لجريمة الاختلاس، يتحقق عندما تتحول حيازة الموثق للأموال العامة أو الخاصة أو العقود إلى غيره من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة، فالأطراف يأتمنون الموثق باعتباره نائب عن الدولة فيما يتعلق بتحرير العقود، بحيث يحتفظ هذا الأخير بالعقود و المنقولات و الأموال قصد حفظ الحقوق العامة للدولة و الحقوق الخاصة للأفراد، غير أن خيانة الثقة الممنوحة للموثق قد تعرضه إلى جزاءات زجرية بحكم تحويله للأشياء السالفة الذكر إلى ملكيته الخاصة. أما فيما يخص الفعل المادي المتمثل في التبديد، فالخطأ التوثيقي الصادر عن الموثق، ينبغي أن يتخذ شكل إهلاك كلي للعقود و للحجج و للسندات المنصوص عليها في المادتين 241 و 242 من مجموعة القانون الجنائي، وبالتالي فهذا الإهلاك إما أن يتخذ صورة إحراق أو إهلاك للأشياء من لدن الموثق وذلك أثناء قيامه بوظيفته أو بسببها. فيما يتعلق بالاحتجاز كفعل مادي مكون لجريمة الاختلاس، فالموثق يقوم بإتيان الفعل الجرمي بواسطة الحجز و الاحتفاظ بالأموال أو العقود أو المنقولات، وعمليا تقع هاته الجريمة حينما يتماطل الموثق في إرجاع ورد المبالغ المستحقة لأحد الأطراف في حالة عدم إكمال الإجراءات القانونية المتعلقة ببعض العقود³ كالحالة التي يتم فيها فسح عقد الوعد بالبيع عندما يحتفظ الموثق بالتسبيق أو العربون بخزينته دون إرجاعه.

«...deux éléments constitutifs identiques paraissent constants : le préjudice et l'intention dolosive, c'est à d la volonté d'altérer sciemment le contenu de l'écrit authentique. Or, ces deux éléments constitutifs sont unis par un point commun : la qualité d'officier public du notaire leur confère une spécificité certaine en facilitant la charge de leur preuve.

¹- Me M^{me} Fayçal EL AOUIF, « la fonction notariale » imprimerie Beni Snassen, dépôt légal, 2008/0237, page 136 et 137.

« L'altération matérielle d'un acte résulte, soit de fausses signatures soit d'altération des actes, écriture ou signatures, soit d'interaction d'écritures sur des registres ou autres actes, soit de supposition de personnes.

Il y a fausse signature toutes les fois, que le souscripteur usurpe un nom ou un prénom que n'est pas le sien, même s'il s'agit du nom d'une personne imaginaire ou inconnue... constituant des faux par altération d'écriture, les surcharges, les substitutions par un notaire, dans le contrat reçu par lui, d'une date fausse à la date véritable dans le dessin de fraudes les lois fiscales, l'insertion après coup, dans le même dessin, dans un acte de cession d'un prix inférieur à celui convenu entre les contractants, l'addition après coup de la mention relative à la présence des témoins... »

²- Jeanne de POULPIQUET, « Responsabilité des notaires, civile, disciplinaire, pénale ». op cite. Page 254, 255.

« le dol général consiste dans la volonté de commettre un acte tout en sachant qu'en agissant ainsi on violera la loi pénale. Cette volonté ou dol général forme l'élément moral de l'infraction...

... Le dol spéciale ajoute à l'intention de transgresser la loi pénale sanctionnant le faux, la volonté d'atteindre le résultat prohibé »

تعتبر جريمة الاختلاس من الجرائم العمدية التي يتطلب لقيامها توافر قصد جنائي عام و خاص، وتبعا لذلك فإن الموظف أو من في حكمه كالموثق، عليه أن يعلم أن الأشياء المختلسة هي مملوكة للغير و أنها دخلت في حيازته بسبب وظيفته. كما يشترط بالإضافة إلى ذلك أن تنجّه إرادته إلى الاستيلاء على المال و التصرف فيه تصرف المالك إما بحيازته لنفسه أو بنقل حيازته للغير².

✓ جريمة الغدر: يستنتج من مقتضيات المادة 243 من القانون الجنائي أن الغدر يصدر عن الموثق إما بالفعل المادي المتمثل في طلب أو تلقي أو فرض أوامر بتحويل أموال يعلم أنها غير مستحقة أو تفوق المستحق إما لفائده الشخصية أو لفائدة الغير، وبالتالي يمكن أن نتصور حالة طلب الموثق لأموال يعلم أنها غير مستحقة مثل طلب أداء رسم الأراضي الغير المبنية مع علم الموثق أن الشخص الذي يمتلك الأرض معفى من أداء ذلك الرسم، كذلك هو الشأن بالنسبة للحالة التي يفرض فيها الموثق على المشتري في عقد بيع عقار دفع أكثر من المستحق أدائه مثل فرض مبلغ متعلق بالتبني أو النسخ الممنوحة للمشتري تفوق بكثير المبلغ الواجب أدائه، أو طلب مبالغ متعلقة بمصاريف التنقل تتجاوز الحد المألوف عند القيام بنفس العملية.

علاوة على ذلك نخلص إلى أن الغدر هو جريمة عمدية يهدف الموثق بالأساس أو أي موظف عمومي بارتكابه لتلك الأفعال المادية المشار إليها أنفا إلى خرق مقتضيات المادة 243 من ق.ج. إذ أن البواعث من وراء إقرار الجريمة لا تؤخذ بعين الاعتبار، بل يكفي أن يكون ضمير الموثق واعيا و أن يكون عالما بالأعمال التي يؤتيها بغية ترتيب المسؤولية الجنائية عليه، وأن تكون إرادة الموثق متجهة إلى تحقيق النتيجة المحظورة من طرف المشرع الجنائي³.

✓ جريمة إفشاء السر المهني: كما هو معلوم فالموثق على غرار مجموعة من المهنيين يتحمل أعباء ومن أهمها وأقدسها الإلتزام بكنتمان السر المهني، واستنادا من مقتضيات المادة 446 من ق.ج. فإن الأمناء عن الأسرار بصفة دائمة ومن بينهم الموثقين يعاقبون على جريمة إفشاء السر المهني المودع لديهم بحكم وظيفتهم، غير أن المشرع الجنائي استثنى بعض الحالات التي أجاز فيها للموثق خصيصا إفشاء السر المهني وهي الحالة التي يأذن فيها القانون للموثق القيام بذلك، أو بالتبليغ المسموح به قانونا.

أي جريمة من الجرائم يفترض فيها توافر الركن المادي و الركن المعنوي، فالركن المادي يتمثل في قيام الجاني بفعل الإفشاء أي نقل الواقعة من السرية إلى العلنية بحيث يطلع عليها الغير بعد أن كانت محصورة بين الملزم و المعني بالأمر. أما الركن المعنوي: هو أن يقوم الجاني بإفشاء السر عن بينة و اختيار، يعني دون إكراه، فالركن المعنوي هنا يحتاج إلى القصد العام دون القصد الخاص، بحيث لا يشترط المشرع فيه نية الإضرار بالغير⁴.

إن كان القانون الجنائي قد تعرض للجرائم التي يقترفها الموثق بناء على صفته " جريمة التزوير " و باعتباره أمينا عن الأسرار " جريمة إفشاء السر المهني "، وبصفته موظفا عموميا " جريمة الغدر و الاختلاس "، فإن هناك جرائم لم يتم الإشارة إلى طبيعتها إلى صفة الموثق وإن ارتكبها الموثق أثناء ممارسته لمهامه التوثيقية.

• الجرائم الخارجة عن إطار صفة الموثق

كما أسلفنا الذكر إن الفعل الجرمي يمكن أن يصدر عن الموثق دون أن تكون صفته مؤثرة، وعليه فإن النصب و خيانة الأمانة جريمتين تعبران عن مدى خيانة الموثق للأمانة الملقاة على عاتقه.

✓ جريمة النصب: تم التنصيص في المادة 540 من ق.ج. على ثلاثة أفعال مادية تصدر عن الشخص النصاب الذي يستعمل وسائل احتيالية قصد إيقاع الغير في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال مآكر لخطأ وقع فيه غيره و يدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر، إذ أن الاحتيال الصادر عن الموثق يتخذ صورة تأكيدات خادعة مثلا في الحالة التي يؤكد فيها الموثق للمشتري أثناء إتمام عقد البيع أن المساحة الإجمالية للشقة هي مائة متر مربع (100 م²) في حين أن المساحة الحقيقية تناهز تسعين متر مربع (90 م²). في نفس السياق، تتحقق جريمة النصب من لدن الموثق عندما يخفي وقائع صحيحة مرتبطة بتحملات و تكاليف واقعة على العقار كما هو الشأن بالنسبة للعقار المرهون رهنا رسميا، إلا أنه يخفي ذلك الأمر للمشتري بغية الحصول من البائع على مبالغ مهمة. ففي كلتا الحالتين، الموثق يهدف من وراء تلك العمليات الحصول إعمالا منفعة شخصية أو لضمان منفعة الغير.

فيما يتعلق بالركن المعنوي للجريمة، فالفعل الجرمي الصادر عن الموثق يكون بإرادته الحرة و عن يقين تام بالتأكيدات الصادرة عن قصد إقناع الغير بوقائع غير صحيحة، من أجل طمس الوعي لدى الضحية، إذن فجريمة النصب هي عمدية تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام فقط دون القصد الخاص⁵.

✓ جريمة خيانة الأمانة: نستنتج من المادة 547 من ق.ج. أن منطوق جريمة خيانة الأمانة هو فعل الاختلاس و التبيد الصادر عن المجرم بسوء نية لمجموعة من الأشياء كالنقود و الأوراق التي سلمت إليه، قصد إرجاعها أو إستعمالها، و من ثمة فإن الفعل المادي المكون لجريمة خيانة الأمانة يمكن أن يصدر عن الموثق بتحويل حيازته الناقصة للنقود و السندات و الأوراق إلى حيازة كاملة قصد الإضرار بالمالك أو الحائز أو و اضع اليد، و تتحقق هذه الحالة مثلا عندما لا يرد ثمن البيع الموضوع بخزنته إلى البائع بعد إتمام عقد البيع، و في نفس السياق فإن جريمة خيانة الأمانة تقع عندما لا يقدم الموثق شهادة الإبراء الضريبي الصادرة عن مؤسسة الخزينة العامة للدولة التي تثبت خلو العقار من كل الضرائب المستحقة لدى الدولة، شريطة الحصول على الإذن من البائع لاستكمال إجراءات للحصول على الإبراء الضريبي.

أما التبيد فيصدر عن الموثق عند إحراقه أو إتلافه لسندات، و صولات أو أوراق قد سلمت له من طرف الضحية لاستخدامها لغرض معين، على سبيل المثال إعطاء نظير الرسم العقاري « duplicata du titre foncier » أو أصل رسم إرثاء للموثق قصد تسجيل عقد البيع مثلا في السجلات العقارية غير أن هذا الأخير يقوم باتلاف أو إحراق تلك الوثائق بسوء نية، قصد الإضرار بالأطراف المتعاقدة.

وعلى العموم فإن القصد الجنائي في خيانة الأمانة يتحقق كلما قام شخص بتبيد أو إختلاس منقولات موضوعة بين يديه على سبيل الأمانة أو سلمت إليه من أجل إستعمالها – أو استخدامها- لغرض معين عن علم واختيار، فإذا تحقق هذان العنصران قام القصد الجنائي عند الفاعل و إذا انتفى أحدهما أو كلاهما تخلفت الجريمة بسبب غياب القصد الجنائي العام عنده، ولا حاجة لاشتراط توفر قصد خاص لدى هذا الأخير¹.

¹ - Jeanne de POULPIQUET, « Responsabilité des notaires, civile, disciplinaire, pénale ». op cit. Page 272.

² - د. محمد الأمين، المرجع السابق، صفحة 37

³ - Jeanne de POULPIQUET, op cit, Page 268.

⁴ - د. محمد الأمين، المرجع السابق ص 42

⁵ - Jeanne de POULPIQUET, op cit, page 322.

اعتمادا على كل ما سبق تجدر الإشارة إلى أن جرمي النصيب و خيانة الأمانة تبين عن غدر، مكرو خداع من لدن الموثق الذي يفترض فيه صفة النزاهة و خصلة الأمانة و الشرف باعتباره مستمدا للقوة العمومية و حارسا على الأمانة الموكولة إليه من عقود و نقود ضامنا في ذلك استقرار المعاملات بين الأطراف.

2-1: العقوبات المترتبة عن إقتراف الموثق للجرائم

بعدها تطرقنا إلى أهم الجرائم الصادرة عن الموثق بمناسبة ممارسته لمهامه و المجرمة بنصوص القانون الجنائي، سنتولى مناقشة ماهية العقوبات المترتبة عن الجرائم، ثم الإشكالات المرتبطة بها.

● ماهية العقوبات المقررة من طرف الموثق:

في بادئ الأمر، نشير إلى أن أخطر جريمة يقترفها الموثق، وهي الوحيدة التي تذكر صفته هي جريمة التزوير التي عاقب عليها المشرع الجنائي في المادتين 352 و 353 من ق.ج. بعقوبة السجن المؤبد ضد الموثق.

و تتجلى علة تشديد العقاب على الموثق في كون أن التزوير كجناية التي يقترفها هي أشد وطأ و ضررا بالغير من التزوير الصادر عن غيره. فمسؤوليته هنا هي مسؤولية كاملة نابعة من صفته المستمدة من الدولة، إذ أن ممارسته القانونية و حرصه على المساواة بين الأطراف تجعل منه رجل قانونيا استثنائيا لا يفترض أو يستحيل ارتكابه لمثل تلك الأفعال، لكونه ممثل للقانون ذاته.

فيما يتعلق بجريمة الاختلاس، فلقد اعتبرها القانون الجنائي في المادة 241 جناية معاقب عليها بالسجن من خمس إلى عشرين سنة و بغرامة من خمسة آلاف إلى مئة ألف درهم.

و تجدر الإشارة أن المشرع المغربي تدرج في تحديد العقوبة على أساس القيمة المادية للمال المختلس. فإذا كانت قيمة الأشياء المختلسة أو المبددة أو المحتجزة أو المخفأة تساوي أو تزيد عن مائة ألف درهم فإن الجريمة تعد جناية يعاقب عليها بالسجن من خمس إلى عشرين سنة و غرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم. أما إذا كانت قيمة تلك الأشياء المختلسة تقل عن مائة ألف درهم فإن العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات و غرامة من ألفي درهم إلى خمسين ألف درهم².

أما فيما يرتبط بالغدر، فإن القانون الجنائي قد اعتبره جنحة معاقب عليها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم (المادة 243 ق.ج). يظهر جليا أن إرادة المشرع اتجهت للتخفيف من العقاب ضد الموثق الذي إرتكب الغدر مقارنة مع الاختلاس لكون أن الضرر الذي يصدر عن هذا الأخير أثناء حصوله على أموال غير مستحقة تفوق المستحق تكون نتيجة طلب أو إصدار أمر وليس على إثر إختلاس أو تبديد من طرف الموثق. في نفس المضمار فإن كلتا الجريمتين (الاختلاس و الغدر) قد تضمنتا عقوبة الغرامة بسبب أن الأفعال المادية تهدف على إثراء الموثق ماديا و تتعلق مباشرة بالأموال.

بالنسبة لجريمة إفشاء السر المبي التي يقترفها الموثق باعتباره أمينا عن الأسرار بحكم وظيفته الدائمة، إعتمادا على مقتضيات المادة 446 من ق.ج، فإنه يعاقب بجنحة ضبطية تتراوح بين شهر و ستة أشهر و غرامة من ألف و مئتين إلى عشرين ألف درهم.

أما فيما يتعلق بجرمي النصيب و خيانة الأمانة، فإن الجريمة الأولى (النصيب) يعاقب الموثق على إثر إرتكابها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و غرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم و ذلك وفق المادة 540 ق. ج، وفيما يتعلق بالجريمة الثانية و هي خيانة الأمانة فالموثق يتعرض لعقوبة من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و غرامة من مائتين إلى ألفي درهم، و نلاحظ أن المشرع لم يذكر صفة الموثق أثناء تجريمه و عقابه لجرمي النصيب و خيانة الأمانة، و إن كان من الأجدر إدراج تلك الصفة للتشديد في العقاب على الموثق الذي يرتكب بعض الأفعال المخلة للأدب و الأخلاق الحميدة و التي لا تمت لا من قريب ولا من بعيد بأخلاقيات مهنة التوثيق.

● الإشكالات المرتبطة بجرائم الموثق الواردة في القانون الجنائي

من بين النقاط التي تثير إشكالا وخاصة فيما يتعلق بتوقيع العقوبة على الموثق بناء على قواعد القانون الجنائي، نجد الإشكال المرتبط بالموثق " الموظف العمومي"، وتجدر الإشارة في هذا الباب أن القانون الجديد لمهنة التوثيق العصري رقم 09-32 الصادر لسنة 2011 تطرق إلى التوثيق باعتباره مهنة حرة دون ذكر صفة الموظف العمومي على خلاف القانون القديم المنظم لمهنة التوثيق ل: 04 ماي 1925، غير أن تعريف الموظف العمومي الوارد في القانون الجنائي المادة 224 يشمل الموثقين إذ ينص على ما يلي: " يعد موظفا عموميا، في تطبيق أحكام التشريع الجنائي، كل شخص كيفما كانت صفته، يعهد إليه، في حدود معينة بمباشرة وظيفة أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر و يساهم بذلك في خدمة الدولة، أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية، أو المؤسسات العمومية أو مصلحة ذات نفع عام. وتراعي صفة الموظف في وقت ارتكاب الجريمة، ومع ذلك فإن هذه الصفة تعتبر باقية له بعد انتهاء خدمته، إذا كانت هي التي سهلت له ارتكاب الجريمة أو مكنته من تنفيذها".

إنطلاقا مما سبق نخلص أن القانون الجديد للتوثيق وإذا أسقط على الموثق صفة الموظف العمومي فإن تلك الصفة الأخيرة تبقى لصيقة به بناء على مقتضيات المادة 224 ق.ج السالفة الذكر، و بالتالي فتطبيق العقوبة على الموثق المرتكب لجرائم الاختلاس و الغدر استنادا للمواد 241 إلى 243 ق.ج يسري مفعوله، ولا يمكن للموثق الاحتجاج بعدم تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية تطبيقا سليما في هذه الحالة.

خلاصة القول، إن القانون الجديد للتوثيق الذي أسقط بشكل صريح صفة الموظف العمومي من التعريف الذي أعطاه للموثق، قد أكد على صفة هذا الأخير أمام القانون الجنائي، وذلك من خلال المادة 92 التي تنص على أن " الموثق يتمتع أثناء مزاوله مهامه أو بسبب قيامه بها بالحماية التي تنص عليها مقتضيات الفصلين 263 و 267 من القانون الجنائي". و بالرجوع إلى مقتضيات هذه الفصول يتضح بأنها واردة في الفرع الأول من الباب الرابع الخاص بالجنايات و الجنح التي ترتكب من قبل الأفراد ضد الموظفين العموميين³.

علاوة على ذلك تبقى عقوبة إفشاء السر المبي الصادرة ضد الموثق زهيدة بالمقارنة مع خطورة ذلك الفعل وكذلك بالنظر لمدى تأثيرها على بعض المصالح الشخصية للأفراد، و بالتالي يجب إعادة النظر في تلك العقوبة التي تتكون من الحبس المتراوح بين شهر و ستة أشهر، و الغرامة من ألف و مائتين إلى عشرين ألف درهم، بالزيادة على الأقل في قيمة الغرامة لزجر الموثقين التي سولت لهم أنفسهم إفشاء سر زناهم.

بموازاة ذلك كان من الأجدر في رأينا التنصيص على صفة الموثق في كل من جرمي النصيب و خيانة الأمانة مشددين في العقاب عليه لكونه يمثل القانون و الدولة على السواء في مجال حفظ حقوق الأطراف المتعاقدة مالية كانت أم شخصية.

2/ الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق على ضوء القواعد الخاصة

¹ -ذ. عبد الواحد العلمي " شرح القانون الجنائي المغربي " – القسم الخاص- مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثالثة 1432-2011 ص 436.

² -د. محمد الأمين، المرجع السابق، ص 38

³ -د. محمد الأمين، المرجع السابق، ص 34

بعدما تطرقنا إلى أهم الجرائم المرتكبة من لدن الموثق و التي تدخل ضمن إطار القواعد العامة للقانون الجنائي و المختصة بالتجريم و العقاب سنعرض بعضا من القوانين الخاصة التي تختص بمسألة الموثق جنائيا و ذلك أثناء قيامه بمهامه التوثيقية أو بمناسبة، وفي هذا الصدد فإن قانون التوثيق الجديد الصادر سنة 2011 و قانون مكافحة غسل الأموال الصادر سنة 2007، كلاهما جاء بمجموعة من القواعد الجزرية قصد متابعة و معاقبة الموثقين اللذين يخلون بمسؤولياتهم و يقومون أثناء ممارستهم لوظيفتهم بمجموعة من المخروقات التي تهدد و تؤثر على النظام العام و المصالح الخاصة للأفراد.

اتباعا لما سبق، سنحاول دراسة أهم الجرائم التي يقرتها الموثق في ظل قانون التوثيق الجديد، ثم على ضوء قانون مكافحة غسل الأموال.

2-1: الإطار القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق في ظل قانون التوثيق الجديد

تجب الإشارة أولا إلى أن ظهور 4 ماي 1925 لم ينص على عقوبات جنائية، بل كل ما نص عليه هو عقوبات تأديبية أو مالية انفرد الفصل التاسع و العشرون منه بالإشارة إليها، ثم جاءت الفصول التالية لتأسيس طرق تطبيقها و المخالفات المستحقة لهذه العقوبات. وهكذا كانت المخلفات التي تهم الجانب الجنائي موكولة إلى قواعد القانون الجنائي وما يحدده لبعض الأفعال من عقوبات كالنصب و خيانة الأمانة¹.

ويظهر أن القانون الجديد المنظم لمهنة التوثيق رقم 32-09 الصادر لسنة 2011 تضمن مجموعة من مقتضيات الجزية الهادفة إلى حماية مهنة التوثيق من كل الممارسات التي تمس بأخلاقيات المهنة و الإطار العام لهذه الأخيرة. ومن تم وجب دراسة المستجدات الجزية التي جاء بها القانون الجديد ثم محاولة تحليل الأبعاد المرتبطة بالمسألة الجنائية للموثق.

● مستجدات قانون التوثيق الجديد المرتبط بالمسؤولية الجنائية للموثق

نص المشرع في القانون الجديد للتوثيق على مجموعة من العقوبات الجزية في حالة إخلال الموثق بالتزاماته، حيث يعاقب هذا الأخير في حالة امتناعه عن تسليم الوثائق بعد صدور عقوبة العزل أو الإيقاف في حقه بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وغرامة من 20.000 إلى 40.000 أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط -المادة 87 من القانون المذكور- كما يعاقب الموثق وفق المادة 89 من القانون الجديد للتوثيق عن كل تصرف مخالف لقرار العزل أو الإيقاف الصادر ضده طبقا لمقتضيات الفصل 381 من مجموعة القانون الجنائي².

وفي سياق آخر فإن القانون الجديد المنظم لمهنة التوثيق في مادته 90 قد عاقب الموثق عندما يقوم بأي عمل يدخل في نطاق سمسرة الزبناء أو جلبهم بالحبس من سنتين إلى أربع سنوات و بالغرامة من 20.000 إلى 40.000 درهم مع مراعاة العقوبات التأديبية التي قد تطبق على الموثق سواء كان فاعلا أصليا أو مساهما أو مشاركا .

وأخيرا في المادة 91 من القانون السالف الذكر تعاقب الموثق في حالة تضمين اللوحة التي يضعها هذا الأخير خارج البناية التي يوجد بها مكتبه معلومات غير تلك التي سمحت بها الفقرة الثانية من نفس المادة³ بغرامة من 1200 إلى 5000 درهم. و يعاقب على مخالفة الأحكام المتعلقة بإحداث الموقع الإلكتروني المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 91 بغرامة من 2000 إلى 10.000 درهم.

● أبعاد المسألة الجنائية للموثق

إنجبه المشرع المغربي في القانون الجديد المنظم للتوثيق إلى نهج سياسة تشريعية جديدة على غرار القوانين الأخرى المنظمة للمهنة الحرة، بحيث تم إدراج مجموعة من القواعد الجزية التي من شأنها أن تضفي على مهنة التوثيق مصداقية أكبر من التي كانت تحتلها في ظل القانون القديم لمهنة التوثيق، وكذلك كان الهدف أسعى من وراء سن مقتضيات جنائية وخصوصا تلك المقتضيات التي تتعلق بأحكام و أخلاقيات المهنة، بحيث أن تجريم بعض الأفعال التي قد يرتكبها الموثق أثناء ممارسته لمهنته كوضع معلومات غير المسموح بها في اللوحة وكذلك جلب و سمسرة الزبناء هي أعمال تنم عن عدم أمانة الموثق وتثبت على أن مزاولته للمهنة هي من جرائم جنائية ليس إلا.

هناك أيضا جرائم نص عليها قانون رقم 32-09 التي يرتكبها الموثق بعد عزله وإيقافه من المهنة، وهي عندما يمتنع عن تقديم بعض الوثائق إلى الموثق الخلف على سبيل المثال: سجل التحصين، نظائر و نسخ أصول العقود و نظائر أصول الوثائق المحلفة بها، فمناط التجريم في هذه الحالة وهدفه يكمن في أن كل الوثائق المحررة من طرف الموثق و المودعة لديه تعتبر أرشيفا للدولة، ولا يمكن أن يحتفظ بها لأنها وثائق ضامنة لحقوق الدولة و الأفراد على السواء.

2-2: الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق في ظل قانون مكافحة غسل الأموال

إن نطاق المسؤولية الجنائية للموثق لا يشمل فحسب القانون الجنائي و قانون التوثيق الجديد بل يتضمن إلى جانب تلك القوانين قانون قمين بالأهمية ألا وهو قانون مكافحة غسل الأموال الذي أعد ليحل مشكلات عديدة منها ما يرتبط بالتوازن الاقتصادي للدولة ومنها ما يصب في اتجاه محاربة كل أشكال الجرائم المتصلة بالإتجار في المخدرات وفي البشر إلى غير ذلك. غير أن ما يهمني في هذا الإطار هو تسليط الضوء على دور الموثق في الحيلولة دون ارتكاب جرائم غسل الأموال و كذلك تبيان المسؤولية المترتبة عن إخلال هذا الأخير أي الموثق بالالتزامات الناشئة في إطار ممارسته لوظيفته.

● دور الموثق في الكشف عن الجرائم المتصلة في غسل الأموال

يستنتج من مقتضيات المادة 2 من قانون مكافحة غسل الأموال رقم 43-05 أن هناك مجموعة من الأشخاص الذاتيين و المعنويين خاضعين لأحكام هذا القانون و يلتزمون في إطاره بمجموعة من الواجبات و من بينها الالتزام باليقظة و تقديم التصريح بالاشتباه و الالتزام بالرقابة الداخلية.

تجدر الإشارة أن الموثق يدخل ضمن إطار الأشخاص المنتمون لمهنة قانونية مستقلة، عندما يشاركون باسم زبونهم و لحسابه الخاص في معاملة مالية او عقارية او عندما يقومون بمساعدته في إعداد و تنفيذ العمليات المتعلقة بـ:

✓ شراء أو بيع عقارات أو مقاولات تجارية

هناك أيضا أشخاص آخرون ذاتيون و معنويون يخضعون للالتزامات السالفة الذكر و المنصوص عليها في قانون رقم 43-05 محددين على سبيل الحصر وهم:

1- مؤسسات الائتمان

¹ محمد مصطفى الريسوني " نظرة في مشروع القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق وإحداث هيئة وطنية للموثقين، المقتضيات الجنائية- الموائيق الدولية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 2010/69، الطبعة الأولى ص 54.

² ينص الفصل 381 من ق.ج على " من استعمل أو ادعى لبقيا متعلقا بمهنة نظلها القانون، أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العامة شروط اكتسابها دون أن يستوفي الشروط اللازمة لحمل ذلك اللقب أو تلك الشهادة أو تلك الصفة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين و غرامة من مئتين إلى خمسة آلاف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، مالم يوجد نص خاص يقرر عقوبة أشد".

³ تنص الفقرة الثانية من المادة 91 من القانون الجديد للتوثيق رقم 32-09 على: "... لا يجوز للموثق أن يضمن في اللوحة البيانية الموضوعة خارج البناية التي بها مكتبه أو بداخلها سوى اسمه الكامل و صفته كموثق وكذا لقب دكتور في الحقوق عند الاقتضاء ويحدد شكل اللوحة بقرار لوزير العدل..."

2- الأبنك و الشركات القابضة الحرة

3- الشركات المالية

4- مقاولات التأمين

5- مراقبو الحسابات و المحاسبون الخارجيون و المستشارون في المجال الضريبي

6- الأشخاص الذين يستغلون أو يسيطرون كازينوهات أو مؤسسات ألعاب الحظ.

7- الأشخاص المنتمون لمهنة قانونية مستقلة، عندما يشاركون باسم زبونهم و لحسابه الخاص في معاملة مالية أو عقارية.

كما ألزم المشرع المغربي الأشخاص الخاضعين الأنف ذكرهم بجمع كل المعلومات التي تمكن من تحديد هوية الزبون المعتمد أو العرضي، و إذا كان الشخص معنويا التحقق من الوثائق أو البيانات اللازمة من المعلومات الخاصة باسمه و شكله القانوني و نشاطه و عنوانه و رأس ماله و هويته و هوية مسيريه و السلطة المخولة للأشخاص المؤهلين لتمثيله إزاء الغير أو للتصرف باسمه بموجب وكالة.

كما ألزم المشرع الأشخاص الخاضعين بعدم القيام بأية عملية إذا لم يتحقق من الهوية الكاملة للأشخاص المعنيين بها أو عندما تكون الهوية غير كاملة. وعليه فإن التزام اليقظة كما توحى بذلك تسميتها تنصرف إلى جميع الإجراءات العملية الهادفة إلى إتخاذ تدابير الحيطة و الحذر الاستباقي من أجل صدك المحاولات الرامية إلى وضع أو تنفيذ البنات الأولى لجرائم غسل الأموال، وفي هذا الصدد تناط بالأشخاص الخاضعين مسؤولية الضبطو التحري عن الهوية الحقيقية لزبناء مؤسساتهم¹.

كما أن الموثق عند استقباله للزبناء يجب عليه أن يتأكد من هويتهم ومن أصل المبالغ و الأموال المدوعة لديه، على هذا الأساس يجب أن يتأكد من مهنة هؤلاء الزبناء بغية معرفة الأهداف الحقيقية المتوخاة من العمليات المطلوب تنفيذها من لدن الموثق، كما ألزم المشرع المغربي في إطار مدونة التجارة وفق المادة 488 منها فئة معينة من الأشخاص ومن بينهم الموثقين، حفظ طيلة عشر سنوات الوثائق المتعلقة بهوية زبائنهم المعتادين أو العرضيين ابتداء من تاريخ إغلاق حساباتهم و إنهاء العلاقة معهم. بموازاة ذلك تعتبر مرحلة التصريح بالاشتباه من أخطر المراحل و أدقها على الإطلاق في سياق مواجهة مسلسل مجابهة جرائم غسل الأموال إذ تترتب عنها عواقب قانونية و آثار مالية على مستوى و قدر كبير من الأهمية، كما تعتبر تحديا حقيقيا لأحد و أهم المبادئ الكلاسيكية المتعامل بها في المجال المالي و المصرفي، و نقصد بذلك مبدأ سرية التعامل مع الزبون الذي يشكل قاسما مشتركا لدى العديد من التشريعات الدولية².

يقدم الأشخاص الخاضعين كلما ظهرت لهم معالم مبالغية تحوم حولها شكوك بخصوص هوية الزبون أو هوية المستفيدين منها أو مصدرها على التصريح بالاشتباه إلى مؤسسة مخول لها تلقي التصاريح بالاشتباه، ولا يمكن أن تخضع العمليات المالية و المصرفية أيا كان نوعها أو طبيعتها أو صفة الأشخاص أو مصدرها للتصريح بالاشتباه إلا بتوافر الشروط و الشكليات الأساسية المحددة من طرف القانون، حيث يلتزم الأشخاص الخاضعين بانتداب أطراف متمتعة بأهلية مباشرة التصريح بالاشتباه سواء كانوا مسيرين أو مستخدمين لهم من الخبرة و الكفاءة العملية في عملية التحري و اليقظة³. وعليه فإن الموثقين أثناء ممارستهم لمهامهم تناط بهم مهمة التحقيق و الكشف عن أصول المبالغ و أن يطلبوا من الزبناء مثلا الإدلاء بالبيانات و الوثائق التي تثبت حصولهم على المبالغ إما نتيجة إرغهم لتلك الأموال أو منحهم إياها هبة أو صدقة.

إن المشرع من خلال سنة لقانون 43-05 أقر أسلوب الإلتزام بالمراقبة الداخلية لفعالية هذا الأسلوب في مواجهة جرائم غسل الأموال، من خلال إلزام الأشخاص الخاضعين بوضع تدابير داخلية لليقظة و الكشف و المراقبة بشأن الأشخاص الخاضعين أنفسهم، وذلك بجمع المعلومات الضرورية حول العمليات التي لها طابع غير إعتيادي أو معقد، وعلهم إخبار مسيرهم كتابة بصفة منتظمة حول العمليات التي لها طابع غير إعتيادي أو معقد، وعلهم إخبار مسيرهم كتابة بصفة منتظمة حول العمليات المنجزة من لدن الزبناء اللذين يظهر أنهم يشكلون درجة كبيرة من المخاطر، كما علهم إطلاع المؤسسة المخول لها تلقي التصريح بالاشتباه وسلطات الاشراف و المراقبة الخاصة بهم على جميع الوثائق و المعلومات الضرورية لإنجاز مهامهم، ولا يمكن للأشخاص الخاضعين الاعتراض على عمليات البحث و التحري التي تأمر بها المؤسسة المخول لها تلقي التصريح بالاشتباه، ولا يمكن الإحتجاج بكتمان السر المبي أمامها و أمام سلطة الاشراف و المراقبة المكلفين من طرفه⁴.

في هذا السياق، تتحقق المراقبة الداخلية من طرف الموثق عندما يقوم هذا الأخير في التشكك في الهدف المتوخى من هبة عقار أو اموال من أب لا يتوفر على وظيفة لفائدة ابنه قصد إخفاء حقيقة الأموال و العقارات موضوع الهبة.

نشير في هذا الصدد أن مهمة الموثق تبقى صعبة بالنظر إلى كثرة الزبناء الوافدين على مكتبه، و كذلك بالنظر للدور الدركي الذي يسند إليه و الذي يؤثر في بعض الأحيان على علاقته مع زبائنه.

يمكن القول أن التصريح بالاشتباه الذي يحرره الموثق أثناء عمله واستقباله لأشخاص مشبوهين يجب أن يرسل إلى وحدة معالجة المعلومات المالية و ذلك استنادا لمقتضيات القانون رقم 43-05 لمكافحة غسل الأموال.

● العقوبات المترتبة عن إخلال الموثق بالتزاماته

إذا كان قانون مكافحة غسل الأموال رقم 43-05 في الفصل 2-574 نص على الأفعال التي تعتبر جرائم أولية أو أصلية لغسل الأموال و من بينها الاتجار في البشر الاتجار غير المشروع في العقاقير المخدرة و المؤثرات العقلية، الجرائم الإرهابية، الرشوة و الغدر و استغلال النفوذ و اختلاس الاموال العامة و الخاصة، التي تنتج منها المال غير المشروع و المسماة بالشرط المفترض للجريمة⁵، فإن جريمة غسل الأموال لا تتحقق إلا بتحويل الأموال الصادرة عن الجريمة الأولية و طمس مصدر الأموال القذرة و إظهارها على أنها متأتية من مصدر مشروع، و بالتالي فهذا المصدر المشروع يأتي بواسطة جريمة أخرى و التي تتعلق بنشاط غسل الأموال و الذي يتكون من الركن المادي و المعنوي للجريمة، و تعدد صور الركن المادي وفق ما نصت عليه المادة 1-574 من القانون رقم 43-05 من " اكتساب و حيازة أو استعمال أو استبدال أو تحويل الممتلكات لهدف إخفاء أو تمويه مصدرها لفائدة الفاعل أو لفائدة الغير، عندما تكون متحصل من إحدى الجرائم المنصوص عليها في الفصل 2-574 :

✓ مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في الفصل 2-574 على الإفلات من الآثار التي يربتها القانون على أفعاله.

¹- عزيز ندا على وحميد، " المقاربة الوقائية و الجزية لظاهرة غسل الأموال وفق قانون 43-05 " مجلة " الملف "، العدد 18/أكتوبر 2011، ص: 42.

²- عزيز ندا على وحميد، المرجع السابق ص 43.

³- عزيز ندا على وحميد، المرجع السابق ص 44

⁴- عزيز ندى على وحميد، المرجع السابق ص 44 و 45

⁵- ذة- زكية عومري، " حدود توافق القواعد الجزية لمكافحة جريمة غسل الأموال مع المعايير الدولية و المبادئ العامة للقانون الجنائي "، دراسة مقارنة على ضوء القانون المغربي و المقارن، المجلة المغربية لدراسات و الاستثمارات القانونية، عدد مزدوج 2-3- السنة الثامنة. 2012 ص 16.

- ✓ تسهيل التبرير الكاذب بأية وسيلة من الوسائل لمصدر ممتلكات أو عائدات مرتكب إحدى الجرائم المشار إليها في الفصل 2-574 بعده، التي حصل بواسطتها على ربح مباشر أو غير مباشر .
- ✓ تقديم المساعدة والمشورة في عملية حراسة أو توظيف أو إخفاء أو إستبدال أو تحويل العائدات المتحصل عليها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من ارتكاب إحدى الجرائم المذكورة في الفصل 2-574.
- ✓ إن جريمة غسل الأموال هي جريمة عمدية، قوامها القصد الجنائي العام والخاص.

من خلال تفسير المراحل التي يمر بها إتيان جريمة غسل الأموال نستنتج أن الموثق أثناء ممارسته لمهامه يمكنه أن يقترب بعض الأفعال قصد تمويه مصدر الأموال الغير المشروعة ومن بينها:

- تسهيل التبرير الكاذب، بأية وسيلة من الوسائل، لمصدر ممتلكات أو عائدات مرتكب إحدى الجرائم المشار إليها في الفصل 2-574، التي حصل بواسطتها على ربح مباشر أو غير مباشر.

تقديم المساعدة أو الشروع في عملية حراسة أو توظيف أو إخفاء أو استبدال أو تحويل العائدات المتحصل عليها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من ارتكاب إحدى الجرائم المذكورة في الفصل 2-574.

تلك الجرائم التي ينتج عنها مساءلة الموثق مسائلة جنائية يعاقب هذا الأخير على إثرها بعقوبات أصلية وإضافية. تتمثل العقوبات الأصلية بجريمة غسل الأموال في الحبس والغرامة حيث نصت الفقرة الأولى من الفصل 3-574 على عقوبة حبسية من سنتين إلى خمس سنوات و غرامة تتراوح بين 20.000 و 100.000 درهم بالنسبة للشخص الطبيعي. أما بالنسبة لمبلغ الغرامة فيلاحظ أنه بسيط مقارنة بالمبالغ الكبيرة التي يجنيها مقترفو جريمة غسل الأموال، مما يجعلها عقوبة غير رادعة خصوصاً لو قام بدفعها غير المشتبه فيه أو أحد أفراد أسرته¹.

تجدر الإشارة إلى أنه ترفع العقوبة ضد الموثق استناداً للفصل 4-574 إلى الضعف عندما يرتكب الجرائم باستعمال التسهيلات التي توفرها مزاوله نشاطه المهني، و على سبيل المثال حينما يقوم الموثق بتسهيل إبرام عقد البيع لفائدة المشتري مع علمه بأن مصدر الأموال غير مشروعة.

أما فيما يتعلق بالعقوبات الإضافية التي يتحملها الموثق أثناء اقترافه لجريمة غسل الأموال هي نشر المقررات المكتسبة لقوة الشيء المقضي به الصادرة بالإدانة بواسطة جميع الوسائل الملائمة على نفقة المحكوم عليه، بالتالي فإن الموثق على إثر إقترافه لجريمة غسل الأموال فإنه يؤدي مصاريف نشر المقرر الصادر ضده.

وفي نفس الإطار، فإن هناك إمكانية منع الموثق منعا مؤقتاً أو نهائياً من مزاوله مهنته بصفة مباشرة أو غير مباشرة، تلك العقوبات الإضافية نستشفها من مقتضيات المادة 5-574 من قانون مكافحة غسل الأموال المذكور.

وقد قررت عقوبة المنع المؤقت أو النهائي من مزاوله بصفة مباشرة أو غير مباشرة المهنة أو الأنشطة التي ارتكبت الجريمة أثناء مزاولتها، لأجل حماية المهن التي تسهل القيام بغسل الأموال من أن تصبح سنار يخفي وراءه الجناة لأجل قيامهم بغسل الأموال خصوصاً وأن مهنة التوثيق تعتبر وجهة أساسية تشجع المجرمين على تدارك مواقفهم الإجرامية بغية استثمار المال القدر وإدماجه داخل المنظومة الاقتصادية بالدولة.

ومن خلال كل ما تم تحليله من واجبات ملقاة على عاتق الموثق ثم المسؤولية الجنائية المترتبة عن ذلك، فوجوب تظافر الجهود بين الموثق و وحدة معالجة المعلومات المالية يعد من أولوية الأولويات التي ستمكن من التقليل من ظاهرة غسل الأموال وهذا رهين بحضور الضمير الحي لدى الموثق و نيته في التبليغ عن كل ما من شأنه أن يضر بمصالح الدولة والأفراد.

بعدما تطرقنا إلى أهم الجرائم المقررة من طرف الموثق في القانون الجنائي و قانون التوثيق الجديد ثم قانون مكافحة غسل الأموال، فإن السؤال الذي يجب طرحه هو ما هي الحدود المؤطرة للمسؤولية الجنائية للموثق؟ وكيف يمكن متابعة هذا الأخير قصد محاكمته؟.

المحور الثاني: حدود المسؤولية الجنائية للموثق والمسطرة المتبعة ضده

من بين النتائج التي ترتب عن مؤاخذة الموثق مؤاخذة جنائية هو إيقافه عن أداء وظيفة التوثيقية بشكل نهائي، من هذا المنطلق فإن باب المساءلة الجنائية غير مفتوح على مصراعيه وتخضع في كثير من الأحيان تلك المساءلة إلى معايير وضوابط تحد من مداها ومن تأثيرها على الموثق. في سياق آخر نجد أن المساءلة الجنائية للموثق هي رهينة بتوافر مجموعة من الشكليات المسطرية وذلك منذ اكتشاف الفعل الجرمي إلى حين النطق بالحكم ضده.

1/ حدود المسؤولية الجنائية للموثق

إن الآثار الناجمة عن التوثيق لا يمكن أن ترخي بظلالها على كل الوقائع الجرمية التي تدخل ضمن نطاق المسؤولية الجنائية، إذ هناك حالات استثنائية يجوز معها التضييق من المسؤولية الجنائية أو انعدامها بالمرّة.

1-1 الحدود المرتبطة بشخص الموثق والعقوبة

أورد قانون التوثيق الجديد شروطاً لا يمكن بدونها أن ينخرط الموثق تحت لواء مهنة التوثيق، فعلى سبيل المثال هناك شرط أساسي نصت عليه المادة 3 من القانون رقم 32-09 قصد ولوج مهنة التوثيق، ألا وهو تمتع الموثق بقواه العقلية والفكرية مثبتة بشهادة طبية صادرة عن مصالح الصحة التابعة للقطاع العام، غير أنه ما دام أن الموثق إنسان، فإنه إذا ثبت أنه كان وقت ارتكابه الفعل المجرم في حالة يستحيل عليه معها الإدراك نتيجة خلل في قواه العقلية، فإنه يجب الحكم بإعفائه، كما أن مسؤوليته تكون ناقصة إذا كان وقت ارتكابه الفعل المجرم مصاباً بضعف في قواه العقلية من شأنه أن ينقص إدراكه و يؤدي إلى تنقيص مسؤوليته جزءاً². أما بالنسبة للعقوبة الصادرة عن المحاكم الابتدائية و محاكم الاستئناف تحدد بشكل كبير التوجه القضائي المعتمد بالملكة والرامي إلى التقليل من العقوبة المتخذة ضد الموثق.

● حالة الدفع بالجنون وضعف القوى العقلية:

تعد حالتا الجنون وضعف القوى العقلية من بين الأسباب التي تؤدي إما إلى إنعدام المسؤولية الجنائية أو نقصانها. إذا أثير أمام المحكمة دفع يتعلق بكون الموثق كان عديم المسؤولية تماماً وقت ارتكابه الفعل بسبب اختلال عقلي، فإن هذا الدفع يلقي التزاماً على عاتق المحكمة والتي يجب أن تقوم بالرد عليه بأسباب سائغة وكافية سواء بالقبول أو بالرفض، فإن هي لم تفعل كان حكمها موجبا للنقض كما أن عدم الرد على الدفع كليا يجعل الحكم معيباً بالقصور في التعليل³.

¹ - دة- زكية عومري، المرجع السابق، ص 31

² - د. بوشعيب بوطربوش، "المسؤولية الجنائية للموثق"، مجلة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، العدد 2/2012، صفحة 36 و 37

³ - د. بوشعيب بوطربوش، نفس المرجع صفة 39

و العبرة في تقدير شعور الموثق واختباره لتقرير مسؤوليته الجنائية، هي بما تكون عليه حالته العقلية وقت ارتكابه الجريمة لا بما كان عليه قبل ذلك كما أنه لا يحق لمحكمة الموضوع أن تستند في إثبات عدم الجنون إلى القول أن المتهم لم يقدم دليلاً، بل إن من واجبه في هذه الحالة أن تثبت هي أنه لم يكن مجنوناً وقت ارتكابه الحادث¹. نستند من أجل إقامة الإعفاء أو النقصان من المسؤولية الجنائية للموثق إلى المواد 134 و 135 و 136 من مجموعة القانون الجنائي، فبالنسبة للحالة التي ثبت فيها للمحكمة جنون الموثق فإنه يجب الحكم بإعفاء هذا الأخير من المسؤولية الجنائية ويجب الحكم عليه بالإيداع القضائي في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية وفق ما تم التنصيص عليه في الفصل 134 من ق.ج.²

انطلاقاً مما سبق يمكن القول أن مجال تطبيق حالة الجنون و الإعفاء من المسؤولية الجنائية للموثق عندما يستحيل على الموثق إدراك و تمييز العقود المبرمة من طرفه وكذلك الأعمال المترتبة بمناسبة قيامه لوظيفته التوثيقية. أما فيما يتعلق بحالة ضعف الموثق لقواه العقلية فإنه يستنتج من مقتضيات المادة 135 من ق ج أن مسؤوليته الجنائية تكون ناقصة إذا كان وقت ارتكابه الجريمة مصاباً بذلك الضعف العقلي. في هذا الباب، فإن قاضي التحقيق يمكن أن يأمر إيداع الموثق المصاب بالجنون أو بضعف قواه العقلية بمؤسسة لعلاج الأمراض العقلية غير أن الأمر يجب أن يكون معللاً وذلك استناداً للفصل 136 من ق ج.

● محدودية الأثر الجزري للعقوبة الصادرة ضد الموثق

تتسع دائرة تجريم الأفعال المقترفة من لدن الموثق كما سبق الذكر لتتصل بجملة من النصوص التشريعية وذلك بحكم وظيفة الموثق داخل المجتمع التي تعتمد بالأساس على ضمان استقرار المعاملات المدنية و العقارية و التجارية. في هذا الصدد فإن كل خرق لخدمة الوظيفة التوثيقية الصادرة عن الموثق يعرضه لمسؤولية جنائية كاملة ولا عبرة بظروف التخفيف إلا في حالات استثنائية، غير أنه سنحاول في هاته النقطة دراسة مجموعة من القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف المغربية و التي تعطينا رؤية حقيقية للفلسفة الجزرية المتخذة ضد الموثق.

بناءً على قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط و الصادر بتاريخ 28/11/2011³، تمت مؤاخذه موثقين من أجل ارتكابهما الجرائم التالية: تكوين عصابة إجرامية و المشاركة في تزوير محرر رسمي عن طريق إثبات صحة وقائع يعلمان أنها غير صحيحة واستعمال وثيقة مزورة و النصب و المشاركة فيه و خيانة الأمانة، و كنتيجة للأفعال الإجرامية المنسوبة إلى الموثقين تمت إدانتهم بعقوبة حبسية ابتدائية و استئنافياً مدتها ثلاثة سنوات و غرامة نافذة قدرها خمسة آلاف درهم و تتضح من مدة العقوبة أن الأثر الجزري يبقى محدوداً بالنظر لخطورة الأفعال المرتكبة من طرف الموثقين خصوصاً وأن جريمة التزوير بمحرر رسمي هي وحدها تعتبر جنائية يعاقب عليها القانون الجنائي بالسجن المؤبد وفق المادتين 352 و 353 من ق.ج.

في نفس المضمار نجد أن قراراً صادراً عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 10/01/2013⁴، قضى بعقوبة موثق متهم بإتيانه جنائية التزوير بمحرر رسمي بعشر سنوات، إلا أن بالإطلاع على حيثيات القضية نستنتج أن سبب تغليب هذه العقوبة مقارنة مع العقوبة الأولى (3 سنوات و غرامة 5000 درهم) هو تحرير الموثق لعقد البيع دون الحصول على رفع اليد على الرهون التي تمكن من تيسير إبرام العقد النهائي بشكل سليم و صحيح.

نلاحظ أن هذا القرار على غرار القرار الأول لم يعاقب بالسجن المؤبد على إثر ارتكابه جنائية التزوير بمحرر رسمي وهذا يثير إشكالا في مجال السياسة الجنائية المتخذة بشأن الموثقين.

هناك أيضاً قرار حديث العهد صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 24/02/2014⁵، أدين فيه موثق باقتراه الجرائم التالية: النصب خيانة الأمانة و المشاركة في النصب عن طريق التصرف في أموال عقارية غير قابلة للتفويت بحيث عوقب بأربع سنوات حبساً، هذه العقوبة التي تتلاءم و الحال مع كل تلك الجرائم و العقوبة الأشد وذلك حسب مقتضيات المادة 120 من مجموعة القانون الجنائي التي تنص على ما يلي: " في حالة تعدد جنائيات أو جنح إذا نظرت في وقت واحد أمام محكمة واحدة، يحكم بعقوبة واحدة سالبة للحرية لا تتجاوز مدتها الحد الأقصى المقرر قانوناً لمعاقبة الجريمة الأشد ... " ، و بالتالي فالقاضي أثناء النظر في الجرائم السابقة ذكرها لم يأخذ بالحد الأقصى لعقوبة الجريمة الأشد. من خلال تلك القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف، نخلص إلى أن العقوبة تظل محدودة و تطرح علامات استفهام مع العلم أن أداء اليمين من لدن الموثق قبل الشروع في القيام بوظيفته تكون بمثابة عئ على عاتقه و عهد لا يمكن لأي حال من الأحوال أن يخلفه.

2-1 الحدود التشريعية للمسؤولية الجنائية للموثق

لا تقتصر ظاهرة حدود المسؤولية الجنائية للموثق على حالة الدفع بالجنون أو ضعف القوى العقلية وكذلك قصور مدة العقاب المطابقة للجريمة المقترفة بل تتعداها لتنصب على أوضاع مرتبطة خصيصاً بالشق القانوني سواء تعلق الأمر بقواعد القانون الجنائي أو بقواعد قانون مكافحة غسل الأموال.

● حدود المسؤولية الجنائية للموثق في القانون الجنائي

تضمن القانون الجنائي جملة من الجرائم التي يمكن أن يعاقب بشأنها الموثق بمناسبة قيامه بالإجراءات القانونية القبلية و البعدية المرتبطة بتحرير العقد، إلا أن تلك الجرائم في نظرنا تحتاج إلى تفسير وإلى شرح خصوصاً وأن العبارات الفضفاضة و الشاملة المستعملة من لدن المشرع الجنائي تترك ثغرات قانونية من شأنها أن تحد من إمكانية مساءلة الموثق جنائياً. على هذا السبيل فتحصيل الموثق لأتباعه يتجاوز الحد المعقول لا يعتبر جريمة غدر، على خلاف مبالغ الرسوم الضرائب التي يطالب بها الموثق الأطراف لاستخلاصها لفائدة الدولة و التي تكون موضوع تحصيل غير مستحق و المكون للركن المادي لجريمة الغدر⁶.

في سياق آخر فإن القصور التشريعي الخاص بالمسؤولية الجنائية للموثق يطال جريمة النصب، إذ أن هذه الجائحة تم المعاقبة عليها بشكل عام وكان بالأحرى إدراج مواد تخصص لمعاقبة المهنيين كالموثقين بشكل خاص تم تغليب العقوبة الأصلية على هاته الفئة. وفي نفس الإطار تثير جريمة خيانة الأمانة نفس الإشكال بحيث أن رفع العقوبة ارتبط بالعدل ولم يتم ذكر الموثق الذي يمارس بدوره مهنة عدل عصري و يعد أمينا عن الأسرار بحكم وظيفته.

● حدود المسؤولية الجنائية للموثق في قانون مكافحة غسل الأموال

¹ - ذ.بوشعيب بوطربوش، نفس المرجع صفة 39

² - ينص الفصل 134 من ق ج على مايلي: " لا يكون مسؤولاً ، ويجب الحكم بإعفائه. من كان وقت ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه، في حالة يستحيل معها الإدراك نتيجة لخلل في قواه العقلية

وفي الجنائيات و الجنح. يحكم بالإيداع القضائي في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية وفق الشروط المقرر في الفصل 76..."

³ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط. ملف عدد 330-2011-26 الصادر بتاريخ 28/11/2011، غير منشور

⁴ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط- قرار عدد 23. ملف عدد: 453-11-26 الصادر بتاريخ 10/01/2013، غير منشور.

⁵ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، قرار رقم 392، ملف رقم 1346/2601 الصادر بتاريخ 04/02/2014

⁶ - JEANNE DE POULPIQUET, opcit page 267

منح قانون مكافحة غسل الأموال رقم 05-43 للأشخاص الخاضعين له مجموعة من الامتيازات والحصانات فعلى سبيل المثال لا يمكن أن تقام ضد الموثوق أي متابعة جنائية عندما يقوم بالمهام المخولة له كتقديم التصريح بالاشتباه لدى المؤسسة المختصة، وذلك استنادا للمادة 27 من القانون المذكور آنفا. في نفس المضمار لا يجوز أن تجرى أية متابعة جنائية ضد الموثوق الذي يقدم التصريح بالاشتباه بمناسبة مبالغ أو عمليات قد قدم التصريح بالاشتباه بشأنها ولا تطبق في هاته الحالة مقتضيات المادة 446 من مجموعة القانون الجنائي الخاصة بإفشاء السر المهني، وبالتالي إذا أرسل الموثوق التصريح بالاشتباه متضمنا مبالغ أو عمليات خاصة بالزبناء إلى الوحدة لمعالجة المعلومات المالية، فلا يمكن للزبائن أن يتحججوا بالمقتضى الجنائي الخاص بكتمان السر المهني أمام القضاء.

هناك استثناء وحيد يرد على حالة تقديم التصريح بالاشتباه وقد نصت عليها المادة 1-2-562 L الفقرة 2 من المدونة المصرفية و المالية الفرنسية التي تنص على أن الموثوقين شأنهم في ذلك شأن المحامين أثناء مزاولتهم لمهامهم ليسوا مطالبين بتقديم التصريح بالاشتباه عندما تصدر المعلومات عن أحد الزبناء إما في إطار استشارة قانونية أو في حالة فتح مسطرة قانونية¹.

تجدر الإشارة في آخر المطاف أن الأسباب التي تحول دون مساءلة الموثوق مساءلة جنائية تعدد، فتقدم الدعوى العمومية ضد الموثوق استنادا إلى الفصل 5 من قانون المسطرة الجنائية هو سبب مسقط للدعوى العمومية الرامية إلى متابعة الموثوق، إذ تتقدم الدعوى العمومية بمرور 15 سنة من يوم ارتكاب الموثوق الجنائية و بمرور 4 سنوات من يوم ارتكابه الجنحة.

2/ الاجراءات المسطرية المتبعة لمعاقبة الموثوقين

بعدما خصصنا المحور الاول لدراسة الإطار القانوني للمسؤولية الجنائية للموثوق و نطاق تطبيقها، كان لزاما علينا في هذا الشق مناقشة الجانب المسطري الرامي إلى معاقبة الموثوق، ثم تبيان الآثار الناجمة عن فتح مسطرة المتابعة ضد الموثوق.

1-2: الإجراءات المسطرية المتبعة لمعاقبة الموثوق

أسند القانون المنظم لمهنة التوثيق العصري إلى النيابة العامة مهمة السهر على تطبيق القانون المذكور وذلك من حيث مراقبة مكاتب الموثوقين مراقبة مستمرة قصد ضمان سير العمليات المبرمة من لدن الموثوق بشكل قانوني وكذلك للوقوف على الاختلالات الحاصلة داخل مكاتب الموثوقين و التي يمكن أن تؤدي إلى متابعة جنائية ضد الموثوق. في هذا الصدد تعمل النيابة العامة عملا مزدوجا إما على مستوى قبلي لضبط وكشف المخالفات التي يمكن أن تكون موضوع مسؤولية جنائية، وإما على مستوى بعدي وذلك بعد اكتشاف الجريمة التي تكون موضوع فتح مسطرة المتابعة الجنائية ضد الموثوق.

• الاجراءات الخاصة بمراقبة مكاتب الموثوقين

جاء القانون المنظم لمهنة التوثيق الصادر سنة 2011 بمستجدات مهمة تهم الشأن العام لمهنة التوثيق وخصوصا فيما يرتبط بإدراج هيئة خاصة ألا وهي المجلس الجهوي للموثوقين الذي أوكل له مهام حضور المراقبة التي تخص مكاتب الموثوقين وذلك استنادا للمادة 65 من القانون المذكور آنفا، و تجدر الإشارة أن هذه المراقبة هي مزدوجة تتولاها السلطة القضائية في شخص الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف أو من ينوب عنه التي يوجد بدائرة نفوذها مكتب الموثوق من جهة، و السلطة التنفيذية المتمثلة في الوزارة المكلفة بالمالية من جهة أخرى.

بالرجوع للمستجد المرتبط بدور المجلس الجهوي للموثوقين نلاحظ أن تغييرا جذريا حصل مع القانون رقم 32/09، حيث أن رئيس المجلس الجهوي للتوثيق أصبح شخصية محورية في التأديب و المراقبة و نظن أن النيابة العامة لم تعد لها تلك السلطة المطلقة على مؤسسة الموثوقين، وهذا ليس على سبيل الإخبار ولا الاستئناس فقط بل هذا الرجوع جوهري².

فيما يتعلق بمراقبة مكاتب الموثوقين فنطاقها يشمل كل العمليات الحسابية و القيم المودعة لدى الموثوق أو التي يتولى حساباتها أو فيما يخص صحة عقود و عملياته و احترامه للقانون المنظم للمهنة.

بموازاة ذلك، فإن المراقبة المذكورة يمكن أن تتخذ صورة لجنة تضم رئيس المجلس الجهوي بصفته رئيسا و موثقين يتوفران على أقدمية خمس سنوات على الأقل وذلك وفق ما تم التنصيص عليه في المادة 65 من القانون رقم 32-09.

كما أن الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف أو من ينوب عنه حسب مقتضيات المادة 67 من القانون المذكور له حق مراقبة المحفوظات و سجلات النظامية وسجلات المحاسبة و التأشير عليها مع بيان تاريخ إجراء المراقبة وكل هذا سيمكن لا محالة من الكشف عن الجرائم التي يؤتمها الموثوق.

فيما يتعلق بالمراقبة المالية للنيابة العامة، فللكوكل العام للملك لدى محكمة الاستئناف دور محوري في هذا المجال وهو مراجعة صناديق الموثوقين و حالة الإيداعات لديهم مرة في السنة على الأقل ويضع تأشيرته على السجلات الخاصة بذلك مع الإشارة إلى التاريخ الذي قام فيه بالمراجعة، وللوكيل العام أن يراقب أيضا بشكل مفاجئ مكاتب الموثوقين، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على الأهمية البالغة التي أولاها المشرع المغربي للسلطة القضائية للتثبت من وقوع الجرائم الخاصة بالموثقين.

علاوة على ذلك فإن المادة 70 من القانون المذكور منحت الحق من أجل إجراء أي تفتيش يهم موضوع معين أو مجموع النشاط المهني للموثوق، وفي هذه المادة لم يشر المشرع إلى الجهاز المكلف بالتفتيش ولو أن المادة 65 من نفس القانون قد أشارت صراحة أن المراقبة تسند للوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف أو من ينوب عنه و إلى الوزارة المكلفة بالمالية.

• المسطرة المتخذة لمتابعة الموثوق جنائيا

إن مسطرة متابعة الموثوق تبدأ عادة بواسطة شكاية من طرف أحد المتعاقدين أو الغير ضد الموثوق إلى السيد الوكيل العام للملك بمحكمة الاستئناف التي يوجد بدائرتها مقر الموثوق و بتقرير النيابة العامة بالمحكمة الابتدائية أثناء التفتيش الذي تقوم به في إطار صلاحيتها لمكتب الموثوق. والاستماع للموثوق يتم غالبا من طرف السيد الوكيل العام للملك أو نائبه وهي ضمانات للموثوقين³.

على هذا الأساس فإن الوكيل العام للملك يتوفر على اختصاص أصيل يكمن في أن له أن يفتح مسطرة المتابعة موجبا بذلك تقريراً في الموضوع مرفقا بالوثائق اللازمة إلى وزارة العدل قصد عرض الأمر على اللجنة المنصوص عليها في المادة 11 من القانون رقم 32-09⁴ ويخبر المجلس الجهوي بذلك وكل تلك المقتضيات قد تضمنتها المادة 80 من القانون السالف الذكر.

¹ 86 JEANNE DE POULPIQUET, op cit page 2-

² -د. نور الدين اسكوك، "مكانة النيابة العامة من التوثيق العصري"، مجلة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، العدد 2، سنة 2012 ص 130

³ -بوشعيب بوطروش، "المسؤولية الجنائية للموثوق"، المرجع السابق ص 37-38

⁴ -تنص المادة 11 من القانون رقم 32-09 على مايلي: تتكون اللجنة المكونة بإبداء الرأي في تعيين الموثوقين ونقلهم وإعفائهم وإعادة تعيينهم و البث في المتابعات التأديبية للموثوقين المتميزين من:

علاوة على ذلك فإن النظر في المتابعة الجنائية للموثق تستلزم استدعائه قبل خمسة عشر يوما من التاريخ المحدد للنظر في المتابعة برسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل أو بواسطة النيابة العامة وذلك طبقا للمادة 82 من القانون رقم 09-32 ، كما يحدد في الاستدعاء يوم وساعة و مكان اجتماع اللجنة المشار إليها سلفا و المشار إليه إلى الوقائع المتابع من أجلها الموثق مع إشعاره بإمكانية اختيار موثق أو محام أو هما معا لمؤازرته، وحقه في الاطلاع على جميع وثائق الملف و الحصول على نسخ منها. كما أنه حسب المادة السابقة الذكر يجب على الموثق المتابع المثل شخصيا أمام اللجنة، وإذا لم يحضر رغم استدعائه بصفة قانونية ولم يدلي بأي عذر مقبول بتت اللجنة في المتابعة بمقرر معلل. يتعين القول أن المادة السابقة جاءت بمستجد قانوني بالغ الأهمية يهدف بالأساس إلى ضرورة إستدعاء الموثق قبل النظر في المتابعة وهذا ما يعتبر ضمانا حقيقية للموثق بغية معرفة الأفعال الجرمية المنسوبة إليه ومنحه حق الدفاع عن نفسه قبل فتح مسطرة المتابعة ضده.

2-2 الآثار المترتبة عن فتح مسطرة المتابعة ضد الموثق

بعدما تطرقنا إلى كيفية وشكليات بداية مسطرة المتابعة الجنائية ضد الموثق، و المستجدات التي اتصلت بمسطرة المتابعة، سنتولى في هذه النقطة تحليل النتائج المترتبة عن متابعة الموثق جنائيا من أجل جنحة ثم بعد ذلك سنتطرق إلى الآثار الناجمة عن متابعة الموثق من أجل جنائية.

● النتائج المترتبة عن متابعة موثق من أجل جنحة

عندما يتم متابعة الموثق من أجل جنحة تمس شرف المهنة قبل إدانته فإن النتيجة الأولى التي يترتب عليها هذا الإجراء هو إيقافه مؤقتا عن ممارسة مهامه التوثيقية، ومن ثم فإن القانون رقم 09-32 قد منح للموثق بقوة القانون إمكانية استئناس مهامه بعد مرور أربعة أشهر من تاريخ إيقافه، بحيث يجب على الموثق أن يدلي بشهادة صادرة عن رئيس كتابة الضبط تفيد استئنائه لوظيفته، وكل تلك المقتضيات السابقة تم التنصيص عليها في المادة 78 من القانون السالف الذكر. في حالة إدانة الموثق فإن الأثر المترتب عن هذه المسطرة ألا وهي الإيقاف عن العمل يبقى مستمرا إلى أن يثبت في متابعته التأديبية.

● الآثار الناجمة عن متابعة موثق من أجل جنائية

فيما يتعلق بحالة متابعة الموثق من أجل جنائية وذلك قبل إدانته، فإن إيقافه عن العمل يستمر إلى حين صدور أمر نهائي بعدم المتابعة، أو حكم ببراءته في الموضوع وفي كلتا الحالتين لا تتعدى مدة الإيقاف سنة، وفي حالة صدور قرار نهائي بإدانته بعد استئنائه عمله يمكن للوكيل العام للملك أن يوقفه مؤقتا عن عمله من جديد، ويستمر إيقافه إلى أن تبت اللجنة في متابعته التأديبية، وكل تلك القواعد القانونية يرجع أصلها إلى المادة 78 من القانون رقم 09-32. من بين الآثار المترتبة عن متابعة الموثق وإدانته في الموضوع من أجل جنحة أو جنائية، ضرورة إحالة المتابعة التأديبية على اللجنة المشار إليها سابقا داخل أجل ثلاثة أشهر. من خلال كل ما سبق يظهر أن القانون الجديد المنظم لمهنة التوثيق الصادر سنة 2011 تضمن مجموعة من المستجدات القانونية الخاصة بمسطرة متابعة الموثقين من أجل الجنايات أو الجنح المرتكبة من لدنهم.

- وزير العدل بصفته رئيس أو من يمثله، الوزير المكلف بقطاع المالية أو من يمثله، الأمين العام للحكومة أو من يمثله، رئيس أول محكمة استئناف أو نائبه، وكيل عام للملك لدى محكمة استئناف أو نائبه، قاض بالإدارة المركزية لوزارة العدل من الدرجة الأولى على الأقل بصفته مقررًا. يعين كل من الرئيس الأول و الوكيل العام للملك ونائيهما و القاضي بالإدارة المركزية من طرف وزير العدل".

– رئيس المجلس الوطني للموثقين أو من ينوب عنه رئيسي مجلسين جهويين منتدبان من طرف رئيس المجلس الوطني. تحدد طريقة عمل اللجنة بنص تنظيمي .

دور النظام العام الاقتصادي في تحقيق العدالة التعاقدية

ياسين منصوري

طالب باحث بسلك الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية السوسية الرباط

جامعة محمد الخامس الرباط

مقدمة:

عرف العقد مجموعة من التحولات نتيجة تأثره بالعناصر الخارجة عنه حيث أثرت في تنظيمه وفلسفته، فالعقد يقوم في عمقه على الإرادة، باعتبارها صاحبة السلطة في إنشاء الالتزام وتحديد آثاره ونطاقه، وبالتالي فإن تكوين العقد من خلال هذا المنطق الكلاسيكي يلائم طبيعة الاقتصاد، حيث الإرادة تتكون من الإيجاب والقبول، والاقتصاد يقوم على قانون العرض والطلب في حدوده الضيقة¹.

و بذلك أصبح العقد بمفهومه التقليدي مبني على مبدأ كل ما هو تعاقدى فهو عادل، غير أن كل ما هو تعاقدى ليس بالضرورة أن يكون عادلا حيث تبقى مجرد قرينة ثم قبولها لأن الفرد يعتبر قادرا على الدفاع عن مصالحته² الاقتصادية، وهذا يفترض مساواة فيما بين المتعاقدين سواء من الناحية القانونية والاقتصادية³.

و نظرا للتحولات الاقتصادية والاجتماعية التي سمحت للنظام العام⁴ بأن يظهر في شكله التقليدي كقيد مفروض على الروابط التعاقدية حيث برز من خلاله تدخل التشريع في الميدان الاقتصادي لتنظيم العلاقات العقدية بشكل يضمن الأمن والاستقرار العام لأفراده.

حيث يتمتع هذا الأخير بخصوصيات⁵ تجعل منه حاجزا يقف في وجه الحرية التي تطبع العلاقات التعاقدية، إلا أنه عرف عدة تطورات متلاحقة أدت إلى ظهور نظام عام اقتصادي يماشى مع المستجدات الاقتصادية التي تتطور بكيفية مستمرة مما حدا بالدولة إلى أن تتدخل في جميع الأنشطة الاقتصادية في سبيل تجاوز حدة الأزمات والاضطرابات الاقتصادية والاجتماعية وبذلك يكون النظام العام في حلتها الجديدة قد أعاد النظر في أهدافه، الشيء الذي دفعه إلى مراجعة الحد الأدنى من الاستقرار وتغيير وجهة الحرية التعاقدية⁶ وبالتالي بزوغ مفهوم جديد وهو النظام العام التعاقدى، أي مجموع القيم والمبادئ

التي يجب أن تسود العلاقات التعاقدية بين الأفراد⁷ بهدف ضمان المساواة⁸ و العدل⁹ والإنصاف¹⁰.

ونتيجة لتطور النظام العام في شكله التقليدي برز إلى الوجود ما أصبح يسمى النظام العام الاقتصادي الذي يتفرع لنوعين أولهما النظام العام الحمائي، وثانيهما النظام العام التوجيهي¹¹ اللذين يطمحان لتحقيق هدفين اثنين الأول هو حماية الطرف الضعيف في العقد الذي يحتاج عادة لحماية والهدف الثاني هو تحقيق

¹ فاتحة مشماشي، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الأولى من ماستر قانون الأعمال والمقاولات، السنة الجامعية 2011-2012.

² مجاهدين خالد، مفهوم النظام العام في العقد، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء السنة الجامعية 2004-2005، ص 184.

³ يعرف العقد حسب التحليل الاقتصادي بأنه أداة تستخدم لتنمية المصالح الفردية ومن هنا ينظر إلى العقد على أنه التراضي على إبرام عملية اقتصادية تتضمن أقل تكلفة للنقل وأفضل توزيع للموارد حسب معايير النفع.

-محمد الشليح، القانون والاقتصاد من الاتصال إلى الانفصال، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد الثاني، 2007، ص 16.

⁴ اعتبره محمد الشليح بأنه مجموع القواعد التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى من الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي والأخلاقي الذي لا يمكن الاستغناء عنه لضمان المصلحة العامة وبالتالي ضمان بقاء الدولة وسيرها على نهج النظرية العامة للوجود التي تجد فيها مشروعيتها.

وبذلك يعتبر النظام العام ممرا أو مسلكا تنفذ من خلاله الدولة إلى ميدان العقود التي تمثل تهديدا لمقومات المجتمع الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية فتعمل على قمعها والحد منها.

- محمد الشليح سلطان الإرادة في ضوء ق ل ع المغربي أسسه ومظاهره في نظرية العقد رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط السنة الجامعية 1983-1984، ص 190.

⁵ يتميز النظام العام بمجموعة من الخصائص تجعل منه حاجزا يقف في وجه الحرية التي تطبع العلاقات التعاقدية ونذكر من بينها الخصوصيات التالية:

- النظام العام فكرة مرنة: وهذه المرونة مستمدة من قابلية للملائمة مع مختلف حاجيات كل العصور والأوضاع المستجدة.

- يتصف النظام العام بميزة التغير، ذلك أن النظام العام خاضع في حركته مع مرور الأزمنة لتغير وتنوع الأنظمة السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

- تأثر النظام العام بالأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

- انظر إبتسام شكرين، الحرية التعاقدية والنظام العام في القانون المغربي والمقارن رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء 1998-1999.

⁶ -محمد الشليح سلطان الإرادة في ضوء ق ل ع مرجع سابق ص 193.

⁷ -بوعيداد هشام، المسؤولية العقدية للمبني مقارنة في عقود الاستهلاك، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 10، يناير 2005 ص 113.

⁸ -المساواة هي مرادفة لمبدأ العدالة و هي أما المساواة الفعلية أو المساواة المجردة و التي سنتطرق لها بنوع من التفصيل لاحقا.

⁹ -تعتبر فكرة العدل من أصعب الأفكار وأكثرها تعقيدا، ويرجع ذلك لتعدد المعاني التي حملتها أثناء تطورها التاريخي وتأسيسا على ذلك يتكون العدل من عناصر ثلاثة: عنصر فردي وهو إعطاء كل ذي حق حقه (العدل الفردي) وعنصر جماعي (العدل الجماعي) وعنصر سياسي يتمثل في الدولة (عدل الدولة).

- أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، الإسكندرية، 1990، ص 27.

¹⁰ -إن مفهوم الإنصاف هو مصطلح معقد وغامض وينتهي إلى الشعور وقد اعتبر أرسطو الإنصاف هو بمثابة تصحيح للقانون وبذلك فالإنصاف يلعب وظيفة تصحيحية للقانون، وهذا ما يميز الإنصاف الطبيعي عن الإنصاف القضائي ولعل كل من التشريع والقضاء يهدف للإنصاف التعاقدى الذي يهدف لحماية المستهلك الطرف الضعيف في العقد.

- عبد المجيد غميحة- قانون الالتزامات والعقود و قانون حماية المستهلك بين الأمن القانوني والإنصاف ندوة حول خصوصيات قانون حماية المستهلك على ضوء قانون الالتزامات والعقود كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط. أكدال المنعقدة بتاريخ 16، دجنر 2011. أعمال الندوة غير منشورة.

¹¹ -إن النظام العام الحمائي أو التوجيهي أصبح المحرك لمختلف أنواع العقود، فالعقود المخالفة لقواعد النظام العام والأخلاق الحميدة تجاوزتها أسباب المنع فأصبح مصدره تحقيق سياسة اقتصادية أو اجتماعية.

سياسة اقتصادية واجتماعية تفرض بوضع قواعد أمر¹، و عليه يمكن طرح الإشكالية التالية ما هي حدود تدخل المشرع بمقتضيات النظام العام الاقتصادي لإعادة التوازن العقدي للعلاقات التعاقدية وما هو هامش الحرية التعاقدية المتروك للأطراف؟

المبحث الأول: تأثير النظام العام التوجيهي على العقد

يقصد بالنظام العام التوجيهي مختلف الأحكام القانونية التي تمكن الدولة من توجيه الروابط العقدية² نحو تحقيق المنفعة الاجتماعية المرجوة³. والذي يجب الاعتداده به في هذا الصدد هو ممارسة المنافسة أكثر من وجودها، وعدم الوقوف على المصلحة الخاصة للأطراف المتنافسة، بل الاعتداد بشكل كبير بالمصلحة العامة المتمثلة في مصلحة المستهلكين المرتبطة بوجود المنافسة وفعاليتها ومصلحتها هذه الفئة هي مرتبطة أساساً بالقواعد التي تخص هيكل السوق وتسريه مما دفع بعض التشريعات إلى إدراج داخل نفس القانون حماية جميع الفاعلين في السوق من منتجين وموزعين ومستهلكين تحت إطار قانون السوق⁴. حيث سنحاول مناقشة مظاهر النظام العام التنافسي –المطلب الأول- الذي يوجه العقد في إطار تنافسي بمقتضيات تشريعية أمر⁵ –المطلب الثاني-.

المطلب الأول: مظاهر النظام العام التنافسي

جاء قانون حرية الأسعار والمنافسة باليات من النظام العام التوجيهي هدفها إنشاء جو ملائم لانتعاش الحرية التعاقدية و المحافظة على وجود منافسة مشروعة و حقيقية بين الفاعلين الاقتصاديين ليأخذ قانون العرض والطلب مجراه الطبيعي.

وبهذا ظهر النظام العام التنافسي الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وحماية المعاملات الاقتصادية داخل السوق⁶، متسماً بطابع التوجيه، الذي يعطي للفاعلين الاقتصاديين حرية في المعاملات والتصرفات الاقتصادية. داخل إطار من الحرية والمساواة اللتان تشكلان العمود الرئيسي للبرالية الاقتصادية.

و بذلك أصبح العقد يتجه في الغالب إلى أن يجد مركزاً له في قانون السوق بصورة مباشرة أو غير مباشرة فأصبح له بعداً جماعياً⁷ لأنه وسيلة لتنظيم معاملات اقتصادية تحقق منفعة عامة داخل السوق فلم يعد العقد بمفهومه الحديث بين طرفين فحسب، بل يمتد لأطراف آخرين متعددين يهمهم حسن سير قانون العرض والطلب، وهذا يبرز خصوصية القانون الاقتصادي الذي يفرض تدخل أطراف أخرى غير الدائن والمدين للحفاظ على حرية المنافسة، وهو ما يطلق عليه بالنظام العام التنافسي⁸.

إذ لا يكفي أن يكون العقد صحيحاً طبقاً لمتطلبات النظرية العامة للعقد، بل وكذلك محترماً لمقتضيات قانون حرية الأسعار والمنافسة ومن هنا يتضح أن ليس هناك أي تعارض بين الحرية التعاقدية وتنظيم المنافسة و في هذا الصدد عمل المشرع بمقتضى الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون 104،12 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة على حظر جميع الأعمال المدبرة و الاتفاقيات أو الاتفاقات أو التحالفات الصريحة أو الضمنية⁹، كيفما كان شكلها و أيا كان سببها عندما يكون الغرض منها أو يمكن أن ترتب عليها عرقلة المنافسة أو الحد منها أو تحريفها.

فهل المادة السادسة سالفة الذكر تعتبر نظرية عامة لصحة العقد أم أنها تخص فقط العقد في إطار قانون المنافسة، و بمعنى آخر هل هذه المادة تعتبر نقيضاً لمبدأ سلطان الإرادة نظراً لمسها بمبدأ الحرية التعاقدية و مبدأ القوة الملزمة للعقد أم لا؟

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن أهم أثر يترتب على مخالفة النظام العام التنافسي هو بطلان العقود¹⁰ المخالفة لقانون المنافسة، ولعل هذا البطلان يهدف لتحقيق حماية للسوق وللمصلحة العامة مما سيؤدي إلى حماية الحقوق الفردية للفاعلين الاقتصاديين لأن خصوصية النظام العام التنافسي تركز مبادئ الحرية والمساواة فيما بين الفاعلين كوسيلة أولى للوصول لإنشاء نظام عام اقتصادي يهدف لتحقيق المصلحة العامة¹¹.

¹- سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، ص 112.

²- إن الإشكالية المطروحة تبقى هي التخوف من أن يتحول النظام العام التوجيهي إلى وسيلة من خلالها يستطيع رجل السياسة النفاذ إلى قانون العقود ليحمله يخدم مصالحه و معتقدهات الأيديولوجية والحال أن لقانون العقود دوراً آخر في مواجهة العوامل الاقتصادية إذ يقوم بدور الضابط ومن ثم فإن دوره يجب أن لا ينحصر في الخضوع بل يجب أن يكون عامل مؤهل في توجيه سير الحياة الاقتصادية من خلال تقييد ممارسة نشاط معين دون غيره.

- العربي مياد عقود الإذعان الطبعة الأولى 2004 ص 127.

³- عبد الحق صافي: القانون المدني الطبعة الرابعة 2008، ص 425.

⁴- مجاهدين خالد مرجع سابق ص 188.

⁵- يعرف التحليل الاقتصادي السوق بأنه المكان النظري الذي يتلاقى فيه العرض والطلب على المواد والخدمات التي يعتبرها المشترون أو المستعملون بأنها قابلة للاستبدال مع غيرها من الأموال والخدمات المعروضة.

ويعرف السوق من الناحية القانونية بأنه المكان الذي يتم فيه عرض وطلب السلع والخدمات الكفيلة بالاستجابة لنفس الحاجيات

- نوال الرحموني حرية الأسعار وتنظيم المنافسة في القانون المغربي أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2008-2009 ص 317.

⁶- مجاهدين خالد، مفهوم النظام العام في العقد م س ص 207.

⁷- مجاهدين خالد مفهوم النظام العام في العقد مرجع سابق ص 208.

للإشارة فإن هناك تخوف من اعتبار النظام العام داخل السوق هو النظام العام التنافسي ذلك أن هذا الأخير مكون من قواعد اقتصادية يسهل على الاقتصاد استيعابها ويصعب على القانون تحليلها.

⁸- تنص المادة 24 من قانون حرية الأسعار والمنافسة و ما بعدها على الإجراءات الخاصة بالتحالفات والاتفاقات المحظورة أمام مجلس المنافسة الذي يدرس الملف المعروض عليه لإبداء رأيه فيما إذا كان الممارسة المعروضة عليه منافية للمنافسة، أو إذا كانت مبررة بمقتضى المادة 9 من نفس القانون ويبلغ هذا لرئيس الحكومة أو الهيئات التي طلبته.

⁹- عرف الفقيه عبد الرزاق السنهوري البطلان: «هو الجزء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها»

وقد عرفه الفقيه أحمد شكري السباعي بأنه وصف يلحق التصرف القانوني لعب فيه و يحرمه من أثره.

¹⁰- حاول المشرع من خلال ديباجة القانون السابق لحرية الأسعار والمنافسة التوفيق بين مصالح الفاعلين الاقتصاديين والحفاظ على قواعد المنافسة والرغبة في تحسين رفاهية المستهلكين وذلك على حساب حماية قانونية فعالة. إذ أن قواعد حماية المنافسة تكفي لحماية المستهلك و لو نسبياً، وهذا يبرز أن دور النظام العام التنافسي توجيهي نظراً للأهداف التي ترميها السياسة الاقتصادية حتى إن تحسين رفاهية المستهلك رهينة بتنشيط الفاعلية الاقتصادية.

وبتنصيب مشرع قانون حرية الأسعار والمنافسة على جزء البطلان من خلال المادة العاشرة من نفس القانون يكون قد حاول حماية السوق والحقوق الفردية للمتعاقدين وهذا ما يدل على الانسجام بين المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة للمستهلك ويظهر ذلك جليا من خلال أصحاب الحق في إثارة البطلان وهو ما أشارت إليه المادة العاشرة¹، حيث يمكن أن يثار البطلان من لدن الأطراف والأغيار كمجلس المنافسة و جمعيات حماية المستهلك².

المطلب الثاني: دور النظام العام التنافسي في توجيه العقد

احتكر المشرع حق التدخل في العقد لأنه يتوفر على سلطات تشريعية وإدارية³، لتدبير التغيرات الاقتصادية داخل السوق، فلا يمكن للقاضي أن يتدخل لإبطال عقد بسبب ارتفاع الثمن بناء على مبادئ اقتصادية وإنما يمكن أن يستند على مبادئ النظرية العامة للعقد وعلى العكس من ذلك سمح المشرع للإدارة بالتدخل في العقد كما جاء في قانون حرية الأسعار والمنافسة إذا كانت زيادة غير مشروعة في الأسعار فيما يخص البضائع أو المنتجات أو الخدمات المنظمة بمقتضى المادة السابعة و الستين من قانون 12,104 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة⁴.

ولعل التدخل التشريعي بمقتضى النظام العام التوجيهي في ميدان العقود يسعى إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية نظرا لعدم كفاية القواعد التقليدية في القانون المدني للوصول إلى هذه الغاية حيث لجأ المشرع إلى القانون الجنائي لإعطاء القاعدة القانونية الفعالية اللازمة⁵، وبذلك فإن فرض المقتضيات الجنائية في تكوين العقود تفرضه الضرورة الاقتصادية والاجتماعية إلا أن هذا التدخل التشريعي لتنظيم كيفية إنشاء العقد بالاستعانة بجرائم جنائية يمكن أن يكون له أثر مخالف ينحرف عن الغاية الأساسية له وهي تحقيق الفعالية⁶.

ومن هذا المنطلق فإن تسرب القانون الجنائي إلى العلاقات التعاقدية الخاصة وتطوره السريع في الحياة الاقتصادية قد غير شكل قانون العقود التقليدي والمفاهيم الأساسية المرتبطة به من مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية والمساواة النظرية بين المتعاقدين حيث أن هذه المبادئ تراجعت أمام اللجوء المتزايد للقانون الجنائي فلا يمكن القول بأن هذه المبادئ التقليدية قد انهارت ولكن مازالت تحتفظ داخل العلاقات التعاقدية العادية بقوتها.

ولعل أهم مثال عن إضفاء الطابع الجنائي على العقد هو زجر منع رفض التعاقد والذي سنقتصر عليه في معالجة دور النظام العام التنافسي في توجيه العقد. فرفض التعاقد ولئن كان مبدأ ناتجا عن تطبيق الحرية التعاقدية فإنه تعرض إلى تضيق من طرف المشرع حيث لم يعترف للمهنيين بحرية مطلقة في هذا الباب ولكن قيدها ووضع لها جزاءات جنائية في حالة مخالفتها.

ف تقنية زجر رفض البيع أو رفض التعاقد أخذ بها المشرع الفرنسي بداية بمقتضى المادة 37 من الأمر الاشتراكي الفرنسي الصادر في 30 أكتوبر 1945 التي كانت تعتبر جريمة يعاقب عليها كل من رفض بيع سلعة أو تقديم خدمة للمشتري أو لطالبا وأهم ما ميز هذا المقتضى أنه جاء بصيغة العموم ولم يحدد أي مواصفات ينبغي توافرها في المني المرتكب لجريمة رفض البيع و لم يحدد الأفعال التي من شأنها تعتبر رفضا للبيع، فكل فعل مشابه له كالبيع بسعر أعلى من السعر المحدد مثلا يعتبر رفضا للبيع⁷.

إلا أن المادة السابقة ما فتئت أن خضعت لتعديل بمقتضى الأمر الفرنسي الصادر بتاريخ 1 دجنبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة والذي نزع الصفة الجرمية ولو نسبيا عن هذا الفعل وبالتالي تراجع نسي للتدخل الجنائي في مجال رفض التعاقد ذلك أنه يجب التمييز في إطار رفض البيع بين وضعين مختلفين حسب الصفة التي يكتسبها الطرفان المتعاقدان.

فتم الإبقاء على الوضع كما كان عليه في ظل القانون السابق عندما يتعلق الأمر برفض بيع منتج أو تقديم خدمة للمستهلك من طرف مهني باستثناء حالة وجود مبرر شرعي ببيع الرفض، أما الوضع الثاني فهو الرفض الموجه من مهني نحو مهني فأسطى المشرع على هذه الحالة نوعا من المرونة إذ لا يؤخذ الراضف هنا إلا بقواعد المسؤولية المدنية وإجباره على تعويض الضرر الذي لحق بالغير والناتج عن رفض تلبية طلبات مشتري المنتجات و طالبي الخدمات و ذلك ما لم تكن هذه الطلبات استثنائية أو تكتسي طابعا غير عادي.

فالجديد إذن في مجال رفض البيع وفق لتعديل 1986 أمرين أولهما نزع صفة التجريم عن فعل الرفض في الحالة التي يكون فيها الرفض موجه نحو المهني، ثانيهما ضمان حق المنتج في رفض التعاقد استنادا إلى عبارة وجود مبرر شرعي ببيع الرفض. و يعتبر القضاء من قبيل المبرر الشرعي عدم توفر البائع على السلعة أو الخدمة المطلوبة من طرف الزبون أو عدم كفايتها – قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 يناير 1981-.

¹ -نص المادة 10 من ق 12.104. يعد باطلا بقوة القانون كل التزام أو اتفاقية أو بند تعاقدي يتعلق بممارسة محظورة تطبيقا للمادتين 6 و 7 أعلاه.

يمكن أن يثار البطلان المذكور من لدن الأطراف والأغيار على السواء ولا يجوز الاحتجاج به على الأغيار من لدن الأطراف، وتعينه إن اقتضى الحال المحاكم المختصة التي يجب أن يبلغ إليها رأي مجلس المنافسة إن سبق إتخاذه.

² -يطرح التساؤل هل لمجلس المنافسة ورئيس الحكومة إثارة البطلان ألا يعتبر مساسا بالاختصاص القضائي، كما أن طلب البطلان من طرف جمعية حماية المستهلك يطرح تساؤل حول أهلية هذه الجمعيات للدفاع عن المصلحة الجماعية، حيث يمكن أن تنتصب جمعيات لحماية المستهلك ذات منفعة عامة كطرف مدني، وبذلك ألا يعتبر اعتراف المشرع بحق البطلان لجمعيات المستهلكين مساسا بالقوة الملزمة للعقد واعتراف ضمني بأن إرادة المستهلك تبقى غير كافية لإبرام العقد.

³ -أو ما يعبر عنها بأجهزة النوظمة من قبيل مجلس المنافسة والمجلس الأعلى الاستشاري للاستهلاك و المجلس الاقتصادي و الاجتماعي.

⁴ -مجاهدين خالد مرجع سابق ص 190.

⁵ -إن سياسة التجريم التي طالبت بعض العقود تثير نقاشا فقهيًا حول قبول فكرة التجريم أو رفضها وظهر هذا بحدة في قانون حرية الأسعار والمنافسة ومدونة الشغل.

⁶ -إن اللجوء المتزايد للقانون الجنائي قد يخلق نوعا من الريبة و الخوف لدى الفاعلين الاقتصاديين من الجزاءات الرادعة و بالتالي التأثير على الحرية الاقتصادية.

⁷ -مفيد الفارسي: تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على قانون الالتزامات والعقود م ص 71.

إلا أنه وبمقتضى قانون الشفافية وتوازن العلاقات التعاقدية الصادر في 1 يوليوز 1996 عبر المشرع الفرنسي عن ميله نحو وضع حد لزجر رفض البيع، ولكن مع ذلك تبقى إمكانية زجر الرفض قائمة بصفة غير مباشرة إما استنادا إلى المادة 7 و8 من أمر 1986 وذلك عندما يكون الرفض ناتجا عن وجود اتفاقية منافية لقواعد المنافسة أو عن استغلال تعسفي لوضع مهيمن يمس السير العادي للسوق أو استنادا إلى المادة 36 عندما يكون موقف الرفض قد اتخذ بطريقة تمييزية¹.

وفي نفس الاتجاه تبني المشرع المغربي تقريبا نفس صياغة النص الفرنسي من خلال المادة 61 من قانون حرية الأسعار والمنافسة و أيضا المادة 57 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك²، و التي تنص على ما يلي: «يمنع ما يلي:

- الامتناع عن بيع منتج أو سلعة أو تقديم خدمة إلى المستهلك دون سبب مقبول.
- تعليق بيع منتج أو سلعة على شراء كمية مفروضة أو على شراء منتج أو سلعة أخرى أو تقديم خدمة أخرى في آن واحد.
- تعليق تقديم خدمات على تقديم خدمة أخرى وعلى شراء منتج أو سلعة³.

إلا أنه وبالرجوع لمقتضيات قانون حرية الأسعار والمنافسة نجد أن المشرع المغربي على خلاف التشريع الفرنسي لم يتبنى تقنية الفصل بين الرفض الموجه إلى مهني و الرفض الذي يوجه إلى المستهلك³ من حيث الجزاءات⁴.

و من هنا يمكن القول أن منع رفض البيع هو صورة حية للتدخل التشريعي في محتوى الالتزام العقدي لمواجهة خطر نشوء الظلم أمام ازدهار الحرية التعاقدية⁵، وهو ما اثر على دور مؤسسة العقد ذاتها والتي لم تعد أداة للتبادل وإنما هي أداة بيد المشرع لرسم سياسة تشريعية في الدولة الليبرالية.

المبحث الثاني: تأثير النظام العام الحمائي على العقد

إلى جانب النظام العام التوجيهي برز نظام عام اقتصادي آخر ذو طبيعة حمائية يسعى إلى إقامة نوع من التوازن الاقتصادي بين المتعاقد الضعيف والمتعاقد القوي، هذا التوازن الذي ينعدم عند انعدام حرية التعاقد كأساس لتنظيم الرابطة العقدية ومن ثم كثيرا ما يتدخل المشرع بصورة أمرة لتنظيم عدد من العقود المبرمة بين أطراف يوجدون في وضعيات غير متكافئة كالتمييز والمستهلك أو الأجير والمشتغل⁶.

وفي هذا الصدد فإن المنتج التشريعي المغربي قد عرف نوعا من البطء في معالجة القوانين ذات الطابع الاجتماعي التي تهتم بالطبقات الضعيفة داخل المجتمع⁷ والتي تتعارض مصالحها مع الطبقات الأكثر قوة منها والمستهلك خير مثال عن هذا التعارض في المصالح⁸ ذلك أن القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك عرف مجموعة من التعثرات قبل خروجه حيز الوجود. ويعتبر هذا الأخير من أهم النصوص التي جاءت بمقتضيات من النظام العام الحمائي و على هذا الأساس ستمم معالجة مفهوم هذا الأخير و دوره في تحقيق التوازن العقدي في فقرتين متتاليتين.

المطلب الأول: مفهوم النظام العام الحمائي

يهدف النظام العام الحمائي إلى تحقيق التوازن العقدي بين طرفين غير متساويين من الناحية الاقتصادية أحدهما مستهلك و الآخر مهني يتمتع بقوة اقتصادية وتقنية تمكنه من فرض قوته على المستهلك⁹.

وترجع نشأة فكرة النظام العام الحمائي إلى نهاية القرن 19 حيث طرحت مشكلة مساواة الأطراف المتعاقدة أو ما اصطلح عليه بعض الفقه بتسمية عقد الإذعان حيث يكون أحد الأطراف في العقد في مركز ضعف أمام غياب أي نوع من المساومة التعاقدية أمام المهني، فتعالت أصوات المندادين بضرورة تدخل كل من المشرع والقضاء لسهل على احترام التوازن العقدي.

و قد تم إعادة النظر في تنظيم مجموعة من العقود الخاصة من طرف التشريعات المقارنة و خاصة الفرنسية وأصبحت من النظام العام، كمحاولة لتقرير التوازن العقدي بين الأطراف¹⁰.

¹- مفيد الفارسي، تأثير قانون المنافسة على قانون الالتزامات والعقود، م س، ص 73.

²- عبد الرحمان الشراقي، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء المفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، مرجع سابق ص 183.

³- لا يمكن تصور مثلا رفض الخطوط الجوية الملكية أو المكتب الوطني للسكك الحديدية نقل المسافرين أو الأمتعة دون مبرر شرعي بل أنه من الواجب أن تستعد لاستقبال الزبناء حتى ولو كان عددهم يتجاوز الطاقة الاستيعابية المتوفرة لديها.

⁴- مفيد الفارسي، تأثير قانون المنافسة على قانون الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 75.

⁵- مفيد الفارسي م س ص 76.

⁶- عبد الحق صافي: القانون المدني مرجع سابق ص 431

⁷- إن مدونة الشغل التي صدرت في 2003/9/11 أخذت من الحكومة ما يناهز 20 سنة من المناقشات والمفاوضات وبالتالي فإن جل القوانين التي يتم الطابع الاجتماعي تعرف مخاضا تشريعيا.

و نفس الشيء عرفه قانون تدابير حماية المستهلك الذي عرف مخاضا تشريعيا لمدة 30 سنة.

⁸- عبد القادر العرعاري أسطورة الحماية القانونية للمستهلك في النظام التشريعي المغربي وجهة نظر خاصة في القانون المدني المعق الطبعة الأولى 2010 ص 66.

⁹- العربي مياد عقود الإذعان مرجع سابق ص 121.

راجع أيضا

Michel trochu. Le contrat de consommation. Librairie générale de droit et jurisprudence. Paris 1974, p8.

¹⁰- مجاهدين خالد مفهوم النظام العام في العقد مرجع سابق. ص 251

انظر أيضا

Jerome Huet. Traite De Droit Civil. OP CIT. P 18.

لكن نظرية عقد الإذعان عرفت تطوراً متسارعاً في الربع الأخير من القرن 20 وذلك مع تنامي التشريع الحمائي للمستهلك حيث تم تكريس الحماية بناء على معيار مفهوم المستهلك لإضفاء حماية فعالة على هذه الفئة.

فمجمّل القوانين التي تكون لها طبيعة حمائية تسعى لحماية رضا الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ويستخلص من هذه الفكرة أن القواعد العامة لم تعد كافية بمفردها لحماية المتعاقدين في عقود الاستهلاك ذلك أن التشريعات المدنية غير كافية لتحقيق التوازن العقدي.

فالاستناد على مؤسسة عيوب الرضا¹ أو السبب أو المحل تبقى قواعد قاصرة ولا تأثير لها² في العقود الاستهلاكية التي من خصائصها الإقرار بوجود طرف قوي في مقابل آخر ضعيف³.

وقد عالجت النصوص القانونية الحديثة هذا الفراغ بابتكارها بعض الميكانيزمات لحماية الطرف الضعيف من قبيل الالتزام بإعلام وتبصير المستهلك أو منع مهلة للتفكير أو الحق في التراجع ذلك أن النظام العام الحمائي يسهر على أن يتوفر الطرف الضعيف على المعلومات الكافية والوقت اللازم للتفكير الضروري لإصدار إرادة واعية ومستنيرة شأنه شأن الطرف القوي اقتصادياً.

ولعل كتابة العقد من طرف واحد كانت من الأسباب التي أدت إلى ظهور إجراءات حمائية لحماية رضا الطرف الضعيف في العقد ويظهر ذلك جلياً في قوانين حماية المستهلك أو بالأحرى النظام العام الحمائي فيعطي هذا الأخير مهلة للتفكير بين إيجاب المتعاقد وتوقيع العقد إذ يحق للطرف الضعيف الذي لم يشارك في تحرير شروط العقد أخذ الوقت الكافي لموازنة التزاماته ومقارنتها مع باقي العروض كما يمكنه أن يستفيد من حق التراجع كوسيلة وقائية حددها النظام العام الحمائي تعطي للمستهلك حق الرجوع في العقد بعد التوقيع عليه وهذا الحق يقوم على أساس قرينة قاطعة بأن الالتزام ثم قبوله بسرعة من طرف المستهلك.

ومن خلال ذلك يتبين أن وراء كل قاعدة قانونية حمائية توجد مصلحة للمجتمع وفي حالة غياب هذه المصلحة فالمشرع يمتنع عن التدخل لكن إذا كان الصالح العام ظاهراً بما فيه الكفاية كموضوع حماية المستهلك، فإن التدخل التشريعي يبقى ضرورياً بمقتضى النظام العام الحمائي وكل مخالفة لقواعد وأحكام هذا الأخير يترتب عنها البطلان النسبي⁴ لأنه يتعلق بحماية مصالح بعض الأشخاص وليس الصالح العام، ويبقى لهؤلاء الأشخاص ممارسة دعوى البطلان بصفة شخصية أو بصفة جماعية⁵ على خلاف أحكام مخالفة قواعد النظام العام التوجيهي التي يترتب عنها البطلان المطلق بمقتضى المادة العاشرة من قانون حرية الأسعار والمنافسة.

و تبقى الإشارة واجبة إلى أن الحماية المقررة لبعض الفئات داخل المجتمع بناء على نصوص خاصة قد يطرح في بعض الأحيان إشكالية تتمثل في أن توسيع هامش هذه الحماية والتشدد فيها من شأنه أن يمس بالحماية المقررة للمهني وبذلك أصبح مراعاة الأمن القانوني للطرفين ضرورة أساسية هدفها البحث عن كيفية ملائمة إقامة توازن بين الحقوق والالتزامات المقررة للطرفين معاً وبكيفية تجنب المساس بمصالح أحدهما⁶.

المطلب الثاني: دور النظام العام الحمائي في تحقيق التوازن العقدي

إن مفهوم التوازن العقدي يعتبر من المفاهيم المرنة التي يصعب ضبطها وبالتالي وضع تعريف لها نظراً للإشكاليات التي يطرحها، فمضى يمكن الحديث عن التوازن العقدي وعلى أي أساس يتم تحديد معايير وجود توازن عقدي من عدمه.

إن التوازن العقدي يستمد من خلال القوانين الخاصة بقانون حرية الأسعار والمنافسة والقانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك هذا الأخير الذي يهدف للتوازن العقدي الذي ينحصر في نقطة واحدة وهي شروط العقد. أما التوازن الذي يهدف إليه قانون حرية الأسعار والمنافسة هو التوازن الشامل الذي يستمد من الحماية النابعة من المنافسة التي تساعد على تحسين رفاهية المستهلك⁷.

فبعد فشل مبدأ الحرية التعاقدية المطلقة والتي أدت في الأخير إلى استغلال الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية والمساس بالتوازن داخل العقد مما أدى إلى تراجع الحرية والمبادئ الموجهة في القانون المدني لضمان تحقيق مساواة حقيقية بين الأطراف المتعاقدة الشيء الذي أدى إلى ظهور ما يطلق عليه بالنظام العام الحمائي⁸.

ونظراً لتداخل كل من النظام العام الحمائي والتوجيهي فإنه لا بد من تدخل جهات إدارية⁹ بمقتضى قواعد أمره تحدد الإطار القانوني للالتزامات الناتجة عن العقد ولعل هذه الجهات الإدارية تقوم بنوع من المراقبة الإدارية وبالتالي تجسد دور الدولة المتدخلة¹⁰.

فإذا كان العقد في إطار المقاربة التقليدية يقوم كل طرف بالدفاع عن مصالحه المشروعة، فإنه في المقاربة الحديثة أصبح من الضروري واللازم تبني مبادئ جديدة ملائمة أكثر لحاجيات العقد والأطراف ولتطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية ومن أهم هذه المبادئ التضامن والأخوة¹¹ والمساواة فيما بين الأطراف المتعاقدة. فهذا المبدأ الأخير يعد إشكالية حقيقية لأن المساواة تبقى مفقودة بين شخصين يتمتعان بإرادة وأهداف مختلفة¹².

¹ - عيوب الرضا تبقى عاجزة عن توفير الحماية العقدية للمستهلك انظر في هذا الصدد، عبد الرحمان الشرفاوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، مرجع سابق ص 5 و ما بعدها.

² - العربي مياد م ص 124.

³ - Yves picod .helene davo .droit du consommation.2 eme edition.sirey. 2010 p271

⁴ - مجاهدين خالد مرجع سابق ص 263.

⁵ - تبقى لجمعيات حماية المستهلك ممارسة دعوى البطلان متى كانت استجمعت الشروط القانونية المنصوص عليها في قانون 31.08 (القسم السابع).

⁶ - ورقة تقديمية حول ندوة " خصوصيات قانون حماية المستهلك على ضوء قانون الالتزامات والعقود " المنظمة بتاريخ 16 دجنبر 2011 بكلية الحقوق أكادال. مرجع سابق.

⁷ - مجاهدين خالد مرجع سابق ص 257.

⁸ - العربي مياد مرجع سابق ص 124.

⁹ - أو ما يعرف بأجهزة الضبط الاقتصادي أو أجهزة النظم أو الطوبطة.

¹⁰ - Gérard-cas, didior- ferrior. Traité de droit de consommation. Presses universitaires de France .2eme édition .1994. p 62.

¹¹ - عبد المجيد غميحة: قانون الالتزامات والعقود وقانون حماية المستهلك بين الأمن القانوني والإنصاف ندوة حول خصوصيات قانون حماية المستهلك على ضوء قانون الالتزامات والعقود المنظمة بتاريخ 16 دجنبر 2011 أعمال الندوة غير منشورة

¹² - مجاهدين خالد مرجع سابق ص 246.

و بما أن العقد هو قانون بالنسبة لمنشئيه طبقا للفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود وبذلك ففي حالة إبرامه من طرفين غير متكافئين فإنه من البديهي أن تنعدم المساواة الفعلية بين أطرافه بالرغم من أن إنشاء العقد يعطي للطرفين إمكانية الدفاع عن مصالحهما ونظرا لعجز الأطراف عن ذلك تدخل المشرع بمقتضى النظام العام الحمائي وأتى بمبادئ تمس بالمبادئ التقليدية لنظرية العقد كالقوة الملزمة للعقد والأثر النسبي، وذلك في محاولة منه لحماية فئة معينة من المتعاقدين¹ وأبرز مثال على ذلك عقد الاستهلاك الذي أتى بتقنيات تشد عن النظرية التقليدية للعقد كمهلة التفكير وحق الرجوع².

و بذلك يتعين إعادة المساواة³ بين الأطراف عند تنفيذ العقد المبرم حتى يتمكن الطرف الضعيف تقنيا واقتصاديا من حقوقه كاملة، متى ثم تنفيذ العقد وهو على علم ودون تعسف من الطرف القوي⁴.

و في إطار النصوص القانونية الداعمة لحماية فعالة للمستهلك، دعى بعض الباحثين إلى ضرورة تفعيل بعض مقتضيات الشريعة العامة للعقد المنصوص عليها في الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود⁵، الذي ينص على ما يلي « كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون، أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته». فمقتضيات هذا الأخير يعد من الوسائل المهمة التي تمكن القاضي من تحقيق أهداف النظام العام الحمائي، لما ينطوي عليه من مبادئ هامة تركز مبدأ الأمانة العقدية المشار إليه سابقا.

خاتمة

يتبين من خلال كل ما سبق أن كل من قانون تدابير حماية المستهلك رقم 31.08 وقانون حرية الأسعار والمنافسة رقم 104.12 اللذين بموجبهما تدخل المشرع المغربي تحت غطاء النظام العام الاقتصادي بنوعية التوجيهي – قانون حرية الأسعار والمنافسة- والحمائي- قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك-، لتحقيق العدالة التعاقدية الموضوعية وليست الذاتية وهذا ما يبرز عودة مستترة إلى دور الدولة المتحكمة في الميدان الاقتصادي من خلال أجهزة مختصة و قواعد تشريعية ذات طبيعة اقتصادية غايتها توجيه مؤسسة العقد للحفاظ على استقرار السوق وسلامته وحماية المستهلكين من تعسفات المهنين.

¹ - أو أما عبر عنها الفصل 35 من دستور 2011 بالفئات الاجتماعية الأقل حظا.

² - Jérôme Huet. traite de droit civil. Op cit . P 215

انظر أيضا

Michel Trochu Le Contrat De Consommation Libraire Générale De Droit Et Jurisprudence Paris 1974 P19

والتي سنتطرق لها بنوع من التفصيل في الفصل الثاني من هذا البحث.

³Farid el bachA. L'influence du droit de consommation dans le droit des obligation et contrats.

ندوة حول خصوصيات قانون حماية المستهلك على ضوء قانون الالتزامات والعقود. مرجع سابق.

Jean calais auloy. vers un nouveau droit de la consommation. juin 1984. P13

⁴ - مجاهدين خالد مرجع سابق ص 251.

⁵ - عبد الرحمان الشرقاوي، مساهمة القضاء المدني في حماية المستهلك مرجع سابق ص.120

الصلح بالوساطة في مشروع قانون المسطرة الجنائية

سعد الستاتي

طالب باحث في سلك الدكتوراه،

جامعة محمد الخامس بالرباط،

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- سلا.

المقدمة:

إن مؤسسة الصلح بالوساطة في المادة الجنائية كانت موجودة منذ القدم، ففي المجتمعات البدائية كانت سلطة العقاب بيد العائلة لما توطد نظامها و منها إلى العشيرة فالقبيلة، و لم يكن بوسع الجاني الإفلات من العقاب إلا بدفع تعويض مالي للضحية أو لعائلتها و بذلك ينتهي النزاع بعد جبر الضرر الحاصل للمتضرر. أما بالنسبة للتشريع الإسلامي فتتجلى مؤسسة الصلح في جرائم القصاص و التعزير، إذ تسقط العقوبة عن الجاني بوقوع صلح و ذلك سواء وقع بدية أو بدونها¹، و قد كان الهدف من إرساء الصلح القضاء على ظاهرة الانتقام أو الأخذ بالثأر و نشر ثقافة التسامح و التأخي بين أفراد المجتمع، و قد رغب الإسلام في الصلح لفض النزاعات بين الناس مصداقا لقوله تعالى: "و جزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين"².

و قول الرسول صلى الله عليه و سلم: "ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام و الصلاة و الصدقة قالوا بلى قال إصلاح ذات البين"³. و حكمة الاسلام في ذلك هي دعوة الناس كافة إلى التأخي و مجابهة الخلافات بإيجاد حلول تراعى فيها مصالح الأطراف المتنازعة بصورة ودية تفاديا لما يمكن أن يولده اللجوء إلى القضاء من بغضاء تطبيقا للنصيحة عمر بن الخطاب رضي الله عنه لقضائه لما ولي شؤون الحكم: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن"⁴.

و لقد كانت السياسة الجنائية القديمة تقوم على العقاب بإصدار عقوبات سالية للحرية أو عقوبات مالية على الجاني، إذ كانت تهتم خاصة بالاضطراب الحاصل للمجتمع بعقاب الفعل المقترب من الجاني ولم يكن جبر الضرر الحاصل للمتضرر و الاقتراحات المحتملة لإصلاح الجاني ضمن محور اهتمامها⁵. و مع تطور علمي الإجرام و العقاب، فقد أثبت الواقع أن العقوبة السالبة للحرية لا تحقق النتائج المأمولة أو الحد منها على الأقل و جاءت التيارات الإنسانية الحديثة لتمهد السبيل إلى إعادة قراءة القانون الجنائي و ظهرت بذلك مصطلحات جديدة مثل الإصلاح و التأهيل و الإدماج و تفريد العقوبة⁶، كما ظهرت عقوبات بديلة عن عقوبة الحبس و كذلك آليات بديلة للدعوى العمومية كالصلح بموجب الوساطة.

و جاء تكريس الصلح بالوساطة في مشروع ق.م.ج مسيرة للتيارات العلمية و التشريعية التي تقر بهذه الآلية، كالتشريع الفرنسي بمقتضى الفصل 41 من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي؛ و التشريع البلجيكي بمقتضى الفصل 216 في فقرته الثالثة من قانون التحقيقات الجنائية البلجيكي؛ و التشريع التونسي بمقتضى الفصل 335 مكرر من مجلة الاجراءات الجزائية التونسية.

و من شأن دراسة هذا الوافد القديم الجديد في مشروع ق.م.ج أن يمكننا من فرصة الوقوف على مزاياه و التعريف به مما قد يسهم في دعم العمل به و اللجوء إليه كحل للنزاع عند دخوله حيز التطبيق، من جهة، و إظهار ما قد يكون مشتملا عليه من نقائص يحسن تلافيها في هذه المسودة، من جهة أخرى. و ليتسنى لنا الإحاطة بهذا الموضوع و جب علينا تعريف الصلح بالوساطة، كما يحسن بنا أن نذكر بمفهوم الدعوى العمومية محل أو موضوع الصلح بالوساطة.

و يمكن تعريف الصلح بالوساطة من خلال مشروع ق.م.ج بأنه إجراء يتم قبل إقامة الدعوى العمومية في صنف معين من الجرائم المحددة سلفا، بمقتضاه تخول النيابة العامة جهة وساطة باختيارها أو باقتراح الأطراف، تسعى إلى تقريب وجهات النظر بين الأطراف و إقناعهم بحل صلي للنزاع الطارئ بينهم بعد موافقتهم على ذلك، مما يترتب عليه وقف الدعوى العمومية. أما هاته الأخيرة، فهي كما يؤخذ من أحكام المادتين 2 و 3 من ق.م.ج، دعوى تترتب عن الجريمة و تهدف إلى تطبيق العقاب المستوجب، يختص بإقامتها و ممارستها قضاة النيابة العامة و الموظفون المكلفون بذلك قانونا أو المتضرر طبقا للشروط المحددة في ق.م.ج و لا تتوقف إقامتها على الشكاية، كما لا يوقفها و لا يعقلها الرجوع في الشكاية.

و من خلال تعريف الصلح بالوساطة و الدعوى العمومية يتبين لنا أن المشرع المغربي في مشروع ق.م.ج قصر مهمة الاشراف على هذا الاجراء و تسييره على النيابة العامة دون غيرها.

و بالرجوع إلى أحكام الصلح بالوساطة المنصوص عليها في المادتين 41 و 41 مكرر مرة واحدة من مشروع ق.م.ج، يتضح أن هذ المؤسسة تطرح العديد من الاستفسارات التي تخامر ذهن الطالب الباحث من ذلك إجراءاتها و ما يتفرع عنها من شروط و نطاق التطبيق و آثارها على الدعوى العمومية و المدنية. و للإجابة عن هذه الاستفسارات يتوجب علينا دراسة العناصر التالية:

- إجراءات العمل بالصلح بموجب الوساطة في مشروع ق.م.ج.

- الآثار المترتبة على الصلح بموجب الوساطة في مشروع ق.م.ج.

و لمعالجة هذه العناصر نقترح تقسيم هذا الموضوع إلى محورين أساسيين نخصص الأول لإجراءات الصلح بالوساطة في مشروع ق.م.ج، في حين يعنى الثاني بآثار الصلح بالوساطة في مشروع ق.م.ج.

المحور الأول: إجراءات الصلح بالوساطة في مشروع ق.م.ج

يهدف نظام الصلح بالوساطة في الميدان الجنائي إلى ضمان جبر الأضرار الحاصلة للمتضرر من الأفعال المنسوبة إلى المشتكى به مع إذكاء الشعور لديه بالمسؤولية و الحفاظ على إدماجه في المجتمع، و من البديهي أن تلتقي هذه الأهداف مع الغاية الأصلية للصلح بالوساطة، و هي وقف النزاع. و لتحقيق هذه الغايات النبيلة

¹ أشرف رمضان عبد الحميد، الوساطة الجنائية و دورها في إنهاء الدعوى العمومية، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2004، ص 125.

² سورة الشورى، الآية 40.

³ أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في إصلاح ذات البين، حديث رقم 4919، حققه شعيب الأرنؤوط و آخرون، الجزء السابع، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 280.

⁴ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، كتاب البيوع- أبواب القضاء- باب هل يرد القاضي الخصوم حتى يصطلحوا، حققه حبيب الرحمن الأعظمي، الجزء الثامن، منشورات المجلس العلمي، المكتب الاسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1972، ص 303-304.

⁵ أحمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، بدون طبعة، سنة 1983، ص 28.

⁶ عبد الرحيم صديقي، علي الإجرام و العقاب، الكتاب الثاني، بدون مطبعة و طبعة، سنة 2006، ص 95-96.

للمصلح بالوساطة قرر المشرع المغربي تنظيم إجراءات المصلح بالوساطة في مشروع ق.م.ج عن طريق تحديده لنطاقه (الفقرة الأولى)، و تنصيبه على الشروط الواجب توافرها لتحقيقه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نطاق المصلح بالوساطة

سنتناول في هذه الفقرة نطاق المصلح بالوساطة من حيث أطرافه، و هو ما يطلق عليه النطاق الشخصي (أولاً)، و من حيث نطاق زمانه و تطبيقه، و هو ما يطلق عليه النطاق الزمني و الموضوعي (ثانياً).

أولاً- النطاق الشخصي:

يمكن تحديد أطراف المصلح بالوساطة في الأشخاص الذين أجاز لهم ق.م.ج الحق في مباشرة هذا الإجراء، و هم النيابة العامة (أ)، المتضرر (ب) و المشتكى به (ج)، و الوسيط (د). و فيما يلي تتناول أدوار هؤلاء الأطراف على النحو التالي:

أ- النيابة العامة:

تعد النيابة العامة هي الطرف الفاعل في إجراء المصلح بالوساطة في ق.م.ج، فهي الجهة التي بصفتها المكلفة بمباشرة الدعوى الجنائية نيابة عن المجتمع و التي تضطلع بتقدير مدى جواز اختصار الإجراءات القضائية من خلال اقتراح المصلح بالوساطة أو الموافقة عليه عند تقديمه من طرف المشتكى به أو المتضرر.

و عليه، فالنيابة العامة تتقصد أحد الدورين في إبرام مسطرة المصلح بالوساطة المنصوص عليها في المادة 41 من مشروع ق.م.ج، و هما:

- من ناحية تعتبر الجهة التي يقدم لها طلب المصلح بالوساطة و بالتالي تقرر الموافقة أو عدم الموافقة بفتح مسطرة المصلح بالوساطة¹، ففي هذا الدور لا تصالح النيابة العامة و إنما توافق أو لا توافق على طلب المشتكى به أو المتضرر باللجوء إلى مسطرة المصلح بالوساطة².
- و من ناحية أخرى تعتبر الجهة التي تقترح المصلح بالوساطة على المشتكى به و المتضرر، فتقوم النيابة العامة في هذا الدور باختيار الوسيط أو تعهد بذلك إلى وسيط أو أكثر يقترحه الأطراف.

فحسب الأصل ليس للنيابة العامة حق التصالح مع المشتكى به³ إلا أن المشرع المغربي كغيره من التشريعات المقارنة نص على إمكانية إجراء المصلح بالوساطة، فلا يعتبر عرضه على المشتكى به تحريكاً للدعوى الجنائية قبله⁴.

ب- المتضرر:

يكفي لاعتبار الشخص متضرراً حسب مقتضيات المادة 41 من مشروع ق.م.ج أن يشار إليه بمحضر الضابطة القضائية كضحية.

و الملاحظ في هذا الصدد، أن المشرع استعمل في مسودة المشروع نفس اللفظ الوارد في المادة 41 من ق.م.ج بدل استعمال لفظ المشتكى، فلماذا لم يستعمل المشرع لفظ المشتكى بدلاً من المتضرر؟

أجاب رأي في الفقه⁵ على هذا التساؤل بالقول: "أن المشرع المغربي أراد أن يضيف طابع الجدية على مسطرة المصلح، فاشتراط أن يتعلق الأمر بمتضرر من جريمة حتى يضع حداً للشكايات الكيدية التي ليس فيها إثبات للظواهر من خلال النص أن الأمر يتعلق باعتراف من جانب المشتكى به بالفعل المنسوب إليه و إلا لما كان لهذه المسطرة محل".

ج- المشتكى به:

هو كل من تنسب إليه جريمة معينة، سواء بوصفه فاعلاً أو مساهماً أو شريكاً، و هذه الصفة تشكل مركزاً قانونياً خاصاً يرتب آثاراً معينة، فهي من جهة تجعل صاحبها عرضة لتقييد حريته و إهدار بعض حقوقه في حدود معينة، و هي من ناحية أخرى تخوله ضمانات تمكنه من الدفاع عن نفسه.

و بالرجوع إلى المادة 41 من مشروع ق.م.ج، نجد المشرع استعمل لفظ المشتكى به بدلاً من لفظ المتهم، و هذا اللفظ في نظرنا يقتصر على الأشخاص الذين لا تستطيع النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية قبلهم إلا بناء على تقديم شكاية من طرف الشخص المتضرر من الجريمة.

و ما يعزز طرحنا هو ما نصت عليه المادة 1-41 في فقرتها الرابعة من مشروع ق.م.ج، على إمكانية اقتراح النيابة العامة للمصلح على المشتكى به في حالة غياب الضحية، فكيف يعقل الحديث عن المشتكى به في غياب الشخص المتضرر؟! و عليه فلفظ المتهم ينسجم مع وضع المائل أمام النيابة العامة في هذه المرحلة.

هذا، و يشترط المشرع المغربي في المشتكى به الذي يمكنه اللجوء إلى إجراء المصلح بالوساطة، أن يبدي موافقته على المصلح بالوساطة حتى ينتج أثره، فلا يجوز إجباره على المصلح بالوساطة، إذ يبقى من حقه رفض المصلح بالوساطة، و طلب محاكمته وفقاً لـ ق.م.ج.

و يلاحظ أن المشرع المغربي لم يستبعد تطبيق نظام المصلح بالوساطة على المشتكى بهم الأحداث، بل أعطى للنيابة العامة إمكانية تطبيق مسطرة المصلح بالوساطة المنصوص عليها في المادة 41 من ق.م.ج بين الحدث و وليه القانوني و المتضرر، بشرط موافقتهم على ذلك⁶.

د- الوسيط:

الوسيط هو ذلك الشخص المكلف بتسهيل إبرام صلح لنزاع نشأ بين المتضرر و المشتكى به. أو بالأحرى هو ذلك الشخص من الغير الذي يتولى مهمة التوفيق بين مصليحي المتضرر و المشتكى به⁷.

و يستدل من ذلك بأن الوسيط هو شخص طبيعي، لكن هل يجوز بأن تسند مهمة الوساطة إلى شخص معنوي؟

¹ محمد الزرقني العيادي، أثر المصلح على الدعوى العمومية، مقال منشور بمجلة البحوث، العدد 4، السنة الثالثة، يونيو 2005، ص 129.

² فاطمة الزهراء راجي، المصلح في قانون المسطر الجنائية المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2009-2010، ص 108.

³ يذهب البعض إلى أن المصلح بالوساطة يصعب الأخذ به في القوانين ذات الأصل اللاتيني، كالفقانون المغربي، و يرجع السبب في ذلك إلى أن الدعوى الجنائية ملك للمجتمع، وهي تتسم بصفة العمومية، و ذلك لاتصالها بالنظام العام، و يترتب على هذه الصفة نتيجة هامة، تتمثل في عدم جواز التراضي أو التصالح عن الدعوى الجنائية من جانب النيابة العامة حيث تعتبر هذه الأخيرة أمينة عليها نيابة عن المجتمع، و ثم فإن تطبيق المصلح بالوساطة من شأنها إهدار هذا الأصل، و تجعله محلاً للتراضي. انظر: أشرف رمضان عبد الحميد، مرجع سابق، ص 142.

⁴ محمد بولمان، العدالة التصالحية بين النص و الواقع، مقال منشور بمجلة المرافعة، العدد 16، أكتوبر 2005، ص 125.

⁵ رشيد مشتاق، دليل النيابة العامة في مسطرة المصلح الجزري: دراسة تحليلية نقدية لقانون رقم 22-01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، مارس 2004، ص 19.

⁶ انظر الفقرة الثالثة من المادة 461 من مشروع ق.م.ج.

⁷ حسن عبد العزيز عبد الله النجار، البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية و التجارية، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 2014، ص 219.

إذا كانت جل القوانين الاجرائية المقارنة، كقانون الاجراءات الجنائية الفرنسي يجيز بأن تناط مهمة الوساطة إلى شخص معنوي¹. فهذا يعني بأن مهمة مباشرة الوساطة لا تقتصر على الأشخاص الطبيعيين، وإنما يجوز للنيابة العامة أن تختار لمهمة الوساطة شخصا معنويا ليتولى التوفيق بين الأطراف، كالجمعيات التي تعنى بالدفاع عن حقوق الضحايا أو النساء والأطفال.

و بالرجوع إلى مشروع ق.م.ج نجد المشرع المغربي نص في المادة 41 منه على إمكانية أن يعهد بمهمة الوساطة إلى وسيط أو أكثر يقترحه الأطراف أو تختاره النيابة العامة دون أن يذكر صورة هذا الوسيط، هل هو شخص طبيعي أو معنوي؟ مما يدفعنا إلى القول بأن المشرع المغربي طالما لم يفرق بين صور الوسيط في صلب المادة أعلاه، فعبارة الوسيط جاءت مطلقة و عامة، و المطلق يؤخذ على إطلاقه و العام يؤخذ على عمومته تطبيقا للقاعدة الأصولية القائلة بأنه "إذا جاءت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها"، و تطبيقا لهذه القاعدة فإن عبارة الوسيط تشمل الشخص الطبيعي و المعنوي.

كما يثور التساؤل حول ما إذا كان من الجائز أن يتولى مهمة الوساطة أكثر من شخص للتوفيق بين الأطراف، كأن يتولاهما شخصين أو ثلاثة؟ أجاب المشرع المغربي على هذا السؤال في المادة 41 من مشروع ق.م.ج بقوله: "كما يمكنه أن يعهد بذلك إلى وسيط أو أكثر يقترحه الأطراف أو يختاره وكيل الملك". ولعل المشرع المغربي حسنا فعل بتنصيبه على إمكانية أن يتولى مهمة الوساطة أكثر من وسيط، خاصة في الأحوال التي يضم فيها النزاع أفرادا أكثر، كتعدد المتضررين أو المشتكى بهم أو تعددهم معا.

ففي هذه الحالة من الممكن إسناد الوساطة إلى أكثر من وسيط للتوفيق بين هؤلاء الأطراف. و في جميع الأحوال فإن تعدد الوسطاء يرجع إلى إرادة الأطراف (في حالة الاقتراح) من جهة و إلى تقدير النيابة العامة (في حالة الاختيار) من جهة أخرى.

و يتم تعيين الوسيط كما نصت على ذلك المادة 41 من مشروع ق.م.ج، عن طريق اقتراح الأطراف من يتولى مهمة الوساطة، و لهم مطلق الحرية في اقتراحه على النيابة العامة التي يمكن أن توافق عليه أو ترفضه، و يمكن تضمين الأطراف لطلب الصلح بالوساطة اسم الوسيط للقيام بدور الوساطة². أما في حالة عدم اقتراح الوسيط من قبل الأطراف أو تم رفضه من طرف النيابة العامة، فإن هذه الأخيرة تقوم باختياره لمباشرة مهمة الوساطة بين الأطراف.

و الجدير بالذكر، أن المشرع المغربي لم يضع في مشروع ق.م.ج الشروط الواجب توافرها في الوسيط من حيث مقوماته الشخصية (ككفاءته المهنية و نزاهته)، و الموضوعية (كاستقلاله و حياده)، لكن يمكن تبين هذه الشروط فيما بعد عن طريق المناشير الصادرة عن وزير العدل في هذا المجال.

ثانيا- النطاق الزمني و الموضوعي:

حدد المشرع المغربي بمشروع ق.م.ج الحالات التي يجوز إجراء الصلح بالوساطة فيها على الدعوى العمومية، كما حدد في أي مرحلة من مراحل النزاع الجنائي يجوز إجراء الصلح بالوساطة، لذا سنتعرض أولا إلى النطاق الزمني للصلح بالوساطة (أ)، لنتطرق ثانيا إلى النطاق الموضوعي له (ب). و ذلك على النحو التالي:

أ- النطاق الزمني:

يتحدد النطاق الزمني لإجراء الصلح بالوساطة في المرحلة السابقة على إقامة الدعوى الجنائية، فهذا الإجراء يمثل أحد الخيارات التي قررها المشرع المغربي للنيابة العامة للتصرف في القضايا الجنائية المعروضة أمامها، و ينبغي لصحة مباشرته أن تكون الدعوى الجنائية في حوزة النيابة العامة، فإذا قامت هذه الأخيرة برفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة المختصة، فلا يجوز لها مباشرة إجراء الصلح بالوساطة³.

و عليه، فإن الصلح بالوساطة يقتصر تطبيقه من حيث الزمن على مرحلة ما قبل الدعوى الجنائية، حيث سعى المشرع من خلال تضمينه في مشروع ق.م.ج إلى الحفاظ على الروابط العائلية و الإنسانية القائمة بين طرفي النزاع.

ب- النطاق الموضوعي:

لقد تطورت الجهود نحو وضع سياسة جنائية جديدة و متكاملة تركز بالأساس على العديد من الأركان أهمها مقتضيات الوقاية من الإجرام و فعالية و سرعة الكفاح ضد الجريمة و أساليب معاقبة المجرمين و معاملتهم و سبل تأهيل المحكوم عليهم و إعادة إدماجهم في المجتمع. و في هذا الإطار برز الصلح بالوساطة كبديل عن الدعوى العمومية لفض النزاعات الجنائية و الحد من الجريمة و الاضطراب الذي أحدثته، و تبعا لذلك أقر المشرع الصلح بالوساطة في جرائم الضرب و الجرح و السرقة و النصب و خيانة الأمانة و غيرها من الجرائم التي تعتمد الصلح بموجب مشروع ق.م.ج لإيقاف الدعوى العمومية و كل ذلك يقيم الدليل على تجذر الصلح في السياسة التشريعية للمشرع المغربي و في فلسفة العقاب لديه.

على أن هذه الغاية لا تنسحب ضرورة على كافة الجرائم و إنما أورد المشرع في المادة 1-41 من مشروع ق.م.ج نظام القاعدة العامة في تحديد الجرائم الخاضعة للصلح بالوساطة⁴، و التي تقتضي تطبيق الصلح بالوساطة على الجنح التي لا تتجاوز عقوبتها سنتين حبسا و بغرامة لا يتجاوز حددا الأقصى مائة ألف درهم أو بإحدى العقوبتين فقط. كما أورد قائمة حصرية ببعض الجرائم التي يجوز فيها اعتماد الصلح بموجب الوساطة في ما يتعلق بالجنح الواردة على سبيل الحصر في الفقرة الأولى من المادة أعلاه، و هي المتعلقة بالضرب و الجرح الذي ينتج عنه عجز تتجاوز مدته 20 يوما (الفصل 401)؛ و الاعتداء الواقع على أحد الأصول أو الكافل أو الزوج (البند 1 من الفصل 404)؛ و التهديد بارتكاب جريمة ضد الأشخاص أو الأموال (الفصلين 425 و 426)؛ و الوشاية الكاذبة (الفصل 445)؛ و السرقة (الفصلين 505 و 517)؛ و تبديد الأشياء المحجوزة و إخفاءها (الفصول 524 و 525 و 526)؛ و التهديد بإفشاء الأسرار أو نسبة أمور شائنة قصد الحصول على مبلغ من المال أو توقيع أو تسليم ورقة (الفصل 538) و النصب (الفصل 540)؛ و خيانة الأمانة (الفصل 547 و الفقرتين الأخيرتين من الفصل 549)؛ و إخفاء الأشياء المختلسة أو المبددة أو المتحصل عليها من جريمة أو جنحة (الفصل 571)؛ و إصدار شيك بدون مؤونة (المادة 316 من مدونة التجارة).

و ما يستري الاهتمام ضمن هذه القائمة من الجنح المحددة على سبيل الحصر، هو اختيار المشرع للجنح التي تتميز في الأصل بطابعها الاجتماعي و الأسري كجنحة الاعتداء على أحد الأصول أو الكافل أو الزوج الواردة في البند 1 من الفصل 404 ق.ج؛ و جنحة الوشاية الكاذبة ضمن الفصل 445؛ و جنحة التهديد بإفشاء

¹رامي متولي القاضي، إطلالة على أنظمة التسوية في الدعوى الجنائية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص 73.

²فيصل بعي، الوساطة كآلية بديلة لتسوية منازعات الاستثمار، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2013-2014، ص 329.

³تنص المادة 41 في فقرتها الثالثة من مشروع ق.م.ج على أنه: "يمكن لوكيل الملك كذلك إذا بدت له مؤشرات كافية لإقامة الدعوى العمومية و قبل تحريكها، أن يقترح الصلح على الطرفين و يسعى إلى تحقيقه بينهما أو بمهلما لإجرائه. كما يمكنه أن يعهد بذلك إلى وسيط أو أكثر يقترحه الأطراف أو يختاره وكيل الملك".

⁴نظام القاعدة العامة هو نظام بمقتضاه يقوم فيه المشرع الجنائي بوضع قاعدة عامة من خلال ضابط أو معيار محدد لتحديد الجرائم التي تخضع لنظام ما، و هو ما يسير عليه الحال في أغلب الإجراءات الجنائية، تطبيقا لمبدأ المساواة أمام القانون. إلا أن نظام القاعدة العامة قد يرد عليه بعض الاستثناءات التي يرى المشرع الجنائي ضرورة في استبعادها عن نطاق تطبيق نظام ما/ انظر: أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية، ماهيته و النظم المرتبطة به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص 533.

الأسرار أو نسبة أمور شائنة ضمن الفصل 538؛ و جنحة النصب ضمن الفصل 540؛ و جنحة خيانة الأمانة ضمن الفصل 547. و عموما تتسم كافة هذه الجنح بالخطورة المتوسطة باعتبارها لا تشكل خطورة كبيرة على المجتمع و لا تنم عن تجذر النزعة الإجرامية لدى المشتكى به إذ يتجاوز الضرر فيها الهبة الاجتماعية ليمس من الحقوق المالية و المعنوية للأشخاص إذ تكون نوعا ما ذاتية لا تتعدى شخص المتضرر حيث يكفي ضمان جبر هذه الأضرار الواقعة عليه دون بلوغ العقاب حتى تندثر معالمها من نفوس من وقعت عليهم.

الفقرة الثانية: شروط تطبيق الصلح بالوساطة

لتحقيق الصلح بالوساطة في مشروع ق.م.ج يفترض أن يكون هذا الصلح صحيحا و يتحقق ذلك إذا استوفى جميع الشروط العامة للصلح كما وردت في قانون الالتزامات و العقود (أولا)، و الشروط الخاصة المنصوص عليها في مشروع ق.م.ج المكرسة للصلح بالوساطة كبديل عن الدعوى العمومية (ثانيا). و فيما يلي تناول هذه الشروط على النحو الآتي:

أولا- الشروط العامة:

إن الصلح بالوساطة في مشروع ق.م.ج هو اتفاق يتنازل بموجبه كل من المتضرر و المشتكى به عن جزء من ادعائه لفائدة الطرف الآخر حتى ينتج هذا الاتفاق أثره في وقف الدعوى العمومية مما يجعله خاضعا للشروط العامة في قانون الالتزامات و العقود.

فبالنسبة لشرط الأهلية فقد أورد المشرع هذا الشرط في مادة الصلح بالفصل 1099 من قانون الالتزامات و العقود، إذ ورد به أنه يشترط في المصالح أن يكون أهلا لأن يفوت بالعوض ما وقع في شأنه التصالح¹. لكن هل من الضروري أن يتوفر هذا الشرط في أطراف الصلح بالوساطة في مشروع ق.م.ج؟ إن المشرع المغربي لم يتعرض صلب مشروع ق.م.ج المكرسة لآلية الصلح بالوساطة للزوم توفر هذا الشرط إلا أن سكوتها لا يعني جواز إتمام الصلح من طرف من لا أهلية له كالصغير المميز أو المجنون.

و الواقع أن عدم تمتع المشتكى به بالأهلية لا يمنع من تطبيق الصلح بالوساطة، و إنما نكون أمام وساطة أحداث و ليس وساطة بين البالغين. و في هذه الحالة يكون أطراف الصلح بالوساطة هما الحدث ووليّه القانوني، كطرف أول، و المتضرر كطرف ثان². أما بالنسبة للمتضرر فإذا لم يتمتع بالأهلية، فإن الوصي أو الولي يتعين عليه مباشرة إجراء الصلح بالوساطة نيابة عن المتضرر³.

أما في ما يخص شرط الرضا، فينبغي على المتضرر و المشتكى به أن يتوافر لديهما إرادة سليمة خالية من عيوب الإرادة، كالإكراه أو الغلط أو التدليس لقبول إجراء الصلح بالوساطة، فإذا شاب إرادتهما ما ينفي تحقق قبولهما لهذا الإجراء، فإنه في هذه الحالة لا يمكن الاعتداد بموافقتهم عليه⁴.

ثانيا- الشروط الخاصة:

لقد نصت المادة 40 في فقرتها الأولى من ق.م.ج على أنه: "يتلقى وكيل الملك المحاضر و الشكايات و الوشايات و يتخذ بشأنها ما يراه ملائما". و ما تعنيه هذه الفقرة هو أن للنياحة العامة سلطة تقديرية واسعة تسمح لها بتطبيق القانون بما يتناسب و ظروف المجتمع الأمنية. و هذا المبدأ يعبر عنه بمبدأ ملاءمة الدعوى العمومية المخول للنياحة العامة، و الذي يقوم على فكرة جوهرية مفادها أن النياحة العامة بوصفها تمثل المجتمع تقتضي وجوب إقامة الدعوى العمومية بغض النظر عن خطورتها أو بساطتها أو محدودية الضرر الحاصل منها أي أنه بالرغم من توفر عناصرها و أركانها و أدلة إثباتها فإن مراعاة الظروف الخاصة بالجريمة أو بمرتبتها تقتضي عدم إقامة الدعوى العمومية بشأنها.

فمبدأ ملاءمة الدعوى العمومية يخول للنياحة العامة حفظ القضية لعدم توفر الأدلة الكافية لثبوت التهمة و إسنادها إلى المتهم أو لعدم توفر أحد أركان الجريمة، إلا أنه يمكن للنياحة العامة حفظ القضية رغم ثبوت الجريمة و ذلك لبساطتها أو لانعدام الضرر الحاصل منها للمجتمع أو لأسباب خاصة بالمتضرر أو المشتكى به.

فهل يجوز اللجوء إلى الصلح بالوساطة في جميع الحالات التي يجوز فيها الحفاظ أي سواء كانت الجريمة ثابتة أم لا؟

أجاب المشرع المغربي على هذا التساؤل صراحة في صلب المادة 41 من مشروع ق.م.ج بقوله: "يعتبر الصلح بديلا عن الدعوى العمومية إذا توفرت شروط إقامتها، و لا يمس بقرينة البراءة"، كما أضاف في نفس المادة أنه: "يمكن لوكيل الملك إذا بدت له مؤشرات كافية لإقامة الدعوى العمومية وقبل تحريكها، أن يقترح الصلح على الطرفين و يسعى إلى تحقيقه بينهما أو يمهلهما لإجرائه". فالمشرع وضع من خلال هذه المادة شرطا يقضي بعدم اللجوء إلى الصلح بالوساطة إلا إذا توفرت لدى النياحة العامة الأدلة الكافية لإقامة الدعوى العمومية احتراماً لمبدأ الشرعية الذي يقضي بعدم الخوض في مسطرة الصلح بالوساطة حتى تتأكد النياحة العامة من أساس و صحة قبول الدعوى العمومية، فإذا لم يكن الفعل مجرماً قانوناً فلا يمكن القول بوجود صلح بالوساطة لانتفاء الموضوع، أي لابد من قيام جريمة معاقب عليها قانوناً يثبت إسنادها إلى المشتكى به⁵ و لم تنقضي الدعوى العمومية بعد لأي سبب من أسباب انتقضائها حتى يمكن اللجوء إلى إجراءات الصلح بالوساطة.

و عليه، فللنياحة العامة و تكريساً لمبدأ ملاءمة الدعوى العمومية إذا رأت أن الدعوى غير ثابتة أن تصدر قراراً بحفظ القضية عوض اللجوء إلى آلية الوساطة و ما تتطلبه من إجراءات و ما ينتج عنها من تعويض للمتضرر بناء على شكاية دون إجراء الأبحاث اللازمة التي تتطلبها احتراماً لمبدأ قرينة البراءة و حقوق الدفاع.

المحور الثاني: آثار الصلح بالوساطة في مشروع ق.م.ج

إن للصلح بالوساطة في مشروع ق.م.ج آثاراً على الدعوى العمومية (الفقرة الأولى)، و أخرى على الدعوى المدنية التابعة (الفقرة الثانية)، نقوم ببيانها في فقرتين مستقلتين تباعاً.

¹ تنص المادة 1099 من ق.ل.ع على أنه: "يلزم لإجراء الصلح، التمتع بأهلية التفويت بعوض في الأشياء التي يرد عليها الصلح".

² انظر المادة 461 من ق.م.ج.

³ محمد نجيب معاوية، المفهوم القانوني للصلح بالوساطة في المادة الجزائية و آلياته، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر مناقشة نظام الصلح بالوساطة في المادة الجزائية، و الذي عقد في المعهد الأعلى للقضاء في تونس، بتاريخ 13 مارس 2003، ص 8.

⁴ رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 150.

⁵ يقتضي إسناد الجريمة إلى المشتكى به في نظام الصلح بالوساطة أن يكون الفعل الجرمي موضوع إجراء الصلح بالوساطة ثابتاً في حق المتهم بوسائل الإثبات المتعارف عليها في الميدان الجنائي طبقاً للمادة 286 من ق.م.ج.م، كاعتراف المشتكى به المضمن بمحض الضابطة القضائية أو محاضر المعاينة الميدانية الثبوتية إلى غير ذلك من وسائل الإثبات التي تمنح للنياحة العامة أهلية إثارة المتابعة/ انظر: يوسف بنباصر، أزمة مسطرة الصلح في القانون و القضاء المغربي، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 49، سنة 2006، ص 108.

الفقرة الأولى: آثار الصلح بالوساطة على الدعوى العمومية

يختلف آثار الصلح بالوساطة في الدعوى العمومية حسب نتائج مسطرة الصلح بالوساطة المنصوص عليها في المادة 41-1 من مشروع ق.م.ج.، وهي لا تخرج عن فرضين، إما نجاح الصلح بالوساطة (أولا) أو فشله (ثانيا). وفيما يلي نبين آثار الصلح بالوساطة في هذين الفرضين على النحو الآتي:

أولا- الأثر المترتب على نجاح الصلح بالوساطة:

يمكن حصر الأثر المترتب على نجاح الصلح بالوساطة في أثرين اثنين، وهما: وقف إقامة الدعوى العمومية (أ)، ووقف تقادم الدعوى العمومية (ب).

أ- وقف إقامة الدعوى العمومية:

نصت المادة 41-1 في فقرتها ما قبل الأخيرة من مشروع ق.م.ج. على هذا الأثر بقولها: "توقف مسطرة الصلح في الحالتين المشار إليهما في هذه المادة إقامة الدعوى العمومية...".

و عليه يتضح من نص المادة أعلاه أن تنفيذ المشتكى به للالتزامات التي تعهد بها يعد سببا لوقف إقامة الدعوى العمومية، ما لم تكن هناك عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية. و بعد وقف إقامة الدعوى العمومية لتنفيذ التزامات الصلح بالوساطة وقف بقوة القانون، و هو لا يعني بتاتا انتهاء المسطرة الجنحية و انقضائها ولكنها تظل مقيدة و لا يطلق عنها إلا إذا تحققت الحالات التي أشار إليها المشرع في نفس الفقرة من المادة أعلاه، و هي حالة عدم تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها المشتكى به أو إذا ظهرت عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية¹. فإذا كان هدف المشرع من هذا المقتضى وقف سيل القضايا الجنحية التي تملأ الرفوف، فإنه رفع هذا العبء و ألقاه على كاهل المشتكى به، الذي سيبقى مهددا في كل وقت بإقامة الدعوى الجنائية من لدن النيابة العامة، إذ أن مشروعنا لم يتكلم عن انقضاء المسطرة الجنحية و إنما اكتفى بمجرد الإيقاف، لذا كان حريا بالمشرع المغربي في مشروع ق.م.ج. أن يحدد مصير المشتكى به في مسطرة الصلح بالوساطة بانقضاء الدعوى العمومية قبله.

ب- وقف تقادم الدعوى العمومية:

نصت المادة 41-1 في فقرتها الأخيرة من مشروع ق.م.ج. على أن الاجراءات الخاصة بإعمال أو تنفيذ الصلح بالوساطة توقف تقادم الدعوى العمومية. و هذا يعني أن مدة تقادم الدعوى العمومية يبدأ من جديد ابتداء من اليوم الذي ينتهي فيه التنفيذ الكامل للصلح بالوساطة لمدة تساوي ما بقي من أمده في وقت توقفه، و قد قصد المشرع المغربي بذلك في مشروع ق.م.ج. أن يرتب على إجراءات الصلح بالوساطة ذات الآثار التي يرتبها على إجراءات التحقيق أو المتابعة بسبب التقادم.

ثانيا- الأثر المترتب على فشل الصلح بالوساطة:

يرتب على عدم تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها المشتكى به (أ)، أو ظهور عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية ما لم تكن هذه الأخيرة قد سقطت بأحد أسباب السقوط (ب)، قيام النيابة العامة باتخاذ قرارها بالتصرف في الدعوى العمومية. و يعد هذا الأمر نتيجة طبيعية لفشل مسطرة الصلح بالوساطة، إذ تقوم النيابة العامة في هذه الحالات الثلاث بمباشرة وظيفتها في التصرف في الدعوى العمومية إما عن طريق الحفظ الإداري أو إقامة الدعوى العمومية. و فيما يلي تناول هاتين الحالتين على النحو التالي:

أ- عدم تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها المشتكى به:

عقب انتهاء المتضرر و المشتكى به من إجراءات الصلح بالوساطة وحرر وكيل الملك محضرا بما تم الاتفاق عليه بين الطرفين ووقع إلى جانبهما، فتشأ مرحلة تنفيذ اتفاق الصلح بالوساطة التي تتحقق منها النيابة العامة، و التنفيذ كما يبدو خاضع لإرادة المشتكى به، بحيث إذا لم ينفذ هذا الأخير ما تعهد به تجاه المتضرر، يكون للنسبة العامة التصرف في الدعوى على ضوء ما تتوفر عليه من معطيات، إما بالحفظ أو الإقامة، فهذا هو الأثر المباشر لعدم تنفيذ اتفاق الصلح بالوساطة، لأن المشتكى به يبقى له الحق في التنفيذ من عدمه، خاصة و أن المشرع في مشروع ق.م.ج. لم ينص صراحة على عدم إمكانية إنجاز مسطرة الصلح بالوساطة ثانية في مثل هذه الحالة².

ب- ظهور عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية ما لم تكن هذه الأخيرة قد تقادمت:

إن المقصود بعناصر جديدة تمس الدعوى العمومية هو ظهور عناصر جديدة تغير وصف الجريمة وتعطيها طابع الجنائية، أو تتوفر عناصر جديدة تخرج الجنحة من نطاق المادة 41 من مشروع ق.م.ج. أي من نطاق الجرائم الخاضعة للصلح بالوساطة³، باستثناء التقادم فهو الآخر يمس الدعوى العمومية لكنه مستثنى من العناصر الجديدة التي تؤثر عليها (الدعوى العمومية)، و عمليا يمكن تصور ظهور عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية في مرحلتين اثنتين، وهما:

1- مرحلة الاقتراح:

في حالة إذا ما ظهر عنصر جديد يمس الدعوى العمومية كما إذا تفاقم الضرر بشكل غير طبيعي أو تغير وصف الفعل الجرمي أو اختلف الطرفان أو ما شابه ذلك... فعندها يحق للنسبة العامة إقامة الدعوى العمومية.

2- مرحلة ما بعد التنفيذ:

و هذه هي حجر الزاوية، فإن نفذ المشتكى به اتفاق الصلح بالوساطة، فمعلوم أن ذلك لا يؤثر على الدعوى العمومية التي تبقى متوقفة فقط، لكن إذا ظهر عنصر جديد يمس الدعوى العمومية، كما لو تعلق الأمر بضرب و جرح ثم نشأت عنه عامة، أو انتزاع عادي للحيازة ظهر معه ظرف تشديد، فهذه العناصر إذا ظهرت تخول للنسبة العامة إقامة الدعوى العمومية، الشيء الذي يجعل المشتكى به في وضعية صعبة، إذ يظل رهين سلوك المتضرر الذي يبتز المشتكى به، كلما ظهر له عنصر جديد يمس الدعوى العمومية، يبادر إلى تقديمه للنسبة العامة.

¹ خالد كردودي، سلسلة الأبحاث القانونية، الجزء الأول، مطبعة HF Graphie، الطبعة الأولى، غشت 2005، ص 123. / يوسف بنباصر، مرجع سابق، ص 113.

² وقد ذهب المشرع المصري في اتجاه مخالف لما أقره المشرع المغربي، فقد جاء في المادة 18 مكرر من قانون الإجراءات الجنائية المصري في فقرتها الثالثة: "لا يسقط حق المتهمة بفوات ميعاد الدفع"، و رغبة المشرع في ذلك هو حرصه على إعطاء المتهمة فرصة ثانية في أن تراجع نفسه وبتدارك ما صدر عنه من تماطل، و يتصالح حتى بعد فوات الأجل المحدد لتنفيذ الصلح، و هو 15 يوما، غير أن الجزء المرتب عن هذا التأخير هو إلزامه بدفع مبلغ يفوق المبلغ الذي كان سيدفعه لو تصالح في الميعاد المقرر، إذ يدفع في هذه الحالة نصف الأدنى المقرر لها.

³ بعبارة أخرى هو كل ما من شأنه التأثير على مسار الدعوى الجنائية من حيث وضعها أو ظروف التشديد المتصلة بها. لمزيد من التفصيل حول هذه النقطة، يراجع: عبد اللطيف إدري، الصلح في إطار المسطرة الجنائية الجديد، مقال منشور بمجلة المرافعة، العدد المزدوج 14-15، دجنبر 2004، ص 41. / محمد بادن، إشكالات مسطرة الصلح طبقا لقانون المسطرة الجنائية المغربي، مقال منشور بمجلة للمناظرة، العدد 10، سنة 2005، ص 137.

⁴ يوسف بنباصر، مرجع سابق، ص 123. / رشيد مشقافة، مرجع سابق، ص 79-80.

كانت هذه أهم آثار الصلح بالوساطة على الدعوى العمومية، لكن هل الصلح بالوساطة يؤثر على الدعوى المدنية التابعة؟ هذا ما سوف نتناوله بالتحليل في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: آثار الصلح بالوساطة على الدعوى المدنية التابعة

يترتب على تنفيذ اتفاق الصلح بالوساطة وقف إقامة الدعوى العمومية، إلا أن هذا الوقف لا يمس بحقوق المتضرر، وهو ما يشير إلى أن تنفيذ اتفاق الصلح بالوساطة لا أثر له على الدعوى المدنية الناشئة عن الواقعة موضوع الجريمة، والتي يجوز للمتضرر رفع دعواه أمام القضاء المدني المختص. وهو ذات الوضع بالنسبة للقانون المصري، فقد أشار القانون المصري إلى أن الصلح يقتصر أثره على الدعوى العمومية¹. والواقع أن نجاح الصلح بالوساطة أو فشله لا أثر له على الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى العمومية، إذ يجوز للمتضرر أن يقيم دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض، فالصلح يهدف إلى وقف إجراءات الملاحقة القضائية وليس في ذلك أثر على الدعوى المدنية المرتبطة بها².

و إذا كنا نعلم أن الصلح الجنائي لا يؤثر على حق المتضرر في اللجوء إلى القضاء المدني للمطالبة بالتعويض، فإن السؤال الذي يبقى مطروحا في هذا الإطار هو هل يؤثر الصلح على حق المتضرر في اللجوء إلى القضاء الجزري للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ألحقته الجريمة به؟

إن الإجابة على هذا التساؤل يستدعي منا الحديث عن أثر الصلح بالوساطة على الدعوى المدنية التابعة قبل إقامة الدعوى الجنائية لا بعدها نظرا لأن المشرع المغربي في مشروع ق.م.ج حدد النطاق الزمني للصلح بالوساطة في المرحلة السابقة على إقامة الدعوى العمومية، وبالتالي لا يمكن الحديث عن الصلح بالوساطة إذا قررت النيابة العامة إقامة الدعوى العمومية عن طريق رفعها إلى المحكمة الجزرية³.

و عليه، يؤدي إبرام الصلح بالوساطة إلى وقف الدعوى الجنائية قبل إقامتها وبالتالي سقوط حق المتضرر في اللجوء إلى القضاء الجزري ولا يبقى أمامه سوى اللجوء إلى القضاء المدني للمطالبة بالتعويض، فمن الشروط الجوهرية لقبول دعوى التعويض المدني أمام القضاء الجنائي وجود دعوى عمومية قائمة، حيث تعتبر الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي دعوى تابعة و فرعية للدعوى العمومية، فيتعين لكي يصح رفعها إليه أن تكون هذه الأخيرة قائمة⁴، وهذا هو ما سارت عليه محكمة النقض المغربية من "اشتراط وجود دعوى عمومية تتعلق بالجرم الذي تسبب في الضرر المطلوب التعويض عنه"⁵.

و تقام الدعوى العمومية - كما قلنا أعلاه - عن طريق رفعها إلى المحكمة الجنائية المختصة بواسطة النيابة العامة، لذا فإنه من غير الممكن تصور إعطاء المتضرر إمكانية اللجوء إلى القضاء الجنائي للمطالبة بالتعويض المدني حينما يتم إبرام الصلح بالوساطة قبل إقامة الدعوى العمومية.

الخاتمة:

إن ما يمكن التأكيد عليه في خاتمة حديثنا عن الصلح بالوساطة في الدعوى العمومية، هو كونه يعكس مفهوما جديدا للسياسة التشريعية الحديثة في المادة الجنائية التي تقوم على نبذ العقاب لإعادة الإدماج و التأهيل لمن زلت بهم القدم في ارتكاب جرائم بسيطة أو متوسطة الخطورة لا تنم عن تجذر الزعة الاجرامية في نفوسهم الأمر الذي يجعل من مؤسسة الصلح بالوساطة آلية مجدية لفض النزاع وتحقيق العدالة الاجتماعية، مما يدعونا لمزيد من التعريف بهذه المؤسسة لتشجيع الأفراد على اللجوء إليها تلافيا للخصومات و ما يمكن أن يولده فصلها عن طريق القضاء من مخلفات سلبية. و في انتظار ما قد تفرزه مشروع ق.م.ج عند دخولها حيز التطبيق، يمكن مناشدة المشرع المغربي إلى توسيع مجال تدخل آلية الصلح بالوساطة في جميع الجناح الواردة في القانون الجنائي.

¹ أحمد محمد خلف، الصلح و أثره في انقضاء الدعوى الجنائية و أحوال بطلانه، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، بدون طبعة، سنة 2008، ص 175.

² رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 103.

³ انظر المادة 384 من ق.م.ج.

⁴ أحمد الخليلي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، دار نشر المعرفة، الرباط، الطبعة السادسة، بدون سنة ص 217. سعداوي محمد صغير، السياسة الجزائية لمكافحة الجريمة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الأنثروبولوجيا الجنائية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الآداب و العلوم الاجتماعية و العلوم الإنسانية، قسم الثقافة الشعبية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2009/2010، ص 394.

⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 25 الصادر بتاريخ 14 يناير 1982، في الملف الجنائي عدد 76217، منشور في مجلة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية 1986/1986، ص 318.

استراتيجية الدفاع والهجوم في مسار حزب "العدالة والتنمية" المغربي

ابراهيم الصافي

طالب باحث في سلك دكتوراه

مقدمة:

تندرج هذه المساهمة العلمية في إطار تعميق النقاش حول السلوك السياسي لتجربة جماعات الإسلام السياسي في المغرب، وبشكل خاص حزب العدالة والتنمية، وذلك من خلال تتبع مظاهر الممارسة السياسية وفهم وتفسير السلوك السياسي لقيادات هذا الحزب الذي يقود الإئتلاف الحكومي، والوقوف على الكيفيات التي يشتغل بها في استقطاب الموالين وتعبئتهم وإقناعهم بمشروعه السياسي، وذلك بتجريب أحدث الأطروحات المتداولة في السوسيولوجيا السياسية، وهي أطروحة "التأطير Framing".

الهدف من تجريب هذه الأطروحة هو إبراز مدى قدرتها على إعطاء أجوبة مقنعة في تفسير كيفيات اشتغال الجماعات الإسلامية بصفة عامة وحزب العدالة والتنمية المغربي بصفة خاصة، والكشف عن جوانبه الخفية في توظيف العقيدة الإسلامية للمجتمع المغربي والآثر الثقافي واضفاء معاني معينة على الأحداث والفرص السياسية وتأويلها بهدف توسيع قاعدة الانصار والمؤيدين وإضعاف المناوئين.

انطلاقاً من هذه الإشكالية سيتم معالجة هذا الموضوع من خلال عنصرين، الأول نؤطر فيه الحالة المدروسة، من خلال وضع تعريف مقتضب عن الجماعات الإسلامية السياسية، وتمييزها عن الجماعات الراديكالية، وفي العنصر الثاني العمل على محاول تجريب إحدى الأطروحات الرائدة في السوسيولوجيا السياسية، ومدى قدرتها في إعطاء تفسير يساعد على فهم دينامية الجماعات الإسلامية في المغرب.

العنصر الأول: حزب العدالة والتنمية والإسلام السياسي المعتدل

يصعب وضع تعريف دقيق وموحد لمفهوم جماعات الإسلام السياسي، لأن العلوم الاجتماعية تتسم غالباً بتباين التعريفات والمصطلحات لذات المفهوم، على خلاف العلوم الطبيعية التي تتسم بالوضوح والقبول، فذات المفهوم في العلوم الاجتماعية قد نجد له عشرات التعريفات، التي تتباين حسب تباين الفكر والأيديولوجيا والمدارس الفلسفية للدارسين.

يعبر مفهوم الإسلام السياسي عن الحركات والقوى التي تصبو إلى تطبيق الشريعة الإسلامية منهجاً حياتياً، مستخدمة بذلك منهجية العمل السياسي الحديث القائم على المشاركة السياسية في السلطة، فكل حركة سياسية إسلامية تعتبر المشاركة السياسية منهجاً تدخل ضمن هذا التعريف¹، وبالتالي فإن كلمة سياسي في مصطلح "الإسلام السياسي" ليست توصيفاً للإسلام بمقدار ما هي توصيف وتعريف للحركات التي تقبل بمفهوم المشاركة السياسية وخوض الانتخابات والاحتكام إلى صناديق الاقتراع، حيث أن هناك العديد من الحركات والأحزاب الإسلامية التي ترفض هذه القاعدة، وهناك العديد الذين يقبلون بهذه القاعدة، ولذا يأتي هذا التوصيف في هذه المقالة البحثية، فهو يعالج المنهجية التي تتبعها الحركات أكثر منها معالجة طبيعة ونظرة هذه الحركات والأحزاب إلى الدين الإسلامي.

يطلق بعض الباحثين مصطلح "الحركات الإسلامية"، ويفضل آخرون مصطلح الأصولية، ويذهب آخرون إلى استخدام تعبير "الإسلاموية"، على الحركات التي تنشط على الساحة السياسية، وتنادي بتطبيق قيم الإسلام وشرائعه في الحياة العامة والخاصة على حد سواء، وتعادي أو تعارض في سبيل هذا المطلب الحكومات والحركات السياسية والاجتماعية الأخرى التي ترى أنها قصرت وتوانت في الامتثال إلى تعاليم الإسلام أو خالفها.

ويغلب إطلاق مصطلح "الحركات الإسلامية"، على "الحركات التي تصف نفسها بهذا الوصف وتنشط في المجال السياسي، إذ نادراً ما يطلق وصف الحركات الإسلامية على الجماعات الصوفية التي لا تنشط في مجال السياسة، ولا يطلق هذا الوصف أيضاً على الأحزاب التقليدية ذات الخلفية الإسلامية كحزب الاستقلال، بينما تطلق هذه الصفة على حركات المعارضة للأنظمة السياسية القائمة في الدول العربية"².

دراسة الحركات الإسلامية بهذا المفهوم سوف يركز على كونها قوى مؤثرة في المجتمع لها أهدافها واستراتيجيتها، وتتأثر بالظروف المحيطة بها، فهي جزء من الصراع الاجتماعي والسياسي، ولكنها تستعمل اللغة والرمزية الدينية، وترتكز على مخزون ثقافي يطغى عليه الدين، غير أنها تبقى كائن اجتماعي متولد من رحم المجتمع، وهذا ما يذهب إليه عالم الاجتماع التونسي عبد اللطيف الهرماسي؛ بقوله، "الحركات الإسلامية حركات اجتماعية تخضع لقانون التطور، تحمل خصوصيات المجتمعات التي نشأت فيها، تتأثر ببيئتها وتفاعل فيها، وهي كذلك حركات تفتقر إلى التجانس في مرجعيتها ومن الضروري التعامل معها علمياً ولما لا سياسياً على هذا الأساس"³.

وفي لمحة تاريخية موجزة عرفت حركة الإصلاح والتجديد -منبع ولادة حزب العدالة والتنمية- سنة 1996 منعطين أساسيين بعد رفض السلطات السماح لها بتأسيس حزب "التجديد الوطني" كإطار للعمل السياسي⁴؛ أولهما انضمام مجموعة من عناصرها وأطرها (الجنح السياسي)، إلى حزب الحركة الشعبية الدستورية الديمقراطية برئاسة عبد الكريم الخطيب في يونيو 1996، بعد عقد مؤتمر استثنائي.

وثانئهما توحيد حركة الإصلاح والتجديد مع رابطة المستقبل الإسلامي في 13 مارس 1996، ويعد انضمام مجموعة أطر وقيادي الإصلاح والتجديد، إلى حزب الحركة الشعبية الدستورية الديمقراطية بداية حقيقية للتسييس العلني والمباشر لتيار المشاركة من الحركة الإسلامية، وبالتالي انتقالها من حركة ثقافية دينية إلى حزب سياسي، ستعزز قواعده خاصة بعد مؤتمر ثم فيه استبدال اسم الحركة الشعبية الدستورية الديمقراطية إلى حزب العدالة والتنمية.

¹ -عمار (محمد): الإسلام السياسي والتعددية السياسية من منظور إسلامي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، 2003، ص 5

² -الأفندي (عبد الوهاب): الحركات الإسلامية: النشأة والمداولات وملابسات الواقع، في: (الحركات الإسلامية وأثرها في الاستقرار السياسي في العالم العربي)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ط 1، أبو ظبي، 2000، ص 13.

³ -الهرماسي (عبد اللطيف): "الحركات الإسلامية في المغرب العربي: عناصر أولية لتحليل مقارن"، دراسات في الفكر والممارسة، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 2، ب بروت، 2001، ص

⁴ -المناقي (البشير)، حزب العدالة والتنمية الحاكم في المغرب. مسار الانتقال إلى المشاركة السياسية، مجلة الأهرام الديمقراطية، متحصل عليه من الرابط الإلكتروني التالي يوم 10 يناير

حاول أطر حزب العدالة والتنمية إخراج تنظيمهم من خانة "جماعات الاسلام السياسي" التي عرفت بسعيها إلى تطبيق الشريعة الإسلامية والتكيز على الطبيعة الحزبية للتنظيم بمرجعية إسلامية، أي محاولة الحزب تصنيف نفسه موضوعاً ضمن الجماعات الإسلامية المعتدلة، واتخذ شكل الانماط السياسية السائدة، فهو يسعد داخل إطار انتخابي يوم تعدد الأحزاب بالتميز بالحد الأقصى من عناصر برنامجه ومشروعه السياسي.

يمكن تصنيف حزب العدالة والتنمية ضمن الأحزاب "ما بعد الإسلامية" Post-Islamism لاندماجه في الحياة الديمقراطية واعتناقها ومشاركته بصفة خاصة في الانتخابات العامة، الأمر الذي أفضى به إلى ترك برامجه الإسلامية مثل "إقامة دولة إسلامية" و "تطبيق الشريعة الإسلامية" إلى اتخاذ برامج سياسية ليبرالية وإعطاء الأولوية للقضايا الاجتماعية والدفاع عن تحقيق العدالة في المجتمع.

إن السمة التي ميزت حزب العدالة والتنمية عن باقي تجارب الحركات الإسلامية في بعض الدول العربية هو إدراكه المبكر أن العنف المادي والجسدي من أجل الوصول إلى تحقيق مآرب سياسية لن تؤدي إلا إلى عنف مضاد والتطرف، وهو ما جعله يسلك طريق الاعتدال والعودة إلى الساحة السياسية من باب التضامن الاجتماعي والجمعيات الخيرية، وعقد تحالفات تكتيكية مع خصومهم لاستكمال تحقيق مشاريعهم وحتى لا يصطدمون مع المؤسسة الملكية التي تعتبر المسألة الدينية مجال محفوظ لها، ولا تقبل منازعاً لها على الشرعية الدينية، كاختيار استراتيجي يتماهى فيه الديني بالسياسي في شخصية إمارة المؤمنين.

يمكن قياس الاعتدال عند حزب العدالة والتنمية انطلاقاً من عدة مؤشرين: المؤشر الأول هو موقفه من الأقليات، وحقوق المرأة، فالمغرب يتميز بتعددية الأقليات الدينية، والعرقية الهويات الثقافية، كما يقاس من خلال موقفه من المساواة بين الجنسين في ظل السياسات الليبرالية الديمقراطية كما سنرى في المحور الثاني.

المؤشر الثاني هو موقفه المزدوج من التعددية السياسية، وموقفه من الديمقراطية التي يعتبرها آلية من أجل الوصول إلى الحكم، ونفياً حينما يتعلق الأمر بصياغة القرارات السياسية، البرغماتية السياسية في قبوله ربط تحالفات سياسية مع أحزاب يسارية وليبرالية، وقبول نتائج الانتخابات إذا كانت في صالحه، ورفضها إذا فشل فيها.

اتسمت تجربة إدماج حزب العدالة والتنمية بنوع من الدينامية السياسية والاجتماعية، من حيث علاقتهم، أولاً، بنظام الحكم التي مرت بمراحل متباينة تتراوح ما بين "التوافق العابر والتساكن الحذر، وما بين التآزم الظرفي والمواجهة المستمرة وصولاً إلى الانسداد والجمود، أو من حيث علاقتهم، ثانياً، بالقوى السياسية العاملة داخل النظام سواء كانت أغلبية حكومية أو معارضة سياسية".¹

وتبقى القاعدة الفكرية والتصور السياسي لحزب العدالة والتنمية هما المحددان الأساسيان في تصنيفه، وطرح التصور السياسي للحزب هو ذاته عمل سياسي يجب أن ينضبط بأحكام النظرية السياسية ذاتها، ومن أهم أحكام هذه النظرية، العلاقة الصحيحة بين الفكر والحركة السياسية، وتصبح القاعدة في طرح التصور السياسي للحزب هي السعي إلى البلوغ إلى مرحلة القوة السياسية.

تناولت العديد من الأطروحات والنظريات ظاهرة إحياء الموروث الديني ومحاولة بناء كيانات سياسية ذات طبيعة دينية، ومن بين الأطروحات التي كان لها صدى هي أطروحة "نهاية التاريخ" حيث اعترف فرانسيس فوكوياما بأن الدين الإسلامي هو "الدين الوحيد الذي يمتلك برنامجاً عقائدياً يشمل كل مناحي الحركة الاجتماعية والسياسية، وبالتالي فإن انبعاث هذه التيارات الإسلامية قد تشكل أكبر تهديد إيديولوجي للمنظومة الليبرالية، غير أن استيعاب هذه الظاهرة واحتوائها ضمن الصيغ الليبرالية في الفكر والحركة أمر ممكن، واعتمد في إصداره هذا الحكم على مدى التفاعلات الإيديولوجية في بعض التجارب السياسية القائمة، وهذه الملاحظة تحمل بالنسبة له دلالات مهمة تكمن في إمكانية احتواء الخطاب الإسلامي ضمن أطر الخطاب والجهاز المفاهيم الليبرالية. ولذلك يمكن اعتبار هذه الأطروحة من أشد الأطروحات خطراً على الحركات الإسلامية لأنه يرى ضرورة احتوائها من أجل تجنبها لخطاب تصالحي مع قيم الليبرالية".²

وتبقى هذه الأطروحة وغيرها تحصر ظهور الحركات الإسلام السياسي إلى المتغيرات الإقليمية والدولية وتغفل الدور الحاسم للتحويلات السياسية والاجتماعية التي تقع داخل المجتمع، وفي هذا الإطار برزت أطروحات نظرية تعتبر الحركات الإسلامية كحركات اجتماعية وسياسة لها مشروع وتصور خاص لمسألة التغيير، وتركز على دور الفاعلين في هذه الحركات.

ومن أبرز الأطروحات في السوسيولوجيا السياسية التي تناولت دراسة الحركات الاجتماعية بما فيها حركات الإسلام السياسي، أطروحة "التأطير"³ Framming التي نظّر لها كل من الباحث "بين فورد" Benford والباحث "دافيد سنو" Snow David، هذه الأطروحة تعيد الاهتمام بدراسة دور الفاعل داخل بنية الحركة في إعطاء صدى للإطار الذي ينتهي إليه وسط مشهد تتعدد في التصورات السياسية والاجتماعية.

فإن محركتعبئة موارد حزب العدالة والتنمية حسب أطروحة "التأطير" Framming؛ هو إضفاء المعنى الذي يكمن في "القدرة على إعطاء الأحداث دلالة ومعنى، يسمح بتعبئة المؤيدين وتوسيع دائرتهم ويضعف المناوئين، وقدرتهم على صنع الفعل المتوخى إنما لا تتعلق بالقدرة التنظيمية على التعبئة بقدر ما هي مرتبطة بالتمكن من خلق المعاني المعبئة".⁴

¹ - مقتدر (رشيد): تأملات في التجربة السياسية لحزب العدالة والتنمية المغربي في الحكم، مجلة سياسات عربية، العدد 3 يوليو 2013، ص 1

² - كاتب ومفكر أمريكي الجنسية من أصول يابانية ولد في مدينة شيكاغو عام 1952 من كتبه (نهاية التاريخ والرجل الأخير) و(الانهايار أو التصدع العظيم). وفوكوياما أستاذ للفلسفة السياسية بجامعة جون هوبكنز، من أشهر أساتذة العلوم السياسية والعلاقات الدولية في الولايات المتحدة الأمريكية، مستشاراً للعديد من مراكز البحوث السياسية ومراكز صناعة القرار السياسي

³ - عزت (إبراهيم): حوادث حول الاستراتيجية الأمريكية في الشرق الأوسط، دار مصر المحروسة، القاهرة: 2007، ص 31

⁴ - B. Rochford, S. Worden and R. Benford. And other "Frame Alignment Processes, Micro mobilization and Mojeff Goodwin, James M. Jasper, and Francesca . D. Snow-

Polletta eds. Passionate Politics: Emotions and Social Movements, U of Chicago Press, 2001, p 615

⁴ - بونعمان (سليمان): فلسفة الثورات العربية، مقارنة تفسيرية لنموذج انتفاضي جديد، مركز نماء للبحوث ودراسات، 2012 ص 25

العنصر الثاني: استراتيجية الدفاع والهجوم عند حزب "العدالة والتنمية"

تطورت عمليات "التأطير" إلى جانب مقاربة: "تعبئة الموارد" و"الفرص السياسية"، على اعتبار أن أطروحة "التأطير" تكتسي أهمية كبرى في فهم مسار طبيعة ديناميكية الحركات الاجتماعية الجديدة. وتعتبر من بين المقاربات الحديثة في العلوم الاجتماعية.¹

وهكذا وظف أطر حزب العدالة والتنمية وتأويلهم للفرصة السياسية التي أتاحها ما سمي "بالربيع العربي" بعد حركة الاحتجاج الثوري التي أطاحت بعدد من الانظمة التسلطية التي شاخت قياداتها وأصبحت بالترهل السياسي، حيث وقف الحزب على هامش الحراك الذي عرفه المغرب مع حركة 20 فبراير، واصطفاه على طرف نقيض مع الحركة.

وهو الموقف الذي حدده الأمين العام لحزب العدالة والتنمية عبد الإله بنكيران من حركة شباب 20 فبراير، حيث اعتبرها "تهديد لاستقرار الوطن"، وبرر عدم المشاركة في التظاهرات بكون حزبه حزباً مسؤولاً.

وأكد هذا الموقف بلاغ للأمانة العامة للحزب صادر يوم 14 فبراير 2011 جاء فيه "أن قراره بعدم المشاركة في تظاهرة 20 فبراير، قد تم في الأمانة العامة للحزب بعد أربع ساعات من النقاش المستفيض الذي تناول الموضوع من مختلف جوانبه، واتخذ القرار بالتصويت السري، إذ صوت لعدم المشاركة تسعة أعضاء وامتنع ثلاثة عن التصويت ولم يصوت أحد للمشاركة، ومشاركة أي عضو من الحزب مهما كان وضعه فيه لا يمكن أن تكون إلا مشاركة شخصية وعلى مسؤوليته ولا يمكن أن تعتبر تمثيلاً للحزب بأي شكل من الأشكال".²

عزز الموقف محمد الحمداوي رئيس "حركة التوحيد والإصلاح" التي تعتبر النواة الصلبة لحزب العدالة والتنمية، أن "حركته لم تُستدع للمشاركة، ولا يعرف الجهة التي تقف وراء تنظيم التظاهرات"، وهو ما شدد عليه محمد يقيم عضو الأمانة العامة لحزب العدالة والتنمية ومسؤول نقابة "الاتحاد الوطني للشغل بالمغرب" التابعة لذات الحزب.³

هذا الموقف لحزب العدالة والتنمية من حراك الشارع تم اضعافه عدة معاني عليه، مستنيطاً أسسه من المنظومة الأيدولوجية التي يتغذى منها الحزب، والتي لا ترى أن الصراع السياسي تناقض بين المصالح يحسم على مستوى فك هذا تناقض على مستوى الأرض، وإنما يأخذ صبغة أخروية، طهرانية، ممزوجة بالتمثل الشعبي للعقيدة، كما وظف الحزب هذا الموقف وتطعيمه بدلالات ومعاني تجعل منه المدافع عن استقرار الحكم في ظل السقوط المستمر للأنظمة السياسية في العالم العربي، كما ساهم في إخراج الحزب من دائرة "التخويف" اتجاه السلطة وتقريبه إلى دائرة الحكم.

ساهم هذا الإطار الدلالي إلى تقوية قدرة حزب العدالة والتنمية من فك الطوق الذي كان تفرضه عليه الأحزاب التي تصف نفسها بالحدائية، وخاصة "الاستهداف الواضح من قبل حزب الأصالة والمعاصرة الذي تأسس في غشت 2008، وجعل من بين أهدافه الرئيسية إضعاف حزب العدالة والتنمية بدعوى أن مشروعه يتعارض في العمق مع المشروع المجتمعي الديمقراطي الحدائي الذي يتبناه الملك محمد السادس".⁴

شكلت هذه الفرصة السياسية وما أضفي عليها من معاني نافذة الحزب في بلورة تصوره السياسي للمجتمع من خلال مقترحاته الدستورية والسياسية التي ضمنها النص على "إمارة المؤمنين والمؤسسة الملكية ودفاعه عنهما".⁵

بعث الحزب من خلال موقفه من حركة 20 فبراير إشارة في "التأكيد عن رغبته في السير قدماً في مساره السياسي من داخل النظام السياسي وفقاً لمنطق إصلاحي تدريجي، ويمكن اعتبار هذه الخطوات رسائل طمأنة ما فتئ الإسلاميون يبعثونها، والتي ساهمت خلال هذا الظرف الخاص في التخفيف من عناصر عدم الثقة والتوجس الذي كان سائداً بينهم والمؤسسة الملكية".⁶

يمكن رصد فعالية أطر العمل الجماعي (قيادات وأطر حزب العدالة والتنمية) في توليد الدلالات الممكنة والمعنى الذي أضفي على أحداث ووقائع معينة ساهمت في تقوية موقع الحزب في المشهد السياسي وتوسيع قاعدة مؤيديه، من خلال تجسير الأحداث والوقائع بالسياق والقيم الثقافية السائدة في المجتمع، وهنا تحضر واقعة ما سمي آنذاك بالخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية والتي تصدى لها حزب العدالة والتنمية بقوة، واستطاع خلق إطار معيّن، تجلت أقوى لحظاته في المشاركة الواسعة في مسيرة الاحتجاجية بالدار البيضاء بتاريخ 12 مارس 2002.

برزت بشكل واضح فعالية الأطر في تضخيم هذا الإطار وتجسيده بالإطار الفكري والقيمي لمجموعة من الدوافع والأفكار والقيم والمعتقدات الدينية في التأثير على الفعل الاجتماعي، وذلك بإضفاء معاني معينة لحشد المحتجين والمتظاهرين ضد وثيقة المشروع التي جاءت بها حكومة التناوب بقيادة عبد الرحمان اليوسفي، وركز هذا الإطار المعني على أن المشروع يحمل في طياته مطالب وقوانين تخالف الشريعة الإسلامية وتنصر القوانين الدولية، خاصة الاتفاقية الدولية لرفع كافة أشكال التمييز ضد المرأة (1989)، واتفاقية حقوق الطفل (1979م).

تم إلى جانب هذان الإطاران المنفصلان لكن متناغمان فكرياً، قيام الأطر بعملية تبسيط الإطار حتى يستطيع تعبئة شرائح واسعة من المجتمع، واثارة حالات نفسية في المجتمع، من خلال تحذير الأطر الفاعلة بعبارات تحذيرية "للمؤمنين والمؤمنات من غوائله وسوء عواقبه"، وغيرها من التأويلات المتعددة.

¹ - D. Snow, B. Rochford, S. Worden and R. Ben ford, ibid, 617

² - بلاغ الأمانة العامة لحزب العدالة والتنمية، صادر يوم 14 فبراير 2011

³ - ضريف (محمد)، العدالة والتنمية وتبديل التحول الديمقراطي، محصل عليها من الرابط الإلكتروني التالي يوم 22 دجنبر 2015:

<http://studies.aljazeera.net/reports/2011/07/201172011493719471.htm>

⁴ - المرجع أعلاه

⁵ - مقتدر (رشيد): القوى الإسلامية والتحالفات المبرمة خلال مرحلة ما قبل الربيع العربي وبعده، في مؤتمر: الإسلاميون ونظام الحكم الديمقراطي: تجارب واتجاهات المركز العربي للأبحاث

والدراسات السياسية، الدوحة، أكتوبر 2012 ص 26-27

⁶ - المرجع السابق أعلاه

هذه العمليات غير كافية لحشد الإلتحاق والموالين المحتملين للأفكار والقضايا الجديدة المطروحة لأول مرة بالمجتمع المغربي، إذ تتطلب خلق إطار مضاد في مواجهة الجهة الأخرى المدافعة على الخط، التي هي بدورها قامت ببلورة إطاراً فكرياً لحشد موالين لها، حيث قام أطر حزب العدالة والتنمية باعتباره الغطاء السياسي لكل المنظمات المناهضة للمشروع على وصف المدافعين عن الخط "بالعلمانيين واللدنيين"، والذين يريدون تنزيل قوانين الغرب على مجتمع إسلامي، ومناهضة الشريعة الإسلامية، وغيرها من العبارات التي يريدون من خلالها إضعاف الخصوم وتوسيع قاعدة المؤيدين.

تعتبر العمليات التي قام بها أطر الحزب من المهام الأساسية لعمليات "التأطير" وتسمى "بالتأطير المضاد" counter Framming¹، وهي ذات أهمية كبرى في التأثير على فعالية التأطير للحزب، من خلال وضع مناصلي الحزب في وضع الدفاع على الأقل مؤقتاً هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإن "التأطير المضاد" يدفع النشاط إلى تطوير ووضع تكهنات أو تنبؤات بشكل واضح مما قد يكون عليه الوضع مستخدمين في ذلك مرجعاً تكتيكياً، قوامه التفاني والتضحية بالنفس، التي تعتبر من ركائز الثقافة التقليدية والمعتقدات والرموز الإسلامية.

استطاع أطر حزب العدالة والتنمية بواسطة هذه المخططات "التأويلية" التعبئة الكثيفة للمسيرة الاحتجاجية ليوم 12 مارس 2002، حيث تداولت العديد من الجهات أن عدد المحتجين تجاوز المليونين المناهضين "للخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية"، وهو ما شكل انتصاراً لهذا التوجه، خاصة مع حجم مسيرة التوجه المدافع عن الخط الذي نظمت في ذات اليوم بالرباط بالمقارنة مع مسيرة الدار البيضاء.

لم يفوت أطر حزب العدالة والتنمية هذا الحدث البارز في تاريخ المجتمع المغربي، حيث تم تأويله وإعطاء دلالات متعددة، تجاوزت حجم الحدث، إلى درجة ذهب القول إلى أن المجتمع المغربي لا يريد بديلاً عن الأحكام الشريعة الإسلامية. لكن لا يهيم النتائج والتوجه الذي انتصر عن الآخر بقدر ما يهيم المعنى الذي أضفي على الحدث، والمعاني الدافعة إلى الفعل وتقويته وإضعاف المناوئين.

ومن المهام الأساسية كذلك في أطروحة التأطير "التأطير التحفيزي"، الذي ركزت عليه العديد من الدراسات، ولفتت الانتباه إلى سبل الحركات والجماعات في تعريف "الضحايا" من ظلم معين وتضخيم كونهم ضحايا، واستعمال عبارات مناسبة للتحفيز على شائكة خطابات تعبوية التي يعتمدها أطر العمل الجماعي².

وضع حزب العدالة والتنمية نفسه في موضع الضحية حينما تعالت العديد من الأصوات وخاصة الأحزاب اليسارية مطالبة بحل الحزب على خلفية الأحداث الإرهابية التي هزت مدينة الدار البيضاء يوم 16 ماي، وأعتبر أطر الحزب أن هذه الأحداث وظفت ضده لتصفية حسابات سياسية وتحمله المسؤولية المعنوية لما وقع؛ من حيث أن الذين نفذوا تلك العمليات ينتمون إلى التيارات السلفية المتشددة، وذلك على من رغم مسارحته إلى إصدار بيان إدانة في صباح اليوم الثاني أي يوم 17/05/2003، كما تم منعه من المشاركة في المسيرة المنددة بالأحداث الإرهابية التي دعت إليها القوى المدنية.

واجه الحزب هذا الخطاب بإطار دلالي وخطابات تحفيزية لمؤيديه بأنه مجرد "ضحية"، وعبارة "الضحية" تثير تعاطف وإثارة المشاعر وخلق حالة من الانفعال النفسي، ودعا مناصريه إلى الصمود، مستعملاً إطاراً مضاداً من خلال وصف المطالبين بحله "بالاستنصاليين"، وهو ما يسمى بـ "التأطير الإنذاري"³ من خلال اقتراح خطة للهجوم.

يركز أطر العمل الجماعي وأتباع الحركة على التفاوض، بهدف الفهم المشترك لبعض القضايا والأوضاع التي يحددها وتتطلب التغيير، والتعبير عن الترتيبات البديلة، وحث الآخرين على العمل المتناسق من أجل إحداث التغيير، وذلك من خلال المهام الأساسية للعمليات التأطير التي تتحدد في: "التأطير التشخيصي"⁴ أي التركيز على تحديد وتعريف المشكل وأسبابه بكيفية دقيقة والمسؤول عن الوضع.

اعتبر حزب العدالة والتنمية أن البلاد أصبحت في حاجة ماسة، بشكل أكبر، إلى تعزيز وحدة الصف الداخلي لمواجهة التحديات، والقيام بمبادرة إصلاحية عميقة، استباقية وشجاعة تحافظ على استقرار البلاد وتستجيب للتطلعات المشروعة في الإصلاح، وأنه "أن الألوان لإجراء إصلاحات دستورية وسياسية يكون من شأنها إرجاع المصادقية إلى الحكومة والمؤسسة التشريعية وضمان استقلالية القضاء وإصلاح النظام الانتخابي بما يؤدي إلى إعادة المصادقية إلى المؤسسات ويرفع فعاليتها ويعيد الثقة في العمل السياسي ويدفع الشباب إلى الانخراط فيه بفاعلية"⁵.

أما عن الخلافات التي تقع بين الفاعلين في الحركة حول حشد توافقي في الآراء والعمل التعبوي حسب ما تفسره "أطروحة التأطير"، في تدبير الأطر لخلافاتهم، فقد عاش مناصلي وأطر حزب العدالة والتنمية خلافات حول تفاعلهم مع بعض القضايا المستجدة في الحقل السياسي، فقد طغى على السطح خلاف حول الموقف من حركة 20 فبراير التي قادت احتجاجات في المغرب، حيث انقسم أطر الحزب بين مؤيد وبين معارض.

على إثر هذا الخلاف قدم ثلاثة أعضاء استقالتهم من الأمانة العامة للحزب، وهم: "مصطفى الرميدي والحبیب الشوباني وعبد العالي حامي الدين"، وقد ورد في رسالة الاستقالة التي تقدم بها الحبیب الشوباني مجموعة من الأسباب التي تكشف هذا التصدد، منها: "تجاوز الأمين العام لمؤسسة الأمانة العامة: مما يشكّل ضرراً للمشروع داخل الحزب، والتسرع في اتخاذ قرار المقاطعة الذي اعتبره مرتبطاً بموقف الأمين العام وليس بموقف الأمانة العامة، وهي أمور تلحق ضرراً بصورة الحزب"⁶.

استطاع الحزب تدبير النزاعات والخلافات التي وقعت بين الأطر من خلال تأويله للفرص والأحداث المتسلسلة، وهكذا تم تأويل فرصة خطاب 9 مارس 2011، الذي أعلن فيه الملك محمد السادس عن تشكيل لجنة للقيام بمراجعة عميقة للدستور، والدفع في اتجاه احتواء التناقضات التي طالت أطر الحزب جزاء موقفه من حركة شباب 20 فبراير.

¹ -D. Snow, B. Richford, S. Worden and R. Ben for, Ibid, p:617

² -Ibid, p 617,618

³ -Ibid, p 617,618

⁴ -Ibid, p:616

⁵ -مقتدر (رشيد): المرجع السابق، ص 26-27

⁶ -ضريف (محمد): المرجع السابق

توضح لنا "أطروحة التأطير" أن أطر العمل الجماعي لا تتخذ شكل منى تصاعدي تتراكم فيه المكتسبات بشكل مستمر، بل هي تتخذ شكل اندفاعات غير متصلة مع أنها مترابطة في سياق متوال من الحلقات، فهي تزداد طفرة بعد أخرى، ويبدو ذلك بشكل واضح في الطفرات التي حققها حزب العدالة والتنمية من خلال تأويل لمجموعة من الفرص والأحداث والتحالفات، ساهمت في توسيع قاعدة المؤيدين وإضعاف المناوئين.

وعرف هذا الحزب أيضا تراجعاً في قدرته التعبوية في مواجهة الهجومات المضادة، وضعفاً في فعاليته، وتراجعا في صده داخل المجتمع في فترات قوضت قدرة الأطر على تأويل الأحداث، أو تغير طبيعة التحالفات والمعاني التي أضفيت على هذه التحالفات.

عمل أطر العمل الجماعي (أطر حزب العدالة والتنمية) على توجيه منى مجموعة من المعتقدات والمعاني من أجل إلهام وإضفاء المشروعية على الأنشطة والحملات المنظمة التي يقوم بها، خاصة عندما قام بحملة وتحرك واسع لحشد والتعبئة ضد أي مساس ببعض عناصر الهوية خاصة ما يتعلق بالمقتضى المرتبط بإسلامية الدولة في المراجعة الدستورية لـ"دستور 2011".

إذن فالتأطير هو عملية ديناميكية وعملية مستمرة، لا تحدث في فراغ هيكلية أو ثقافية، فعمليات "التأطير" تتأثر بعدد من العناصر الاجتماعية والثقافية التي هي جزء لا يتجزأ، وتبقى استمرارية الأطر مرهونة ومشروطة بتوافر ثلاث عوامل ذات أهمية خاصة: وهي بنية الفرصة السياسية، الفرص الثقافية واستهداف الجماهير.¹

خاتمة:

أصبح حزب العدالة والتنمية الذي يصنف من الحركات الإسلامية واحداً من أهم الفاعلين في الساحة الاجتماعية والسياسية في المغرب، غير أن تصوراتته السياسية المستمدة من المرجعية الدينية الإسلامية تبقى مجرد مورد من موارد التعبئة بالنسبة إليه، وليست مشروعاً يسعى إلى تنزيله حيال حصوله على السلطة، وهو ما يتجلى بعد توليه تدبير الشأن العمومي ما بعد الحراك الذي عرفه المغرب سنة 2011، حيث يبدو أنه متماهي تماماً مع السياسات الليبرالية ومندمجاً فيها.

تكشف أطروحة "التأطير" أن المفاعيل القيمية والمنظومة الفكرية والأيدولوجية للحزب، تجعله يتكيف مع جميع الأحداث والوقائع الغير المتوقعة، التي طبعته مساره السياسي من خلال استراتيجية دعائية تقوم بالدفاع وفي أحياناً أخيرة بالهجوم على الخصوم، هو ما يظهر عندما تغير موقعه، من موقع المعارضة إلى موقع المشاركة في الحكومة.

وتتيح أطروحة "التأطير" إمكانيات واسعة في تفسير دينامية الجماعات الإسلامية في المغرب ودور الفاعل (الأطر والقيادات) في حركية الجماعة، وقدرتهم على توظيف الموروث الثقافي والديني في خدمة المشروع السياسي.

وتوضح أطروحة "التأطير" كيف استطاع حزب العدالة والتنمية التكيف مع الأحداث، من خلال توظيف البيئة الثقافية للمجتمع المغربي والقيم الإسلامية التي جعل منها مرجعية فكرية وتصورا سياسيا، مما ساعده في توسيع قاعدة المؤيدين وإضعاف المناوئين.

¹ -Ibid, p:616

التنشئة القانونية

الدكتور مصطفى الفضالي
باحث في القانون الخاص

توطئة:

تعرف التجمعات البشرية في العالم مشكل من أكثر المشاكل شيوعاً وهو حالة النضاد بين أعضائها، نتيجة التباينات في المصالح والأفكار مما يضعها أمام الأزمات التي تعصف بها وتهزُّ أركانها وأسسها، وهذا يعني بالضرورة أن تكون هذه التجمعات هشة وضعيفة وسهلة الإفراط والوقوع في الطريق المسدود الذي لا يستشرف للعدل والسلام والاستقرار الذي يعد من أهم متطلبات التجمعات البشرية.

ولكي يتم فك التشابك والاختلاف الذي يحصل بين أفراد المجتمع¹ ووضع حد لأولئك الذين لا تقف أطماعهم عند حد، كان لابد من وجود معايير ومبادئ يرجع إليها المجتمع لتنظيم السلوك الاجتماعي وفك التصادمات والحفاظ على الحقوق المشروعة لكل فرد، ولعل أهم مرجع مُضمن لهذه المبادئ ما نطلق عليه القانون.

كل هذا جعل الحاجة ماسة لتربية والتنشئة على هذا القانون .

والذي تقتضيه التنشئة على القانون، أن هناك مجتمع متفاعل يتميز بالتباين والاختلاف بين أفراده، وإلا كان القانون جُلُوءاً من طابعه الاجتماعي، وهو عائق يَحُولُ بين الباحث والمقاربة المعرفية القائلة بأن لكل علم سؤالاً إبستمولوجياً، يبحث عن مبادئه ومسلماته وحقائقه، ويكشف ما وراء المتن القانوني من أسئلة معرفية كثيرة، لعل أبرزها كيف تكون التنشئة على القانون؟

وعلى هذا السؤال ينبغي النظر في التنشئة القانونية من حيث هي أهم أداة لنشر الثقافة القانونية نصا ومعنى، ومن أهميته أيضا أنه لا يقتصر فيه على القانون، بل يحتاج إلى معرفة قانونية تتوزعها مجالات معرفية كثيرة، كالإيستيمولوجية القانونية، وعلم الاجتماع القانوني، وعلم النفس الاجتماعي، ومجالات التربية والتنشئة الاجتماعية... الخ، مما جعل التنشئة فاحصا عن مدى وجود تربية على القانون في المجتمعات.

فظاهر من التنشئة القانونية أن مجال النظر فيما دائر بين القانون ومجالات أخرى، ولا ريب أن هذا يَشْكُلُ على كثير من الباحثين، لاقتصار القانونيين على القانون، ولتقصير غيرهم فيما هو قانوني.

فإذا انضاف إلى ذلك غياب تنشئة قانونية منتجة وفعالة، زاد الإشكال في تناول القوانين تناولاً اجتماعياً، إذ ما لا يكون من نناج المجتمع ويكون منسوخاً (أو ممسوخاً) من بيئة قانونية مغايرة، كيف يُنشَأ عليه.

ومع ما يثيره الباحثون من إشكالات في مسألة التنشئة القانونية، وما يستلزمها من تكوين ومعرفة قانونية لذا المؤسسات الاجتماعية المتخصصة فيها والصعوبة التوفر، فإنه لا ينبغي أن تكون نسياً في الدراسات القانونية مادامت متعلقة بالقانون. ولقد رأينا أن نورد هذا المقال، توضيحاً لمفهوم التنشئة القانونية، والمؤسسات المتخصصة فيها، وكذا لشروط وآليات هذه التنشئة، وذلك في ثلاثة محاور.

المحور الأول : مفهوم التنشئة القانونية

في البحث عن التنشئة القانونية، ينبغي تحد جملة من المفاهيم التي توظفها منهجيا وإبستمولوجيا، والعلاقة الناعمة بين بعضها البعض، وهذا ما يشار إليه بالإطار المفهومي² وبَيِّنُ أن المفهومين المركزيين اللذين يؤطران ما نبعث عنه، وفيه، هما: "التنشئة" و"القانون"، ولكن هذا لا يعني إغفال الحقل الدلالي (*champ sémiotique*) لكليهما، وهو كل المفاهيم التي لها بالمفهومين المذكورين علاقة ما، سواء كانت من قبيل الترادف أو التباين، أو التقابل الجزء من الكل، والكل من الجزء، مثال ذلك :

- ما يربط بين مفهوم التنشئة والتربية والتعليم والتثقيف.....إلخ.

- وما يربط بين مفهوم القانون والدين والأخلاق والعرف والقيم والعلم.... الخ.

وإجمالاً، كل ما له علاقة بالتنشئة القانونية، فهو مما ينبغي استدعاؤه فكرياً لتحديد مفهومه.

وَنَظَرْنَا فِي مَفْهُومِ التَّنَشِئَةِ الْقَانُونِيَةِ تَحْلِيلِيًّا وَتَرْكِيبِيًّا.

أولاً: تحليل المفهوم : التنشئة / القانون

1- ما التنشئة؟:

فيم³ " التنشئة " في البناء اللغوي جاء في لسان العرب لإبن منظور " كلمة التنشئة " من الفعل نشأ، نشوءاً، ونشأ بمعنى ربا وشب، ونشأتُ في بني فلان نشأً ونشوءاً: شَبْتُ

وجاء في القاموس المحيط ، نَشَأَ، كَمَعٍ وَكَرَمْ، نَشِئًا ونُشُوْءً وَّنَشَاءً ونَشْأَةً حَيٍّ، وربما وشِبَّ⁴.

أما المعجم الوسيط فأرجع معنى النشأة إلى فعل نشأ، ونشأ الشيء نشأً ونشوءاً ونشأة، بمعنى حَدَثَ وَتَجَدَّدَ، والصبي شَبَّ ونما، يقال نشأت في بني فلان، ونشأة فلان نشأة حسنة، يقال نَشَأَ الصبي أى رباها والنَّشْأَةُ تعني الإيجاد والتربية⁵.

من خلال كل هذه التعاريف يتبين لنا أن كلمة التنشئة مرادف لكلمة تربية، مع اختلاف بسيط يعود بخصائص لكل واحدة منهما⁶.

١ المجتمع مجموعة الناس التي تشكل النظام نصف المغلق التي تشكل شبكة العلاقات بين الناس، المعنى العادي للمجتمع يشير إلى مجموعة من الناس تعيش سوية في شكل منظم وضمن جماعة منظمة. والتجمعات أساس ترتكز عليها دراسة علوم الاجتماعات وهو مجموعة من الأفراد تعيش في موقع معين ترتبط فيما بينها بعلاقات ثقافية واجتماعية، تسعى كل واحدة منهم لتحقيق المصالح والاجتماعات. تقابل كلمة مجتمع في اللاتينية society التي تحمل معاني التعايش السلي بين الأفراد.

²Keith.f. Punch, *Developing effective Research Proposals*, london, SAGE Publications, 2002, p. 54

³ ابن منظور، لسان العرب، ج.3، دار المعارف، القاهرة، 1997.

⁴الفروز آبادی، القاموس المحيط، منشور على الموقع الإلكتروني: www.omelketab.net.

⁵ المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، دار المعرفة، القاهرة، 1381، ص. 928.

⁶تعتبر العلاقة بين التربية والتنشئة الاجتماعية علاقة تكاملية، لا يمكن أن تنفصل إحداهما عن الأخرى، كما تكمل الواحدة منهما الثانية، مع وجود فرق طفيف بينهما يعود لخصائص كل واحدة منهما. فتشير التربية إلى نوع من التربية النظامية و الرسمية التي تتماشى مع القانون و النظام السياسي للدولة، و تتم في مؤسسات رسمية تابعة للدولة مثل الحضنة، المدرسة،

أما في التعريف الاصطلاحي، فقد عرفها أحد الباحثين بأنها: "العملية التي عن طريقها يتعلم الطفل ثقافة مجتمعه بما فيها من القيم والمثل والأعراف والعقائد والنظم والقوانين والعادات والتقاليد وأنماط السلوك المقبولة"¹.

كما عرفها آخر بأنها: "عبارة عن عملية تربية وتعليم، هدفها تشكيل شخصية الفرد وفقاً لمعتقدات المجتمع وعاداته وتقاليد وأعرافه"². في حين حددها آخر كالتالي: ".....عملية تتضمن التفاعل والتغير، والفرد في تفاعله مع أفراد جماعته يأخذ ويعطي فيما يتعلق بالمعايير والأدوار الاجتماعية والاتجاهات النفسية، والشخصية الناتجة، في المحصلة هي نتيجة لهذا التفاعل. والتنشئة لا تقتصر فقط على مرحلة الطفولة ولكنها تستمر إلى الشيخوخة"³. من خلال هذه المفاهيم السابقة يمكن أن نجمل أهم خصائص التنشئة فيما يلي:

- 1- التنشئة عملية إنسانية: فمن خلالها يكتسب الفرد طبيعته الإنسانية، التي تولد معه ولكنها تنمو بمشاركته تجارب الحياة ومواقفها مع الآخرين.
- 2- التنشئة عملية مستمرة: أي أنها عملية متواصلة بتواصل حياة الإنسان وهي ليست محدودة بفترة محددة، ففي فترة الطفولة يحتاج الواحد منا لمن يراعه ويهتم بتنشئته، ثم بعد ذلك تبدأ عملية التنشئة الذاتية كما يبدأ في لعب دور المنشئ فيقوم بتنشئة أولاده مثلاً.
- 3- التنشئة عملية قائمة على التفاعل المتبادل: تتم عملية التنشئة من خلال التأثير والتأثير في المحيط الذي يعيش فيه الإنسان، وهذا لا يتم إلا من خلال عملية التفاعل. كما أن التغيرات والتطورات التي تمس الحياة الاجتماعية تتطلب منا التغير لتتماشى مع الواقع وتتعايش معه، فتتفاعل مع هذا التغير وهو ما يؤثر في نوعية وطبيعة عملية التنشئة.
- 4- تقوم عدد من الوسائط التربوية المتعددة بعملية التنشئة: هناك عدد من المؤسسات الرسمية واللا رسمية التي تقوم على عملية التنشئة.
- 5- التنشئة عملية نسبية: وذلك لاختلاف الزمان والمكان والظروف والنسيج لكل طبقة، كما تختلف حسب التكوين الاجتماعي والاقتصادي للجماعة.

وعموماً فمؤدى التعريفات المذكورة واحد، وهو أن التنشئة عبارة عن عملية تربية وتعليم وتفاعل بين الفرد والمجتمع، هدفها الأساس تشكيل شخصية الفرد وفقاً لمعتقدات المجتمع وعاداته وتقاليد وأعرافه. فإذا أضيف إلى ذلك التعريفات السابقة في التداول اللغوي، أمكن تحديد مفهوم التنشئة لغة واصطلاحاً. على أن الذي يعيننا هنا ليس مطلق التنشئة، بل التنشئة المضافة إلى القانون.

2 – ما القانون ؟

إن مفهوم كل قانون، هو تعقيده للظواهر التي يجري عليها حكمه. وهذه القواعد القانونية هي التي تنظم السلوك المرغوب فيه، والمرغوب عنه. وكل إخلال بها يرتب جزاء، بقدر ما هو منصوص عليه في النص القانوني. والنصوص القانونية في هذا الباب كثيرة ومختلفة، باختلاف مصدرها، وموضوعها، والمخاطب بها، وأبعادها الزمانية والمكانية... إلخ. وإذا اختلفت النصوص القانونية، فلا ريب أن تختلف أنحاء النظر في القانون.

والسؤال الآن: إذا كانت التنشئة المرادة هنا هي "القانونية"، فأي قانون هو؟ أهو القانون الوضعي، أم القانون الطبيعي، أم القانون الديني (كالقانون الشرعي بالنسبة للمسلمين، والقانون التوراتي بالنسبة لليهود، والقانون الكنسي بالنسبة للنصارى)، أم القانون الروماني والجرماني والانجلوسكسوني والإسلامي والآسيوي والإفريقي...؛ وسواها من الأنظمة القانونية⁴؟

فهكذا ينبغي أن يُفهم الوصف "القانوني" الذي توصف به التنشئة، لا أن يقتصر على القانون الوضعي الذي تصدره الدولة، مع إغفال غيره، فيؤدي ذلك إلى ما يسمى "الأحدية القانونية" (Monisme Juridique)؛ وهذا بخلاف من يقول "بالتعددية القانونية" (Pluralisme Juridique)، من أجل استثمار كل خطاب قانوني. ولعل هذا لا يتسع له المقام، فلنكتف بالإشارة إلى ذلك، وغرضنا هنا متصل بما تسنه الدولة من قوانين.

فقد اتضح: ما التنشئة، وما القانون، وبقي أن نركب بينهما، لتحديد مفهوم التنشئة القانونية.

ثانياً: تركيب مفهوم التنشئة القانونية

لم نجد من خلال ما أطلعنا عليه من مراجع تعريفاً محدداً للتنشئة القانونية مركبة، بل وجدنا فقط مفهوم التنشئة الاجتماعية، والتي تتضمن داخلها مفهوم التنشئة القانونية على اعتبار الثانية هي جزء من الأولى. حيث عرفها أحد الباحثين بالتالي: "..... عملية ثقافية يتم بواسطتها نقل الثقافة من جيل إلى جيل، بما يمكن الأفراد منذ طفولتهم من العيش في مجتمع ذي ثقافة معينة"⁵. ولعل الثقافة القانونية من ضمن هذه الثقافات التي تنقل من جيل إلى جيل.

وفي التعريف اللغوي الاصطلاحي ملاحظة، وهي أن مفهوم "التنشئة القانونية" لا يكاد يختلف عن معناه عما مر في تعريف التنشئة، فالعمدة في التعريفين- الإفرادي (التنشئة) والتركيب (التنشئة القانونية) – على العملية التي تتم بها التربية والتنشئة على الثقافة القانونية.

ذلك إذن مفهوم التنشئة القانونية تحليلاً وتركيباً، فما هي مؤسسات التنشئة القانونية؟

المحور الثاني: مؤسسات التنشئة القانونية

تعتبر التنشئة على القانون عبارة عن عملية تبدأ منذ صغر الإنسان إلى أن تنتهي حياته، وبالتالي فحدودها لا تقف عند المدرسة، بل تغطي عدداً كبيراً من المؤسسات الأخرى كالأسرة وجماعة الأصدقاء والأقران ودور المسجد وزملاء العمل ووسائل الإعلام.

وتزايد أهمية مؤسسات التنشئة القانونية غير المدرسة مع تدرج الناشئ في العمر ونموه من مرحلة لأخرى.

أولاً: الأسرة

وهي أول مؤسسة صغيرة تعمل عملها في التأثير على الناشئ، وهي الممثلة الأولى للثقافة القانونية والعامل الأول في صلب سلوك الناشئ بصبغة اجتماعية فتشرف على توجيه سلوكه وتكوين شخصيته.

المساجد، المؤسسات الثقافية والرياضية والترفيهية، و مراكز التكوين المدني ومراكز إعادة التربية. أما التنشئة الاجتماعية فهي عملية تدريب الفرد على القيام بدوره في الحياة الاجتماعية كعضو في جماعة معينة تربطه بها الدين واللغة والثقافة والعادات والتقاليد. و يشترك في تحقيق عملية التنشئة الاجتماعية عدد من المؤسسات الرسمية كالأسرة وأجهزة الإعلام و جماعة الرفاق بالإضافة إلى المؤسسات الرسمية التي ذكرناها آنفاً.

¹ عبد الرحمان العيسوي، مشكلات الطفولة والمراهقة، أسسها الفيزيولوجية والنفسية، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، ط.1، بيروت، لبنان، 1993، ص.27.

² أحمد الفينش، أصول التربية، دار الكتاب الجديدة المتحدة، ط.3، بيروت، لبنان، 2004، ص.35.

³ خليل عبد الرحمان المعاينة، علم النفس الاجتماعي، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007، ص.69.

⁴ Michel Fromont, grand systèmes de droit étrangers, paris, Dalloz, 2001, p.1-12

⁵ هناء العابد، التنشئة الاجتماعية ودورها في نمو التفكير الإبداعي لدى الشباب السوري، أطروحة دكتوراه، تخصص علم الاجتماع، جامعة st.clements العالمية، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2010، ص. 21.

وبالتعريف فإن الأسرة هي مجموعة من الأفراد المتكافلين الذين يقيمون في بيتهم الخاصة وترتبطهم علاقات بيولوجية ونفسية واجتماعية واقتصادية وشرعية قانونية¹. والأسرة تمثل نواة المجتمع، وهي مميزة عن بقية المؤسسات لكونها وحدة إنتاجية تمد المجتمع بأعضاء جدد بالإضافة لكون العلاقات فيها قائمة على الروابط العاطفية، فلا أسرة مهمة نمو الناشئ الجسدي والعقلي والنفسي والثقافي والاجتماعي. "أثبتت الدراسات أن نحو 50% من النمو المعرفي يتشكل عند الطفل خلال السنوات الأربعة الأولى من حياته في المنزل"².

وتتأثر التنشئة الأسرية بعدة عوامل ذات علاقة بالوالدين والأبناء والأسرة نفسها وتتفاوت وفق ظروف أسرية واجتماعية. فالتنشئة الأسرية لا تعني كساء وإطعام الأبناء، بل المهمة الأساس والصعبة هي غرس القيم والمعايير المجتمعية واحترام القانون بجانب الحب والتقدير. ولعل العبارة الأخير لا يقصد منها الوصف الأدبي المبالغ فيه، بل حقيقة فعلية. لأن بيتا يقدم الحب بتوازن مع تقديم المعايير والقيم والثقافة القانونية بشكل عقلاني وبسيط مع توسط في الإنفاق على المأكول والملبس، لهو أفضل من بيت يرى التربية محصورة في المأكول والملبس بدون اقتراثها بالتربية على المبادئ والقيم القانونية.

ثانيا: المدرسة:

تأخذ المدرسة أو المؤسسة التعليمية المرتبة الثانية، لكونها تتولى مهمة تربية الناشئ معرفيا –من ضمنها الثقافة القانونية- وسلوكيا ومهنيًا، وهي التي تحقق التجانس الفكري والثقافي لناشئين من أسر مختلفة في مفاهيمها وتصوراتها، كما أنها تلعب دوراً كبيراً في عملية التنشئة القانونية السائدة في المجتمع. كما تعتبر المدرسة مؤسسة عامة من مؤسسات التطبيع الاجتماعي وتعليم المعايير والأدوار الاجتماعية للناشئ. لكون التربية فيها متمثلة في تدريب الناشئين على المهارات والسلوك الاجتماعي المطلوب والمطابق لما هو قانوني.

الثالث: المسجد:

بما أن الدين يرسم الإطار العام والواضح لتوجيه الأدوار المختلفة لأفراد الأسرة في الاعتناء بأطفالهم وتنشئهم بطريقة سليمة، ولعل احترام القانون والالتزام بمبادئه تعتبر من ضمن هذه التنشئة السليمة، ومما لا ريب فيه أن الخطب والمواعظ التي تلقى داخل هذه المؤسسة إذا ما أدخلت في مضمونها احترام القانون ومقتضياته ستؤدي لا محالة إلى تحقيق هذا الهدف، ولعل الدارس للواقع ليجد أن المغرب حاول من خلال مساجده أن يمارس هذا الدور، فعلى سبيل المثال بدأنا نجد الخطباء يدرجون في خطبهم احترام القانون، كاحترام قانون السير، واحترام البيئة، وتجنب الجرائم. وبالتالي يمكن القول أن دور المسجد يهدف إلى تعليم الفرد والجماعة التعاليم والمعايير القانونية التي تمد الفرد بإطار سلوكي معياري، فيتم توجّه السلوك الاجتماعي والتقريب بين الطبقات وترجمة المعارف القانونية إلى سلوك عملي.

رابعاً: الأصدقاء أو الأقران:

مجموعة الأصدقاء أو الأقران هي جماعة أولية نسبياً تشكل عفوياً على أساس التجانس في العمر والاهتمامات وتسمح لأعضائها بالتفاعل الوجداني وفق قيم تشكل عفوياً وتسهم وظيفياً في إعداد الناشئ للمشاركة في الحياة الاجتماعية وفق ما هو قانوني.

إن تأثير الأصدقاء في المرحلة الأولى من العمر بالغ الأهمية، نظراً لما يقدمه الأصدقاء من نماذج صالحة أو شريفة لأقربائهم، بحسب ما يكتسبون من قيم واتجاهات وسلوك داخل أسرهم ومدارسهم، مما يؤدي إلى تكوين معايير اجتماعية جديدة وتنمية اتجاهات نفسية جديدة وتوجيه نحو تحقيق الاستقلال مع إتاحة الفرصة للتجريب وإشباع حاجات الفرد للمكانة والانتماء.

وهذا الانتماء للأصدقاء يعطي الناشئ المجال للانطلاق نحو أهداف ذاتية تغذي روحه وقدراته في التفاعل والتعاون والاستقلال الشخصي عن مؤثرات الأسرة وحتى المدرسة. وقد يصل تأثير الأصدقاء على الناشئ إلى درجة إصالحه إلى الزرع ومخالفة القوانين الأمرة بالحماية للأمن والاستقرار الاجتماعي، مهدداً بذلك هذين الأخيرين. ومن هنا تأتي خطورة تأثير الأصدقاء وضرورة تعرف الأهل على أصدقاء ابنهم الناشئ والإشراف على نشاطاتهم.

ولعل الآونة الأخيرة أظهرت إزداد أهمية الأصدقاء والأقران في عملية التنشئة خاصة القانونية منها، وذلك نظراً لزيادة معدلات إشتغال الأم، مما يجعل جماعة الأصدقاء تنقل لناشئ مجموعة من المبادئ التي تدور بين التي تصب في خانة إحترام القانون وبالتالي الانضباط للمبادئ والقواعد الاجتماعية، أو تصب في خانة الزرع والانحراف الناتج عن مخالفة القانون وقواعده ومقتضياته.

خامساً: وسائل الإعلام:

وهي كل المطبوعات من كتب ومجلات وصحف، والمسموعات كالراديو والمرئيات كالتلفاز وكذلك الانترنت وكل ما من شأنه توصيل معلومات من أي طبيعة كانت لأي متلقي من مختلف الأنواع والأعمار، ولكونها منتشرة بشكل واسع، فإن وسائل الإعلام تحمل تأثيراً كبيراً إلى المتلقي مع المعلومات خاصة إن كان طفلاً ناشئاً، ويعتبر دورها كذلك أساسي لنشر المعلومة القانونية وثقافتها سواء الموجودة أو المعدلة أو في طور التعديل، ويرجع تأثيرها الكبير بالأساس إلى المدة الطويلة التي يقضها الناشئ في متابعة هذه الوسائل، خاصة الإنترنت (المنتديات القانونية والمواقع الرسمية كموقع وزارة العدل)، والتلفاز والبرامج التي تتضمن مضامين قانونية.

وخلاصة ذلك أن وسائل الإعلام المسموعة والمقروءة والمرئية تعمل على نشر الثقافة القانونية وتساعد على التنشئة القانونية سواء بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر، وتساعد على إيجاد جيل في المستقبل أكثر إحاطة بالجانب القانوني وأكثر محافظة على الاستقرار والأمن داخل المجتمع.

المحور الثالث: شروط وآليات التنشئة القانونية

أولاً: شروط التنشئة القانونية :

تستوجب التنشئة القانونية شروطاً أساسية كي تقوم بدورها بشكل فعال وناجح، وتتلخص أهم هذه الشروط فيما يلي:

- 1- أن يكون الناشئ ذي عقل سليم: توفر العقل السليم للناشئ يمثل أساساً جوهرياً، وذلك لأن عملية التنشئة القانونية تكون مستحيلة إذا كان الناشئ أحمقاً أو معتوها. خاصة وأن هذه المشكلة ستبقى ملازمة ودائمة معه، ولعل وجهة هذا الشرط تنبع من اعتبار العقل هو مناط التكليف وقيام المسؤولية، فمثلاً في الحقل الجنائي يعتبر الجنون مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية، على اعتبار صاحبه لا يمتلك أهم ما يجعل المسؤولية قائمة في حقه وهما: الإدراك³ والإرادة⁴.

¹ علي عيسى، أثر التعليم الرسمي والخاص في مستوى تحصيل طلبة ثانويات دمشق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الانسانية، مجلد 17، عدد. 1، سورية، 2001، ص. 221.

² فاطمة الكتاني، الاتجاهات الوالدية في التنشئة الاجتماعية، الشروق، المغرب، 2000، ص. 48.

³ يقصد بالإدراك في الحقل القانوني مدى قدرة الشخص على إدراك الأعمال المحظورة أو الممنوعة في القانون من الأعمال المباحة، وكذا إدراك ماهية العقاب المقرر لهذه الأعمال.

⁴ يقصد بالإرادة مقدرته الشخص على تحديد الوجهة التي تتخذها إرادته أي مقدرته على توجيه إرادته إتجاهاً معيناً، وتحديد الطريق الذي يسلكه بفعله، فلا يكفي أن يكون قادراً على أن يعلم بالوجهات المختلفة التي يمكن أن تتخذها إرادته، بل يجب أن يكون قادراً أيضاً على اختيار وجهة منها ودفع إرادته إليها.

- 2- وجود مجتمع للتفاعل معه: يعتبر الإنسان كائن اجتماعي، وبالتالي لا يستطيع أن يعيش بمعزل عن البيئة الاجتماعية، فهو منذ أن يولد يمر بمؤسسات مختلفة للتنشئة الاجتماعية وينتقل من مؤسسة إلى أخرى محققاً بذلك إشباع حاجاته المتنوعة، والمجتمع يمثل المحيط الذي ينشأ فيه الناشئ على القانون، وبذلك تحصل التنشئة القانونية من خلال نقل الثقافة القانونية والمشاركة في تكوين العلاقات مع أفراد آخرين بهدف تحقيق الأمن والاستقرار القانونيين.
- 3- الدافع: وهو الحافز الذي يدفع الناشئ إلى إتقان سلوك معين حقق له ارتياحاً بحكم تجربة سابقة أو أنه يحقق له رغبة معينة، وبالمقابل فإن الناشئ يتولد لديه إحساس سلبى تجاه سلوك سبق له أن تأدى منه بسبب ما لحقه من إيذاء وأذى. فالدافع هو أحد الشروط المطلوب توفرها من أجل تحفيز الناشئ على القيام بالتفاعل مع مؤسسات التنشئة ومن ثم إكتساب المعرفة والثقافة القانونية.
- 4- الإرشاد والتوجيه: وهو توجيه الناشئ إلى أساليب التعامل القانوني الصحيح، وتوجيه الراشدين إلى كيفية التفاعل السليم الناجع، مما يساهم في تحقيق عملية التنشئة القانونية. ولعل دليل ذلك أن فقدان أطفال الشوارع للإرشاد والتوجيه القانونيين يؤدي إلى آثار سلبية على أخلاقهم وطريقة تعاملهم، كما أن الناشئ عندما يولد فإنه يكون مُفتقد للخبرة في التعامل السليم مع الأشخاص والأشياء والمواقف، ثم تأتي التنشئة القانونية لتزوده بهذه الخبرة. ونظراً لكوننا نعيش في عالم أهم ميزته هو سرعة التغير، فعلى المرشد والموجه القانوني أن ينتبه إلى التغيرات التي تلحق النصوص القانونية لئلا يتمكن من تنشئة الأجيال على قوانين مُحيّنة، ويتجنب الوقوع في تعليم قوانين لم تعد صالحة لتجاوزها. كما ويلزمه الاعتماد في تلقيه الطرق العصرية التي تثير فضول الناشئين وتحفز عقولهم، مع الحرص على مراعاة الفروق الفردية بين الناشئين وذلك بحسن توجيههم ومساعدتهم على التحصيل القانوني وفق قدراتهم واستعداداتهم.

ثانياً: آليات التنشئة القانونية:

تستخدم مؤسسات التنشئة آليات متعددة لممارسة وظائفها، وتدور هذه الآليات حول مفهوم التعلم الاجتماعي الذي يعتبر الآلية المركزية للتنشئة الاجتماعية في كل المجتمعات مهما اختلفت نظرياتها وأساليبها¹. ولعلنا سنركز على خمس آليات تعتبر أكثر انتشاراً محاولين أن نربطها بالتنشئة القانونية.

1- الملاحظة:

تعتبر الملاحظة أولى مراحل التفكير، وهي تسمح للناشئ من ملاحظة سلوك معين ومن ثم الوصول إلى قرار مبدئي حول سلامة هذا السلوك أو خطئه، وبناء عليه استحباب محاكاته أو تجنبه. ولكي تكون التنشئة القانونية ناجحة، يجب أن تبدأ بتوجيه أسري ومدرسي هدفه إثارة فضول الناشئ وتوثيق الصلة بين فكره والبيئة المحيطة به من خلال لفت انتباهه نحو الملاحظة الدقيقة² واستخدام الحواس وترغيبه في البحث عن حقائق الأشياء ونهمها والاستفادة من التجارب.

2- التقليد:

يعتبر التقليد العملية التي تلي الملاحظة من حيث التدرج في عملية التنشئة، حيث يقوم الناشئ بتقليد والديه ومعلميه وأصدقائه في كافة السلوكيات التي يعتبرها صحيحة، بالإضافة إلى كل سلوك أو شخصية تلفت نظره بطريقة أو بأخرى. وقد تكون عملية التقليد هذه إما بطريقة واعية وهنا يستحضر ما هو قانوني أو بطريقة غير واعية ويركز فيها الناشئ على الشكل دون ربطه بما هو صحيح أو قانوني.

ولعل مشكلة التقليد تبرز حينما تُقدِّم مؤسسات التنشئة القانونية للناشئين نماذج غير صالحة، فيقوموا بتقليدها، كأن يقلد الناشئ شخصية مشهورة - في ظل وسائل الإعلام الكثيرة والمتطورة - فيتحدث مثلها ويرتدي ملابسه بنفس طريقته وهو يعلم أنه يقلدها وإن كانت تخل بالضوابط الاجتماعية والنظام العام. وذلك راجع إلى أن اختباره لم يكن مبني على معايير اجتماعية وقانونية سليمة، بل كان منشؤها الانبهار فقط. ولقد أثارتني قوله أحد الباحثين في هذا الصدد حيث أدرج التالي: "فالواحد منهم ترك صوته لصوت الآخر، وليت هذا التقليد كان للصفات المدحوة التي تثير العمر وتضفي عليه سموً ورفعاً، كالعلم والكرم وغيرها، لكنك تفاجأ بأن هؤلاء يقلدون في مخارج الحروف وطريقة الكلام وإشارة اليد"³.

لذا لزم على مؤسسات التنشئة القانونية أن تضع نصب عينها أهمية النماذج التي تقدمها أمام الناشئين حتى لا تساهم بطريقة أو بأخرى في فشل عملية التنشئة القانونية في حالة تقديم نماذج أو شخصيات يعكس أغلب سلوكياتها عن مخالفة القانون والأخلاق المتعارف عليها اجتماعياً.

3- التوحد:

يشكل التوحد جزءاً من التقاليد لكن هذا النوع ميزته أنه لا شعوري وغير مقصود لسلوك معين يكون موضوع ملاحظة أو تعايش الناشئ. فقد يتأثر الناشئ بسلوك ما لشخص معين يعيش معه أو يلاحظه بكثرة رغم أن هذا السلوك منافي للقواعد الاجتماعية والمتعارف عليه عرفاً وقانوناً، فيتممسه بشكل لا شعوري رغم أنه يعزم على عدم تكرار السلوك عندما يكبر، لكن دخول هذا السلوك إلى اللاشعور أمر وارد، ومن ثم عندما يوضع الناشئ في موقف مشابه لموقف الشخص النموذج يصدر عنه سلوك مشابه بشكل لا شعوري وغير مقصود، وربما لا يلتفت إلى التشابه بين السلوكين إلا عندما يلتفت نظره الغير.

لذا على المربين في شتى مؤسسات التنشئة القانونية أن يكونوا حريصين أشد الحرص وهم يتعاملون مع الناشئ، فلا يصدر منهم أفعال أو أقوال تخالف ما ينشؤهم عليه، أو بمعنى آخر أن لا يصدر منهم ما يخالف القانون والعرف المجتمعي.

ولتدليل على ذلك، ما يمكن أن يبقى في اللاشعور من سلوكيات ونحن لا نشعر به وتظهر في مناسبات معينة، نورد ما كتبه أحد الباحثين في هذا المجال حيث أدرج التالي: "يقول أحد الآباء: عندما بدأت بالتعامل مع ابني البكر لعباً وتاديباً، لاحظت أنني أستخدم كلمات غريبة، وتذكرت بعدها أنها نفس كلمات كانت تُقال لي وأنا صغير، علماً أنني لم أستخدمها ولم أستخدم أمامي طوال سنوات مديدة". ولو أن هذا الأب عندما كان يتحدث مع ابنه نظر في المرأة لشاهد على وجهه تعابير صاحب الألفاظ، والده أو والدته، والسبب أنه أخذ الكلمات بتعابيرها"⁴.

4 – الضبط:

نظراً لأزمة القيم التي يعرفها العصر الحاضر، نتيجة طغيان المادة على ما حولها من القيم والمبادئ الأخلاقية والقانونية، أدى هذا إلى تفشي مشاكل اجتماعية كثيرة مثل الانحراف وتعاطي المخدرات بكل أنواعها، وتفكك الأسر نتيجة الطلاق والأمية والبطالة وطغيان أسلوب العنف... إلخ. وبالتالي أصبحت الحاجة ماسة إلى استعمال آلية الضبط الذي يعتبر القانون أهم وسائلها حيث يخول للناشئ التربية على القيم والمبادئ القانونية الأساسية التي تنظم العلاقات الإنسانية بين الأفراد⁵. كما

¹ هناء العابد، مرجع سابق، ص. 26.

² عبد الكريم بكار، عصرنا والعيش زمانه الصعب، دار القلم، سورية، 2005، ص. 14.

³ عائض القرني، لا تحزن، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية، 2003، ص. 442.

⁴ عبد الله الرويتع، علم النفس في حياتنا اليومية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 2008، ص. 8.

⁵ الصديق الصادي العماري، التربية على المواطنة وحقوق الإنسان مشروع تكوين مواطن الغد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://almoudaris.com>.

أن الضبط¹ يمثل أحد أهم الوسائل الكفيلة بتكثيف الفرد مع وسطه الاجتماعي ليصل به إلى مشاركة أفراد المجتمع أو أعضائه في أفكارهم² وتصوراتهم وقيمهم واتجاهاتهم المنضبطة مع القيم والمبادئ القانونية.

وأهم ما تنتج عنه عملية الضبط هو تهيئة الأجيال الجديدة لتنظم للمجتمع وتكتسب صفاته، ومن ثم تتمكن من التواصل مع الأجيال الحالية التي تنقل للأجيال الآتية المعايير والضوابط القانونية التي تعلمتها من السابقين وتجاربهم ليبنوا عليها ويتابعوا المسيرة في المستقبل.

5- الثواب والعقاب:

يتأسس مبدأ الثواب والعقاب على آليات نفسية تُحَقِّز السلوك المطابق للقانون وتحيط السلوك المخالف له، فعندما يشعر الناشئ بأنه موعود بثواب على عمل ما، فإن ذلك يحمله على المبادرة إلى العمل رغبة في الثواب، تماماً كما هو حال من يمضي سنوات طوال ويجهد نفسه في التحصيل لنيل الدكتوراه في تخصص معين كالدراسات القانونية. والعكس صحيح بالنسبة إلى العقاب، فنحن نتجنب أموراً ونحرم أنفسنا من أمور كثيرة نرغبها خوفاً من نتائجها السلبية علينا، سواء كانت تلك النتائج جزءاً من العمل الذي نتجنبه أو كان مصدرها عقاباً نتعرض له.

وفي مجال التنشئة على القانون، علينا أن نختار نوعية الثواب والعقاب بعد دراسة من نريد إثابته أو عقابه، فلا يستخدمها المربي أو الموجه إلا بعد دراسة الشخص والظروف المحيطة به والأسلوب الملائم للاستعمال. لأننا قد نفسد هذه التنشئة بإعطاء الناشئ جرعة أكبر أو أقل مما يحتاجه. فلعنا إذا ما عودنا الناشئ على الثواب مكافأة له على فهم الدرس القانوني، حملناه على أن لا يدرس ولا يركز إلا مقابل عوض مادي يأخذه، بحيث نبتعد به عن الاهتمام الفعلي عن الدرس القانوني وما يرتبط به من قضايا وأفكار. وهذا لا ينفي أننا قد نحتاج إلى الثواب في حالات معينة كالوعد بتره إذا لمسن في الناشئ فتوراً أو كسل في التحصيل تحفيزاً له لتجديد الهمة وزيادة في التركيز. وإن جاز لنا التشبيه فإننا نشبه عملية الثواب في التنشئة القانونية بالدواء لكونها تحتاج إلى الدقة في نوع وكمية الجرعة المعطاة³ للناشئ.

أما العقاب فله أيضاً طرقاً مختلفة، ومنها العقاب البدني والنفسي. ولعلنا لا نتماشى مع من يرى ضرورة هذين النوعين خاصة في مجال التنشئة على القانون، لأن هذين النوعين من العقاب يحولان تدريس وتلقين القانون من متعة تعليمية إلى واجب ثقيل، كما وتشوه بناء الشخصية وتزعزع ثقتها وتهدر كرامتها. وعموماً يبقى استعمال آلية العقاب المقبول مجتمعياً في حالة إثبات الناشئ لسلوك غير مرغوب فيه مع المكافأة في حالة إثباته لسلوك مرغوب فيه هو أفضل طريقة⁴ للتنشئة القانونية السليمة الفعالة والناجعة.

خاتمة:

وختاماً نرى أن التنشئة القانونية إذا ما أريد لها أن تحقق أهدافها وأن تنشر فمن الواجب على أفراد المجتمع أنفسهم تحقيق ذلك الأمر، لأن مؤسسات التنشئة مهما بلغ بها من تَمَكُّن للوسائل والإمكانيات لا تستطيع تحقيق الهدف مالم يكن الفرد ساعياً إليه، لتعلق ذلك الأمر بالذات الإنسانية والفكر الذي يحمله الفرد. ومن السبل التي من الممكن أن تساعدنا في إيجاد تنشئة قانونية منتجة مايلي:

- التوسع في طرح الثقافة القانونية من خلال البرامج الإعلامية المسموعة والمقروءة والمرئية، والملاحظ مؤخراً تأثير الصفحات القانونية على الانترنت في الرفع من مستوى التربية والتنشئة القانونية لدى المواطن، كما أن الإذاعات أصبحت تخصص برامج لمناقشة المواضيع القانونية. وقد ساهم هذا الأمر في إقبال بعض – ولا نقول الأغلب- على قراءة المواضيع المطروحة فيها ومن ثم العودة إلى النصوص القانونية أو المختصين في الجانب القانوني لمعرفة مراكزهم القانونية.
- إيجاد مناهج في بعض المراحل الدراسية تتعلق بالمعرفة القانونية، وبشكل مبسط حتى يكون الناشئ مؤهل لتقبل الالتزامات التي يملها عليه القانون النافذ ويؤدبها بشكل صحيح ومنسجم مع الشرعية القانونية، وكذلك ممارسة حقوقه التي يَضْمَنُهَا القانون بالشكل الذي لا يتقاطع مع حقوق الآخرين.
- محو الأمية عامة والأمية القانونية خاصة، لأننا سنتمكن من الوصول إلى ما ننشد من تطور حضاري وتأمين ووعي وتنشئة قانونية لدى كافة أفراد المجتمع، وذلك لأن الفرد الذي لا يقرأ ولا يكتب ولا يعلم شيء من القانون يصعب عليه أن يفهم حقوقه والتزاماته المسطرة في القوانين والقرارات والأنظمة. لذا يتحتم على كل فرد أن يسعى جاهداً لتعليم نفسه ومحو أميته أولاً ثم تعميم ذلك على المجتمع ككل.

وبذلك يتبين لنا أن التعلم ومحو الأمية هو السبيل الأوفر حُضاً لتحقيق تنشئة قانونية صحيحة، وبالتالي إلى نشر الثقافة والوعي القانونيين. ومن ذلك كله نأمل أن تتظافر جهود مؤسسات التنشئة تحت شعار "التنشئة القانونية لكل فرد في المجتمع"، وجعله شعاراً لكل فرد وعائلة.

¹ الضبط عملية تنظم سلوك الفرد بما يتفق ويتوافق مع ثقافة المجتمع ومعاييرها.

² زيد الجارني، التنشئة الاجتماعية والسلوك المأمول للشباب، جمعية المعلمين الكويتية، الكويت، 1999، ص. 8.

³ هناء العابد، مرجع سابق، ص. 32.

⁴ عبد الله الرويتع، مرجع سابق، ص. 10.

قراءة في المادة الأولى من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية المغربية

محمد الزهري

طالب باحث في صف الدكتوراه

جامعة عبد الملك السعدي. كلية الحقوق. بطنجة.

مقدمة:

تعد الجريمة ظاهرة كونية لا يسلم من شرها أي مجتمع مهما بلغ من الرقي، الأمر الذي يقتضي التصدي لها بكل حزم وصرامة حتى نل من تداعياتها. هذا التصدي يتم عن طريق توقيع العقاب الأمثل لكل من سولت له نفسه زعزعة استقرار المجتمع وطمأنينته، إلا أنه وإن كان لا بد من العقاب، فإن ذلك لا يعطي الحق للمجتمع. والذي تحل محله الدولة في توقيع العقوبة في إطار ما يعرف بحق الدولة في توقيع العقاب. في التماذي فيه، فالعقوبة يجب أن تكون لا أقل مما هو عادل، ولا أكثر مما هو مفيد وإلا خرجنا عن أهداف العقوبة.

وهنا تكمن وظيفة المسطرة الجنائية، فهي تسعى إلى التوفيق بين مصلحتين متنافرتين، مصلحة المجتمع في ضمان استقراره، ومصلحة المتهم في أن يحاكم محاكمة عادلة. فقواعد القانون الجنائي الموضوعي يمكن أن تتسم بالقسوة والظلم، بخلاف قواعد القانون الجنائي الإجرائي. ونقصد بها قانون المسطرة الجنائية. الذي وكما عبر عليه الفقيه أرتولان:

"تستطيع الإجراءات الجنائية أن تقوم اعوجاج القوانين العقابية إذا كانت فاسدة، ولكن العكس لم يشاهد في بلد من البلدان"¹.

لقد أصبحت المحاكمة العادلة بحق من أهم مجالات حقوق الإنسان، فهي تشكل ضمانا حقيقية ضد كل الانتهاكات التي يمكن أن تتخذ صوراً متعددة²، فقواعد المحاكمات كما عبر عنها الفقيه مونتييسكيو لهم العرف البشر أكثر من أي شيء آخر³.

ويمكن إرجاع مبادئ المحاكمة العادلة إلى موضوعين أساسيين، حيث يتعلق الموضوع الأول بأجهزة الدولة وعلى رأسها القضاء، فيما يتعلق الموضوع الثاني بالمركز القانوني للمتهم والضحية، ويخص حقوق الدفاع⁴.

وحق نصل إلى المحاكمة العادلة، لا بد من توفير مجموعة من الضمانات الموضوعية والإجرائية، من قبيل المساواة أمام القانون، المحاكمة على وجه السرعة، احترام حقوق الدفاع، حياد القضاء، احترام مبدأ الأصل في الإنسان البراءة، وبناء الأحكام الجنائية على اليقين القضائي التام الذي لا يترك أي مجال للشك.

فهذه المبادئ وغيرها تعد بحق من أهم الضمانات الممنوحة للأفراد في مواجهة الإجراءات الخطيرة الممنوحة للدولة. كما أنها تعد امتداداً لمبدأ الشرعية الإجرائية، فمبدأ سيادة القانون ينحصر دوره في تحقيق ما يصبو إليه، لذلك كان لزاماً أن يكون هناك ما يكفل فاعلية هذا المبدأ. وليست الشرعية سوى الطريق الأمثل لتحقيقه⁵.

وموضوع هذه المقالة سيخصص لقراءة في المادة الأولى من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية، محاولين إبراز مدى ملائمة المسودة مع ضمانات المحاكمة العادلة، حيث سنقسم هذه الدراسة إلى خمس نقاط أساسية، نخصصها لكل من المساواة أمام القانون (أولاً) المحاكمة داخل أجل معقول (ثانياً) احترام حقوق الدفاع (ثالثاً) حياد القضاء (رابعاً) ترشيح الإجراءات الماسة بالحرية (خامساً) قرينة البراءة وتفسير الشك لصالح المتهم (سادساً).

أولاً: المساواة أمام القانون

تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية على أن "كل الأشخاص متساوون أمام القانون..". على أساس ما سبق ضمنت الفقرة أعلاه تقرير ضمانات من ضمانات المحاكمة العادلة وهي المساواة أمام القانون.

تنطوي ضمانات المساواة في سياق مراحل المحاكمة الجنائية على عدة جوانب، فهي تحظر استخدام القوانين التمييزية في تنفيذ القانون، وتشمل الحق في المساواة أمام القانون والحق في تلقي الحماية من القانون على قدم المساواة مع الآخرين، وحق كل فرد في اللجوء إلى المحاكم وغيرها⁶ وقد نصت م 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن: "الناس جميعاً سواء أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته..." كما نصت م 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: "الكل سواء أمام القانون ولكل شخص حق التمتع بالحماية من قبل القانون على قدم المساواة مع الآخرين..."

وهكذا نسجل تقدماً إيجابياً من طرف المشرع المغربي. من خلال هذه المسودة. إذ بتنصيبه على المساواة أمام القانون يكون قد قطع دابر كل محاولة للخروج عنه، فنص المادة الأولى من قانون المسطرة الجنائية الحالي⁷. نجدها لا تنص سوى على مبدأين هما الأصل في الإنسان البراءة وتفسير الشك لفائدة المتهم.

ثانياً: المحاكمة داخل أجل معقول.

يحق للمعتقلين أن تسير الإجراءات المتخذة ضدهم بسرعة خاصة، كما يجب الإفراج على المعتقلين إذا لم يقدموا إلى المحاكمة خلال فترة زمنية معقولة⁸ والحق في المحاكمة داخل أجل معقول ينقسم إلى شقين فالشق الأول يتجسد في مرحلة ما قبل المحاكمة، أما الشق الثاني فيتعلق بمرحلة المحاكمة، وكلا الشقين يرتبطان بالمبدأ الراسخ في الإجراءات الجنائية وهو أن الأصل في الإنسان البراءة.

وقد نصت المادة 9 الفقرة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: "لكل شخص يحتجز بسبب تهمة جنائية الحق في أن يحاكم في غضون فترة زمنية معقولة أو يفرج عنه إلى حين انعقاد المحاكمة".

وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من المسودة نجدها تنص في فقرتها الأولى: "...ويحاكمون في أجل معقول..."

¹. عبد الستار سالم الكبيسي: ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2013. ص: 7.

². محمد الإدريسي العلي المشيشي: حماية الشهود والمحاكمة العادلة. قراءات في المادة الجنائية الجزء الثالث منشورات مجلة الحقوق. الطبعة الأولى 2014 ص 24.

³. عبد الستار سالم الكبيسي م.س ص: 07.

⁴. محمد الإدريسي العلي المشيشي م.س ص 28.

⁵. عبد الستار سالم الكبيسي: م.س ص: 151.

⁶. دليل المحاكمة العادلة. منظمة العفو الدولية، الطبعة الثانية ص 103.

⁷. قانون 22.01 كما جرى تغييره وتتميمه بمجموعة من القوانين.

⁸. دليل المحاكمة العادلة: م.س ص 70.

وينبغي التمييز ما بين المحاكمة على وجه السرعة، وما بين المحاكمة المتسارعة، فالمحاكمة على وجه السرعة، والتي عبر عنها المشرع في المسودة بالأجل المعقول، تقضي ألا تؤخر محاكمة المتهم دون عذر مقبول، في حين أن التسرع في المحاكمة معناه الوقوع في أخطاء قضائية فادحة، وضرباً القرينة البراءة وخروجاً سافراً على ضمانات المحاكمة العادلة¹.

لكن عبارة "الأجل المعقول" تبقى لوحدها غير كافية، حيث يمكن استعمالها ضداً على حرية المتهم، والإبقاء عليه معتقلاً بدعوى عدم جاهزية القضية، وبالتالي يفقد هذا المبدأ محتواه إذا لم يحيط بالضمانات اللازمة.

وأمام سكوت المشرع عن تحديد المقصود بالأجل المعقول، تولى البعض تحديده² حيث يقيم هذا الأجل بناء على ملائمة كل قضية على حدة. وتشمل الأركان التالية: تعقد القضية، خطورة التهم، العقوبات المنصوص عليها، وكون المتهم معتقلاً أم لا.

وبناء عليه، فالأجل المعقول ليس موحداً حيث كلما تعقدت القضية كلما ارتفع هذا الزمن والعكس صحيح، وبالتالي كل الآمال تبقى معقودة على قضائنا في اخذ هذا الأجل محمل الجد بالنسبة لكل قضية.

ثالثاً: احترام حقوق الدفاع.

لكل شخص يحتجز أو يحتمل ان تنسب له تهمة الحق في الموازنة بمحام يختاره للدفاع عن حقوقه، فإن كان غير قادر على الاستعانة بمحام، وجب تمكينه من ذلك في إطار المساعدة القضائية.

وينبغي تمكين المعتقلين من حق الاستعانة بمحام منذ الساعة الأولى من احتجازهم، وأن يتم استجوابهم بمعوية هذا الأخير. أي المحامي. وأن تعطى لهم المساحة الزمنية الكافية لإعداد دفاعهم³.

والحق في الاستعانة بمحام يعتبر من دلائل المحاكمة العادلة، حيث حرصت التشريعات المقارنة على التنصيص عليها صراحة، وذلك لتمكين المتهم من الاستفادة من الخبرات القانونية التي يتوفر عليها المحامي، التي قد يفقد إليها المتهم. فيصعب عليه الدفاع عن نفسه أو إثبات براءته، وأيضاً لإعلام المتهم بكافة حقوقه الدستورية والتي غالباً ما يجهلها المتهم. فيصبح في هذه الحالة الاستعانة بمحام مسألة حتمية ومضبرية لضمان محاكمة عادلة⁴.

وبالنسبة للمشرع المغربي، فقد كان يربط موقفه في قانون المسطرة الجنائية الملغى. ظهر 1959. المنكر لحقوقه في الدفاع أمام الشرطة القضائية بكيفية تحديده لنطاق المحاكمة الجنائية، حيث كان يتعامل مع مرحلة البحث التمهيدي على أنها مجرد مرحلة تقع خارج نطاق المحاكمة، أي أنها مجرد مرحلة لتجميع المعلومات الأولية والتي لا ينتج عنها أي دليل.⁵⁻⁶

لكن من الناحية العلمية تعد مرحلة البحث التمهيدي أخطر مرحلة من مراحل المحاكمة، لما تتميز به من قسرية وسرية وغياب الضمانات الممنوحة للمشتبه فيه أو المتهم، ولما تنتج عنه محاضر الضابطة القضائية من قوة ثبوته، فجعل الأحكام القضائية تستند على محاضر الضابطة القضائية كدليل إدانة. لأجل ذلك عمل المشرع على التلطيف من هذا الشدود ونص على حق المشتبه فيه أو المتهم في الاستعانة بمحام خلال فترة الوضع تحت الحراسة النظرية في القانون الحالي لكن ليس من بداية الحراسة، بل من الساعة الأولى من انقضاء نصف مدة الحراسة النظرية القانونية⁷ لمدة لا تتجاوز ثلاثين دقيقة وهو ما يعتبر بمثابة ذر الرماد على أعين المهتمين بالشأن الحقوقي الوطني.

وبالرجوع إلى مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية الحالية، نجد الفقرة الأولى من المادة الأولى تنص على كونها: "...وتحترم في كافة مراحلها حقوق الدفاع". وهنا ننوه بهذا المستجد، حيث نص المشرع على احترام وكفالة حقوق الدفاع في كافة مراحل المحاكمة بدءاً من مرحلة البحث التمهيدي وصولاً إلى مرحلة المحاكمة الجنائية والتحقيق النهائي.

وبالنسبة للفترة التي يحق فيها للمشتبه فيه الاستعانة بمحام فإن المادة 2-66 من المسودة عملت على جعله من الساعة الأولى من التوقيف بدل الساعة الأولى من انقضاء نصف المدة القانونية⁸ وهو ما يحسب لواضعي المسودة.

وإنذا إن ننوه بهذه المستجدات فإن ذلك لا يمنعنا من تسجيل بعض الملاحظات السلبية، فإذا كان حق الاستعانة بمحام مكفول منذ الساعة الأولى للتوقيف، فإن هذه الضمانة يمكن تأخير الاستفادة منها إلى الساعة الأولى من انقضاء نصف المدة الأصلية للحراسة، إذا تعلق الأمر بجريمة تعد جنائية أو جريمة إرهابية وذلك من طرف ممثل النيابة العامة إذا اقتضت ضرورة البحث ذلك بحيث يمكن لممثل النيابة العامة تأخير حق الاستعانة بمحام كلما قدر ذلك لضرورة البحث الأمر الذي يفرغ هذه الضمانة من محتواها⁹.

كما أن مدة حق الاستعانة بمحام ظلت كما هي ولم يطلها أي تعديل، أي بقيت بدون تعديل لمدة لا تتجاوز ثلاثين دقيقة وكلنا نعلم أن هذه المدة تظل قصيرة جداً، الأمر الذي يجهد بهذه الضمانة عن طريقها السليم.

رابعاً: حياد القضاء.

¹ حيث تكون قد فضلنا الفاعلية على حساب ضمانات الأفراد والمجتمع على حد سواء.

² دليل المحاكمة العادلة: م.س. ص: 144.

³ دليل المحاكمة العادلة: م.س. ص 43.

هذا وتذهب الانظمة الانجلوسكسونية بعيداً في هذا المجال ففي القانون الإنجليزي حينما تتوفر للشرطة دلائل معقولة تفيد تورط المتابع بالجريمة، وتتجه إلى اتهامه بها، تلزمهم القاعدة II من قواعد الكومن لو تحدير المتهم بالصيغة التالية: إنك ليس ملزماً لكي تقول شيئاً إلا إذا رغبت في ذلك ولكن ما تقوله سيدون وربما يقدم دليلاً (عبد الستار سالم الكبسي: م.س. ص 290) نفس المنحى سلكه المشرع الأمريكي حيث قرر ما يلي: لابد للشرطة من إشعار المتهم بحقوقه التالية قبل استجواب: 1. لك الحق في الصمت 2. تخليك عن صمتك يمكن ان يستعمل ضدك كدليل. 3. لك الحق في التشاور مع محاميك و إن لم يكن لديك محام فإنه يستعين لك محامي بالمجان (عبد الستار سالم الكبسي: م.س. ص 351).

⁴ ناهد يسرى حسين العيسوي: ضمانات المحاكمة الجنائية المنصفة. رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق. جامعة عين شمس كلية الحقوق القاهرة 2012 ص: 202.

⁵ شادية شومي: حقوق الدفاع خلال مرحلة ما قبل المحاكمة. عناصر من أجل محاكمة عادلة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة الحسن الثاني كلية الحقوق الدار البيضاء الجزء الثاني 2002 ص 325.

⁶ وبالنسبة لمشرع الفرنسي تعد قاعدة الاستعانة بمحام إلزامية بالنسبة للجنايات طبقاً للمادة 2/284. وكذا إلزامية في الجناح بالنسبة للمتهمين المصابين بعاهة تحول دون تمكنه من حسن دفاعهم على أنفسهم. المادة 4/417.

⁷ أي بعد انقضاء 24 ساعة الأولى.

⁸ محمد عياط: ملاحظات مبدئية حول مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية التي اعدتها وزارة العدل والحريات ص: 13.

⁹ الفقرة السابعة من المادة 2-66 من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية المغربية صيغة 17 نونبر 2014.

الحياد سمة من سمات استغلال القضاء، ويعني صلاحية القاضي للفصل في النزاع المطروح عليه، وبعبارة أخرى هو تجرد حيال النزاع المعروض عليه من أي مصلحة ذاتية كي يتسنى له البث في النزاع بموضوعية.¹

وحيد القضاء عنصر ضروري ولازم بجانب استغلال القضاء لضمان عدالة المحاكمة، فالحياد مكمل للاستقلال بحيث إذا فقد القاضي استقلاله فلن يكون محايداً، على أن الحياد يختلف عن الاستقلال، فإذا كان هذا الأخير يعني عدم التأثر بالعناصر الخارجية، فإن الحياد يثير عنصراً داخلياً وهو البعد عن الهوى والميل، لذا يتعين عدم الخلط بين المفهومين.²

وإذا كان القضاء هو ميزان العدل، فإن سلامة هذا الميزان تقتضي أن يكون القاضي بمنأى عن أي تأثير للمصالح، أو الأهواء الشخصية وأن يكون حكمه غير خاضع لعوامل التحكم لأن القيمة الموضوعية للقانون تتوقف على تطبيقه المحايد وهذا المبدأ يعد من المبادئ الدستورية التي يمكن استخلاصها من مبدأ استقلال القضاء على اعتبار أن الاستقلال يعد ضماناً لقيام القضاء بدوره في حماية الحريات. وأن ينظم شروطه عن طريق تحديد الأسباب المؤدية إلى عدم توافره من خلال الحظر الذي يفرضه على القضاة في تولي أعمال معينة³، وهذا الحظر يشمل الموانع القانونية مثل قيام القاضي بأي عمل في الدعوى المطروحة أمامه يتعارض مع اشتراكه فيها مرة أخرى، في الدعوى ويحول دون حياده، مثل وجود صلة القرابة أو المصاهرة لأي من أطراف الدعوى أو قيام خصومه، أو وكالة بين القاضي وأحد الخصوم، وهو ما يعرف بحالات عدم الصلاحية أو الرد كما يعبر عنها أستاذنا عبد السلام بنحدو..

أما الموانع التقديرية التي تحول دون حياد القاضي فهي الأسباب التي تخضع لتقدير الجهات القضائية المختصة.⁴ وقد نصت على هذه الضمانة الفقرة الثانية من المادة الأولى من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية على أنه: "يسهر القضاء على ضمان حقوق الضحايا والمتهمين على حد سواء..." فعبارة "يسهر القضاء" و "على حد سواء" واضحة المعالم لا لبس فيها في توضيح الدور القضائي، فالقضاء لا يهيمه أي طرف على حساب الآخر بقدر ما يهيمه إحقاق الحق وإزهاق الباطل. فإذا تبين له أن المتهم مدان حكم ضده والعكس صحيح.

وتكمن فكرة حياد القضاء في النظام الاتهامي في فكرة معركة صورية بين مقاتلين. وهم المتهم وسلطة الاتهام. أمام محايد غير مقاتل. وهو القاضي. الذي يقرر أو ينيي المعركة معلناً فوز أحدهما هو المقاتل القوي الذي تتوفر لصالحه أدلة إثبات دامغة.⁵ خامساً: ترشيد الإجراءات الماسة بالحرية.

عرف المغرب منذ حصوله على الاستقلال مجموعة من القوانين المتعلقة بالمسطرة الجنائية⁶، هذه القوانين غلب عليها طابع التضييق في الحريات تارة والتخفيف منها تارة أخرى، ويصدر مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية⁷ عبر واضعها في الديباجة أن من بين أهدافها تعزيز وتقوية ضمانات المحاكمة العادلة، ومن بين هذه الضمانات ترشيد الإجراءات الماسة بالحرية.

وبالرجوع إلى الفقرة الرابعة من المادة 1 من المسودة، نجدها تنص على أنه: "لا يمكن اتخاذ أي إجراء مقيد لحرية الأشخاص إلا بمقتضى القانون وتحت مراقبة السلطة القضائية المختصة" وتعد هذه الفقرة خير دليل على الرغبة في الارتقاء بالإجراءات الماسة بالحرية المتعلقة بالحراسة النظرية من مجرد عمل من أعمال البحث التمهيدي إلى مرحلة قضائية بامتياز.⁸

ولا يقتضي الترشيح على الحراسة النظرية فحسب، بل يمتد كذلك ليشمل الاعتقال الاحتياطي، فهذا الأخير أثار وما زال يثير الكثير من الجدل حول طابعه الاستثنائي. لأجل ذلك أوجد المشرع بدائل لهذا الأخير.

. بالنسبة للحراسة النظرية: بالرجوع إلى القانون الحالي المنظم للمسطرة الجنائية نجد هذا الأخير يتيح لضابط الشرطة القضائية اللجوء إلى الحراسة النظرية لمجرد ضرورة البحث، فله أن يوقعه مباشرة في حق كل مشتبه فيه أو متهم لمجرد تقديره لذلك، لكن المادة 66 من المسودة اشترطت لإمكانية إخضاع المشتبه فيه للحراسة النظرية تواجد أسباب الاشتباه في ارتكاب أو محاولة ارتكاب جريمة أو جنحة سالية للحرية.

وبالتالي فإن المادة 66 من المسودة تشترط ضرورة وجود ثنائية الضرورة والنسبة⁹ كشرطين للوضع تحت الحراسة النظرية، كما عملت المادة 1-66 من المسودة على تعداد الحالات المؤدية لضرورة البحث لإخضاع المشتبه فيه للحراسة النظرية، حتى لا يقع ضابط الشرطة القضائية في أهواء لإخضاع من شاء لهذا التدبير الخطير. وإن كانت هذه المستجدات تنصب في الجانب الإيجابي، فإنه يؤخذ على المشرع كونه حافظ على نفس المدة للوضع تحت الحراسة النظرية. أي 48 ساعة قابلة للتمديد مرة واحدة لمدة 24 ساعة في الحالات العادية وترتفع هذه المدة كلما تعلق الأمر بجريمة ماسة بسلامة الدولة أو جريمة إرهابية. رغم أن التشريعات المقارنة (التشريع الفرنسي والمصري مثلاً) حددت مدة الوضع تحت الحراسة في 24 ساعة. وبالتالي فحبذا لو تم تقليص هذه المدة لمسيرة التشريعات الحديثة.

. بالنسبة للاعتقال الاحتياطي: لم يعرف المشرع المغربي الاعتقال الاحتياطي لا في النص الحالي ولا في نص المسودة، مكتفياً باعتباره تدبيراً استثنائياً، غير أن بعض الفقه¹⁰ عرفه بكونه: "عبارة عن وضع الشخص رهن تصرف القضاء، قضاء التحقيق أو الحكم إلى أن يثبت في أمره، وهو إجراء خطير لأنه يؤدي إلى فقد الشخص حريته مع أن إدانته تكون لا زالت لم تثبت بعد بصفة قانونية".

¹. عبد الصمد عدنان: مدى حياد القاضي الجنائي في ظل خصوصيات النظام القضائي المغربي أطروحة لنيل دكتوراه. جامعة عبد المالك السعدي، كلية الحقوق بطنجة 2013/2014 ص: 35.

². ناهد يسري حسين العيسوي: م.س.ص: 41.

³. ناهد يسري حسين العيسوي: م.س.ص: 41.

⁴. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية دار النهضة العربية، الطبعة السابعة 1996 ص: 911.

⁵. عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.ص: 222.

⁶. بدءاً بظهير المسطرة الجنائية. ظهير 10 فبراير 1959 مروراً بظهير الإجراءات الانتقالية 1974 وصولاً إلى قانون المسطرة الجنائية الحالية. قانون 22/01 الصادر سنة 2002.

⁷. والتي طرحها وزارة العدل والحريات للنقاش بتاريخ 17 نونبر 2014 م.

⁸. محمد الأمين: تأملات حول المقترحات الجديدة المتعلقة بالحراسة النظرية الواردة في مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية عدد: 2/2015 م. ص: 19.

⁹. محمد الأمين م.س.ص: 20.

¹⁰. أستاذنا عبد السلام بنحدو: الوجيز في شرح المسطرة الجنائية، مطبعة اسبارطيل الطبعة الخامسة 2005 ص 132.

وإذا كان المشرع المغربي ينص على طابعه الاستثنائي في كل مرة (م159 من القانون الحالي والمسودة) فإن الممارسة العملية تثبت العكس، بحيث جعلت منه إجراء أصيلاً. وما حال السجون ببلادنا إلا خير دليل على هذا التناقض. فكل الدراسات تؤكد على أن الممارسة القضائية أفرغت الاعتقال الاحتياطي من طابعه الاستثنائي، وعملت على ملء السجون بالمعتقلين الاحتياطيين، الأمر الذي يشكل مساساً بقرينة البراءة.

ولتفادي إطالة مدة الاعتقال الاحتياطي، عمل المشرع في المسودة على تخفيضه من شهرين قابلة للتمديد 5 مرات، في القانون الحالي. إلى شهرين قابلة للتمديد ثلاث مرات فقط بالنسبة للجنايات¹ (م177) وبقيت الجنح دون تغيير أي لمدة شهر قابلة للتمديد مرتان (م176).

كما عمل المشرع على تعزيز بدائل الاعتقال الاحتياطي، المتمثلة في المراقبة القضائية. والمنصوص عليها في النص الحالي. إضافة إلى المراقبة الإلكترونية² وكل ذلك على سبيل التخفيف من شروط الاعتقال الاحتياطي الذي يوصف بكونه عقوبة من دون محاكمة.

فهذه البدائل جعلها المشرع الأولى بالتطبيق، بحيث لا يلجأ إلى الاعتقال الاحتياطي إلا عند عدم إمكانية اللجوء إلى بدائله.

سادساً: قرينة البراءة.

تعتبر قرينة البراءة من المبادئ الأساسية للحق في محاكمة عادلة. فكل متهم بريء إلى أن تثبت إدانته طبقاً للقانون بعد محاكمة عادلة. وقد أكدت المواثيق الدولية هذه الضمانة، حيث نصت كل من المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن لكل فرد الحق في أن يعتبر بريئاً وأن يعامل أثناء المحاكمة باعتباره بريئاً، ما لم يصدر حكم بإدانته وفقاً للقانون في سياق محاكمة تتفق على الأقل مع الحد الأدنى للشروط الأساسية المقررة للعدالة³.

وقد ذهبت المحكمة الدستورية المصرية إلى القول بأن البراءة هي الأصل وليست مجرد قرينة، وذلك بأن قضت بأن افتراض البراءة لا يتمخص عن قرينة قانونية ولا هو من صورها⁴.

ويعد أصل البراءة من النتائج العملية المترتبة على مبدأ المساواة في كفاية الحق في التقاضي، فإذا بدأت المحاكمة أمام القضاء، فإن على هذا الأخير أن يضع أعينه أن المتهم بريء ولا يحتاج إلى إظهار دليل براءته، وكل من يدعي خلاف ذلك أن يثبت إدانته ويقع عليه عبء الإثبات⁵.

وقد أخذت التشريعات المقارنة بهذا الأصل، حيث أخذ المشرع الأمريكي بمبدأ الإثبات بما يجوز الشك المعقول. تطبيقاً لأصل البراءة⁶.

كما أخذ القانون الإنجليزي بذات المبدأ، حيث يقع عبء الإثبات على سلطة الاهتمام التي يتعين عليها تقديم ما يبرر عكسها⁷.

ونفس المنع سلكه المشرع الفرنسي، حيث يتم مراعاة قرينة البراءة في القضاء الفرنسي حتى ولو تم الاعتراف بالجريمة أثناء التحقيق، ولا يجوز للقاضي أو المحلفين التعبير عن رأي مسبق حول الموضوع وإلا كانت الإجراءات باطلة⁸.

وقد نص المشرع المغربي على هذه الضمانة في الفقرة الخامسة من المادة الأولى من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية "كل مشتبه فيه أو متهم بارتكاب جريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً...".

ومن نتائج هذا المبدأ أن يضل المشتبه فيه أو المتهم بريئاً وأن يعامل على أساسها طوال إجراءات المحاكمة ما دامت لم تثبت إدانته قانوناً وأمام هيئة قضائية مستقلة ومحيدة ومشكلة طبقاً للقانون.

كما أن الأصل في الإنسان البراءة يقتضي أن ينبي حكم الإدانة على أدلة قطعية الثبوت، تفيد يقيناً نسبة الجريمة إلى المتابع أمام القضاء.

وتبعاً لذلك يتعين استبعاد الأدلة المشكوك في نسبتها إلى المتهم فمجرد الشك يفسر لصالح المتهم، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من المسودة "يفسر الشك لفائدة المتهم".

خاتمة:

إن ضمانات المحاكمة العادلة ليست مجرد شكلية من شكلية التقاضي، بل هي السد المنيع للأفراد لمواجهة تسلط السلطة، وبالتالي وجب على المشرع ومعه القضاء احترامها وتقديسها حتى تصل إلى الهدف المنشود من وضع القوانين.

¹ . وتبقى نفس المدة إذا تعلق الأمر بجريمة جنائية من الجرائم المنصوص عليها في م 108 من هذا القانون. أي شهرين قابلة للتمديد خمس مرات ولنفس المدة.

² . تتم المراقبة الإلكترونية بواسطة قيد إلكتروني يودع في معصم المعني بالأمر أو ساقه أو على جزء آخر من جسمه بشكل يسمح برصد تحركاته داخل الحدود الترابية التي يحددها له قاضي التحقيق. المادة 1-174 من المسودة.

³ . دليل المحاكمة العادلة: م.س.ص: 125.

⁴ . ناهد يسرى حسين العيساوي: م.س.ص: 102.

⁵ . ناهد يسرى حسين العيساوي: م.س.ص: 103.

⁶ . رياض رمزي عوض: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة. دراسة مقارنة. دار النهضة العربية 2004 ص 51-52.

⁷ . ناهد يسرى حسين العيساوي: م.س.ص: 231.

⁸ . م 2/311 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي.

⁹ . سواء تعلق الأمر بسلطة البحث والتحري: وهم ضباط الشرطة القضائية أو سلطة الاتهام وهي النيابة العامة أو سلطة التحقيق: قضاء التحقيق أو حتى قضاء الحكم.

محددات ومبادئ السياسة الخارجية المغربية

نادية الرامي
طالبة باحثة
بكلية الحقوق سلا الجديدة
جامعة محمد الخامس

مقدمة:

تعرف السياسة الخارجية بأنها مجموع الأهداف والممارسات عبر الوطنية والرامية إلى تحقيق مصالح معتبرة هذا من جهة¹ ومن جهة أخرى، تعرف بأنها الجهود المبذولة من طرف المجتمع الدولي لمراقبة محيطه الخارجي، وذلك بالحفاظ على الوضعيات الإيجابية وتحسين الأوضاع السلبية في الأداء الدبلوماسي². ويتبين من خلال هذين التعريفين، أن السياسة الخارجية هي الإطار الذي تربط من خلاله الدولة علاقات مع العالم الخارجي ويكون هدفها الأساسي هو الحفاظ على المصلحة الوطنية للبلد. وهي لذلك انعكاس لحصيلة معطيات وتراكمات تاريخية، بشرية، جغرافية، ثقافية... تؤكد هوية مختلف الوحدات السياسية وترسم مبادئها في علاقاتها بغيرها من الوحدات. لهذا فلا يمكن لأمة مهما كانت التحديات، أن تتجاهل واقع هذه التراكمات وهي بصدد بناء مستقبلها، وإلا تكون قد تخلت عن عمقها الإستراتيجي وزادها المادي والمنعوي، الذي يضمن لها البقاء والنمو³. كل هذا وربما أكثر، ستصطدم به أية دراسة، وهي تعالج السياسة الخارجية لبلد كالمغرب، ضارب في أعماق التاريخ وذاخر "بفسيفساء" من التنوع والغنى الطبيعي والبشري والإنثي... فما هي إذن محددات هذه السياسة؟ وما هي مبادئها؟.

الفقرة الأولى: محددات السياسة الخارجية المغربية

ثمة ثلاثة محددات تحكم السياسة الخارجية لكل دولة، تبعاً لانتماؤها الثقافية والجغرافية وروابطها التاريخية. وهي المحدد الثقافي والتاريخي، والمحدد الجغرافي، ثم المحدد السياسي. وإذا كان أنصار الجغرافيا السياسية يرون في العامل الجغرافي أهم عامل في صنع قوة الدولة، وتحديد نوعية علاقاتها مع العالم الخارجي. فإن أنصار المنهج التاريخي في دراسة العلاقات الدولية انطلاقاً من التاريخ الدبلوماسي، يؤكدون على أهمية هذا الأخير في تحديد طبيعة ونوع العلاقات التي تنسجها الدول فيما بينها⁴. أولاً: المحدد الثقافي والتاريخي

يمثل الاهتمام بالعلاقة بين الحضارات، تجسداً واضحاً لبروز الاهتمام أو تجدهد بالبعد الثقافي الحضاري، باعتباره مجالاً تتجسد على صعيده صراعات جديدة للقوى، واختباراً لتوازنات القوى، نظراً لأن دور العوامل الاجتماعية والثقافية قد برز، أو تتجدد بروزه، في الساحة الدولية لا سيما مع تصاعد نظريات صدام الحضارات مقارنة بالعوامل التقليدية السياسية- الإستراتيجية، وهي العوامل التي حازت الأولوية حتى تنازعتها الصدارة منذ بداية السبعينات العوامل السياسية والاقتصادية⁵. إن الحديث عن العامل الثقافي ومكونات الهوية المغربية، كجانب أساسي لرصد تفاعلات المغرب كطرف فاعل في المحيط العربي، يطرح في المقام الأول الثقل التاريخي للدولة- الأمة المغربية، وإرثها الحضاري والروحي والثقافي، ومناخها الذاتية الوطنية بالمحافظة على مقوماتها المتجددة، وإغنائها عبر قرون، وذلك في تلاقح بين مختلف مكوناتها داخل فضاء جغرافي لبلد متميز.

لنتناول الهوية المغربية لا بد من التحدث عن عناصر أربعة:

1- البيئة:

ولا تعني هنا بعدها المكاني، الذي يقابل التاريخ المشكل للبعد الزمني بالنسبة لأي مجتمع. إن المقصود بها مجموعة من العناصر الطبيعية والبشرية ليست لها أهمية في حد ذاتها، ولكن هي مهمة بتعددتها وتنوعها، وبما تفرزه من أوضاع اقتصادية ونظم اجتماعية وأنماط سلوكية⁶. وبما يترتب عن ذلك كله من ذهنية محددة، وفي هذا الإطار فإن الذهنية المغربية تتمثل في بعض السمات التي يمكن حصرها في النقاط الآتية:

- الميل إلى الاستقرار؛
- قوة الإحساس بالذات، مع القدرة على التفتح، في وعي بضرورة الترابط والتكامل والعمل مع الآخر والانضمام إليه، والاجتماع معه والتعاون؛
- حب الحرية ورفض الخضوع والاستسلام لأي قوة مهما كانت في قدرة فائقة على الصبر والتحمل؛
- مواجهة الأشياء والتعامل معها بروح عملية، وبواقعية واستعداد للبحث والحسم؛
- النزوع إلى الاعتدال والتوسط في كل شيء⁷.

2- الدين:

والمتمثل في الإسلام الذي ساهم في التكوين المجتمعي للمغاربة وأكسبهم مدركات جماعية، حددت خصوصيتهم وأعطتهم مكانة مرموقة ضمن الأمم المجتمعية الأخرى، على حد ما يكشف التاريخ، ولا سيما حين يقارن بين مرحلته الإسلامية وما سبقها من مراحل، ويكفي هنا الإشارة إلى أن الإسلام هدى المغاربة بمبادئه، ووحدهم في ظل تعاليمه، ولم يكتفوا بأن اتخذوه عقيدة والتزموا به قانوناً في عباداتهم ومعاملاتهم فحسب، ولكنهم تعلقوا به نبراساً يهتدون به في كل شيء. ومنذ أن دخل المغاربة في الإسلام، استطاع هذا الأخير إصباغ مضمونه الثقافي والسياسي على الدولة المغربية⁸، بدءاً من الإدارة وصولاً إلى العلويين، فانعكس ذلك على السياسة الخارجية برمتها. حيث أضحت تركز على نهج ممارسة تستبعد وسائل العنف، وتفضل أساليب الحوار والتشاور في العلاقات الدولية⁹. إذن فالإسلام كمكون

¹ محمود عوض، السياسة الخارجية الأردنية: في النظرية والتطبيق، (عمان)، 1999، ط1، ص 23.

² ZORGBIBE CHARLE : LES RELATIONS INTERNATIONALES ; EDITION PUF 1975 : P53

³ Marcel merle. La politique étrangère. Puf, paris, 1984, p113.

⁴ نادية محمود مصطفى، "ماهي العلاقات الدولية" موقع اسلام أولان: 2009/03/01

www.islamonline.net/of arabic/dawalia/ mafaheem-aug-2000/mafaheem-2-asp

⁵ نادية محمود مصطفى، دور الحضارات، على ضوء العلاقات الدولية الراهنة 2/1 موقع المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية على الانترنت

. www.taghrib.org/arabic/nashat/elmia/markaz/nashatat/elmia/mattboat/resalataaghrhib/31/index.htm.

⁶ عباس الجرازي: الثقافة من الهوية إلى الحوار، منشورات النادي الجرازي، العدد 3، 1993، ط1، ص 13.

⁷ عباس الجرازي، مرجع سابق، ص 14.

⁸ الحاج محمد غومريس، السياسة الخارجية المغربي مقارنة باستمولوجية وتجريبية، (الرباط)، دار القلم، ط1، 2001، ص 20.

⁹ الحسان بوقنتطار، السياسة العربية للمملكة المغربية، باريس، مركز الدراسات العربي الأوروبي، الطبعة الأولى، 1997، ص 31.

حضاري، هو الذي هذب السياسة الخارجية المغربية وقواها وربطها تاريخياً بالشرق، وأكسب هذه السياسة خصائصها الراهنة.¹ وذلك لأن الإسلام دين ومعاملة، إذ يشكل الهوية السياسية للمملكة المغربية، ويعتبر الدين الرسمي للدولة، فإنه مكن المغرب من التعايش مع مختلف الحضارات والأمم إيماناً منه بأحقية وجود الآخر. العنصر الأخير في مكونات الهوية هي اللغة وأقصد بها العربية الفصحى، مع كل ما يغنها من روافد اللهجات المحلية، التي تداخلها وتحيط بها واللغة في المغرب شأنها كشأن غيرها في أي مجتمع.

لقد سادت اللغة العربية كأداة للحكم والثقافة والحضارة. و يرجع البعض ذلك لكون هذه اللغة لم تقتدر في ذهنية المغاربة بفكرة إمبريالية أو استعمارية وإنما فرضت نفسها أولاً كلغة دينية ثم كلغة للتنظيم والإدارة.² وهذا المعطى يفسر، كيف أن علاقة "الإسلام/المغرب" لا يمكن أن تهم إلا في إطار علاقة ثابتة، وهي علاقة عربية/إسلام. ما دام أن الإسلام مفصولاً عن العروبة يفقد كل دلالاته. ويرجع البعض هذا التلازم واستمراره وترسخه إلى أسباب سوسيولوجية للكيان المغربي الذي يتميز بكونه على خلاف الأقطار المغربية الأخرى، لم يشهد وجود أقليات دينية غير إسلامية تطرح عليه مسألة الهوية الذاتية خارج إطار المعتقد السائد.³ لذلك لم يشهد انفصلاً بين العروبة والإسلام فيه، ولا يوجد في تاريخ المغرب ما يوحي بوجود تناقض بينهما.⁴ وعلى صعيد آخر، فقد مكن الإسلام المغاربة من بناء دولة ارتكزت على أساس ديني رسخت وجودها على أساس الإسلام السني، ثم تخصيبه وتلقيحه عبر إقرار المالكية كمذهب وحيد للمغاربة،⁵ فهو بذلك يلائم أهل المغرب الذين يميلون إلى البساطة والوضوح، ويفرون من النظريات المتطرفة والتأويلات البعيدة المتكلفة وينوع من المرونة فيما يتعلق بالمسائل التي تهم الصالح العام أو مصلحة الأمة.⁶ فهو صارم في بعض الأشياء، ولكنه في الواقع بسيط ومتسامح مما أسبغ عليه رداء الاعتدال وهي خاصية وسمت ومازالت السياسة الخارجية المغربية برمتها، والتي تفضل نهج ممارسة تركز على استبعاد وسائل العنف وتفضيل أساليب الحوار والتشاور في العلاقات الدولية.⁷

وإن الاختلاف المذهبي والثقافي عامل يزيد من التقارب والتفاهم بين مختلف الشعوب، ولا مناص من التأكيد على أن تاريخ المغرب الحضاري إبان الجوار العثماني له، يكشف مدى احترام المغرب لحسن الجوار والإيمان العميق بأهمية الاستفادة من التجارب الحضارية لمختلف الأمم، ومهما اختلف معها في التوجهات والرؤى السياسية. لذلك نجد أن المغرب قد وظف مجموعة من المحددات الحضارية، المتمثلة في خطاب الهوية والذي يعد خطاً ينحو نحو إبراز الخصوصية وإظهار الوعي الذاتي، يتحرك بموجب ميكانيزمات الدفاع عن الذات دون المغالاة والتضخيم في الحديث عنها، وإثبات عمقها التاريخي وأصالتها، والبرهنة على تماسكها واستمرارها في الحضور الحي والفعال. وفي هذا الصدد فإن للمغرب شخصية بارزة منذ أقدم العصور. عملت على تقويتها وصيانتها جميع الدول التي تعاقبت على حكم المغرب، حيث يتحدث علال الفاسي عن هذه الهوية بمسميات عديدة ثارة يدعوها الأمة المغربية، وأخرى يلقها بالقومية المغربية، وثالثة يتحدث بمناسبتها عن الروح المغربية⁸، لكن إذا ما تساءلنا الآن عن مضمون هذه الهوية فإننا نجدته يتحرك بين رفض الانغلاق على الذات، باسم الخصوصية المميزة وبين رفض الذوبان والانصهار الكلي في المجموع الذي تعلن عن انتمائها إليه⁹. وهذا ما وضعه علال الفاسي في تقريره إلى جامعة الدول العربية، بأن تحرير المغرب يرتبط ارتباطاً علة بالمعلول، وبالعامل على تحرير الوطن العربي الشامل الذي يمر بالضرورة بتدعيم سبل وأفاق العمل العربي الموحد، انطلاقاً من المغرب العربي ولكنها تؤكد، بنفس القوة التي تعبر بها عن "عروبتها" وعياً بتمايز الهوية المغربية داخل الوطن العربي الواحد. وإن أتى ذلك في صورة تعبير عن عدم الاقتناع بالدور الثانوي أو الهامشي ضمن المجموعة.¹⁰ كما أكد على أن المغرب بالرغم من ارتضائه الإسلام ديناً والعربية لغةً ظل دائماً معتزلاً بوجوده الخاص، ناشداً مكانة تحت شمس العروبة، غير راضٍ أن يكون في مؤخرة القافلة العربية، أو بعيداً عن مركز القيادة منها.¹¹ إن درس التاريخ يكشف إذن عن المحتوى العروبي للهوية المغربية، في الوقت الذي يؤكد فيه خصوصيتها المميزة، بحكم انتمائها للغوي إلى الوطن العربي، وبحكم انتماء المغرب الديني إلى العالم الإسلامي، وهكذا فالمغرب يجد في تاريخ المشرق نسمة يستمد منها القوة والشجاعة. وقد برز ذلك جلياً في مناسبات متعددة تهم القضايا المباشرة للمغرب كما هو الأمر بالنسبة لاستكمال وحدته الإقليمية. حيث تبني في الأصل الأساليب القانونية والسلمية تركز على شرعيته على هذه الأقاليم. أو فيما يخص الصراع العربي الإسرائيلي، حيث أن المغرب لم يخف تفضيله لأسلوب التفاوض، كما أشار إلى ذلك العاهل المغربي في كتابه ذاكرة ملك.¹² إضافة إلى أن التيار الوطني المغربي خلال فترة الحماية الفرنسية قد تشكل على أساس الاستلهام من العروبة والإسلام كخطين ثابتين لم تنفصم عراهما مطلقاً، وقد أدرك المستعمر حقيقة ذلك من خلال رد الفعل إزاء ما سعي بالظهير البربري، فالوتر الحساس الذي مسه هذا الظهير الصادر في 16 ماي 1930 يكمن في محاولة النيل من روح الشعب المغربي، والتي هي الإسلام.¹³ وذلك من خلال قراره تطبيق العرف المحلي بدل الشريعة الإسلامية في القبائل ذات التقاليد البربرية مع توسيع نفوذ المحاكم الفرنسية في المجال الجنائي وفي المناطق البربرية، وطبيعي أن هذا الظهير الذي أريد له أن يكون بداية لربط المغرب بفرنسا كان منطلقاً لميلاد الحركة الوطنية المغربية التي قامت تناضل من أجل استقلال المغرب، في إطار مقومات شخصية، وفي مقدمتها العروبة والإسلام والوحدة الوطنية.¹⁴ لقد تمظهر ارتباط الحركة الوطنية بالعروبة، مع نهاية الحرب العالمية الثانية وتأسيس الجامعة العربية، حيث تحولت القاهرة إلى قبلة لكثير من الشخصيات السياسية والتي التأمّت في إطار مكتب المغرب العربي،¹⁵ أما على الصعيد

¹ الحسن بوقنطار، مرجع سابق، ص 30، انظر: عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي، (الرباط)، دار المعارف.

² محمد زهير، "دور الثقافة في بناء المغرب الكبير"، المستقبل العربي، (لبنان)، عدد 79، شتنبر 1985، ص 48.

³ محمد طريف، التنسيق السياسي المغربي المعاصر، الدار البيضاء، منشورات إفريقيا الشرق، (الدار البيضاء)، 1991، ص 110.

⁴ الحسن بوقنطار، السياسة العربية للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 29.

⁵ عبد الإله بلقزيز، "المغرب العربي والقضايا القومية العربية"، المستقبل العربي، (لبنان)، عدد 102، أكتوبر 1991، ص 10، هذا المذهب الذي أسسه الصحابي الجليل أنس بن مالك يقوم على: "ممارسات أهل المدينة، ومعروف بتشدهد في المسائل الدينية، وخاصة قضايا الأحوال الشخصية فهو متمسك بالسنة ومعارضة البدعة، وتشبه التام بآثار الصحابة واستجماعه أدوات الإمامة كما أنه مذهب عملي يعتد بالواقع ويأخذ بأعراف الناس وعاداتهم.

⁶ الحسن بوقنطار، السياسة العربية للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 29.

⁷ الحسن بوقنطار، مرجع سابق، ص 30.

⁸ السعيد بنسعيد، الهوية الوطنية والوعي القومي العربي، دار توبقال للنشر، ط1، 1986، ص 106.

⁹ السعيد بنسعيد، ص 106.

¹⁰ السعيد بنسعيد، ص 106.

¹¹ السعيد بنسعيد، مرجع سابق، ص 106.

¹² الحسن الثاني، ذاكرة ملك، كتاب الشرق الأوسط، شركة السعودية للأبحاث والنشر، ط2، 1991، ص 75.

¹³ الحسن بوقنطار، مرجع سابق، ص 31.

¹⁴ الحسن بوقنطار، مرجع سابق، ص 31.

¹⁵ الحسن بوقنطار، مرجع سابق، ص 31.

الرسمي فإن الرحلة التاريخية للملك الراحل محمد الخامس إلى طنجة سنة 1947، فكانت إيذاناً لتأكيد بعض المبادئ الأساسية التي ستحكم الدبلوماسية المغربية ما بعد الاستقلال، ومن ذلك انتماء المغرب إلى العالم العربي والإسلامي.¹

وهكذا انتهى المغرب إلى الجامعة العربية سنة 1958، وكان مع المملكة العربية السعودية رائدين في إنشاء منظمة المؤتمر الإسلامي سنة 1969 بالرباط.² إن تجذر الروح العربية في الوجدان المغربي لم تغب عبر الأزمات والتجليات القليلة التي عبر فيها الرأي العام المغربي عن حضوره بشكل فعال، من خلال خروجه إلى الشارع، من أجل التعبير عن تضامنه ومساندته للقضايا العربية. كما تجلى واضحاً من خلال المظاهرات، التي خرجت استنكاراً لهجوم المستوطنين الاسرائيليين على المسجد الحرام. وهناك أيضاً المظاهرة الضخمة التي نظمت بالرباط في 3 فبراير 1991 للتضامن مع الشعب العراقي ومناهضة الوجود الأجنبي في المنطقة.

والخلاصة التي يمكننا الخروج بها، أن الحديث عن الثقافة المغربية هو في الواقع حديث عن أنماط ثقافية متعددة ومتنوعة مؤلفاً نسيجاً ثقافياً موحداً، يميز المغرب عن باقي البلدان سواء من حيث مرجعيتها، أو من حيث تركيبة المجتمع ومكوناته السوسيو-ثقافية. وكما هو الشأن في جميع الثقافات والحضارات التي تنفر من أصل معين وتظل حاملة لخصوصيات معلومة، فإن الثقافة المغربية اتسمت على مر القرون في إطار الهوية الإفريقية العربية والعقيدة الإسلامية بسمات وخصائص متميزة أنشأتها العبقورية المغربية الصرفة. وهذا ما أكدته سابقاً الملك الراحل الحسن الثاني بمناسبة الذكرى 32 لجلوسه على العرش، حيث أعطى مؤشرات واضحة حول الأبعاد الشاسعة للعلاقات الخارجية للمغرب قائلا: "فنحن شعب مسالم يناصر السلام ويسعى لتقوية التفاهم والتعاون بين الأمم والشعوب مهما كانت عقائدها ومذاهبها، ونحن شعب مسلم عربي يعنيه كل ما يعني شعوبها".³ وهو ما تمت ترجمته عملياً عندما تم الإقرار في أول دستور للمملكة بعد الاستقلال وفي الدساتير التي تلتها، والتي نصت على أن المغرب دولة عربية مسلمة.

ويمكن القول أن المغرب حاول على الدوام تعزيز الصورة العربية الإسلامية لسياسته في العالم العربي على الرغم من بعض الصعوبات الراجعة إلى الاختلافات القائمة بين النظام الملكي المغربي والأنظمة الثورية ما بين الخمسينات والسبعينات، حيث كان المغرب متخوفاً من المد القومي الكاسح للمنطقة آنذاك، وهو ما طبع التفاعل المغربي العربي بنوع من الحضور الجذر، وهو ما سوف يتحول إلى انخراط تدريجي في المحيط العربي. ثم حضور فاعل ومتوازن من خلال احتضان المغرب للعديد من القمم العربية الإسلامية، من أجل العمل على إيجاد المناخ الكفيل بتسوية الأزمات والقضايا العربية.

إن العامل الثقافي وعامل الهوية، ظلاً دائماً حاضرين كعنصرين محددين لتوجهات السياسة الخارجية للمغرب. وهذا ما تجسد فعلياً على أرض الواقع، حيث أن الروابط التاريخية المتعددة والانتماءات المتنوعة للمغرب، أثرت بشكل كبير على سياسته الخارجية. فالمغرب أولاً وقبل كل شيء بلد عربي إسلامي، وتبعاً لذلك، يجد نفسه ملزماً بالدفاع عن القضايا العربية والإسلامية، وفي مقدمتها القضية الفلسطينية قضية العرب الأولى. كما تفرض عليه مسؤوليته التاريخية والثقافية تجاه الدول العربية والإسلامية، ضرورة الالتزام الكامل بالتضامن العربي. واحترام كافة تعهداته القومية في العناية بمختلف مشاكل أشقائه العرب وتجاوباً مع همومهم. وما يرمي له من مصالحه والتنام وتعاون في تجاوز لسلبات الواقع ونظر بعيد إلى المستقبل.⁴

ثانياً: المحدد السياسي:

اطلعت الدولة المغربية منذ دولة الأدارسة، والتي كان نفوذها يمتد جنوباً إلى نهر السنغال، وشمالاً إلى الأندلس، وشرقاً إلى الجزائر "بني مزغنة"، بأدوار حاسمة. حيث بلغ هذا الدور أوجه بمجيء الدولة الموحدية. والتي توحدت المنطقة في عهدها ولأول مرة، وامتد نفوذ الدولة المغربية من المحيط الأطلسي إلى طرابلس.⁵ مما سمح للمغرب الظهور بصفة بارزة على الساحة الإفريقية والأوروبية في عهد الدولة المرابطية. والذي سيتسع في عهد الدولة الموحدية ليشمل أثار تحركات الدولة الموحدية بالمشرق وأوروبا وإفريقيا. وتتميزت مختلف التعاملات الدولية للدولة المغربية بالندية، مستفيدة في ذلك من الوضعية الجغرافية الواقعة في أقصى العالم العربي الإسلامي. وهو ما حال دون سقوط المغرب في القرن 16 على خلاف كل من الجزائر وتونس وليبيا في يد السيطرة العثمانية، حيث كانت الدولة المغربية محكومة من طرف سلاطين ذوي نزعة استقلالية منذ البداية. ولا تقبل الخضوع أو الوقوع تحت وصاية أي طرف كان ومهما كانت القوة أو الشرعية التي يتمتع بها. وهو ما سيتعزز منذ النصف الثاني من القرن السابع عشر من طرف الدولة العلوية التي حافظت سلطتها على دولة مغربية قوية مهابة الجانب. ذات نشاط دبلوماسي مكثف مع الخارج. وهو ما سيزر إبان حقبة السلطان سيدي محمد بن عبد الله في النصف الثاني من القرن الثامن عشر الذي تميز بربط المغرب لعلاقات اقتصادية مع عديد من الدول الأوروبية مثل إنجلترا 1773، وسويسرا 1763، البندقية 1765، وفرنسا 1767، وإسبانيا 1767، والبرتغال 1773، والولايات المتحدة الأمريكية 1786.⁶ وبفعل المتغيرات المهمة التي عرفتها العلاقات الدولية عند بداية القرن العشرين. والتي تميزت ب بروز مجموعة من القوى الأوروبية ذات النزعة الامبريالية التوسعية، التي استغلت مرحلة الضعف الداخلي التي كانت تمر بها الدولة المغربية، جراء تكاثف مجموعة من العوامل (الجفاف، الطاعون، الصراع على السلطة أو مع السلطة المركزية من طرف بعض أعيان المناطق)، يضاف إلى كل هذا، الأطماع الخارجية التي حاولت من خلالها القوى الامبريالية تعزيز تواجدها بالمغرب، عبر احتلال سواحله والاستفادة من موقعه الاستراتيجي. وهكذا وجد المغرب نفسه أمام كتلة من الدول، كل يريد أن يكون له فضل السبق في الانقضاض على المملكة. لتكون الدبلوماسية المغربية أمام أحد الطريقين، إما الانسحاق وراء مغامرات انتحارية وإما أن تسبق الأحداث لترتب باتفاقيات مكتوبة مع الدول الأوروبية.⁷ لينتهي الأمر بعقد فرنسا اتفاقاً مع إسبانيا مضموناً اقتسام النفوذ على التراب المغربي وفرض الحماية عام 1912، ليجد المغرب نفسه مجزأ إلى عدة مناطق ينبغي التفاوض حولها، وهو ما سيؤثر على مسار استكمال الوحدة الترابية للدولة المغربية. وما سيشغل الجواز الدبلوماسي، وسيؤثر على علاقاته الخارجية مع باقي الدول. لكن في منتصف القرن العشرين وفي سنة 1956، اعترفت فرنسا وإسبانيا باستقلال المغرب ووحدة ترابه، واستعاد المغرب سيادته على سياسته الخارجية، وانطلقت دبلوماسيته بتأسيس وزارة الخارجية. وأخذ المغرب يمارس بها سياسة تدير علاقاته مع الخارج

¹ جلالة السلطان يخاطب شعبه الوفي من طنجة، 10 أبريل 1947. موقع الانترنت

<http://doc.abhatoo.net.ma/spip.php?article481>

² hassanII. la mémoire d'un roi entretien avec eric Laurent. édition pilon, paris, 1993, p42.

³ Rachid elhodiguie . la politique étrangère sous le règne de Hassan II. P31.

⁴ مولاي بوبكر حمداني، الدبلوماسية المغربية في الخطب الملكية من 1999 إلى 2002، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، (الرباط) 2002-2003، ص 71.

⁵ الأخرج عبد القادر، السياسة المغربية في المحيط المغاربي 1956-1994، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق أكادال، (الرباط)، 1994-1995، ص 6.

⁶ ميغيل هيرناندو دي لارامندي، "السياسة الخارجية للمغرب"، ترجمة عبد العالي بروكي، (الرباط)، منشورات الزمن، 2005، ص 16.

⁷ عبد الهادي التازي، تاريخ العلاقات الدولية للمملكة المغربية، ص 118.

بدءاً من يوم 16 أبريل من السنة المذكورة. وكان هذا التأسيس يرمز إلى دخول المغرب في عهد نهاية الحماية التي كان فيها المقيم العام لفرنسا هو وزير خارجية المغرب، وإلى الاضطلاع بممارسة الدبلوماسية باستقلال كامل عن دولتي الحماية السابقتين "فرنسا وإسبانيا".¹

يعتبر اتخاذ القرار من أهم العمليات التي تميز صنع السياسة الخارجية، ويرجع ذلك لعدة أسباب منها مركزية عملية القرار بالنسبة لمسار السياسة الخارجية.² ودور باقي القوى الفاعلة في النظام السياسي، حيث تشكل مطالبها مدخلات بالنسبة لهذا النظام. وهو ما يقتضي دراسة دور صانع القرار في السياسة الخارجية المغربية، ومعرفة مكانة الرأي العام منها.

1- مكانة المؤسسة الملكية في السياسة الخارجية المغرب

يحتل الملك أو رئيس الدولة مركز الصدارة في صناعة القرار، حيث يمثل شخص الملك الوحدة القرارية الأساسية في صناعة القرار الخارجي.³ وهي خصوصية تتميز بها جميع الأنظمة السياسية سواء كانت تسلطية أو ديمقراطية، إلا أن بلدان الجنوب تنفرد بخصوصية مفادها مدى تمركز رئيس الدولة في قمة الهرم السياسي. ويتجلى خاصة في المجال الدبلوماسي الذي لا يسمح بالتعدد في التعبير عن السياسة الخارجية حتى بين المنظمات الرسمية.⁴ بخلاف ما هو سائد في النظام الديمقراطي الذي يتيح لفاعلين آخرين المشاركة في قضايا السياسة الخارجية، وبما أن الأقطار العربية هي من الدول النامية يكون فيها الفاعل "الفرد" هو المهيمن على صناعة القرار الخارجي، إذ لا يسمح بأية مشاركة حقيقية من جانب المجتمع. ويعود السبب في ذلك إلى البيئة الثقافية والمكونات الشخصية لصانع القرار، حيث يقول "ريتشارد سنايدر" في ذلك: "إننا نحدد الدولة بأشخاص صانعي قراراتها".⁵

في المغرب تعتبر المؤسسة الملكية هي المؤسسة المحورية القائمة على صناعة القرار الخارجي بحكم وجودها في أعلى هرم السلطة، والتي من خلالها تستمد كل السلطات وفي إطارها تتحرك كل الأجهزة.⁶

على غرار الدساتير السابقة للمملكة حدد دستور 2011 سلطات الملك في مجال العلاقات الدولية مكرساً دوره المحوري في هذا المجال، مدعماً حضوره الاستراتيجي في مختلف المجالات التي تهم القضايا الحيوية والمصيرية للدولة، وتحديد خياراتها الأساسية جاعلاً منه الفاعل الاستراتيجي في السياسة الخارجية مبادرة وتمثيلاً وتفعيلاً باعتباره أمير للمؤمنين طبقاً للفصل 41 من دستور 2011.⁷ وهو بهذا الصفة لا يخضع لأي مراقبة سياسية أو قضائية ويمارس نفس الدور الذي كان يمارسه السلطان تاريخياً في النظام السياسي المغربي على الصعيد الديني والدينيوي.⁸

إن دستور 2011 جاء نصوصه مكرسة لسيطرة المؤسسة الملكية على مجال إعداد وتنفيذ السياسة العامة ومنها السياسة الخارجية، فالملك في كل الدساتير المغربية السابقة والدستور الحالي "حاكم يحكم"، والاختصاصات المعهود بها إلى السلطات الوزارية هي سلطات ممنوحة على أساس التفويض، ولا تهم إلا جانباً يسيراً في مجال السياسة الخارجية التي تظل حكراً على الملك.⁹

إن النظام السياسي المغربي جعل من الملك المتفرد السامي في ميدان السياسة الخارجية، فهو المسؤول في تسييرها، الدبلوماسي والاستراتيجي في توجهاتها، إذ باعتباره رئيساً للدولة والقائد الأعلى للقوات المسلحة والمشرع الأول. لذلك نلاحظ بأن السلطة التنفيذية تستأثر بممارسة الاختصاصات الدولية في جميع النظم الدستورية مع الإقرار ببعض الاختصاصات ذات الطابع الدبلوماسي للسلطة التشريعية، وعلى هذا الأساس، فإن قراءة الدستور المغربي الجديد تبين بأنه لم يطرأ عليه أي جديد على توزيع السلطات في مجال العلاقات الدولية، نتيجة لاستئثار السلطة الملكية بممارسة الاختصاصات والسلطات الدبلوماسية.¹⁰

إن الفقرة الأولى من المادة 55 من دستور 2011 قد حافظت على مقتضيات الفصل 31 من دستور 1996 التي تنص على "يعتمد الملك السفراء لدى الدول الأجنبية والمنظمات الدولية، ولديه يعتمد السفراء

وممثلو المنظمات الدولية" هذه الفقرة تعد مثلاً صريحاً على تبوء الملك مكانة متميزة في صنع وتنفيذ السياسة الخارجية، فهو الذي يعتمد السفراء لدى الدول والمنظمات الدولية، وهو الذي يتسلم أوراق السفراء الأجانب وممثلو المنظمات الدولية، بالرغم من أن منطوق الفصل 49 من دستور 2011 يؤكد على أن المجلس الوزاري يتداول في التعيين باقتراح من رئيس الحكومة وبمبادرة من الوزير المعني في الوظائف المدنية (والتي تندرج فيها وظيفة السفير) إلا أن ترأس الملك للمجلس الوزاري يعني أن جلالته من يستأثر بتحديد الاختيارات الاستراتيجية، وله فقط يعود القرار النهائي في تدبير قضايا السياسة الخارجية التي تكون محل مداولة في المجلس الوزاري.¹¹ كما أن مصطلح يتداول الوارد في المادة 49 "المجلس الوزاري يتداول..." يفيد تبادل الآراء حول أمر محدد وهو مصطلح له صفة تشاورية لا تفترض التعبير عن رأي مخالف لذلك الذي يعرب عنه جلالة الملك - وربما اقتراحية ولكن ليس له صفة تقريرية.¹² إذا كان دستور 1996، وفقاً للفصل 31 منه قيد تصديق الملك على المعاهدات التي ترتب تكاليف تلزم مالية الدولة إلا بعد الموافقة عليها بقانون¹³، فالفصل 31 من الدستور السابق ميز بين ثلاث أنواع من التصديق على المعاهدات التي يقوم بها الملك :

1. المعاهدات التي تلزم مالية الدولة ولا تتعارض مع الدستور، فهذه المعاهدات يصادق عليها الملك مباشرة، وتصبح نافذة دولياً وفي النظام المغربي بمجرد استكمال إجراءات التصديق.

¹ عبد الهادي بوطالب، "دبلوماسية المغرب في القرن الواحد والعشرين: دبلوماسية مغربية متطورة ومتحركة ومناضلة" درس افتتاحي للموسم الجامعي 2004/2003 التي بكلية الحقوق – سلا يوم 6 يناير 2004.

² محمد سيد سليم، مرجع سابق، ص 473.

³ محمد عوض الهزيمة، مرجع سابق، ص 17.

⁴ محمد سيد سليم، مرجع سابق، ص 235.

⁵ سعد الدين إبراهيم: "خلاصة أعمال ندوة صنع القرار في الوطن العربي" منشور في كتاب كيف يصنع القرار في الوطن العربي، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، (بيروت)، أكتوبر 1985، ص 19.

⁶ Préface de Edmond Jouve. L. Harmattan. Histoire et perspectives méditerranéennes Paris p 28

⁷ الفصل 41 من الدستور 2011 الملك أمير المؤمنين و حامي حى الملة و الدين، و الضامن لحرية ممارسة الشؤون الدينية.

⁸ نوال بهدين "الفاعلون في رسم معالم السياسة الخارجية المغربية وفق الدستور الجديد" المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية-العدد المزدوج 109-110- السنة 2013 ص 84.

⁹ سعيد الصديقي "المؤسسة الملكية و السياسة الخارجية، قراءة في مفهوم "المجال المحفوظ" و مسارات التنفيذ" مجلة الدولية، العدد الثالث، 2007، ص 101.

¹⁰ عبد الواحد الناصر، "التطبيقات المغربية لقانون العلاقات الدولية". منشورات الزمن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، (المغرب)، يوليو 2004، ص 32.

¹¹ نوال بهدين "الفاعلون في رسم معالم السياسة الخارجية المغربية وفق الدستور الجديد" المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية-العدد المزدوج 109-110- السنة 2013 ص 85.

¹² نوال بهدين "الفاعلون في رسم معالم السياسة الخارجية المغربية وفق الدستور الجديد" مرجع سابق، ص 85.

¹³ مصطفى منار "الدبلوماسية البرلمانية و الإصلاح الدستوري" مجلة الاقتصاد و المجتمع، مطبعة الفضيلة، العدد 12، الطبعة الأولى، يناير 2013، الرباط، ص 33.

2. المعاهدات التي تلزم مالية الدولة، فهذه المعاهدات تصبح جزءاً من النظام القانوني في المملكة المغربية حالة تحقق شرطين: أولهما: أن يوافق عليها بقانون، وثانيهما: أن يصادق عليها الملك.

3. المعاهدات التي يمكن أن تكون غير متفقة مع نصوص الدستور، فهذه المعاهدات تصبح ملزمة للمغرب إذا توفرت ثلاثة شروط: 1. أن يصدر ظهير يعرضها على الشعب قصد الاستفتاء (الفصل 105 من دستور 1996). 2. أن تتم الموافقة عليها طبقاً للمسطرة المتعلقة بمراجعة الدستور وهي إجراء استفتاء شعبي. 3. أن لا تمس المعاهدات بالنظام الملكي للدولة المغربية أو بالنصوص المتعلقة بالدين الإسلامي فمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 31 من دستور 1996، تدل بكل وضوح على أن إجراء التصديق هو من اختصاص الملك باعتبار أن رئيس الدولة هو المختص بتمثيل الدولة على الصعيد الخارجي وإبرام المعاهدات الدولية. أما البرلمان فإن اختصاصه في هذا الميدان مرهون بتحقيق شرط معين يتمثل في أن يكون الاتفاق ملزماً مالية الدولة، إذا كان الدستور المغربي من خلال الفصل 31، قد منح لمجلس النواب إمكانية الموافقة من حيث المبدأ على المعاهدات لكنه حصر هذه الإمكانية في المعاهدات الملزمة مالية الدولة، وهنا نسجل محدودية الترخيص لمجلس النواب في مجال إقرارات المعاهدات الدولية، والتوقيع على المعاهدات الدولية للمغرب يمكن أن يقوم به أشخاص يتلقون تفويضاً بذلك، كالوزير الأول والسلطات الإدارية الأخرى وخاصة وزير الخارجية، كما يمكن لهذا الأخير أن يمنح وثائق التفويض لمن يعهد إليه بالتوقيع على المعاهدات. فالتوقيع على المعاهدات يمكن أن يكون محلاً للتفويض على عكس التصديق، لأن التفويض في هذه الحالة الأخيرة يعني تنازل الملك عن سلطه أناطه بها الدستور لوحده، ولذلك لا يمكن تصور إجراء المصادقة على المعاهدات تمارسه سلطة أخرى غير الملك، ومن ثم فإن الجزء الكبير من الممارسة التعاقدية يظل بيد الملك¹. فقد يظهر أن الدستور الجديد وفقاً لمقتضيات الفقرة 2 من المادة 55 منه قد وسع من نطاق هذه القيود، لتشمل كذلك معاهدات السلم أو الاتحاد، أو تلك التي ترسم الحدود، أو معاهدات التجارة، أو تلك التي يستلزم تطبيقها اتخاذ تدابير تشريعية أو تلك التي تمس حقوق وحريات المواطنين والمواطنات والخاصة حيث لا يمكن للملك المصادقة عليها إلا بعد موافقة البرلمان عليها بقانون².

لقد ظل توجه السياسة الخارجية المغربية تابعاً وبشكل دقيق لرؤية الملك الراحل للعالم ولأحداثه، فهو الذي كان يسير هذا الاتجاه نظراً لامتلاكه لكل العناصر التي سمحت له باتخاذ القرارات اللازمة في الخارجية³. أما بالنسبة لشخصية الحسن الثاني، الذي راكم تجربة سياسية طويلة وخبرة واسعة بالواقع الدولي في أبعاده المختلفة، وإدراك واقعي ومعتدل لميكانيزماته والقوى المتحركة فيه، والاضطلاع بمسؤوليات متعددة في النظام العربي والإسلامي متشعباً في ذلك بالاعتدال، وهي خاصية ميزت السياسة الخارجية المغربية برمتها، من خلال نهج سلوك يرتكز على استبعاد وسائل العنف وتفضيل أساليب الحوار والتشاور في العلاقات الدولية⁴. إن أقل ما يمكن تعريف الراحل الحسن الثاني ما كتبه المجلة الشهرية *dialogue international* المختصة بإفريقيا والعالم العربي الصادرة في باريس "الحسن الثاني رجل دولة استراتيجي، طالما أنه يشرف على تحديد إستراتيجية الأمة المغربية إزاء المحيط الدولي". إن المغرب عبر إرادة الملك بلا شك هو من البلدان القليلة من دول العالم الثالث، ومن بين الدول الإفريقية التي لها إستراتيجية التنمية الطويلة الأمد سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي⁵، هي الأكثر تميزاً ووضوحاً، حيث كان يشغل الرئيس الأول لاتحاد المغرب العربي ولجنة القدس ويتولى رئاسة مؤتمرات القمة العربية والإسلامية المنعقدة بالمغرب بمبادرة منه⁶ وتتجلى أهمية العنصر الشخصي في الدور الذي يمارسه الملك ضمن محور الاهتمامات العربية والدولية، حيث كان له من الحس السياسي المثمر ما يسمح له بدعم الصف العربي، ويقدم الدعم الكامل والغير المشروط للفلسطينيين، فجميع مؤتمرات القمة التي خصصت للاعتراف بمنظمة التحرير الفلسطينية كان قد احتضنها المغرب وهي كالتالي:

- مؤتمر الرباط 1974، التي اعترفت بمنظمة التحرير الفلسطينية كممثل شرعي ووحيد للشعب الفلسطيني.
- قمة الدار البيضاء لسنة 1989، والتي سجل خلالها دعم الدول العربية المطلق لدبلوماسية منظمة التحرير الفلسطينية والقائمة على أساس قرارات منظمة الأمم المتحدة 242-338، فتح الطريق كذلك أمام اتفاق القاهرة الذي أعاد غزة وأريحا لفلسطين سنة 1994.
- رئاسة القمة الإسلامية السابعة بالدار البيضاء سنة 1994.
- احتضانه لمؤتمر الاقتصادي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا سنة 1996.

إن ميزة الاعتدال والمفاوض المقبول اللتان ميزتا شخصية العاهل المغربي وكذا سياسته العقلانية، جعلته يقود اللجنة المكلفة بانضمام العالم العربي والإسلامي إلى قاطرة السلام، وخاصة إذا علمنا علاقته المتميزة باليهود المغاربة الذين يعتبرون رعايا جلالة الملك حيث يرتبطون معه برابطة البينة. إن تصور محمد السادس للسياسة الخارجية عرف هو الآخر تغيراً ملحوظاً، وهو ما ترتب عليه الإسراع في عملية تحديث الدبلوماسية المغربية الذي أضى يشكل تحدياً حقيقياً، ويحتاج إلى بلورة تصور متكامل يأخذ في الحسبان التحولات الكبرى التي ما فتئت تعرفها الدبلوماسية الحديثة من منظور كونها علماً وفناً ومهنة⁷. لهذا فإن إعادة بناء تصورات بديلة لعمل دبلوماسي أكثر ديناميكية وفاعلية، يعتبر اليوم من أولويات صانع القرار المغربي. ولعل تركيز الخطابات الملكية في السنوات الأخيرة حول الدبلوماسية والتكوين الدبلوماسي بات يشكل مدخلاً مهماً لفهم سياسة خارجية مغربية فاعلة ومؤثرة مفتوحة على فاعلين آخرين⁸. مما يفسر أن المنظور الملكي للسياسة الخارجية يندرج في إطار ما يراه الأستاذ الحسان بوقنطار أن الملك محمد السادس يبدو أكثر اقتناعاً بضرورة العمل في إطار جماعي على خلاف الملك الراحل الحسن الثاني الذي كان أكثر تشبهاً بممارسة فردية⁹.

وما يمكن الخروج به، أن الراحل الحسن الثاني كان دائماً محافظاً على انخراطه في التضامن العربي، وهو ما يوضحه بجلاء الرصيد الحافل للدبلوماسية المغربية عربياً وإسلامياً، واليوم على عهد الملك محمد السادس، فإن البعد القومي العربي الإسلامي لا زال من ركائز الدبلوماسية المغربية الحالية، وهو ما يمكن استنتاجه من خلال

¹ عبد الواحد الناصر "التطبيقات المغربية لقانون العلاقات الدولية" مرجع سابق.

² نوال يهدين "الفاعلون في رسم معالم السياسة الخارجية المغربية وفق الدستور الجديد، مرجع سابق.

³ القادة الشباب يرسمون مستقبل العالم العربي، فبراير 2000، www.islam online.net، إلا أن تجديد القيادة المغربية على مستوى فلسفة الحكم وأيضاً تجديد التصور في السياسة الخارجية وهذا له ارتباط بالتحويلات المحلية والدولية المتغيرة، علماً أن ظاهرة تولي الجيل الجديد من الحكام العرب تمثل علامة على مرحلة جديدة في العالم العربي ومؤشراً على حركة التغيير والإصلاح السياسي والاقتصادي.

⁴ نجيب الحجوي، "سمو المؤسسة الملكية بالمغرب: دراسة قانونية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكادال، (الرباط)، 2000-2001، ص 259.

⁵ محمد عصام العروسي، "السياسة الخارجية المغربية إزاء العالم الإسلامي: مرحلة ما بعد نهاية الحرب الباردة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس أكادال - الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية 2006-2007، ص 203.

⁶ عصام العروسي، مرجع سابق، ص 203.

⁷ عادل المساوي، "الدبلوماسية المغربية الحصاد الرهانات الجديدة"، وجهة نظر، 2004-2005، ص 142.

⁸ Hakim el ghissassi. Regard sur le Maroc de Mohammed VI. Michel lafon. 2006.p34.

⁹ الحسان بوقنطار، مرجع سابق، ص 25.

قراءة في خطاب الملك محمد السادس منذ اعتلائه عرش المملكة، حيث يقول الملك: "أن الدبلوماسية المغربية اليوم، يتوجب عليها أن تتحرك في اتجاه تعميق البعد الاستراتيجي للمغرب من أجل أن تجعل منه شريكاً نموذجياً لكل الدول، في سياق شراكة تطوعية وتضامنية مثالية من أجل دعم موقع المغرب كقطب جهوي طلائعي وعامل استقرار وسلام في مناخه المغاربي، والعربي والإسلامي والأوروبي متوسطي..".

2- مكانة الرأي العام في السياسة الخارجية المغربية:

يعتبر الرأي العام أحد الموارد أو الضوابط السياسية التي يتأثر بها النظام السياسي في ميدان السياسة الخارجية، ويتحدد ذلك طبقاً لطبيعة قوة الرأي العام وطبيعة النظام السياسي، ولقد ارتبط الرأي العام، بمجموع الآراء والأحكام السائدة في المجتمع والتي تكتسب صفة الاستقرار.¹ وقد تختلف هذه الآراء في درجة الوضوح والدلالة في أذهان الأفراد، ولكنها تكون صادرة عن اتفاق متبادل بين غالبيتهم رغم اختلافهم في مدى إدراكهم لمفهومها ومدى تحقيقها للمصالح المشتركة التي تهمهم، فالرأي العام هو رأي الأغلبية.² ويمكن القول أن الرأي العام له طبيعة مركبة، بمعنى أن تأثيره يختلف باختلاف النظم السياسية، وقضايا السياسة الخارجية ومدى اتفاق الرأي العام حول تلك القضايا، فتأثير الرأي العام يزداد في النظم السياسية الديمقراطية عنه في النظم السياسية التسلطية، ذلك لأن النظم الديمقراطية تتميز بوجود أجهزة للتعبير عن المصالح والاتصال السياسي يمكن من خلالها أن يؤثر الرأي العام في السياسة الخارجية.³ وهو ما حمل مارسيل ميرل على القول: "... لا أحد يستطيع إنكار وجود الرأي العام، على الأقل في النظام الديمقراطي وأن تقييم تأثيره مسألة حرجة جداً، وخاصة في ميدان السياسة الخارجية وعلى ما يبدو، فإن بعض رجال السياسة كان متأثراً بصعود هذه القوة الجديدة، وبالنسبة لكاتنغ، "فإن الرأي العام هو" قوة رهيبية أكثر من أية قوة أخرى ظهرت حتى الآن في تاريخ الإنسانية".⁴ في حين ذهبت المدرسة الواقعية والتي وضع أساسها في هذا الميدان "ليمانوالموندي" إلى أن الرأي العام ليس عاملاً مؤثراً في السياسة الخارجية ويرجع ذلك لعدة أسباب:

1- لعدم اضطلاعها بالمعلومات والحقائق الأساسية المتعلقة بالسياسة الخارجية.

2- لا يهتم بقضايا السياسة الخارجية، لأن تلك القضايا لا تؤثر مباشرة على توزيع الموارد داخل المجتمع.

3- يتميز اهتمام الرأي العام بالسياسة الخارجية بالتقلب الشديد.

4- اهتمام الرأي العام بالسياسة الداخلية يزيد بكثير عن مدى اهتمامه بالسياسة الخارجية.⁵

وفي دراسة قامت بها مجلة "شؤون مغربية"،⁶ تتوخى معرفة مدى اهتمام النخبة المغربية بالسياسة الخارجية، حيث شمل الاستطلاع حوالي 500 شخص من بين نخبة البلاد، يمثلون بكيفية واسعة حسب تعبیر المجلة المجتمع المدني وقد وقع استجواب الفئات المنتمة إلى المهن الحرة، والأطراف العليا، ورؤساء المفاوالت، وكذا المنتميين إلى التعليم والتكوين والمستولين السياسيين، والنقابيين والمسؤولين عن الجمعيات، وأهل الثقافة والصحافيين وقد شمل الاستطلاع أشخاصاً من الدار البيضاء والرباط وفاس وطنجة ومراكش. وقد اتضح من خلال الأجوبة أن المستجوبين يهتمون كثيراً بالسياسة الخارجية للمغرب ويتراوح الاهتمام بين 100 في المائة بالنسبة للصحافيين وأكثر من 80% بالنسبة لغيرهم، وهناك استثناء بسيط يمثل أهل الثقافة والفن الذين صرحوا بأنهم يهتمون بالسياسة الخارجية ولكن بنسبة 67%، وفي ما يتعلق بسؤال هل تشعر أنك معني بالسياسة الخارجية كانت الإجابة على الشكل الآتي 78% يشعرون بأنهم معنيون كثيراً، و19% معنيون قليلاً و2% لا يشعرون بأنهم معنيون و15% لا يعرفون.⁷

ويستنتج مما سبق، أن الأرقام السابقة تفيد بأن النخبة المغربية تهتم كثيراً بشؤون المغرب الخارجية وبعلاقة المغرب مع المحيط الدولي، ومن جهة أخرى كشف الاستجواب أن هذه العينة المستجوبة من النخبة غير راضية على السياسة الخارجية المغربية، فعن سؤال كيف يتقبلون السياسة الخارجية المغربية، كانت أجوبة المستجوبين على الشكل الآتي 37.8% يؤيدون السياسة الخارجية المغربية دائماً وفي أغلب الأحيان. 52.3% يؤيدونها أحياناً، و2% لا رأي لهم، بمعنى أن 54% لهم مواقف نقدية.⁸ ويفيد الاستطلاع أن العينة المستجوبة تعطي للقضايا ذات البعد الاقتصادي الأولوية في اهتماماتها، في حين جاء في المرتبة الثانية جلب الاستثمارات الخارجية بنسبة 75 أما عن اكتساب أسواق خارجية بنسبة 73.2 علماً أن تحسين صورة المغرب الخارجية شغلت المرتبة الرابعة بنسبة 72.8% نلاحظ من خلال هذه الأرقام أن الاعتبارات التي تقف وراء تحديد النخبة لأهداف السياسة الخارجية هي في الأساس أهداف اقتصادية.⁹ حيث يرون أن السياسة الخارجية يجب أن تكون قبل كل شيء أداة وعاملاً لإنعاش الاقتصاد الوطني. كما شكلت القضايا المتعلقة بالوحدة الترابية أحد الانشغالات الكبرى في نظر المستجوبين بعد الانشغالات الاقتصادية، حيث حصلت المحاور المتعلقة بالدفاع الوطني نسبة 62% واسترجاع سبتة ومليلية 55%. أما في ما يتعلق بسؤال لأي تكتل ينبغي أن يزداد المغرب اقتراباً يلاحظ من خلال أجوبة المستجوبين تأثر النخبة المغربية بالغرب، وخاصة حليفها الكلاسيكي الاتحاد الأوروبي، وهو ما يفسر تطلّعها الانضمام إلى الاتحاد الأوروبي. إن النظم السياسية، وإن اختلفت في نسبة تفاعلها وإيمانها بالجماهير وإعطائها الأهمية في التأثير على قراراتها في السياسة الخارجية، فإنها عموماً لا يمكن أن تتناسى أهمية الرأي العام بما في ذلك النظم الدكتاتورية منها. ولا شك أن تأثير الرأي العام على صانع القرار يتم بوسائل عديدة وتختلف وفقاً لاختلاف نوعية النظام السياسي السائد في الدول، وهو يعبر عن ذاته إما بشكل صريح أو علني من خلال اعتماد الوسائل المتاحة كوسائل الإعلام، والندوات، والمظاهرات والأحزاب السياسية وكافة أشكال التجمعات الأخرى.¹⁰ وهي تعكس في الواقع المشاركة الفعلية والواعية للرأي العام في توجيه ومراقبة السياسة الخارجية وتشكل المسيرات والتظاهرات الجماهيرية وسيلة ضغط قوية وحاسمة في يد الرأي العام. وقد استطاع الرأي العام المغربي بتأطير من بعض المكونات السياسية الفكرية التعبير عن مواقفه تجاه بعض القضايا العربية والإسلامية، ولعل أهم مثال يعبر عن تأثير الرأي العام في الدبلوماسية المغربية تجاه قضايا الوطن العربي بشكل عام والقضية الفلسطينية بشكل خاص، اضطراب السلطة الحاكمة إلى إغلاق مكثي الاتصال الإسرائيلي بالرباط والمغربي بتل أبيب استجابة لمطالب الشارع المغربي الراضل لأي شكل من أشكال التطبيع مع العدو الصهيوني، وتجسد ذلك أساساً في تنظيم

¹ أحمد بدر، الرأي العام طبيعته وتكوينه وقياسه ودوره في السياسة العامة، دار قباء، 1998، ص 63-64.

² أحمد بدر، الرأي العام طبيعته وتكوينه وقياسه ودوره في السياسة العامة، دار قباء، 1998، ص 63-64.

³ محمد سيد سليم، "التحليل العلمي للسياسة الخارجية"، الفكر الاستراتيجي العربي، عدد 40، أبريل 1992، ص 245.

⁴ محمد السيد سليم، مرجع سابق، ص 242.

⁵ محمد سيد سليم، مرجع سابق، ص 242.

⁶ محمد العربي المسارين المغرب ومحيطه، الجزء الأول، مطبعة المناهل، 1998، ص 171.

⁷ مجلة شؤون مغربية، العدد 4، فبراير 1996، ص 23.

⁸ مجلة شؤون مغربية، مرجع سابق، ص 13.

⁹ مجلة شؤون مغربية، مرجع سابق، ص 19.

¹⁰ العربي المساري، مرجع سابق، ص 169.

المسيرات التضامنية في مختلف المدن المغربية ما يقارب من مليوني شخص، فما كان من السلطة الحاكمة إلا استجابة لهذا المطلب الشعبي وهذا تحقق في يوم 23 أكتوبر 2000.¹

وعند استضافة المغرب الاجتماع الرسمي الأول "منتدى المستقبل" في أيام 11 و12 ديسمبر 2004، الذي تناول بصفة أساسية مسألة الإصلاح السياسي والاقتصادي والاجتماعي والتعليمي في منطقة الشرق الأوسط الموسع أو الكبير التي تمتد من المغرب إلى أندونيسيا. أثار هذا المنتدى ردود أفعال وتفاعلات من طرف الرأي العام المغربي، والذي دعا إلى مقاطعة هذه التظاهرة الدولية، ففي يوم 18 نوفمبر 2004 خرج الآلاف من المتظاهرين بالرباط تنديداً بعقد منتدى المستقبل في المغرب، ذلك لأن هذه المبادرة اعتبرت كلها تمهيداً لعودة الإمبريالية والاستعمار الغربي للمنطقة. وبموازاة ذلك، تم انعقاد مؤتمر المجتمع المدني الموازي "للمنتدى من أجل المستقبل" باعتماد توصيات وثيقة شاملة حول مطامح الإصلاح في العالم العربي وملاحظات المجتمع المدني على هذه المبادرة. لم يقف تأثير الرأي العام على السياسة الخارجية عند هذا الحد، بل يمكن أن نلاحظ تحركه من خلال ملفات ظلت منذ عقود تعتبر من القضايا السرية ويتعلق الأمر بقضية الصحراء، حيث اعتبرت المسيرة التي دعا إليها "ائتلاف وطننا" من أجل تحرير المغاربة المحتجزين بتندوف حدثاً مهماً وفاعلاً في مسار القضية الوطنية، وهذا يعتبر مؤشراً على تنامي فضاء الحقوق والحريات ولا سيما منذ وصول الملك محمد السادس إلى العرش، ذلك لأن تدبير قضية الصحراء في العهد السابق، ربما سادته مقاربة أبعدت المجتمع المدني عن الخوض في مثل هذه القضايا الإستراتيجية، وهذا ينم عن وجود إرادة ملكية تقوم على أساس أن تعطي هذه القضية طابعاً وطنياً يشارك فيه جميع الفاعلين.² وهو ما عبر عنه الملك محمد السادس: "... وإننا نجد الدعوة لكل الهياكل والفعاليات الوطنية، للنهوض بدورها في تعبئة الرأي العام، والتأطير الميداني لمواطنينا، وتوسيع انخراطهم، في دعم هذا التوجه الحكيم، بكل وعي ومسؤولية، تجسيدا للإجماع الوطني حوله، وكسب المزيد من اليقظة والتعبئة، لفك الحصار على مواطنينا المحتجزين بمخيمات تندوف...".³

إن ما يمكن الخروج به هو أن التظاهرات والمسيرات الشعبية التضامنية سواء مع الشعوب العربية والإسلامية، أو ضد المنتديات الدولية أو في إطار القضايا المصرية للمغرب، يعكس تطور اهتمام الرأي العام المتزايد بقضايا السياسة الخارجية.

ثالثاً: المحدد الجغرافي

لقد منحت الظروف التاريخية المجال الخصب لقيام علاقات دبلوماسية مغربية بتعدد أبعاده ومصالحه. كما أنها كانت متنوعة بتنوع انتماءاتها القومية، الحضارية والقارية بشكل سمح بتعزيز مكانته الجغرافية التي سهلت، ويسرت بشكل واضح تعاطيه وتواصله مع مختلف الفضاءات التي عمل على التقارب والتقريب منها ومعها، فاعلاً ومتفاعلاً معها، ومع قضاياها. لهذا فإن العامل الجغرافي يعد ذا أهمية بالغة في صنع قوة الدولة وتحديد علاقاتها بمحيطها الخارجي. وفي هذا الإطار كان الزعيم الألماني بيسمارك يقول: "...إن التاريخ مكون من عناصر عدة منها ما يتغير في نوعه أو حجمه. ولكن هناك شيء أساسي في التاريخ لا يتغير وهو الموقع الجغرافي...".⁴ وقد صيغت نظريات عديدة حول مكانة الدولة بالاعتماد على عنصر الجغرافيا، فعلى سبيل المثال، الجغرافي الألماني "فريدريك رانتال"، انتهى إلى القول بأن المساحة البرية لدولة معينة تحدد قوتها، ولذلك تسعى الدول بشكل دائم إلى توسيع حدودها، وهذا ما يجعل الدولة في صراع دائم مع العالم الخارجي للدفاع عن المجال الذي تمتلكه. وكلما بلغت الدولة درجة كافية من القوة إلا وراحت تسعى إلى بسط نفوذها على رقعتها الإقليمية من أجل المزيد من الوفرة في الموارد وتنوعها أو من أجل المزيد من الأمن.⁵ لقد تأثرت السياسة الخارجية للعديد من الدول خاصة الدول الكبرى بمثل هذه النظريات، حيث استعملت نظرية المجال الحيوي كإطار لتبرير التوسع الألماني خلال فترة ما بين الحربين العالميتين، وقد انعكست أيديولوجية المجال الحيوي هاته بشكل واضح على أفكار هتلر وبرامجه، إذ عمل على توسيع الحدود الألمانية من أجل الحصول على مجال حيوي للاكتفاء الذاتي من الموارد الخام وللصناعة والأسواق وللنمو السكاني.⁶ إن الجغرافيا تعد عاملاً حاسماً في صنع مكانة الدول وتحديد توجهاتها الخارجية. وهي تحيل على عدة عناصر من أبرزها: الموقع الجغرافي ومساحة الإقليم وشكل التضاريس والمناخ ثم الثروات الطبيعية، تتفاعل لتؤثر على وضعية الدولة، قوة وضعفاً، وطبيعة علاقاتها مع العالم الخارجي.

بالنسبة للمغرب، وعند الحديث عن موقعه الجغرافي، فإنه يعد نموذجاً للدولة التي بإمكانها أن تضطلع بأدوار متميزة في تعاملها مع محيطها الخارجي. يؤهلها لذلك موقعها المتميز. فهو يقع بالزاوية الشمالية الغربية للقارة الإفريقية ما بين خطي العرض 21 و36 درجة، يتميز المغرب بواجهتين بحريتين تمتدان على نحو 3446 كلم يحده شمالاً البحر الأبيض المتوسط بساحل يبلغ طوله 512 كلم يمتد من السعيدية إلى رأس سبارطيل، وغرباً المحيط الأطلسي 2934 كلم.⁷ وتجاور المملكة المغربية شرقاً جمهورية الجزائر وجنوباً جمهورية موريتانيا. وتبلغ مساحة التراب الوطني 701850 كلم مربع، تغطي منها المناطق الجبلية نسبة لا بأس بها أهمها جبال الأطلس المتوسط والأطلس الكبير التي يتراوح ارتفاعها ما بين 2000 و4000 متر.⁸ إن هذا الموقع الجغرافي منح المغرب مكانة متميزة بوقوعه في أقصى نقطة من غرب العالم العربي والإسلامي، بحيث جعل منه موقعه الجغرافي البلد الإفريقي الوحيد الذي يتوفر على واجهتين بحريتين متوسطية وأطلسية مضافاً إليهما الواجهة الصحراوية جنوباً، الشيء الذي أهل المغرب ليتوفر جغرافياً على ثلاثة أبعاد: بعد متوسطي، وآخر أطلسي، وأخيراً بعد صحراوي وهو الذي يربط المغرب بموريتانيا وباقي إفريقيا.⁹ وباعتبار الجغرافيا إحدى المحددات الأساسية في العلاقات بين الدول إن لم نقل الموجه الأساسي والرئيسي أحياناً، والتي بالتقاءها مع العامل السياسي فإنها تساهم إضافة إلى الحدود في منح مزايا استراتيجية على جيرانه، وهو ما عبر عنه رينو فان: إن دولاً صغيرة الرقعة قد خلقت بفضل موقعها الجغرافي أثراً في التاريخ لم تخلقه دولاً أكثر سعة مزودة بموارد أكثر تفوقاً.¹⁰ هذا الموقع الجغرافي المتميز للمغرب خلق منه ملتقى القارتين الأوروبية والإفريقية كما أسلفنا، وحلقة وصل بين حضارات مختلفة فهو المتوسطي والإفريقي والعربي والإسلامي، المشعب بثراث مزدوج شرقي وغربي، أهله لذلك وضعيته الجغرافية الاستثنائية، والتي أكدها الملك الراحل الحسن الثاني أيضاً: "... أن بلدنا هذا لم ينكمش قط ولم يغلق بل كان بمثابة الشجرة، جذورها في أعماق الأرض الإفريقية وأغصانها وأوراقها ممتدة نحو أوروبا".¹¹ كما يرى الأستاذ الحسن بوقنطار، من خلال كتابه السياسة العربية للمملكة المغربية "أن الموقع الجغرافي للمغرب المتميز ببعده عن مناطق التوتر والصراع في الوطن العربي، وبخاصة منطقة الشرق الأوسط، قد

¹ سعيد الصديقي، مرجع سابق، ص 239.

² سعيد الصديقي، مرجع سابق، ص 239.

³ خطاب صاحب الجلالة محمد السادس بمناسبة الذكرى الثلاثين للمسيرة الخضراء، انبعاث أمة، (الرباط)، مطبعة القصر الملكي الجزء 48، 2001، ص 6.

⁴ الحاج محمد غومريس، مرجع سابق، ص 15.

⁵ عبد الواحد الناصر، التفاوت بين الدول، (الدار البيضاء)، مطبعة النجاح الجديدة، يناير 2001، ص 127.

⁶ عبد الواحد الناصر، نفس المرجع، ص 128.

⁷ النشرة الإحصائية للمغرب 2008، مديرية الإحصاء، وزارة التوقعات الاقتصادية والتخطيط، ص 5-6.

⁸ النشرة الإحصائية للمغرب 2008، مرجع سابق، ص 1.

⁹ ميغيل هيرنانديز دي لزامندي، مرجع سابق، ص 16.

¹⁰ ريمون حداد، العلاقات الدولية، (بيروت)، دار الحقيقة، 2000، الطبعة الأولى، ص 260.

¹¹ الحسن الثاني، التحدي، (الرباط)، المطبعة الملكية، 1983، الطبعة الثانية، ص 295.

وفر له فرصة الانخراط في الهموم العربية مع التزام الموضوعية والمرونة في مواجهة الإشكالات الحادة التي تفرزها، حيث سمحت له وضعيته الجغرافية بالقيام بدور الوساطة في النزاعات العربية العربية، لكن في نفس الوقت لم يسمح هذا التباعد في بعض الأحيان للمغرب جني ثمار عمله، حيث أن دوره يبقى محتشماً لا يناسب زخم التحرك الذي يضطلع به في القضايا العربية.¹ إذا كان الموقع الجغرافي المتميز للمغرب قد أهله لنهج سياسة خارجية منفتحة على العديد من الفضاءات، فقد فرض عليه في المقابل تدبير الخلافات المتعددة والمتلاحقة مع دول الجوار، وهي خلافات فرضها عامل القرب الجغرافي والمصالح المتضاربة، وهذا التصور يلمس بوضوح عند العاهل المغربي الراحل الحسن الثاني في كتابه ذاكرة الملك، حيث يقول: "ليس بإمكاننا تغيير موقع كل من المغرب والجزائر، ويجب أن يتذكر المغاربة والجزائريون دائماً أنهم لن يقدروا على تغيير موقع بلديهم".² ويعد امتلاك الثروات الطبيعية أحد العوامل المؤثرة في صنع قوة الدولة ومكانتها، بما في ذلك امتلاك الثروات الطبيعية والمواد الأولية اللازمة للصناعة، والمغرب يتوفر على بعض الموارد المعدنية بكميات هامة، حيث أن المغرب ثاني أكبر منتج للفوسفات في العالم وأول مصدر له ويتوفر على 3/4 من الاحتياطي العالمي، كما يضم مخزوناً من الحديد والمعادن الأخرى من قبيل الرصاص والمنغنيز والفضة..، أما بالنسبة لمصادر الطاقة فهي جد محدودة. حيث أن إنتاج البلاد من الغاز الطبيعي يغطي أقل 20% من الاحتياجات، وهو ما يضطر المغرب إلى الاستيراد.

أما بالنسبة للمجال الفلاحي فإن المساحة الصالحة للزراعة في المغرب تقدر بحوالي 95000 كيلومتر مربع. وأهم المحاصيل الزراعية التي ينتجها فهي تتمثل في: الحبوب والقمح والشعير والذرة والقطاني. كما تشكل زراعة أشجار الفواكه وأشجار الزيتون نشاطاً لا يخلو من أهمية. ويعتبر المغرب ثاني مصدر للحوامض في العالم وسابع منتج لزيت الزيتون.³ لكنه مع ذلك لازال يعتمد على استيراد العديد من المواد الغذائية، في حين تلاقى صادراته الفلاحية بعض الصعوبات في ولوج الأسواق الخارجية، وعلى رأسها الاتحاد الأوروبي. بالمقابل يتوفر المغرب على إمكانيات جد مهمة فيما يخص الصيد البحري، تمنحه قوة دفع أساسية عند التفاوض مع شركائه، حيث يعد من أكبر المنتجين للأسماك في العالم 593.966 طن سنة 2004، غير أن هذه الإمكانيات تضطره. وفي العديد من الأوقات، إلى مواجهة بعض التحديات. كما هو الشأن عندما رفض المغرب تجديد اتفاقية الصيد البحري سنة 1995 التي كانت تربطه مع الاتحاد الأوروبي، وانتهى به المطاف سنوات بعد ذلك لتوقيع اتفاقية جديدة للصيد البحري بشروط فيها الكثير من التنازلات، إضافة إلى أن الاتحاد الأوروبي قام بتفجير أزمة تجارية، تمثلت في فرض التأشيرة على الصادرات الفلاحية المغربية في اتجاه أوروبا.⁴ وكان هذا الحدث بمثابة إنذار عملي للمغرب ليأخذ بعين الاعتبار صرامة الإجراءات التي يمكن أن تتخذ ضده إذا هو أساء تقييم معادلات القوة المصلحية التي تربط بينه وبين المجموعة، خاصة فيما يرتبط بملف الصيد البحري.

أما القطاع الصناعي فهو يساهم بحوالي 28% من الناتج الداخلي الخام، وتعتبر الصناعات المغربية متطورة ومتنوعة بحيث تتواجد صناعات غذائية وكيميائية، حيث تعد أحسن صناعة كيميائية في إفريقيا بعد جنوب إفريقيا.⁵ ويعد قطاع السياحة من أهم القطاعات المعول عليها في رفع قاطرة التنمية بالمغرب. حيث يحتل الريادة في قطاع الخدمات، يدر على البلاد ما قدره 59 مليون درهم سنة 2007.

ولسد الثغرة في مجالي الطاقة والسيولة المالية، يعمل المغرب على استثمار دبلوماسيته للحصول على الموارد الاقتصادية كالنفط والغاز الطبيعي، والمعونة الاقتصادية والاستثمار الخارجي.⁶ والتي أصبحت الدول توليها أهمية قصوى بفعل اختفاء أو تقلص أهمية مصادر الأخطار التقليدية. لذلك أصبح المدخل الاقتصادي بالأهمية مما كان عليه سابقاً بفعل المتغيرات التي عرفها النظام الدولي برمته. ومن خلال النظام الاقتصادي العالمي الذي انطبع بتغييرات بارزة، تجلت في بروز مجموعة من المفاهيم الجديدة من قبيل الكونية، والاعتماد المتبادل، وهو ما حث الدول على إلاء الأهمية لتحقيق النفوذ الاقتصادي والصناعي ضمن ما أصبح يعرف بالجغرافيا الاقتصادية العالمية أو الجيو-اكونوميك.⁷ والتي تضم ترسانة مهمة من المفاهيم، بقديمتها وحديثها مثل السياسة الحمائية، والتعرفة الجمركية، والحوافز الجمركية، ومناطق التجارة الحرة. هذه المتغيرات الإستراتيجية ذات الطبيعة الاقتصادية، أبرزت مدى أهمية التوجه نحو فكرة الاندماج الاقتصادي في إطار التجمعات الاقتصادية الصغرى والمتوسطة والكبرى. داخل هذا السياق الاقتصادي العالمي المطبوع بالتنافسية بين الدول والقوى الاقتصادية العالمية، يقع الغرب، بإمكانياته الاقتصادية المتوسطة وتطلعاته التنموية المتنامية والإستراتيجية لبناء دولة المستقبل دولة الرفاه والتطور الاقتصادي والاجتماعي. فهو البلد الذي تقارب ساكنته 30 مليون نسمة، وهو ما جعله بلد كبير في حوض المتوسط يشهد نمواً ديمغرافياً يصل حالياً إلى 1.4%، وبلغ الدخل الفردي لساكنته 1180 دولار سنة 2005، بشكل يبقيه دون معدل مستوى المنطقة المتمثل في 1512 دولار. وبمعدل نمو اقتصادي بلغ 4.1% ما بين سنتي "2004 – 1996" بعد أن كان 2.7% بين 1995 - 1988.⁸ مع تسجيل ارتفاع مؤشر التنمية وتضاعفه ثلاثة مرات منذ الاستقلال، ليصبح 0.631 سنة 2003 حسب مؤشر التنمية البشرية لبرنامج الأمم المتحدة.⁹ الذي يحتل المغرب حالياً المرتبة 124 من بين 177 دولة. إذ تحدوه الرغبة في الدخول ضمن تكتلات اقتصادية، باعتباره الطريق للتحرر من التبعية الاقتصادية التي تفرضها السياسة الاقتصادية الدولية والحركية المطبوعة باندماج أسواق العالم في حقول التجارة والاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال وما يعنيه من اختراق للحدود القومية وإلى الانحصار الكبير في سيادة الدولة لصالح الشركات العابرة للحدود وبشكل يهدد جهود التنمية الوطنية.¹⁰ ويقوي بالمقابل أهمية التواجد داخل تكتلات اقتصادية جهوية وإقليمية، وهو ما دأبت الدبلوماسية المغربية على العمل به خلال السنوات الأخيرة من خلال تكثيف الاتصالات الثنائية وتعزيز العلاقات التبادلية مع مجموعة من الدول. وتسجيل الحضور في العديد من المؤتمرات والملتقيات الاقتصادية الثنائية والمتعددة الأطراف، لإسماع صوت المغرب والدفاع عن مصالح الدول السائرة في طريق النمو، وما إبرام اتفاقية للتبادل الحر مع كل من الولايات المتحدة الأمريكية وتركيا سنة 2004، والإعلان عن مبادرة أكادير الهادفة لإنشاء منطقة تبادل حر مع مجموعة من الدول العربية، كلها

¹ الحسن بوقنطار، مرجع سابق، ص 28.

² الحسن الثاني، ذاكرة ملك، كتاب الشرق الأوسط، الشركة السعودية للأبحاث والنشر، 1993، الطبعة الثانية ص 35. يعد المغرب ضمن البلدان المتوسطة المساحة، وتبعاً لذلك فإن المساحة الجغرافية التي يحتلها المغرب لا تعني شيئاً فيما يتعلق بالقدرة على مواجهة الضربات العسكرية الموجهة ضده، إذ لا تتيح له إمكانية المناورة، ويسعى المغرب إلى حل قضية الصحراء في إطار سيادته على أراضيه، وإذا تحقق هذا الأمر فإن ذلك يعني بالنسبة له التحكم في أقاليمه الجنوبية والحصول بالتالي على موارد مهمة من الثروات الطبيعية ومصادر الطاقة، كما هو منظر، مما سينعكس لا محالة على مكانته وسط المنتظم الدولي، ويعزز من قدرته على التفاوض بشأن مستقبله وعلاقاته مع العالم الخارجي.

³ المندوبية السامية للتخطيط، النشرة الإحصائية السنوية، المملكة المغربية، 2008، ص 23.

⁴ أحمد الحارثي، "الدبلوماسية الاقتصادية المغربية أمام التوجهات الجديدة لنظام التعاون الدولي"، مجلة نوافذ، العدد 5، السنة الثانية، أكتوبر 1999، ص 32.

⁵ النشرة الإحصائية للمغرب 2008، مديرية الإحصاء، مرجع سابق، ص 19.

⁶ محمد السيد سليم، مرجع سابق، ص 98.

⁷ محمد شوقي، "الشرق أوسطية بين الجغرافيا السياسية والجغرافيا الاقتصادية"، السياسة الدولية، (مصر)، عدد 125، يوليو 1996، ص 125.

⁸ مؤشر تطور الناتج الداخلي الإجمالي، أطلس مبياني لمؤشرات التنمية بالمغرب، خلال خمسين سنة"، تقرير 50 سنة من التنمية البشرية وآفاق سنة 2025، 2006، ص 81.

⁹ تطور النسبة السنوية للتضخم، مرجع سابق، ص 83.

¹⁰ عبد الواحد الناصر، العلاقات الدولية الراهنة، مطبعة النجاح الجديدة، (الدار البيضاء)، 2003، ص 93.

تؤشر على جدية التوجهات الجيو-اقتصادية الجديدة للدبلوماسية المغربية وعلى مركزية اختيار التعاون جنوب-جنوب، لكونه يأخذ أساساً أهمية إحداث تنمية محلية ذات أهداف اجتماعية.

كما أن أهمية القضايا الاقتصادية والتنموية التي تدافع عليها الدبلوماسية المغربية، وتشغل علماء وتدافع من خلالها عن المكتسبات التي تحققت وتسعى إلى تكريس أهميتها في سبيل تحقيق المزيد، كلها تأتي متجانسة في سياق السيرورة التي طبعت العمل الذي تتسم به الدبلوماسية المغربية¹.

إذا كان المغرب ينتمي إلى العالم العربي الإسلامي، فإن موقعه الجغرافي على رأس القارة الإفريقية مطلقاً في شماله على أوروبا وفي غربه على أمريكا، يحتم عليه التعاطي مع مجموعة من الفضاءات الجغرافية والتفاعل مع العديد من الفضاءات الجيوسياسية، وهو ما يجعل الحديث عن النزعة الجيوسياسية الثلاثية الأبعاد التي تتمتع بها الدبلوماسية المغربية، فهي عربية بوصفه يمثل أقصى العالم العربي وأورو متوسطية بحكم شواطئه التي تمتد عبر أكثر من 3500 كلم، وقربه الكبير من بوابة أوروبا، وأخيراً متنوعة بوصفه جزءاً متفاعلاً مع بقية العالم.

تبقى الخلاصة الأبرز في معرض بسط محددات السياسة الخارجية للمغرب، هي أن الإسلام والملكية ساهما في ضمان الاستمرارية لنهج المغرب الخارجي بعد الاستقلال، وتكرس أكثر في عهد الملك الراحل الحسن الثاني. ومن هنا تتأكد المقولة القائلة بأن "القاعدة العامة في السياسة الخارجية هي الاستمرارية والاستثناء هو التغيير في ظل هذه الاستمرارية"².

وفي هذا الصدد، يعتبر العاهل المغربي محمد السادس بأن عهده يعد امتداداً لعهد والده الحسن الثاني على المستوى الدبلوماسي والعلاقات الخارجية، حيث يقول: "إن المكتسبات التي حققتها الدبلوماسية المغربية في عهد والدنا المنعم تعد بمثابة رصيد ثمين ألينا على أنفسنا منذ تولينا عرش أسلافنا الميامن العمل على حسن استثماره، والانكباب على تأهيل أدواته وآلياته، وفق معطيات التحولات الطارئة على محيطنا الداخلي والجهوي والإقليمي"³. هذه المحددات كان لها تأثير كبير على مبادئ السياسة الخارجية للمغرب بصفة عامة، وتجاه الوطن العربي بصفة خاصة.

¹ محمد تاج الدين الحسيني، "الدبلوماسية المغربية مدعوة إلى التفاعل مع رهانات العولمة والتصدي لتحدياتها"، جريدة الصباح، السنة السادسة، العدد 1788، 2006/1/5، ص 11.

² عبد النبي صبري، "السياسة الخارجية المغربية بين الاستمرارية والتغيير"، دراسات ووقائع دستورية، عدد 1-2، 1997-2000، ص 91.

³ مقتطف من الرسالة الملكية الموجهة إلى النادي الدبلوماسي المغربي، النادي الدبلوماسي المغربي، مبادئ ثابتة لدبلوماسية متحركة، (الرباط)، منشورات النادي الدبلوماسي، أكتوبر 2000، ص 13.

مبدأ التقاضي على درجتين وترجمته وفق نظام التقاضي المغربي

إلياس الهواري احبابو
باحث بسلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية بطنجة

مقدمة

يعتبر القضاء إحدى الركائز الأساسية التي يقوم عليها بناء الدولة، فالعدل أساس الملك، ولا يمكن تصور حياة منضبطة داخل الجماعة البشرية إلا إذا كان هناك جهاز مستقل وفعال يقوم بتصرف العدالة بين الأفراد بخصوص ما ينشأ بينهم من نزاعات، ويقدر ما تنشعب العلاقات بين الأفراد وتشتد التحديات التي تفرضها التحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الناتجة عن التطور المستمر للأوضاع في سياق عملية التغيير المتوازي، التي تطبع حركة المجتمعات، بقدر ما يكون لزاماً على القضاء استيعاب هذه التحولات ومواكبتها على نحو يساهم في عدم إعاقة التطور والانخراط في المسار التنموي إلى أبعد حدوده الممكنة.¹

ويصدر دستور 2011، بات لزاماً ترجمة نصوصه إلى قوانين وإجراءات كفيلة بإصلاح القضاء، وكذا ترجمة هذه النصوص على أرض الواقع بما يكفل ضمان حقوق الأفراد والجماعات وتكريس مبدأ استقلالية ونزاهة القضاء.² وذلك في إطار ورش تحديث المنظومة التشريعية المغربية الذي جاءت خطوته العريضة في الخطاب الملكي لـ 20 غشت 2009. حيث أصدر المشرع المغربي في الخامس من سبتمبر 2011 حزمة من القوانين المغيرة والمتمة لكل من التنظيم القضائي لـ 15 يوليوز 1974، وقانون المسطرة المدنية وقانون المسطرة الجنائية، كما تم إحداث أقسام لقضاء القرب بموجب القانون رقم 42.10، إلى جانب توسيع مجال اختصاص القضاء الفردي وإحداث أقسام للجرائم المالية بمحاكم الإستئناف...

ويعتبر التنظيم القضائي بمثابة مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية وولايتها وتحدد الخريطة القضائية للدولة، وتبين اختصاصات المحاكم وكيفية تشكيلها وترتيبها وكيفية تفتيشها، كما تنظم القواعد المتعلقة برجال القضاء من تعيين وترقية وتأديب.

وينطوي مبدأ التقاضي على درجتين على العديد من المكنات والمجاذير، وتختلط فيه الاعتبارات العامة مع الاعتبارات الخاصة، كما يعد أحد المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها النظام القضائي المغربي، ولأن لهذا المبدأ تجلياته وانعكاساته على المنازعات المدنية. ونظراً لما طرأ على هذا المبدأ من تطور كبير، فقد كان لزاماً على المشرع المغربي أن يلتفت إلى هذا التطور، وما يرتبه من استحقاقات على المسطرة المدنية، الأمر الذي يدعونا في هذا البحث الوقوف على أهم الآثار التي ينتجها مبدأ التقاضي على درجتين من خلال المحاور الآتية:

المحور الأول: مفهوم مبدأ التقاضي على درجتين وفق قانون المسطرة المدنية

المحور الثاني: مبدأ التقاضي على درجتين في ظل نظام التقاضي المغربي

المحور الثالث: الآثار المترتبة على اعتبار الطعن بالاستئناف ترجمة لمبدأ التقاضي على درجتين

المحور الأول: مفهوم مبدأ التقاضي على درجتين وفق قانون المسطرة المدنية

يقوم نظام التقاضي في المغرب بمبدئياً على درجتين، وهذا يعني أن الدعوى ترفع في البداية أمام محكمة الدرجة الأولى وهي إما المحكمة الابتدائية أو التجارية أو الإدارية؛ وحينما تصدر هذه الأخيرة حكماً يمكن للمحكوم عليه أن يتظلم من الحكم الصادر أمام محكمة أعلى درجة من المحكمة الأولى وهي محكمة الاستئناف بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية، أو محكمة الاستئناف التجارية بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم التجارية، أو محكمة الاستئناف الإدارية بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، حيث إن الاستئناف يطرح النزاع أمام هذه المحاكم من جديد لتفصل فيه بحكم نهائي حائز من حيث المبدأ لقوة الأمر المقضي به.³

كما يعتبر الطعن بالاستئناف من طرق الطعن العادية، وقد نظمته المشرع في الفصول من 134 إلى 146 من قانون المسطرة المدنية.

وللإستئناف مسطرة يتعين احترامها والالتزام بها وأثار تترتب عنه. وهذا ما سنحاول التطرق إليه .

أولاً: الاستئناف مسطرته و آثاره

تعرف الأحكام القضائية بصفة عامة أنها معرضة للوقوع في أخطاء عفوية من جهة، كما أن أحد الأطراف قد يتعذر عليه تقديم أوجه دفاعه أمام المحكمة المختصة من جهة أخرى، لذلك فإن مختلف التشريعات تأخذ بمبدأ الطعن في الأحكام، واحتراماً لقدسيته، وضماناً لاستقرار الأوضاع الاجتماعية، قيد المشرع استعمال طرق الطعن بأجال وإجراءات، ويجب احترامها تحت طائلة عدم قبول الطعن .

ويعتبر الاستئناف طعناً في تفسير قاضي أول درجة للإجراءات وتقديره للوقائع وتطبيق القانون عليها، أي أن الاستئناف هو تظلم من أخطاء القاضي الأول مما لا يجوز للقاضي نفسه النظر في القضية في طور الاستئناف، كما هو الحال في الطعن بالتعرض.⁴

وهذا يجسد الطعن بالاستئناف مبدأ التقاضي على درجتين، موفراً بذلك ضماناً هامة من ضمانات التقاضي، حيث يسمح بتدارك ما قد يقع فيه قضاة المحاكم الأدنى من قصور، كما يتيح للخصوم استدراك ما فاتهم تقديمه من دفوع وأدلة أمام محكمة أول درجة، لذلك صرح القول في الطعن بالاستئناف، أنه طريق لإصلاح القضاء الصادر من أول درجة.

¹ عبد العزيز يوكوبي: دور القضاء في تفعيل المسار التنموي واستيعاب التحولات، مؤلف جماعي بعنوان القضاء ورهان التحدي من خلال التحولات التي يعرفها المغرب – سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية للمعهد العالي للقضاء – الجزء السادس – بتاريخ دجنبر 2004 ص: 59.

² ديبى إبراهيم: ملاحظات واقتراحات حول المحاور الستة لإصلاح القضاء جريدة المساء العدد 1240 الخميس 15 أكتوبر 2011.

³ بوحوموش عمر: الإصلاح القضائي بين النظرية والتطبيق، دار السلام 2000، ص: 134.

⁴ شرح قانون المسطرة الجنائية، أحمد الخمليشي، الجزء الأول، الطبعة الأولى 1986 .

ورغم أخذ المشرع بنظام التقاضي على درجتين إلا أنه توجد بعض الاستثناءات الخاصة التي أُلغى بمقتضاها المشرع الدرجة الثانية لبعض القضايا، حيث لم يجز الطعن فيها بالاستئناف¹، بل جعل الفصل فيها يقر لمحكمة الدرجة الأولى نهائياً.

ثانياً: أهداف الطعن بالاستئناف وفلسفته

يعتبر الاستئناف مثل التعرض، وهو من الطرق العادية للطعن يؤدي إلى إعادة مناقشة الدعوى من الناحيتين الموضوعية والقانونية، وهو الطعن الذي يرفعه الخصم إلى محكمة عليا في حكم صادر من محكمة أقل درجة² أي بمقتضاه يعاد طرح النزاع على محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، حيث تملك محكمة الاستئناف جميع السلطات التي تكون لقاضي أول درجة، فتفحص النزاع من جوانبه الواقعية والقانونية ولا تقف وظيفتها عند مراقبة صحة الحكم المستأنف.

ويمكن تعريف الاستئناف كذلك على أنه تظلم من أخطاء القاضي المصدر للحكم المستأنف إلى قاضي أعلى درجة في سلم تنظيم المحاكم لكون قضاة المحاكم العليا أكثر اختباراً وأكبر عدداً، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يكون من بين الهيئة التي تنظر في هذا الطعن القاضي الذي أصدر الحكم المطعون فيه. كما أن محل الاستئناف ليس حكم أول درجة وإنما القضية نفسها التي نظرها قاضي أول درجة³، أما ما يكون في الحكم المطعون فيه من عيوب سواء اتصلت بعدالته أم بصحته فتواجه في الاستئناف بطريق غير مباشر⁴.

ولقد تراجع الدور التقليدي للاستئناف لمصلحة المفهوم الحديث الذي يعتبر الاستئناف مناسبة لإجراء فحص جديد للقضية⁵ مع إعطاء الأولوية لإنهاء النزاع بكل تداعياته وهو ما يتطلب ازدهار الخصومة القضائية⁶ وتمكين المحكمة من التعرض بطريقة أكثر شمولية للمركز المتنازع عليه⁷ حتى لو تطلب الأمر الإخلال بمبدأ التقاضي على درجتين⁸.

إذن فمن خلال ما سبق يعتبر الاستئناف ضماناً إضافية لحقوق المتقاضين وفي مقدمتهم المهتم، سيما في التنظيم القضائي الذي يأخذ بنظام القاضي الفردي في الدرجة الأولى والقضاء الجماعي في الدرجة الثانية، فمن جهة إذا علم القاضي أن حكمه معرض للطعن فيه عمل بحرص أكبر على توخي الحقيقة، وبذل جهداً أكبر في دراسته القضية واستقصاء عناصرها والتدبر فيها، ومن جهة ثانية يكون القضاء الجماعي في مرحلة الاستئناف عاملاً مهماً لتفادي الأخطاء القضائية، إلا أن الاستئناف غير مقطوع بفائدته إذ مما يعاب عليه أنه ينشأ عنه زيادة في المصاريف وبطء في توقيع العقاب ومن شأنه الحط من شأن القضاء. مما يساهم في زعزعة الثقة بعدالة أحكام القضاء، والحالة أن هذه الثقة هي الأساس المتين الذي يقوم عليه كل بنية قضائية سليمة⁹.

ويستجيب الاستئناف لجملة من الأهداف تتعلق بفلسفة القانون وفكرة العدالة ذاتها: فهو كطريق طعن في الأحكام القضائية يتيح المجال لمن تضرر من قضاء أول درجة، لإعادة طرح النزاع مجدداً بهدف فحصه وتمحيصه من لدن قاض أعلى درجة وأكثر خبرة ودراية ليقوم بإصلاح ما صدر من عيوب سواء تعلقت بالإجراءات أم بتقدير الوقائع أم بإعمال القانون، ولذلك يستجيب لفكرة التظلم من قضاء معيب صادر عن أول درجة¹⁰، كما يواجه من النواحي العملية مطالب القضاء الصادر عن بشر ليس معصوماً أو منزقاً عن الخطأ والنسيان، وبهئ السبيل لاستدراك أوجه الخلل والقصور فضلاً عن الغش والتضليل الذي قد يقع فيه الخصوم أو يقترفونه كيفما اتفق¹¹ وبهذا وذاك، تتحقق أهداف الدور التقليدي لهذا النظام الذي تكرر له منذ نشأته¹².

ثالثاً: مجال تطبيق الاستئناف في قانون المسطرة المدنية

نظم المشرع المغربي الاستئناف في الفصول من 134 إلى 146 من قانون المسطرة المدنية، وكقاعدة عامة تكون كل الأحكام قابلة للاستئناف، لأن الطعن طريق عادي وهو الوسيلة الأساسية التي ترد الحقوق لأصحابها¹³.

ولقد جاء الفصل 134 من ق م م بقاعدة عامة مفادها، إمكانية الطعن في كل حكم صادر عن المحكمة الابتدائية متى صدر في حدود اختصاصها الابتدائي المحلي والنوعي، إذن يمكن تصنيف الأحكام القابلة للاستئناف كالتالي:

- الأحكام التي تتجاوز قيمة النزاع فيها ثلاثة آلاف درهم، إلا أنه يجب مراعاة ما يلي، العبرة في قيمة الدعوى بطلبات الخصوم لا بما يحكم به القاضي، وكذلك أن العبرة بالطلبات الختامية التي يتقدم بها المدعي¹⁴، وفي حالة تقدم المدعى عليه بطلبات مقابلة فإذا كان كل من الطلب الأصلي والطلب المقابل يدخل في حدود الاختصاص الإتهائي للمحكمة فإن هذه الأخيرة تحكم انتهائياً بالنسبة لجميع الطلبات، وعلى العكس من ذلك إذا كان أحد هذه الطلبات لا يجوز الفصل فيه إلا ابتدائياً، فإن الحكم الفاصل في جميع الطلبات يكون قابلاً للاستئناف. كذلك عند تقديم طلبات من عدة مدعين أو ضد عدة مدعى عليهم مجتمعين وبموجب سند مشترك حتى يكون الحكم قابلاً للاستئناف يجب أن يكون نصيب أحدهم يتجاوز مبلغ ثلاثة آلاف درهم¹⁵.

¹ أنظر النقطة الموالية: ثالثاً: مجال تطبيق الاستئناف في قانون المسطرة المدنية.

² الموسوعة الجنائية، جندي عبد المالك، المجلد الأول، دار المؤلفات القانونية، 1976، بيروت.

³ والي فتحي: الوسيط في قانون القضاء المدني "قانون المرافعات المدنية والتجارية" وأهم التشريعات المكملة له "دار النهضة العربية، 2009، ص 715.

⁴ والي فتحي: الوسيط في قانون القضاء المدني، ص 715.

⁵ محمد نور شحاتة: نطاق النزاع في الاستئناف في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 9.

⁶ Vicent (J.): Les dimension nouvelles de l'appel, D. 1973, P. 180.

⁷ Vicent (J.): Op. cit P. 180.

⁸ إبراهيم حرب محيسن، مرجع سابق، ص 265.

⁹ جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، المجلد الأول، دار المؤلفات القانونية، دار إحياء التراث العربي، 1976، ص 205.

¹⁰ عباس العبودي: شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 1، ص 369.

¹¹ نبيل إسماعيل عمر: الطعن بالاستئناف وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1980، ص 7.

¹² محمد نور شحاتة: نطاق النزاع في الاستئناف في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 9.

¹³ تنص الفقرة 134 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "استعمال الطعن بالاستئناف حق في جميع الأحوال عدا إذا قرر القانون خلاف ذلك".

¹⁴ ينص الفصل 11 من ق م م على: "يحدد الاختصاص الإتهائي استناداً إلى مبلغ الطلب المجرد الناتج عن أحد مستنتجات المدعي".

¹⁵ ينص الفصل 14 من ق م م على: "يحكم انتهائياً في الطلب المقدم من عدة مدعين أو ضد عدة مدعى عليهم مجتمعين وبموجب سند مشترك إذا كان نصيب كل واحد من المدعين لا يزيد عن القدر المحدد للحكم انتهائياً، ويحكم ابتدائياً بالنسبة للجميع إذا زاد نصيب أحدهم عن هذا القدر".

- الأحكام التي لا يمكن تحديد أو تقدير قيمة النزاع فيها¹ كالالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل كمن يطلب هدم بناء أو تسليم عين...
 - الأحكام التمهيدية التي تسبق الأحكام الفاصلة في الموضوع، وهي التي لا تفصل في جوهر النزاع، شرطا استئنافها في وقت واحد مع الأحكام الفاصلة في الموضوع² وضمن نفس الأجل.³
 - الأوامر المبنية على طلب التي يصدرها رئيس المحكمة أو من ينوب عنه غير أن استئناف هذه الأوامر لا يكون إلا في حالة الرفض.⁴
 - الأحكام التأويلية أو التفسيرية التي تصدرها المحكمة لتفسير حكم معين ولا يمكن استئناف هذه الأحكام إلا إذا كانت الأحكام موضوع التأويل نفسها قابلة للاستئناف.
 - الأحكام الصادرة في قضايا حوادث الشغل والأمراض المهنية والمعاشات الممنوحة في نطاق الضمان الاجتماعي⁵
- وإذا كانت القاعدة كما أشرنا إلى ذلك سابقا أن تخضع كل الأحكام للطعن بالاستئناف فإن هناك بعض الاستثناءات الواردة على ذلك نوجزها فيما يلي :
- الأحكام التي لا تتجاوز قيمة النزاع فيها ثلاثة آلاف درهم .
 - الأحكام الصادرة في إطار الفقرة الأولى من الفصل 21 حيث "يبث القاضي في القضايا الاجتماعية انتهائيا في حدود الاختصاص المخول إلى المحاكم الابتدائية والمحددة بمقتضى الفصل 19 "
 - الأحكام الصادرة في إطار الفقرة الثانية من نفس الفصل، إذ تبث المحكمة انتهائيا في النزاعات الناشئة عن تطبيق الغرامات التهديدية المقررة في التشريع الخاص بالتفويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية ولو كان مبلغ الطلب فيها غير محدد .
 - الأحكام التي انقضى ميعاد استئنافها دون الطعن فيها⁶.
 - أحكام المحكمين وفقا للفصل 34-327⁷.
 - لا يقبل الطعن بالاستئناف من المحكوم عليه الذي قبل الحكم بصفة صريحة أو ضمنية⁸.

المحور الثاني: مبدأ التقاضي على درجتين في ظل نظام التقاضي المغربي

إن الكشف عن الحقيقة يشكل أمرا غاية في الصعوبة، لاسيما حين تتكاثر القضايا على القاضي وتتلاحق، ولا يلتقط أنفاسه بعد فراغه من إحداها إلا وأخرى تجثم على صدره وتعرض ذاتها على ذهنه المنكود، لذلك شرع نظام الاستئناف أملا في أن تصلح الدرجة الثانية من القضاء ما عسى أن تكون قد أفسدته الدرجة الأولى، وهذا الاعتبار يصدق على القضاء الجنائي كما يصدق على القضاء المدني⁹.

ويخضع النظام القضائي الجزائي في العديد من التشريعات المقارنة لمبدأ التقاضي على درجتين، وأخذت به وأكدت العديد من التشريعات العربية، كالتشريع المغربي والفلسطيني والمصري، حيث اعتبرت هذه التشريعات بأن التقاضي على درجتين هو الأصل العام، وإن كانت بعض التشريعات كالتشريع السوري والأردني¹⁰ قد أردت بعض الاستثناءات، فقد جعلت الأصل والأساس الذي قوم عليه التنظيم القضائي هو التقاضي على درجتين بتوافر محاكم أول درجة ومحاكم الدرجة الثانية. وسواء تعلق الأمر بالجنح أو المخالفات وحتى الجنايات التي أضحت بموجب التعديل المدخل على قانون المسطرة الجنائية المغربي لسنة 2003، مع مراعاة الأحكام التي نص المشرع على التقاضي فيها على درجة واحدة وفتح الباب أمام الطعن فيها من خلال النقض.

وكما سبقت الإشارة: فالتنظيم القضائي المغربي عرف مجموعة من التعديلات التي فرضتها التطورات المتتالية، إلا أنه ورغم كل هذا فإن المبادئ التي يقوم عليها لم تتغير من حيث جوهرها اللهم تلك التي كانت المستجدات تستدعي تحديثها، هكذا أصدر المشرع المغربي قانون رقم 10-34¹¹ الصادر بتاريخ 5 سبتمبر 2011 والمغير و المتمم للظهير الشريف بمثابة قانون رقم 388-74-1 بتاريخ 24 جمادى الآخرة 1394 الموافق لتاريخ 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، وذلك عن طريق مادة فريدة تغير وتتمم الفصول 1 و2 و4 و6 و7 و24 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 388-74-1 المتعلق بالتنظيم القضائي السالف الذكر.

ولقد أصبح الفصل الأول من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 388-74-1 المتعلق بالتنظيم القضائي المغربي ينص على ما يلي: "يشمل التنظيم القضائي

المحاكم التالية:

المحاكم الابتدائية؛

¹ ينص الفصل 12 من ق م م "يبث ابتدائيا إذا كانت قيمة موضوع النزاع غير محددة".

² ينص الفصل 140 من ق م م: "لا يمكن استئناف الأحكام التمهيدية إلا في وقت واحد مع الأحكام الفاصلة في الموضوع وضمن نفس الأجل. ويجب أن لا يقتصر مقال الاستئناف صراحة على الحكم الفاصل في الموضوع فقط بل يتعين ذكر الأحكام التمهيدية التي يريد المستأنف الطعن فيها بالاستئناف.

³ جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى رقم 45 بتاريخ 10/1/1979، ملف مدني، عدد 63014، مجلة المحاماة، عدد 16، ص: 148.

"وحيث أن الحكم المطعون فيه كان خارقا لمقتضيات الفصل 140 من ق.م.م حينما قبل استئناف الحكم الابتدائي الذي لم يكن إلا حكما تمهيديا غير فاصل في جوهر الدعوى".

وهو ما أكدته أيضا المجلس الأعلى في القرار عدد 1737 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 7/2/1986، ملف مدني عدد 3099، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص: 73.

⁴ الفقرة 2 من الفصل 148 الذي يقضي بأنه: "يكون الأمر في حالة الرفض قابلا للاستئناف داخل خمسة عشر يوما من النطق به عدا إذا تعلق الأمر بإثبات حال توجيه إنذار ويرفع هذا الاستئناف أمام محكمة الاستئناف".

⁵ الفقرة 2 من الفصل 21 من ق.م.م: "غير أنه يبت ابتدائيا فقط في قضايا حوادث الشغل والأمراض المهنية وكذا في المعاشات الممنوحة في نطاق الضمان الاجتماعي باستثناء النزاعات الناشئة عن تطبيق الغرامات التهديدية المقررة في التشريع الخاص بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية فإن الأحكام تصدر بصفة انتهائية ولو كان مبلغ الطلب غير محدد".

⁶ عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية، 213، ص: 266.

⁷ ينص الفصل 34-327:

"لا يقبل الحكم التحكيمي أي طعن مع مراعاة مقتضيات الفصلين 35-327 و36-327 بعده.

يمكن أن يكون الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية موضوع إعادة النظر طبقا للشروط المقررة في الفصل 402 بعده وذلك أمام المحكمة التي كانت تنتظر في القضية في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم".

⁸ الطيب الفصايلى: الوجيز في القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، نونبر 1999، ص: 155-156-157.

⁹ الطيب الفصايلى: التنظيم القضائي في المغرب، الطبعة الثانية، 1997، ص: 38.

¹⁰ مدوح البحر: مبادئ أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص: 258.

¹¹ الجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 5 سبتمبر 2011.

المحاكم الإدارية؛

المحاكم التجارية؛

محاكم الاستئناف؛

محاكم الاستئناف الإدارية؛

محاكم الاستئناف التجارية؛

المجلس الأعلى .

..."

وبناء على مقتضيات الفصل الأول أعلاه، يتبين أن المشرع المغربي أدخل تغييرات مهمة على تنظيم المحاكم المغربية بإلغاء محاكم الجماعات والمقاطعات المحدثة بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 15 يوليوز 1974، والتي كان هدفها الأساسي التخفيف على المحاكم الابتدائية عن طريق منحها النظر في بعض القضايا التي لا تحتاج إلى كل الإجراءات والمساطر التي ينص عليها المشرع بالنسبة للمحاكم الابتدائية من جهة، والمساعد على تقريب القضاء من المتقاضين من جهة أخرى¹.

ومن خلال ملاحظة الفصل 34.10² و التعديلات التي طرأت عليه يتبين أن المشرع المغربي عاد إلى تبني مبدأ القاضي الفردي كقاعدة عامة، رغم حفاظه على مبدأ القضاء الجماعي في بعض القضايا، فتبني مبدأ القاضي الفردي يحقق مصالح ومنافع بالنسبة للمتقاضين أهمها السرعة في البت، والبساطة في المسطرة، فضلا عن أن القاضي الفردي وهو يبت في القضايا التي تعرض عليه، يحكم بناء على قناعاته خاصة وأنه هو الذي تتبع كافة أطوار النزاع إلى حين الحكم فيه. حيث يمكن القول بأن المشرع المغربي أخذ بنظامي القضاء الفردي و القضاء الجماعي أمام المحاكم الابتدائية.

ولقد أخذ المشرع المغربي بمبدأ التقاضي على درجتين، حيث توجد درجتان من المحاكم، محاكم الدرجة الأولى أو المحاكم الابتدائية، والمحاكم الاستئنافية كدرجة ثانية للتقاضي، فالحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى، يمكن أن يستأنف أمام محاكم الدرجة الثانية، أما النقض فهو أساسا طريقا للطعن في أحكام محاكم الاستئناف باستثناء الأحكام النهائية للمحاكم الابتدائية والتي يطعن فيها بالنقض مباشرة أمام محكمة النقض³ وأنه لا يعتبر درجة ثالثة للتقاضي، ذلك أن محكمة النقض بصفتها محكمة قانون، فإنها لا تراجع القضية التي حكم فيها من حيث الوقائع، كما تفعل محاكم الموضوع، وإنما يقتصر دورها في النظر في مدى موافقة الحكم الصادر عن المحكمة الاستئنافية للقانون، سواء فيما يخص القانون الموضوعي أو الإجرائي⁴.

وبعد التقاضي على درجتين من المبادئ الهامة في الخصومة المدنية، والطعن بالاستئناف هو الترجمة العملية لهذا المبدأ الذي يقوم على إتاحة الفرصة للخصوم لطرح منازعاتهم مجدداً على محكمة أعلى درجة، لتعيد النظر فيه من حيث الوقائع ومن حيث القانون بصرف النظر عن وجهة نظر محكمة أول درجة التي فصلت في النزاع.⁵

وبعد مبدأ التقاضي على درجتين داخل النظام القضائي المغربي أحد الضمانات الكبرى نتيجة إعطائه للمتقاضين فرصة كافية لأن تدرس قضاياهم في مرحلتين، كل مرحلة تعتبر مستقلة عن الأخرى، إذ في استطاعة من لم تتج له فرصة تقديم حججه ووسائل دفاعه في المرحلة الأولى أن يقدمها في المرحلة الثانية، مما يطمئن المتقاضين في حسن سير العدالة⁶.

المحور الثالث: الآثار المترتبة على اعتبار الطعن بالاستئناف ترجمة لمبدأ التقاضي على درجتين

يترتب على اعتبار الاستئناف أداة تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين ما يأتي⁷:

- 1- لا ينبغي أن تقف وظيفة الاستئناف عند مراقبة صحة الحكم المستأنف، وإنما ينبغي إعادة الفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع ومن حيث القانون على حد سواء.
 - 2- لا يجوز استئناف الحكم إلا مرة واحدة، ولا يجوز استئناف الاستئناف.
 - 3- باعتبار الاستئناف طريقاً للطعن في الأحكام القضائية فإنه يخضع بالضرورة للقواعد العامة المقررة للطعن من حيث شروطه ومسوغاته⁸.
 - 4- يعرض الطعن بالاستئناف على محاكم الدرجة الثانية⁹ وجوبا، وهي محاكم الاستئناف فلا يتصور أن ينظر الطعن من قبل المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه نفسها أو أية محكمة موازية لها في الدرجة. ذلك أنه إذا أريد الاقتراب من فكرة العدالة المثالية، تعين أن ينظر ذات النزاع مرة ثانية من قبل محكمة أكثر أهمية وخبرة لأن مرة واحدة لا تكفي لتحقيق اعتبارات العدالة¹⁰.
- وبعبارة أخرى فإن من المتصور النظر إلى قضاء ثاني درجة – بحسبانه ترجمة لمبدأ التقاضي على درجتين – من ناحيتين :
- الأولى: باعتباره وسيلة لمراقبة حكم أول درجة تنتهي بتأييد أو عدم تأييد ذلك الحكم.
- والثانية: باعتباره أداة لإعادة نظر القضية نفسها وبالسلطات نفسها التي تهيات لقاضي أول درجة¹¹.

¹ رغم من أن محاكم الجماعات والمقاطعات لا تدخل في أي درجة من درجات التقاضي سواء العادية منها أو الاستئنافية، إلا أنها تدرس إلى جانب محاكم أول (المحاكم الابتدائية) درجة لانصاليهما عن طريق الإحالة.

² ينص الفصل الرابع من الظهير المتعلق بالتنظيم القضائي المعدل بمقتضى قانون رقم 34.10 على ما يلي: "تعقد المحاكم الابتدائية بما فيها المصنفة، جلساتها مع مراعاة مقتضيات المنصوص عليها في الفصل 5 بعده، وكذا الاختصاصات المخولة لرئيس المحكمة بمقتضى نصوص خاصة، بقاض منفرد وبمساعدة كاتب الضبط، ما عدا الدعاوى العقارية العينية و المختلطة وقضايا الأسرة والميراث، باستثناء النفقة التي يبت فيها بحضور ثلاث قضاة بمن فيهم الرئيس وبمساعدة كاتب الضبط."

³ المجلس الأعلى سابقا.

⁴ أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين حدوده وتطبيقاته في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار النشر النهضة العربية الإسكندرية، 1992، ص 8.

⁵ إبراهيم حرب محيسن: مدى تعلق التقاضي على درجتين بالنظام العام، دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد 1، 2012، ص 263.

⁶ عبد العزيز توفيق: التنظيم القضائي، الجزء الأول، 1995، ص 38.

⁷ راغب وجدي: المرجع السابق، ص 743-744.

⁸ راغب وجدي: نفس المرجع السابق.

⁹ نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالاستئناف، بند 185، ص 168، وما بعدها.

¹⁰ نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالاستئناف، بند 5، ص 9

¹¹ Costa (S.) Manuale di : 13 diritto processuale civile. Torino, 1955, no. 333, p.384.

- 5- لكي يؤدي الإستئناف دوره وفقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، لا بد وأن يتمتع قاضي الإستئناف بالسلطات الكاملة التي يملكها قاضي أول درجة من حيث الوقائع، وكذلك من حيث القانون¹ ولا بد وأن ينظر النزاع من محكمة غير تلك التي فصلت فيه في المرة الأولى.² ولا بد أخيراً أن يتم إعادة النظر في النزاع ذاته في حدود ما رفع عنه الطعن.³
- 6- التقاضي على درجتين هو حق يخول لكل طرف في الحكم الصادر أن يطعن فيه و هو ما يشكل ضماناً من ضمانات حق التقاضي.⁴
- 7- أن الطعن الموجه ضد الأحكام التي تصدر ابتدائياً يمكن الطعن فيها بالاستئناف وفق الطرق التي قررها القانون تأسيساً لمبدأ التقاضي على درجتين و هو حق إجرائي نشأ نتيجة صدور حكم في القضية.⁵
- 8- و التقاضي على درجتين هو حق "يخول لكل طرف في الحكم الصادر أن يطعن فيه و هو ما يشكل ضماناً من ضمانات حق التقاضي"، وهو ما يبرز دوره بأنه لا يمكن التنازل عنه، إذ أنه مسألة لها علاقة بالنظام العام و لا يجوز مخالفته عن طريق الاتفاق.⁶
- 9- اعتباراً على أن حكماً واحداً في النزاع لا يقدم ضمانات كافية، لهذا فإن محل الاستئناف ليس حكم أول درجة وإنما القضية نفسها التي نظرها قاضي أول درجة⁷، أما ما يكون في الحكم المطعون فيه من عيوب سواء اتصلت بعدالته أم بصحته فتواجه في الاستئناف بطريق غير مباشر.⁸
- 10- من بين مظاهر تكريس مبدأ التقاضي على درجتين الاستئناف الذي يعد وسيلة طعن عادية و التي يمكن أن نقول عنها بأنها وسيلة نموذجية باعتباره يمكن من إعادة النظر في الدعوى واقعاً وقانوناً.
- 11- و الطعن بالاستئناف تكريس لمبدأ التقاضي على درجتين و الذي هو وسيلة أساسية لضمان عدالة الأحكام .
- 12- يعتبر الطعن بالاستئناف كطريق طعن عادي أمام محكمة الدرجة الثانية تجسيدا لمبدأ التقاضي على درجتين من النظام العام⁹، كونه يشكل ضماناً هامة في ممارسة حق التقاضي وإمكانية الدفاع عن الحقوق أمام جميع المحاكم بمختلف درجاتها تكريساً لمبدأ الحق في محاكمة عادلة، لما في ذلك ما يساعد على تدارك الأخطاء القضائية للأحكام الابتدائية، وإتاحة الفرصة للخصوم، أو خلفائهم¹⁰ - مرة واحدة فقط¹¹ - وذلك لاستدراك ما فات الخصوم من دفع وأدلة أمام محكمة أول درجة، لا سيما وأن الغاية التي شرع من أجلها هذا النوع من الطعون تتجلى في إعادة الفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون من قبل محكمة الدرجة الثانية¹². بل يجوز استثناء تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف وفق ما هو محدد في الفصل 143 من ق م ق م¹³، أو طلب التدخل في الدعوى ممن قد يكون لهم الحق في أن يستعملوا التعرض الخارج عن

¹ والي فتحي: الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، بند 366، ص 732، نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالإستئناف، بند 1، ص 5.

² نبيل إسماعيل عمر: الطعن بالاستئناف وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية، بند 1 ص 5.

³ راغبوجدي: مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص 752.

⁴ SELMI Houcine, Le double degré de juridiction en droit privé tunisien, mémoire D.E.A, 1983-1984. P80.

⁵ عبد المنعم حسن " طرق الطعن في الأحكام المدنية و التجارية " دار العلم للطباعة، 1975، صفحة 13.

⁶ SELMI Houcine, Op. Cit. P80.

⁷ والي فتحي: الوسيط في قانون القضاء المدني، م س، بند 360، ص 715

⁸ والي فتحي: الوسيط في قانون القضاء المدني م س، بند 360، ص 715

⁹ جاء في قرار عدد 1085 الصادر بتاريخ 28 فبراير 2012 في الملف المدني عدد 2011/2/1/2956 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 76 ما يلي:

"إن التقاضي على درجتين هو من النظام العام، واستئناف الأحكام ينشر الدعوى أمامها من جديد ليتيح لها البت في جوهر موضوعها، وأن إحجاماً عن ذلك يشكل خرقاً للفصل 146 من ق.م. الذي يوجب عليها إذا ما ألغت الحكم المطعون فيه أن تتصدى له في الجوهر إذا كانت جاهزة"

¹⁰ اعتبرت محكمة النقض أن مجرد إثبات الورثة لصفته الإزنية في الهالك يخولهم حق الطعن بالاستئناف في الحكم، ولو لم تسجل إرائهم بالرسم العقاري، وقضى بنقض القرار الاستئنافي المطعون فيه القاضي بعدم قبول استئناف الورثة لانعدام الصفة بسبب عدم تسجيل إرائهم بالرسم العقاري.

-قرار محكمة النقض عدد 734 صادر بتاريخ 7 مارس 1995 في الملف المدني عدد 87/3905 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 47- ص 35.

¹¹ جاء في قرار لمحكمة النقض أن " طرق الطعن في الأحكام لا تمارس إلا مرة واحدة. وأن الشخص الذي خسر الطعن بالاستئناف في حكم ما بسبب عدم احترامه شروط القبول. عدم بيان الأسباب. لا يجوز له أن يعود إلى استئناف نفس الحكم من جديد بمقال مستوف للشروط. وأن المحكمة عندما قبلت استئناف حكم سبق التصريح بعدم قبول استئنافه تكون قد خرقت قاعدة جوهرية تتعلق بممارسة الطعن في الأحكام."

-قرار رقم 141 صادر بتاريخ 23 فبراير 1977 منشور بمجلة المحاماة عدد 13. ص 120.

¹² قرار محكمة النقض عدد 70 صادر بتاريخ 24 ماي 1977 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 128. ص 100، اعتبر بمقتضاه أن " الاستئناف ينشر الدعوى من جديد أمام محكمة الدرجة الثانية ويبقى الحق للأطراف في إثارة كل الدفوع التي يرونها لصالحهم أمام المحكمة المذكورة."

¹³ تنص مقتضيات الفصل 143 من ق م ق م على ما يلي:

"لا يمكن تقديم أي طلب جديد أثناء النظر في الاستئناف باستثناء طلب المرافعة أو كون الطلب الجديد لا يعدو أن يكون دفاعاً عن الطلب الأصلي. يجوز للأطراف أيضاً طلب الفوائد وربع العمرة والكراء والملحقات الأخرى المستحقة منذ صدور الحكم المستأنف وكذلك تعويض الأضرار الناتجة بعده. لا يعد طلباً جديداً الطلب المترتب مباشرة عن الطلب الأصلي والذي يرمي إلى نفس الغايات رغم أنه أسس على أسباب أو علل مختلفة."

-وقد اعتبر محكمة النقض في هذا السياق أنه: " طبقاً للفقرة الأولى من الفصل 143 من ق م ق م فإن الطلب الذي يمكن تقديمه لأول مرة أثناء النظر في الاستئناف، هو المترتب مباشرة عن الطلب الأصلي والذي يرمي إلى نفس غايته، لذلك فالطلب المقابل الذي المثل به من طرف المستأنفة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف الرامي إلى المصادقة على الإعلام بالإفراج لا يهدف للدفاع عن الطلب الأصلي المتعلق بإبطال التنبيه بالإفراج لاختلاف موضوع الطلبين، لذلك فهو يعد طلباً جديداً، ومحكمة الاستئناف لما اعتبرته كذلك وصرحت بعدم قبوله، تكون قد طبقت بصفة صحيحة أحكام الفصل المذكور والوسيلة على غير أساس ". -قرار رقم 1647 صادر بتاريخ 25 أكتوبر 2000 في الملف التجاري رقم 98/2/1/105 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد مزدوج 58.57. السنة 23. ص 204.

كما أن نفس المحكمة اعتبرت في قرار آخر أنه:

"... لما كان الأثر القانوني والفعلية المترتب بداهة عن الحكم بفسخ عقد الكراء هو إفراج المكثري من المحل موضوع العقد فإن طلب تفسير القرار الاستئنافي القاضي فقط بفسخ عقد الكراء وذلك بالتنصيص على إفراج المكثري هو أو من يقوم مقامه لا يعتبر طلباً جديداً باعتبار أنه لم يضاف أية واقعة جديدة وإنما كان القصد منه هو إعطاء المعنى الصحيح لفسخ عقد الكراء وترتيب الآثار القانونية لهذا الفسخ الذي لا يمكن تصوره بدون إفراج، ومن ثم فإن المحكمة عندما قضت في النازلة بناء على ما ذكر تكون قد صادفت الصواب."

-قرار عدد 46 صادر بتاريخ 15 يناير 03 في الملف عدد 03/1/3/1055 (مشار إليه ضمن التقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2003). ص 106.

الخصومة، أو تقديم مقال استئناف فرعي من طرف المستأنف عليه قبل إقفال باب المرافعة، أو ممارسة الاستئناف المثار بسبب الاستئناف الأصلي المنصوص عليه في الفصل 135 من ق م م¹.

13- تعتبر ازدواجية درجات التقاضي عاملاً من عوامل الأمن القانوني، لأن الاستئناف يتفادى ما عسى أن يشوب حكم محكمة أول درجة من عيوب، إما بسبب اعتمادها على ملف خال من أدلة الإثبات أو بسبب سوء تقديرها، ومنه يصبح الاستئناف أكثر من مجرد إعادة نظر ملف الدعوى، بل يصبح طريقاً لإنهاء الفصل في الدعوى، وبناء على ذلك، فإن

القاعدة تعتبر مبدأ إجرائياً عاماً لا يجوز أن يلحق مساس إلا بنص تشريعي².

14- يعد نظر النزاع على درجتين ضماناً أساسية للتقاضي لا يجوز حجها عن المتخاصمين بغير نص صريح ووفق أسس موضوعية، بما مؤداه أن الخروج عنها لا يفترض، وذلك سواء نظر إلى الطعن استئنافاً في الأحكام الصادرة بصفة ابتدائية باعتباره طريقاً محتوماً لمراقبة سلامتها وتقويم اعوجاجها³.

إن تحقيق العدالة أوجب إقرار مبدأ التقاضي على درجتين –أو كما يطلق عليها رجال القانون تعدد درجات التقاضي- وكذا إقرار احترام هذا المبدأ القانوني المترسخ في جميع التنظيمات القضائية المختلفة.

خاتمة:

تطرقت هذه الدراسة إلى موضوع "مبدأ التقاضي على درجتين وترجمته وفق نظام التقاضي المغربي" باعتباره مفهوماً يتطلب عرض النزاع على محكمة أعلى درجة لتقول كلمتها فيه من جديد بقضاء حاسم. وهو مبدأ قد تطور من مجرد وسيلة لتصويب قضاء أول درجة إلى أداة فاعلة لحسم النزاع بكل تداعياته دون إغفال لدوره التقليدي، وهو ما سمح بإدخال عناصر جديدة في المرحلة الإستئنافية تمثيلاً من الدور الحديث للمحكمة الإستئنافية لكونها الأداة التنفيذية لتطبيق مبدأ التقاضي على درجتين؛ وتبعاً لذلك لم يعد دور المحكمة الإستئنافية يقتصر على مجرد مراقبة قضاء أول درجة، وإنما مناسبة لإعادة النظر في النزاع بكل ما اشتمل عليه من عناصر سبق وأن عرضت على محكمة الدرجة الأولى، وما يمكن أن يضاف إليها من عناصر جديدة مرتبطة بموضوع الدعوى الأصلية.

ونستطيع أن نقرر الأهداف الذي تترتب على مجال إعمال مبدأ التقاضي على درجتين:

- أنه ضماناً أكيدة لحسن سير القضاء وتحقيق العدالة.
- أنه يضمن الحماية القضائية الكاملة للحقوق.
- أنه يضمن تصحيح ما شاب الأحكام القضائية من أخطاء وعيوب ونواقص
- أنه يضمن إشراف المحاكم الأعلى درجة على صحة وشرعية أعمال المحاكم الأدنى درجة.
- أن يؤدي إلى تدارك أخطاء القضاة
- أنه يؤدي إلى استدراك الخصوم لما فاتهم من تقديمه من دفاع وأدلة أمام محكمة الدرجة الأولى.
- أنه يؤدي إلى استقرار المراكز القانونية للأفراد.
- أنه يمكن من إعادة النظر في الدعوى واقعاً وقانوناً، وهو وسيلة أساسية لضمان عدالة الأحكام.
- أن الطعون في الأحكام هي امتداد ضروري للتطبيق الصحيح للقانون.
- أن من شأنه التأكيد مما إذا كان حكم محكمة أول درجة قد طبق حكم القانون تطبيقاً صحيحاً فتؤيده، أو أنه لم يفصل في النزاع بصورة صحيحة ولم يعطي صاحب الحق حقه فتلغيه وتصدر حكماً آخر ينصفه.

وما نسجله في هذا الصدد الإشارة إلى أنه قد آن الأوان لإحداث تعديل في نظام الطعن بطريق الاستئناف يعطي هذه المحكمة المجال لتجاوز الدور التقليدي ووضع حد للنزاع في مرحلة حاسمة، ويمكن في هذا السياق مجازة التشريعات المقارنة فيما ذهبت إليه بهذا الخصوص، وهي خطوات جديدة بالاتباع إذا ما أريد تحديث تشريعاتنا الوطنية لتصبح أكثر ملاءمة واستجابة لروح العصر وإبقاء بحسن سير القضاء.

وأخيراً نذهب إلى اعتبار أن الطعن بالاستئناف بمثابة الآلية المانعة لكل خطأ، ولكن ليس بشكل مطلق –إن لم نقل الغالب-، بحيث قد يستمر الخطأ حتى بعد استعمال الطعن وهذا منتهى حيلة البشر.

¹ ينص الفصل 135 من ق م م على ما يلي: "يحق للمستأنف عليه رفع استئناف فرعي في كل الأحوال ولو كان قد طلب دون تحفظ تبليغ الحكم ويكون كل استئناف نتج عن الاستئناف الأصلي مقبولاً في جميع الأحوال غير أنه لا يمكن في أي حالة أن يكون سبباً في تأخير الفصل في الاستئناف الأصلي".

² البلتاجي سامح جابر: التصدي في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2000، ص 86.

³ تركي علي عبد الحميد: نطاق القضية في الاستئناف، دار النهضة العربية، 1998، ص 120.

منطقة شمال إفريقيا بين التنافس الأمريكي والأوروبي

سيدي سيداتي العلوي
طالب باحث في سلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية والاقتصادية-
جامعة محمد الخامس الرباط

مقدمة:

تتوفر منطقة شمال إفريقيا على مجموعة من المقومات، والتي تجعلها تحتل مركزا عالميا متميزا، وهو الموقع الجيوستراتيجي والمحيط الهادي والبحر الأبيض المتوسط وحوض النيل، ومضيق جبل طارق وقناة السويس، هذا بالإضافة إلى إمكاناتها الطبيعية والمعدنية والطاقة والسكانية، مما جعلها في مركز الصراعات الدولية والإقليمية، والتي رسمت مجموعة من المخططات الإستراتيجية للدول الغربية.

وهكذا أولت استراتيجيات القوى العظمى البحر المتوسط أهمية كبيرة لمكانته الهامة ولوضعه الجيوستراتيجي المتميز وتأثيره على التجارة والمواصلات العالمية. ولقد شكل ما تخر به منطقة شمال إفريقيا من موارد طبيعية، ومواد أولية وما توافر لها من أهمية جيواستراتيجية، تعاضمت وتزايدت وفق منظور ورؤية القوى العظمى الطامعة فيها وصاحبة المصلحة والنفوذ وتواكبت وتوازنت مع ما لحق النظام الدولي من تبدلات وتغيرات وتطورات، وأصبحت منطقة شمال إفريقيا بذلك موقعا أوليا هاما في الاستراتيجيات الكونية للقوى العظمى¹.

ففي إطار موقع شمال إفريقيا بالنسبة لأوروبا فيمكن رصد ارتباطها بالإنحد الأوروبي عبر مسيرة لازالت متواصلة، فشمال إفريقيا وأوروبا أكثر من عنوان وأكثر من تاريخ وجغرافيا، إنه مشروع يتكّن على قدرته الجغرافية ويتعلم من تجارب التاريخ².

وما إن بدأت أوروبا في التحول لصيغة الاتحاد الأوروبي سنة 1992 وإنباع مشاريعها الإستراتيجية الخاصة في شرق القارة والبحر المتوسط، ونهج سياسات لا تتسق تماما مع السياسة الأمريكية، حتى بدأ جدل فكري حول احتمال ظهور الاتحاد الأوروبي كمنافس على أحد مراكز القوة في النظام العالمي، دعم ذلك الجدل اتجاه الاتحاد الأوروبي إلى التوسع لضم باقي دول أوروبا ليصبح مؤسسة أوروبية ذات سياسة دفاعية وخارجية مشتركة³.

فما هي مظاهر التنافس الأمريكي الأوروبي على منطقة شمال إفريقيا؟ وما هي أبعاد هذا التنافس على منطقة شمال إفريقيا؟

الفرع الأول: مظاهر التنافس الأمريكي الأوروبي على منطقة شمال إفريقيا.

لقد كان للمتغيرات الدولية التي جاء بها النظام العالمي الجديد. وبروز أمريكا كقوة عظمى أخذت المصالح الاقتصادية تفرض نفسها بقوة مما أضفى نوعا من التقويم في السياسات الخارجية الأمريكية⁴.

وذلك ما ينطبق بالتحديد على السياسة الأمريكية الجديدة تجاه المصالح الأوروبية والفرنسية تحديدا في منطقة المغرب العربي، إذ بدأت الولايات المتحدة تجهر بمواقف سياسية مزاحمة للسياسة الفرنسية، مثلما بدأت فرنسا تدرك أن النظم السياسية في المغرب العربي باتت حريصة أكثر على تمتين علاقاتها بالإدارة الأمريكية وعلى أخذ مواقف واشنطن في اعتبار سياساتها الخارجية⁵.

لقد تفاوتت الاستراتيجيات التي اتبعتها كل قوة عالمية أو إقليمية في التعاطي مع دول المنطقة، فبينما تميل الولايات المتحدة الأمريكية ومن ورائها دول الاتحاد الأوروبي إلى التعاون مع الدول العربية على نحو متميز ككيانات منفصلة، وليست كتلة واحدة متماسكة، وبالتالي فقد كانت المصالح ولا زالت هي المحرك الرئيسي لردود أفعال القوى الإقليمية حيال أي تطورات تحتاج المنطقة، وكلما تلاقت مصالح تلك القوى، كلما تعاضمت فرص التنسيق والتعاون فيما بينها، وكلما تناقضت هذه المصالح، فإن المنافس سيكون هو سيد الموقف، وتختلف مستويات هذا التنافس حسب نجاح أو إخفاق تلك القوى المتنافسة في تقنين تلك المنافسة⁶.

لقد جاء التحرك الفرنسي بعد إدراك فرنسا أن الإستراتيجية الحالية التي وضعتها واشنطن تهدف إلى احتلال مراكز نفوذ أو تأثير على طول الضفة الجنوبية للبحر المتوسط من المغرب إلى مصر مروراً بالجزائر وتونس، ولكي تحقق ذلك جندت الإدارة الأمريكية كل ما لديها من وسائل لاستدراج كل دول هذه المنطقة لتدليل مشاكلها وسد حاجياتها المختلفة لقطع روابطها القديمة مع أوروبا وفرنسا خاصة، كما أن الإدارة الأمريكية تسعى إلى إنهاء كل النزاعات المحلية. وفي مقدمتها قضية الصحراء لتأليف مجموعة جغرافية تميل إلى أمريكا⁷.

لكن مع المتغيرات الدولية التي جاء بها النظام العالمي الجديد، أخذت المصالح الاقتصادية تفرض نفسها بقوة مما أضفى نوعا من التقويم في السياسات الخارجية الأمريكية، من هنا جاءت على عهد الرئيس الديمقراطي وليام كيلنتون مبادرة إيزنستات المحتشمة في جانبها السياسي، إذ خاطبت فقط الدول المغاربية الثلاث (تونس، المغرب، الجزائر)، ونظرا لفشل هذه المبادرة أطلقت واشنطن عدة مبادرات شرق أوسطية (كمبادرة الشراكة الشرق أوسطية في 2002 ومشروع التبادل الحر الشرق أوسطية 2003 لتيتم إدماج كل هذه المبادرات فيما سمي بمشروع الشرق الأوسط الكبير، إذ يؤمن المشروع بأن مفاتيح آسيا تكمن في أفغانستان وتوضع سوريا في هذا المشروع كمستهدف بعد العراق وأن الامتداد الجغرافي لسوريا يكون في مصر والامتداد الجغرافي لمصر يكون في ليبيا والجزائر والامتداد الجغرافي للجزائر يكون في موريتانيا وموريتانيا تمثل نقطة انطلاق إلى مناطق وسط وغرب إفريقيا⁸.

¹ السيد عوض عثمان: "التدخل الأجنبي والفرنسي في شمال إفريقيا ووسط إفريقيا"، معهد الإنماء العربي للدراسات الإستراتيجية، الطبعة الأولى، 1989، ص: 5.

² سمير صارم: "أوروبا والعرب من الحوار... إلى الشراكة"، دار الفكر المعاصر، سلسلة قضايا الساعة رقم 4، الطبعة الأولى، أبريل 2000 ص 349-350.

³ محمد السيد سليم: "السياسة الأوروبية والأمريكية في الشرق الأوسط توافق أو تفاوض؟" دراسات إستراتيجية السنة 14، العدد 45 نونبر 2004، ص 114.

⁴ مصعب يوسف محلا: "مقاربة جيوبوليتيكية للمشرق العربي في ضوء التطورات الدولية الراهنة". رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق، أكادال - الرباط، السنة الجامعية 2003-2004، ص: 102.

⁵ عبد الإله بلقزيز: "الولايات المتحدة الأمريكية والمغرب العربي من الاهتمام الاستراتيجي إلى الإخفاق التكتيكي".

ورد في: الوطن العربي في السياسة الأمريكية. مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة كتب المستقبل العربي 22، بيروت الطبعة الأولى، تشرين الثاني / نوفمبر 2002، ص 74-75.

⁶ د. وليد محمود عبد الناصر "التدويل: التنافس العالمي على النفوذ والثروة في المنطقة العربية"، مجلة السياسة الدولية، العدد 189 يونيو 2012، ص: 93-94.

⁷ السيد عوض عثمان: "التدخل الأجنبي والفرنسي في شمال إفريقيا ووسط إفريقيا"، معهد الإنماء العربي للدراسات الإستراتيجية، الطبعة الأولى، 1989، ص: 177-178.

⁸ مصعب يوسف محلا: "مقاربة جيوبوليتيكية للمشرق العربي في ضوء التطورات الدولية الراهنة". رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال - الرباط-2003-2004، ص: 102.

إن الشراكة الأمريكية-المغربية المطروحة ليست مشروعا اقتصاديا فقط، وإنما تركز على تشاور وتنسيق سياسيين دائمين على نحو شبيه بالشراكة مع الاتحاد الأوروبي، حيث يتلائم البعد الاقتصادي مع البعد السياسي، غير أن هذه الشراكة مفتوحة فقط أمام دول المنطقة التي تلتزم المعايير الدولية كالمغرب وتونس والجزائر¹.

وقد حملت هذه الشراكة عدة أبعاد من بينها تطوير وحصر الشراكة الأوروبية-متوسطة بكل أبعادها، كما تشكل مجالا واسعا للاستثمارات الأمريكية، وإذا ما تم تطويرها وتوسيعها من خلال الأفكار والتصورات المطروحة يمكن أن تشكل منطقة تعويضية بكل ما تواجهه الإستراتيجية الأمريكية من انعكاسات في المستقبل في مناطق أخرى لذلك فإن إعادة هيكلة الاقتصاد وإقامة تعاون اقتصادي مع دول هذه المنطقة يمثل سقوا احتياطية خاصة وأنه ليس للولايات المتحدة الأمريكية ماض استعماري يمكن أن يثير حساسية شعوب المنطقة، كما تواجه فرنسا وبعض الدول الأوروبية مواقف عدائية من مجتمعات الدول التي كانت تستعمرها، ولكن الدلالة المهمة والتي لا يمكن تجاهلها هو الهجوم الدبلوماسي الأمريكي للدخول بقوة إلى القارة الأفريقية لأسباب إستراتيجية واقتصادية².

وتتلخص أهداف هذه الشراكة المقترحة في³:

- ربط الولايات المتحدة ودول شمال إفريقيا الثلاث في الميادين التجارية والاستثمارية.
- التعامل مع المغرب العربي كوحدة اقتصادية واحدة.
- التشجيع على رفع الحواجز الداخلية بين دول شمال إفريقيا.
- إعطاء دور مركزي للقطاع الخاص في مشروع الشراكة المقترح.

هذه الإدارة التي دفعها المتغيرات الدولية الجديدة إلى إعادة توجيه السياسة الخارجية الأمريكية في إفريقيا وإعادة ترتيب أولوياتها وأهدافها، وأصبحت المشروطة السياسية هي المعيار الأكثر تحديدا في هذه السياسة⁴.

لقد كان من نتائج الشراكة بين الولايات المتحدة وبعض بلدان شمال إفريقيا أن أثارت قلق الكثير من مؤسسات البحث الأوروبية⁵.

لقد واجهت السياسة الأوروبية في منطقة شمال إفريقيا مجموعة من المخاطر القادمة من الجنوب، والمتمثلة في الانفجار السكاني، وظهور ما يسمى بالإرهاب، من هنا كان تشجيع الاتحاد الأوروبي للأنظمة الحاكمة في دول شمال إفريقيا في مساعيها نحو الإصلاحات السياسية والاقتصادية.

وهو ما دفع باقتصاديات الدول المغربية إلى تبني مجموعة من الإصلاحات الهيكلية وإعادة جدولة ديونها الخارجية طبقا لإرشادات صندوق النقد الدولي، ومن هنا نكون أمام ما يسمى بالاقتصاد المعولم، على هذه الخلفية السياسية، الأمنية والاقتصادية، يتم طرح الشراكة الأوروبية المتوسطية التي أطلقها مسلسل برشلونة عام 1995، والتي تستجيب لهذه الانشغالات التي تظهر في الركائز الأساسية لهذه الشراكة وهي التجارة الحرة من خلال إقامة منطقة للتبادل الحر أوروبية متوسطية سنة 2010 وثانيا المساعدات المالية لدعم التحديث وإعادة هيكلة الاقتصاد ودعم التعاون الإقليمي، والسلام وثالثا التعاون في قضايا الطاقة البيئة المعلوماتية وتحرير حركة الرأس مال⁶.

والفلسفة السياسية العامة التي تواجه الشراكة الأوروبية تبني تحقيق رؤية تكاملية محملة بأبعاد سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية، بين ضفتي المتوسط، لا تقتصر فيها على العلاقة الاقتصادية المحضة، بل احتواء المنطقة برمتها تحت مظلتها، لسحب البساط من التدخل الأمريكي في مصالحها⁷.

لقد وقف الاتحاد الأوروبي مع بداية القرن الحادي والعشرين الأكثر اقترابا للتعاقد مع الولايات المتحدة الأمريكية، ورغم أن الاقتصاد الأمريكي يبلغ أربع مرات أكبر من اقتصاد ألمانيا، فإن مجموع اقتصاد الاتحاد الأوروبي أكبر بشكل طفيف من الاقتصاد الأمريكي، وسكان أوروبا الذين يبلغون 500 مليون هم أكبر بشكل كبير من سكان أمريكا الثلاثمائة مليون. ويعتبر مستوى دخل الفرد الأمريكي أعلى من مثيله في الاتحاد الأوروبي، ولكن فيما يتعلق بالرأس مال البشري والتكنولوجيا والقيادات، فإن أوروبا منافس نظير للولايات المتحدة⁸.

إلا أن المشاكل التي واجهت الجهود الأوروبية لإحياء مسار برشلونة لازالت عالقة مما أثبت صعوبة وضع المسار على سكة انطلاق جديدة، كما أن تعثر إرساء منطقة تبادل حر في المنطقة ظل محل انتقاد متواصل من الدول المغربية، والتي ما فتئت (المغرب، تونس، الجزائر) تعبر عن امتعاضها من غياب آثار إيجابية لتلك الالتزامات، ويعود امتعاض هذه الدول ومن بينها المغرب إلى عدة أسباب منها تقلص الاستثمارات الأوروبية بنسبة (5%) وتبقى مسألة حرية تنقل المواطنين بما فهم رجال الأعمال المغربية مطروحة أكثر⁹.

فالتعامل الأوروبي مع دول شمال إفريقيا يختلف عن التعامل الأمريكي مع دول المنطقة، فالأمريكيون يرون مصالحهم في التعامل السياسي مع المغرب العربي كوحدة إقليمية على الصعيد السياسي، لا مع بلدان متفرقة كما هو الحال في ظل الاتحاد المغربي لعدة اعتبارات منها السياسي (قضية الصحراء) والاقتصادي (ضعف المبادلات البينية المغربية)، فالفرق بين الشراكة الأمريكية والشراكة الأوروبية يكمن في أن الأولى تصر على التعامل مع المغرب العربي كوحدة إقليمية¹⁰.

¹. نص مقابلة تلفزيونية مع ستيوارت إيزنستات مع القناة المغربية الثانية بتاريخ 17 يونيو 1998.

². سامي عبد الله خصاونة: "العلاقات الأمريكية نحو مستقبل مشرق" الجامعة الأردنية، عمان 2001، ص: 03.

³. تصريح ستيوارت إيزنستات في غرفة التجارة التونسية الأمريكية بتاريخ: 16-06-1998.

⁴. بتار ولدا سلك: "المشروطة السياسية وأثرها على التحول الديمقراطي في إفريقيا - حالة المغرب العربي". رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس - أكادال- كلية الحقوق 2006-2007، ص: 22.

⁵. كتبت الخيرة الإسبانية لأورا فيلير من جامعة برشلونة قائلة: "إن الولايات المتحدة حققت خلال السنوات الأخيرة مصالح إستراتيجية في منطقة المغرب العربي، من خلال مبادرتها بإنشاء السوق المغربية- الأمريكية المعروفة بمشروع إيزنستات وبروز الدور الأمريكي في ملف الصحراء المتنازع عليها بين المغرب وجهة البوليساريو المدعومة من جانب الجزائر، وقد تجسد الأمر في مساعي جيمس بيكر، وزير الخارجية الأمريكي الأسبق.

⁶. سمير صارم: "أوروبا والعرب من الحوار إلى الشراكة"، الطبعة الأولى، أبريل، 2000 دار الفكر المعاصر بیروت، دار الفكر دمشق، ص: 348.

⁷- حسن مصدق، "أبعاد الصراع الفرنسي الأمريكي على المغرب العربي والشرق الأوسط وإفريقيا"، مجلة شؤون عربية، تصدر عن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، العدد 144، السنة 2010، ص: 258.

⁸- الدكتور السيد أمين شلي، "عالم متعدد الأقطاب: ماذا يعني للعالم العربي"، مجلة شؤون عربية تصدر عن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، العدد 149، السنة 2012، ص: 145.

⁹. إلياس سي زير: "أوروبا المغرب العربي، المسيرة اللاهتة" مجلة JEUNE AFRIQUE بالعربية، العدد الأول، ماي، يونيو 2004، ص: 60.

¹⁰. توفيق المديني: "الصراع التنافسي بين الشراكتين الأوروبية والأمريكية على المغرب العربي" مجلة حوار العرب، الطبعة الأولى، عدد 3 فبراير 2003، ص: 86.

الفرع الثاني: أبعاد التنافس الأمريكي الأوروبي على منطقة شمال إفريقيا.

تعتبر الأهداف الجيواقتصادية والجيوسياسية للإتحاد الأوروبي وللولايات المتحدة الأمريكية في البحر المتوسط عموماً وفي صفته الجنوبية خصوصاً لا تتطابق بالضرورة ذلك أن مسلسل برشلونة يختلف ويتعارض في العديد من جوانبه مع مسلسل الدار البيضاء-عمان-القاهرة-الدوحة حول شمال إفريقيا والشرق الأوسط التي رعتها الولايات المتحدة في إطار مسلسل التسوية العربية العربية الإسرائيلية¹.

وإذا كانت الولايات المتحدة هي الفاعل الرئيس في الشرق أوسطية، وهو المشرع الذي كان في الأساس صياغة صهيونية جديدة للمنطقة، بحيث تكون إسرائيل القوة المهيمنة اقتصادياً وفكرياً وعسكرياً، وإضعاف الأمة العربية وتطويقها وإعادة ترتيبها من جديد، فإن الأورومتوسطية لم تكن إلا لاستيعاب الولايات المتحدة عن محددات السياسة الأورومتوسطية وإن كانت إسرائيل جزءاً من هذه التجمعات التي ركزت السياسة اهتمامها لتحديد مكونات فضاء متوسطي ضمن إطار الالتزام السياسي والإستراتيجي لأوروبا في علاقاتها التنافسية مع الولايات المتحدة التي حاولت من جانبها الالتفاف على هذه الشراكة الأورومتوسطية وترسيخ حضورها في المنطقة المتوسطية والشرق أوسطية، ومن خلال ما تطرحه من مشاريع وتعريفات إقليمية وستظل بقوتها العسكرية وإمكاناتها المالية والتكنولوجية وهيمنتها على مصادر الطاقة إنتاجاً وسعراً².

وإذا كانت إسرائيل طرفاً في كلتا المبادرتين المطروحتين من طرف الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا بالرغم أن وجودها ليس بالقوة التي توجد بها في المبادرة الأوروبية، وإذا كان استهداف دمج إسرائيل في اقتصاد المنطقة هدفاً لكلتا المبادرتين يبقى في المبادرة الأوروبية أخف بكثير، أما المبادرة الأمريكية فهي صريحة لأبعد حد لتحقيق هذا الهدف وإن لم يكن هو الهدف الرئيسي والأول لها³ كما أن مشروع الشرق الأوسط الكبير هو تكملة للشرق أوسطية (الخطة الأمريكية الإسرائيلية) وما دامت المبادرة الأمريكية تعتبر بدون تحفظ إسرائيل هي الدولة الحرة في الشرق الأوسط، بينما تم تصنيف الأردن والمغرب كدول (نصف حرة) علماً أن كلا الدولتين تربطهما بأمريكا اتفاقية للتبادل الحر، واعتبار مصر والجزائر وتونس دولاً (غير حرة)⁴.

من جانب آخر فالمشروع الأوروبي والأمريكي يعطي بعداً واضحاً للمشروطة السياسية وازدواجية المعايير في منطقة شمال إفريقيا، فتعامل أمريكا وأوروبا مع المنطقة يأتي على حساب شروط سياسية واضحة في حالة كل من موريتانيا والمغرب وليبيا على مر الفترات السابقة كما هو الحال على سبيل المثال في ليبيا وبعد قضية لوكربي واحتجاز الممرضات البلغاريات فلم يسمح لها بالانضمام إلى مسلسل برشلونة لكن بمجرد تخليها الطوعي عن معدات تدخل إنتاج أسلحة محظورة دولياً أخذت العلاقات بين الاتحاد الأوروبي وليبيا تأخذ منعطفاً جديداً بعد رفع العقوبات.

تختلف السياسة الأورومتوسطية عن السياسة الشرق أوسطية على أساس أن السياسة الأورومتوسطية تسعى إلى إقامة منطقة للتبادل الحر قادرة على مواجهة التجمعات الاقتصادية والتجارية الكبرى المنافسة لها ونخص بالذكر النافتا (NAFTA) وجمعية التعاون الاقتصادي لدول آسيا والمحيط الهادي (APEC) وجمعية دول جنوب شرق آسيا (ASEAN). أما التواجد الأمريكي في المنطقة فمرتبط بحرب الخليج الثانية وانطلاق مسلسل السلام العربي الإسرائيلي، إلا أن هذا الدور التنافسي بين الطرفين توجد بينه عناصر التعاون خاصة في المجال الإستراتيجي والأمني، فالسياسة الأورومتوسطية تلتقي مع السياسة الشرق أوسطية في تأمين العمق الإستراتيجي لأوروبا الغربية وللحلف الأطلسي إضافة إلى إدماج دول المنطقة المتوسطية في اقتصاد السوق المعولم⁵.

¹ الجناتي الإدريسي: "دراسة مقارنة للمبادرتين الأوروبية والأمريكية للشراكة مع البلدان المغاربية" المجلة العربية للدراسات الدولية، العدد 3 يونيو 1999، ص 19.

² سامي عبد الله خصاونة: "العلاقات العربية الأمريكية نحو مستقبل مشرق" الجامعة الأردنية، عمان 2001، ص: 458.

³ مغاوري شلي علي: "المبادرة الأمريكية لتحرير التجارة مع الشرق الأوسط بين الاقتصاد والسياسة"، مجلة السياسة الدولية، العدد 156 أبريل 2004، المجلد 39، ص 298.

⁴ حنان البديري: "أفكار ما بعد الشرق الأوسط" مجلة الأهرام الإستراتيجية، السنة 10 العدد 117 شتنبر 2004 (يصدرها مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية الأهرام) ص 104.

⁵ عبد الحق الجناتي الإدريسي: "دراسة مقارنة للمبادرتين الأوروبية والأمريكية بشأن إقامة شراكة شاملة مع البلدان المغاربية" المجلة العربية للدراسات الدولية، تصدر عن جامعة محمد الأول وجدة، العدد 3 يونيو 1999، ص 15.

مبدأ حق تقرير المصير بين النظرية والتطبيق.

سليمان حسين كشيبي حسين
باحث دكتوراه في القانون الدولي العام و العلوم السياسية
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا
جامعة محمد الخامس –الرباط

مقدمة

يعتبر مبدأ حق تقرير المصير السياسي للشعوب حجر الزاوية في الحياة الدولية المعاصرة، حيث يمثل هذا الحق الأداة القانونية لتمكين الشعوب الخاضعة للسيطرة والاستعمار الأجنبي من تحقيق استقلالها وحرية إقامة كياناتها المستقلة، وتحقيق سيادتها الوطنية¹. فلمبدأ حق تقرير المصير مظهران: المظهر الدولي يكرس حق الشعب في الاستقلال، والمظهر الداخلي الذي يعترف لذات الشعب بحق تقرير مركزه السياسي والاقتصادي والاجتماعي بدون تدخل خارجي². غير أن القانون الدولي في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية ساند فكرة التطبيق الضيق والمحدود لمبدأ حق تقرير المصير، وذلك عندما تم ربط المبدأ بالمطالب المضادة بطبيعتها للاستعمار³. ومن هنا ثار الخلاف الفقهي والجدل السياسي حول معنى وهدف تقرير المصير، نظراً لأن مبدأ حق تقرير المصير يكتسي صبغة خاصة لأنه يهدد استقرار المجتمع الدولي، إذ أن تطبيقه قد يمس بسيادة الدول وسلامة أراضيها، لهذه الأسباب وغيرها، ظل مبدأ حق تقرير المصير محدود التطبيق من طرف الدول الإستعمارية والتي كانت ترى فيه نهاية لسيطرتها على الأقاليم والشعوب التي ترزح تحت جبروتها، وحتى من طرف الدول حديثة العهد بالإستقلال، والتي كانت قد استفادت منه في الواقع فأصبحت ترى في تطبيقه المستمر والمتواصل خطراً على كيانه الموروث عن الإستعمار⁴. ومن خلال ذلك نحاول معالجة الإشكالية الرئيسية التالية ماهي أبرز الإشكاليات النظرية والواقعية لمبدأ حق تقرير المصير و من خلال ذلك سنقوم

بتفكيك الدراسة إلى محورين

أولاً: مفهوم مبدأ حق تقرير المصير

ثانياً: التحديات التي تواجه تطبيق مبدأ حق تقرير المصير

أولاً: مفهوم مبدأ حق تقرير المصير

من المعلوم أن مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها يتميز بالنسبة لمضمونه بعدم الوضوح، ولذلك كان محلاً للعديد من التفسيرات المتعارضة⁵ ويرجع ذلك إلى أن الميثاق لم يحدد المقصود بحق الشعوب في تقرير مصيرها واكتفى بمجرد النص على هذا المبدأ في مادته الأولى (الفقرة الثانية) وكذلك المادة (55)، ونتيجة لهذا الغموض ظهرت العديد من التفسيرات – مبدأ حق الشعوب مصيرها – والتي تحاول إبراز مضمونه ودلالته فمنها ما أعطى للمبدأ مدلولاً واسعاً. كما هو الحال بالنسبة للتعريفات التالية والتي نوردتها في هذا الصدد على سبيل المثال لا الحصر.

فقد عرفته الموسوعة البريطانية بأنه "مبدأ يشير إلى حق كل أمة في الإختيار بحرية الحكومة، والنظام السياسي والحضاري الذي تراه يتناسب واحتياجاتها"³

وعرفه لينين بقوله " عن حق الأمم في تقرير مصيرها يعني بوجه الحصر حق الأمم في الإستقلال بالمعنى السياسي وفي حرية الإنفصال السياسي عن الأمة المتسلطة..."⁴

كما عرفه قاموس مصطلحات القانون الدولي بأنه " حق الشعوب في تقرير مصيرها كصبغة أولى، إلى أن طبق على دولة تعني النية في احترام استقلال هذه الدولة"⁵.

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه " حق كل شعب في تحديد مستقبلية السياسي ونظام الحكم الذي يوافق وحق الشعب في السيادة على ثرواته وموارده الطبيعية، وحقه في إختيار الأنظمة الإقتصادية، والإجتماعية الملانمة"⁶.

يفهم من هذه التعريفات أنها تعطي لمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها مدلولاً واسعاً، فهو بناء على ذلك يعني أن لجميع الشعوب حقاً ثابتاً في إختيار نظامها السياسي، والاقتصادي، والاجتماعي، وإختيار مركزها الدولي بملء حريتها، وبذلك فهو يعني حق الإستقلال وحق الشعوب والأمم في الإنفصال، وحق إختيار شكل الحكم الذي يلائم الشعوب، وفي بعض الأحيان يكون شرطاً لممارسة حقوق الإنسان الأخرى.

¹ - عمر إسماعيل سعد الله ، تقرير المصير السياسي للشعوب في القانون الدولي العام المعاصر ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1986 ، صفحة 4 .

² -عبد الواحد الناصر ، مدى مشروعية استخدام القوة لحماية الرعايا الموجودين في الخارج ، أطروحة لنيل دكتوراة الدولة في الحقوق ، كلية الحقوق بالرباط 1985 ، صفحة 340 .
3 -Morton H. Halperin, David Scheffer, Patricia Louise Small, Self-determination in the new world order, Carnegie Endowment for International Peace, 1992,p: 16

⁴ - عبد العزيز محمد سرحان، عبد العزيز محمد سرحان: "مقدمة لدراسة الدولة الفلسطينية"، دار النهضة العربية القاهرة، 1989، ص: 96.

³ - عمر إسماعيل سعد الله ، المرجع السابق، ص: 69.

⁴ - نفس المرجع السابق، ص: 70.

⁵ - راجع : Dictionnaire de la terminologie du droit international, soney, 1960, p: 233 .

⁶ - للمزيد من التفاصيل راجع، الدكتور تيسير النابلسي: الاحتلال الإسرائيلي للأراضي العربية، دراسة لواقع الاحتلال الإسرائيلي في ضوء القانون الدولي العام، بيروت 1995، ص: 253.

غير أنه لضبط مدلول مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها يجب علينا معرفة من صاحب الحق في تقرير المصير، وبشكل أوضح ما المقصود بالشعب الذي يحق له تقرير المصير؟

في الواقع لا توجد قاعدة أو أداة لتعريف الشعب في القانون الدولي العام¹. إلا أنه هناك العديد من التصريحات المتعلقة بالشعوب وبحقوق الشعوب إزاء الدولة، وبواجبات الدولة إزاء الشعوب، وهذه التصريحات توجد مبعثرة ضمن العديد من النصوص، وهي بذلك غير مترابطة، الأمر الذي جعل بعض الفقهاء يشبه الشعب بالحرباء، نظرا لتغير سماته وتعريفاته غير أن ذلك لا ينفي وجود بعض التعريفات التي تحاول إبراز مفهوم الشعب الذي يحق له تقرير المصير ومنها مثلا الرأي القائل: "إن كلمة شعوب تفهم على أنها تعني جميع أولئك الذين في مقدورهم أن يمارسوا حقهم في تقرير المصير، ويحتلون إقليما متجانسا ويرتبط أعضاؤهم ببعض ببعض"². وهناك رأي يذهب إلى أن كلمة شعوب يجب أن تنطبق على تجمعات وطنية متجانسة وواسعة وأن حق تقرير المصير يجب ألا يمنح إلا للشعوب التي تقدم طلبا تعلن فيه رغبتها في تقرير المصير مدعوما بالأسانيد³.

ويرى بعض الفقهاء أن صاحب الحق في تقرير المصير هي الشعوب التي تحتل بقعة جغرافية معينة قبل الهيمنة الأجنبية، ستؤلف دولة مستقلة مثل الأقاليم المستعمرة وتلك الموضوعة تحت الوصاية⁴. وبالإضافة إلى المحاولات الهادفة إلى تعريف الشعب صاحب الحق في تقرير المصير، نجد المناقشات التي دارت في الأمم المتحدة حول الموضوع، والتي أبرزت بعض العناصر لتعريف الشعب وهي كالتالي:

- أ- ترمز عبارة شعب إلى كيان اجتماعي يملك هوية جلية وله خصائصه المميزة؛
- ب- وهي تنطوي بداهة على رابطة بين الشعب وبين أرض ما، حتى ولو كان هذا الشعب قد طرد منها جورا، وحلت محله بصورة مصطنعة مجموعة سكان آخرين؛
- ج- لا ينبغي الخلط بين الشعب وبين الأقليات الدينية واللغوية التي تعترف بوجودها وحقوقها المادة 27 من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية⁵.

إلا أنه مهما اختلفت الآراء والاجتهادات حول تحديد مدلول الشعب الذي يحق له تقرير المصير، فمن الرأي الراجح بالنسبة لهذا الموضوع هو تلك الشعوب التي تكون خاضعة للإحتلال والسيطرة والاستغلال الأجنبي⁶.

وهذا التعريف يتماثل مع ما جاء في نص المادة (الأولى)⁷ من التصريح رقم 1514 حول منح الإستقلال للأقاليم والشعوب المستعمرة. ونجد نفس المعنى في ديباجة التصريح رقم 2625 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 24 أكتوبر 1970 الخاص بإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقا لميثاق الأمم المتحدة. حيث عبرت الجمعية العامة عن اعتقادها "بأن إخضاع الشعوب للاستعمار الأجنبي وسيطرته واستغلاله يشكل عقبة رئيسية في سبيل تحقيق السلم والأمن الدوليين"⁸.

إن مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها يخص تلك الشعوب الخاضعة للسيطرة والاستعمار الأجنبي ولنظام الميز العنصري، والتي توافرت لها بعض العوامل الشخصية، ومنها الشعور الوطني وإرادة النضال لدى الجماهير⁹. والاستعمار في هذا المجال هو عبارة عن تنافر بين جهاز دولة، وطرف من سكان هذه الدولة، وأما الميز العنصري فيمكن أن يتواجد في إطار استعماري وكذلك في إطار دولة مستقلة كالنظام الذي كان قائما في جنوب إفريقيا¹⁰. وحق الشعوب في تقرير مصيرها بهذا المعنى أكدته الجمعية العامة أكثر من مرة في قراراتها، معترفة به كحق للشعوب، ومؤكدة نضال تلك الشعوب من أجل التحرر من السيطرة الإستعمارية والاستغلال الأجنبي¹¹.

وبالرجوع إلى التطور التاريخي والقانوني لمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها يلاحظ بأنه ينظم حقوق الشعوب والإلتزامات على عاتق الدول بحيث تعمل هذه الأخيرة على مساعدة الأمم المتحدة بالتهوض بمسؤولياتها التي حددها الميثاق في هذا المجال، بحيث تمكن هذه الدول الشعوب الخاضعة لسيطرتها، من مباشرة حقها في تقرير مصيرها وإستقلالها. وبذلك يجب على كل الدول الامتناع عن إجراء يحرم الشعوب من هذا الحق.

¹ - سعد الركراكي، المرجع السابق، ص: 181.

² - عمر إسماعيل سعد الله، المرجع السابق، ص: 84.

³ - المرجع السابق، ص: 94-95.

⁴ - المرجع السابق، ص: 95.

⁵ - المرجع السابق، ص: 95-96.

⁶ - عمر إسماعيل سعد الله: "تقرير المصير السياسي للشعوب في القانون الدولي العام المعاصر"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص: 77.

⁷ - تنص المادة الأولى من قرار الجمعية العامة رقم 1514 الصادرة بتاريخ 14 ديسمبر 1966 والخاص بمنح الإستقلال للأقطار والشعوب المستعمرة على ما يلي (إن إخضاع الشعوب لاستعباد الأجنبي وسيطرته، واستغلاله يشكل إنكارا لحقوق الإنسان الأساسية وبتناقض ميثاق الأمم المتحدة ويعيق قضية السلم والتعاون العالميين" راجع نص الفقرة ، بالإعلان الخاص بمنح الإستقلال للأقطار والشعوب المستعمرة الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 14 ديسمبر 1960.

⁸ - التصريح رقم 2625 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 24 أكتوبر 1970، الملحق بهذه الدراسة.

⁹ - عبد القادر القادري مفاهيم القانون الدولي المرجع السابق، ص: 78.

¹⁰ - راجع الدكتور، عبد العزيز محمد سرحان، المرجع السابق، ص: 96.

¹¹ - راجع الدكتور سعد الرقراقي، المرجع السابق، ص: 142.

ثانياً: التحديات التي تواجه تطبيق مبدأ حق تقرير المصير

إذا كان مبدأ حق تقرير المصير قد أصبح من المبادئ المعترف بها في القانون الدولي المعاصر، وكرسه ميثاق الأمم المتحدة والممارسة الدولية له، فإنه رغم ذلك مازال يواجه العديد من التحديات التي تعترض في بعض الأحيان سبيل تطبيقه، وهي تحديات بعضها يظهر على مستوى الممارسة، وبعضها الآخر يرتبط بالقانون الدولي ذاته.

1- الصعوبات على مستوى الممارسة الدولية

لقد كشفت الممارسة الدولية في مجال تطبيق مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها عن وجود تحديات تواجه هذا المبدأ، وهي تحديات تجد أساسها في التعارض بين ما يعتبر من قبيل التحرر من السيطرة الإستعمارية وما يعتبر إنفصالاً، وهو ما أدى في حالات كثيرة إلى رفض تطبيق المبدأ على أساس أنه يهدد كيان الدول المستقلة، إلا أن ذلك كله لم يحل في نهاية الأمر دون تكرس ظاهرة التفكك الدولي، بعد نهاية الحرب الباردة.

- تعارض مبدأ حق تقرير المصير مع حق الانفصال

إن ربط مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها بتصفية الظاهرة الإستعمارية يكشف عن افتقار القانون الدولي لمعايير تشمل أوضاعاً جديدة لم يتم إدراكها في هذا المجال، ومنها ظاهرة التفكك والانفصال، الأمر الذي ظل محل اجتهادات فقهية متباينة حول هذه المسألة التي تتغذى في الواقع على الاختلاف في تفسير النصوص الدولية المتعلقة بمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها، وكذلك على السوابق الدولية التي برهنت على ندرة حالات الانفصال المعترف بها.

فلم يتخذ الفقه موقفاً موحداً حول ظاهرة التفكك والانفصال التي تهدد كيانات الدول ووحدتها السياسية، وإنما توزع بين اتجاهين أحدهما يرفض مشروعية الانفصال، والآخر يساندها، ولكل اتجاه حججه ومبرراته.

❖ الاتجاه المعارض لمشروعية الانفصال:

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن القانون الدولي، لا يقبل ظاهرة الانفصال، بالنظر إلى أنها تهدد الوحدة الإقليمية للدول، وتعتبر بالتالي اعتداء على سلامتها ووحدتها الترابية¹. ويستند أصحاب هذا الرأي إلى مقتضيات الفقرة السادسة من القرار رقم (1514) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 14 ديسمبر 1960 والتي تنص على ما يلي: " كل محاولة تستهدف التفويض الجزئي أو الكلي للوحدة القومية والسلامة الإقليمية لأي بلد تكون متنافية ومقاصد ميثاق الأمم المتحدة ومبادئه".

وعلى هذا الأساس يكون الانفصال مستبعداً من نطاق تطبيق هذا المبدأ، ويقتصر بالتالي تطبيق مبدأ حق تقرير المصير على الظاهرة الإستعمارية فقط، مع ضرورة احترام السلامة الإقليمية والوحدة الوطنية².

وبناء على ما سبق حاول أصحاب الرأي المتقدم رفض ظاهرة الانفصال والتقرير بأن مبدأ حق الشعوب في تقرير المصير في القانون الدولي العام يهيمها لذاها. وبالتالي لا يحق لسكان جزء من إقليم دولة المطالبة بهذا الحق نظراً لتعارضه مع مبدأ السلامة الإقليمية والوحدة الوطنية، الأمر الذي يثير التساؤل حول إمكانية التضحية بمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها في سبيل صيانة السلامة الإقليمية والوحدة الوطنية.

❖ الاتجاه المؤيد لمشروعية الانفصال:

على خلاف ما انتهى إليه أصحاب الاتجاه السابق، يرى أنصار هذا الاتجاه أن مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها لا يقتصر على تصفية الظاهرة الإستعمارية فحسب، وإنما يتسع ليشمل جميع الحالات الأخرى التي تكون فيها أقاليم أو شعوب منضوية داخل كيانات لا تنسجم معها، حيث يكون من حقها أن تقر مصيرها بالانفصال عن تلك الكيانات، وهو أمر يجد أساسه في أحكام ومقتضيات مبدأ حق تقرير المصير³. ولهذا يؤكد الأستاذ "M.Bourst" بأن المظهر الإيجابي والفعال لمبدأ حق تقرير المصير يعني الاعتراف لشعب ما بالانفصال عن دولة، أو الاندماج تحت سيادة دولة أخرى، أو بناء دولة مستقلة. وفي معرض رده على سؤال يتعلق بحق تقرير المصير، أجاب هذا الكاتب بالتأكيد وأضاف موضحاً: " إن حق الشعوب في تقرير مصيرها هو حق الانفصال"⁴.

ولهذا يرى هذا الفريق من فقهاء القانون الدولي بأن السلامة الإقليمية لا تشكل مبدأ مطلقاً وحجتها في ذلك التوصية رقم 2625 الصادرة عن الجمعية العامة بتاريخ 24 أكتوبر 1970 والخاصة بإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون فيما بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة". إذ في الوقت الذي نتحدث فيه هذه التوصية عن مبدأ سلامة التراب الوطني، فإنها تعلق ممارسته على احترام مبدأ مساواة الشعوب في الحقوق وحققها في تقرير مصيرها بنفسها. " لا يجوز

¹ - عبد القادر: القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص: 185.

² - Mohamed Bennona, Mohamed bennouna : L'exercice du droit des peuples disposer d'eux-même-académie du Royaume du Maroc – Marrakech octobre 1984 , p: 48

³ - إسماعيل الغزال، القانون الدولي العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، الطبعة الأولى 1986، ص: 87.

⁴ - سعد الركراكي، المرجع السابق، ص: 179.

أن يؤول شيء مما ورد في الفقرات السابقة – وهي فقرات تتعلق بحق الشعوب في تقرير مصيرها – على أنه يرخّص بأي عمل من شأنه أن يمزق أو يخل جزئياً أو كلياً بالسلامة الإقليمية والوحدة السياسية للدول المستقلة ذات السيادة التي تلتزم في تصرفاتها بمبدأ تساوي الشعوب وحققها في تقرير مصيرها بنفسها".

– تكريس ظاهرة التفكك الدولي

لقد فرضت النهاية المفاجئة للحرب الباردة على المجموعة الدولية، أن تتعاطى مع مطالب تقرير المصير بأسلوب جديد، ذلك أن الانفجار الذي حدث في كل من الاتحاد السوفياتي ويوغوسلافيا أدى إلى العديد من المطالب، الباحثة عن تقرير المصير وكان على المجموعة الدولية أن تتخذ موقفاً إزاء هذا الوضع الجديد، إلا أنها حاولت الانتظار والترقب في بداية الأمر.

لذلك يلاحظ أن الولايات المتحدة لم تغير سياستها نحو جمهوريات البلطيق السوفياتية عندما بدأت تخطو خطواتها نحو الإستقلال، وإقامة كيانات خاصة بها، فقد التزمت الولايات المتحدة نظرة قوامها الترقب والانتظار كصيغة لتحقيق هدف سياسي أكثر شمولاً وهو بقاء "غورباتشوف" في دولة سوفياتية موحدة أكثر ما يمكن، ولقد تجلّى هذا الموقف بشكل أكثر وضوحاً في حالة ليتوانيا التي سبق أن كانت للولايات المتحدة الأمريكية علاقات دبلوماسية معها خلال العشرينات، والثلاثينات من القرن العشرين، ولم تعترف بالحقاق "ستالين" لها عام 1940 بالاتحاد السوفياتي¹.

فعندما أعلنت هذه المجموعة إستقلالها في 12 مارس 1990 أعلنت الولايات المتحدة عدم اعترافها بحكومة ليتوانيا، وإستمرار التردد في الاعتراف بها مدة سنة ونصف تقريباً. وبعد يوم من توقيع "غورباتشوف" وقادة تسع جمهوريات (غير بلطيقية) إتفاقية حول اتحاد أقل مركزية قام المنشردون الشيوعيون بانقلاب غير ناجح، إلا أنه سهل على جمهوريات البلطيق تركيز وتثبيت إستقلالها، غير أن كل ذلك لم يدفع الولايات المتحدة للاعتراف بهذا الإستقلال، بل إستمرت في إعطاء الأولوية للعلاقة مع ما يمكن أن يتبقى من الاتحاد السوفياتي، لأنها كانت تراهن على بقاء "غورباتشوف" وتخشى أن يؤدي إنفصال جمهوريات البلطيق إلى تشجيع جمهوريات أخرى على الإنفصال.

إلا أنه بعد استقالة "غورباتشوف" والجل النهائي للاتحاد السوفياتي، أصبحت الولايات المتحدة الأمريكية مضطرة إلى التعامل مع هذا الوضع الجديد، ومن ثم أعلنت اعترافها بجميع الجمهوريات السوفياتية المستقلة.

وإذا كان الموقف الأمريكي حيال استقلال الجمهوريات السوفياتية قد اتسم بالتردد وعدم الجسم المبكر في تقديم الاعتراف بها، فإن الحكومات الأوروبية قد اتخذت موقفاً قيادياً في التجارب مع المطالب الإستقلالية لهذه الجمهوريات.

ونفس الموقف اتخذته الولايات المتحدة الأمريكية والمجموعة الأوروبية في استقلال الجمهوريات اليوغسلافية، فبعد أن أعلنت الجمهوريات اليوغسلافية إستقلالها أصبحت مسألة الاعتراف باستقلال هذه الجمهوريات مسألة أكثر إثارة للجدل، وبعد تردد توصل وزراء خارجية الاتحاد الأوربي إلى إتفاق مبدئي حول عملية الاعتراف بالجمهوريات اليوغسلافية وفق مجموعة من الشروط. أهمها احترام مبادئ الأمم المتحدة، وإتفاقية هلسنكي النهائية، وميثاق باريس². وبعد أن قدمت الجمهوريات اليوغسلافية الضمانات الكافية لاحترام الشروط السابقة أعلنت المجموعة الأوروبية اعترافها بكل من سلوفينيا، وكرواتيا، كدول مستقلة، وذلك في 15 يناير 1992، ثم اعترفت بعد ذلك باستقلال البوسنة والهرسك في السادس من أبريل من نفس السنة.

أما الولايات المتحدة الأمريكية فقد اعترفت رسمياً باستقلال هذه الدول في السابع من أبريل 1992 متأثرة في ذلك بالمجموعة الأوروبية³.

وهكذا يتضح مما سبق أن الأحداث التي عرفتها كل من الاتحاد السوفياتي، ويوغسلافيا، فرضت على المجموعة الدولية الاعتراف بالكيانات الجديدة كدول مستقلة، الأمر الذي يدل على أن حق تقرير المصير أصبح يتجاوز الظاهرة الإستعمارية ليشمل أنماطاً جديدة لتقرير المصير، تكريس ظاهرة التفكك والإنفصال عملياً.

وبعد استعراض موقف الفقه الدولي، والممارسة الدولية من ظاهرة الإنفصال، يتضح أن هذه الظاهرة أصبحت تدخل في صميم مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها، الأمر الذي يمكن إعتباره تطوراً جديداً لمفهوم حق تقرير المصير، بالنظر إلى الممارسة الفعلية وتعاطي المجتمع الدولي مع عملية التفكك والإنفصال التي عرفها كل من الاتحاد السوفياتي، ويوغسلافيا مع نهاية الحرب الباردة، خاصة وأن هذين الاتحادين ظلا يرفضان أي مطلب يرمي إلى الإنفصال أو تقرير المصير.

والواقع أن اعتراف المجتمع الدولي باستقلال الجمهوريات الناتجة عن هذا التفكك، يعتبر دليلاً على مشروعيته وبناءً على ذلك يجب على المجتمع الدولي أن يضع ضوابطاً لمبدأ حق الشعوب في تقرير المصير الإنفصالي، لكي يتم تطبيق هذا المبدأ في ظروف سلمية وهادئة، تبعد خطر النزاعات التي قد تهدد الأمن والسلم الدوليين، نظراً إلى أن الفكرة التي كانت سائدة في القرن التاسع عشر والتي مفادها أن من حق الدولة الفيدرالية استعمال القوة لقمع أية محاولة إنفصالية، قد أصبحت متجاوزة خاصة وأن أغلب الدول لها دساتير توجد بها نصوص تبيح حق الإنفصال الإرادي، وحتى الحالات التي يسكت فيها الدستور عن حق الإنفصال كما هو الحال في كندا، وتشيكوسلوفاكيا سابقاً، لا يستطيع أحد أن يتكلم عن استعمال القوة لمواجهة حركات تقرير المصير الإنفصالي، لأن من شأن ذلك أن يجلب استنكاراً عالمياً، وبشكل سريع إلى صنف حقوق الإنسان المعترف بها عالمياً، والذي لا يمكن لأية دولة أن تخرقه بدون أن تتعرض لانتقادات، وأحياناً تدخل مباشرة من قبل المجتمع

¹ - Morton h. Halperien & others, Op.Cit, p: 27 , 28.

² - Ibid , p: 31.

³ -Morton h. Halperien & others, Op.Cit, p: 37-38.

الدولي، الأمر الذي عزز من حجج مؤيدي مشروعية ظاهرة التفكك والانفصال، تلك الظاهرة التي كانت تؤكد الدساتير في بعض الدول الفيدرالية¹ من الناحية النظرية فقط، يلاحظ أنها قد أصبحت اليوم حقيقة ماثلة تكرسها الممارسة الدولية، في ظل النظام العالمي الجديد، ويجب على القانون الدولي تنظيمها حتى يستطيع مبدأ حق تقرير المصير التحلل من كافة القيود والتحديات التي حاولت الحد من نطاق تطبيقه في غير حالات الإستعمار طيلة الحرب الباردة.

2- الصعوبات على مستوى القانون الدولي

إن حركة الانفصال بين الشعوب والجماعات المتباينة عرقاً، أو ديناً، أو حضارة أو ثقافة، أو عقيدة سياسية لن تتوقف، كما لن يتوقف الجدل حول شرعيتها، أو قانونيتها أو أسلوب ووسائل تحقيقها ومعالجة الأزمات التي تثيرها، فقبل قيام الأمم المتحدة كانت القوة هي المحرك والوسيلة الحاسمة وكانت الدول الكبرى الإستعمارية في القرن التاسع عشر وحتى منتصف القرن العشرين هي التي تقرر مصير الشعوب بالحملات العسكرية والمعاهدات الدولية فيما بينها.

غير أنه بعد قيام الأمم المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية وما صاحبها من تصفية للإستعمار بكافة أشكاله، عن طريق إطلاق حرية الشعوب المستعمرة في أن تقرر مصيرها. إلا أن الحرب الباردة بين "واشنطن" و "موسكو" من جهة وسيطرة النظم الشمولية من جهة ثانية على قسم كبير من أوروبا وآسيا، وإفريقيا حالاً دون ممارسة تلك الشعوب لحرية تقرير مصيرها، خصوصاً إذا كانت هذه الشعوب واقعة في مناطق استراتيجية حساسة بالنسبة للقوى العظمى المتصارعة في ذلك الوقت.

أما بعد انتهاء الحرب الباردة فإن الشعوب استردت إلى حد ما حرية تقرير مصيرها، ولكنها في الواقع تسير في تطبيق هذا الحق بطريقة فوضوية، غير محاطة بالضمانات الضرورية لتطبيقه، الأمر الذي يفجر العديد من الأزمات والنزاعات المسلحة التي قد ترتب عليها نتائج خطيرة قد تهدد الأمن والسلام العالميين، وهو الأمر الذي طرح العديد من الأسئلة حول الوسيلة أو الأسلوب الأمثل لتحقيق مبدأ حق تقرير المصير: هل هو اللجوء إلى القوة أو العنف؟ أم إلى القانون الدولي؟

- قصور مبادئ القانون الدولي

سبق القول إن مبادئ القانون الدولي قاصرة عن استيعاب الحالات في مجال تقرير المصير، الأمر الذي يجعل مسؤولية التعامل بنجاح مع هذه الحالات التي تنامت في ظل النظام العالمي الجديد، تتطلب من المجموعة الدولية نظرة أكثر شمولاً من أجل إعادة النظر في مبادئ القانون الدولي في مجال تقرير المصير وكذلك المبادئ الدولية التي لها علاقة بهذا الموضوع مثل الحماية الدولية لحقوق الأقليات، وتطوير المبادئ الديمقراطية وتعميمها، كل ذلك من أجل التعاطي بشكل جيد من طرف المجموعة الدولية مع الانفجارات الخطيرة التي أصبحت تثيرها المطالبات المتعددة لحركات تقرير المصير.

وحق لا تتحول هذه الانفجارات إلى أزمات خطيرة تهدد الاستقرار الذي يبحث عنه النظام العالمي الجديد، فإنه على المجتمع الدولي أن يتحرك في اتجاه تطوير المبادئ القانونية الدولية التي تعتبر الحارس الأمين للاستقرار والسلام، ويسد النقص الملاحظ في بعض جوانب ومجالات القانون الدولي.

- الخلط بين الإرهاب وممارسة حق تقرير المصير

إن حق حركات التحرر الوطني في اللجوء إلى استعمال القوة من أجل تقرير المصير، لا يثير أي إشكال عندما توجه هذه الحركات أعمالها ضد أهداف عسكرية ضمن أراضي الدولة الإستعمارية، بل إن استعمال القوة ضد الأهداف غير العسكرية للدولة الخصم لا يمكن وصفه بالإرهاب، ولكن استعمال القوة من قبل أفراد ينتمون إلى حركات التحرر الوطني ضد أهداف مدنية خارج أراضي الدولة العدو هو الذي يمكن أن يوصف بعدم الشرعية، حيث يختلط في هذه الحالة الكفاح الوطني المسلح بالإرهاب الدولي اختلاطاً يصعب تفكيكه² إذ تتضارب وجهات النظر حول تكييف هذا العمل، فلا تردد الولايات المتحدة في وصف أي عمل من هذا القبيل - إذا كان يمس مصالحها أو حلفائها- بالإرهاب، بينما يظل في نظر البعض حلاً مشروعاً إذا كان يهدف مقاومة المستعمر³.

والواقع أن هذا الخلط بين مفهوم الإرهاب والكفاح المشروع ناتج عن عدم وجود تعريف جامع مانع للإرهاب، فرغم الجهود التي بذلتها المنظمة الأممية منذ الخمسينيات من أجل تحديد المفهوم الحقيقي للإرهاب للتفرقة بينه وبين أعمال حركات التحرر الوطني الموجه ضد الإستعمار والميز العنصري، فإنه لم يتم التوصل بعد إلى تعريف هذه الظاهرة، ومنذ بدء عمل اللجنة الخاصة بالإرهاب التي أنشأتها الأمم المتحدة عام 1972 ظهرت الخلافات واضحة بين الدول حول مفاهيم الإرهاب المختلفة، فمجموعة عدم الانحياز تعتبر أعمال العنف والقمع التي تمارسها الأنظمة الإستعمارية والعنصرية ضد الشعوب التي تكافح من أجل التحرر إرهاباً، بينما تنزع الولايات المتحدة الأمريكية اتجاهاً مضاداً يستبعد إرهاب الدولة ويقصر الإرهاب الدولي على إرهاب الأفراد، أو مجموعات الأفراد، فتقدمت بمشروع يؤدي عملياً إلى تجريم حركات التحرر الوطني⁴، وهذا هو مكنم الخلاف و أساس الخلط بين المفهومين، الأمر الذي سيبقى قائماً إلى أن يتم وضع تعريف صريح للإرهاب.

- منع ممارسة حق تقرير المصير باسم مقاومة الإرهاب

على الرغم من أن مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها أصبح من المبادئ المستقرة في القانون الدولي، ولم تعد إلزاميته محل خلاف يذكر، فإن تطبيقه ما زال يواجه بعض العقبات التي تحاول إفراغه من مضمونه، ففي البداية ووصف بأنه أكثر المبادئ القانونية صعوبة في التحديد، لذلك أثارت مشكلة التعارض بينه وبين مبدأ المحافظة على الوحدة الإقليمية لكل دولة، وقد حلت هذه المشكلة بمقتضى الممارسة، وذلك بمنح الوحدة الإقليمية على أساس أن مبدأ حق تقرير المصير يقتصر فقط على إنهاء الإستعمار.

¹ - فعلى سبيل المثال: تنص المادة 72 من دستور الاتحاد السوفياتي الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 1977 على ما يلي: "حق الخروج بحرية من اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفياتية محفوظة لكل جمهورية متحدة".

² - محمد عزيز شكري، المرجع السابق، الصفحة 180

³ - فمثلاً إذا قام أحد الفلسطينيين باختطاف طائرة مدنية أمريكية على متنها إسرائيليون، واحتجزهم كرهائن مقابل إطلاق سراح بعض زملائه في السجون الإسرائيلية، فإن الولايات المتحدة الأمريكية ستصنف هذا العمل بأنه إرهاب، في الوقت الذي لم تصف فيه أعمالاً مماثلة لذلك بهذا الوصف، فعندما اختطف هتاجاران طائرة لبلدهما وأرغماها بالقوة على الهبوط في مطار فرانكفورت في مارس 1989 وطلباً حق اللجوء السياسي، لم تصف أجهزة الإعلام الأمريكية الفاعلين بأنهم إرهابيين، كما لم تطلق الوصف على خاطفي طائرة مدنية أفغانية في 19 يونيو 1979.

⁴ - أحمد تائب: "نقد المفهوم الأمريكي الجديد عن الإرهاب الدولي، في مؤلف جماعي عنوانه "قضية لوكربي ومستقبل النظام الدولي"، طبعة أولى 1992، منشورات مركز دراسات العالم الإسلامي ص 124.

وما إن تخطى مبدأ حق تقرير المصير هذه العقبة حتى واجهته عقبة أخرى متمثلة في ظهور اتجاه جديد هدفه الظاهري إنساني، وهدفه الحقيقي هو القضاء على هذا المبدأ من الناحية العملية. بالنسبة لوسائل ممارسته، حيث وصفت الأعمال المسلحة الرامية إلى تقرير المصير بأنها أعمال إرهابية الأمر الذي يوجب مقاومتها¹.

من صفوة القول، فقصده حق تقرير المصير تحولات مختلفة في مفهومه وتطبيقاته في عالم تتسارع فيه الأحداث وتنعكس مجرياتها على كثير من المبادئ والقواعد القانونية الدولية ولعقود خلت، مستقرة من حيث فهمها وتطبيقها على الساحة الدولية.

1 - مصطفى سلامة حسين: "تطور القانون الدولي العام" دار النهضة العربية، القاهرة 1992 ص: 330.

مدى تطبيق قواعد المسطرة المدنية المتعلقة بالطعون في بعض القوانين الخاصة

يوسف فريد الإدريسي

طالب باحث

جامعة المولى اسماعيل مكناس

مقدمة:

يقصد بالطعون تلك "الوسائل التي من خلالها يمكن للأفراد الدفاع عن حقوقهم أمام القضاء، إذ بموجبها يمكنهم المطالبة بمراجعة الأحكام الصادرة عن محاكم دنيا أمام محاكم أعلى درجة، أو بمراجعة المحاكم للأحكام التي سبق أن أصدرتها ضدهم"¹.
و إذا كان قانون المسطرة المدنية² قد نظم نظام الطعون و ميز فيها بين الطعون العادية و الطعون غير العادية، فإن هناك قوانين خاصة جاءت بعدة خصوصيات على مستوى هذه الطعون، و في مقدمتها نجد ظهير التحفيظ العقاري³، و مدونة الأوقاف⁴.

بالرجوع إلى ظهير التحفيظ العقاري نجده قد نص على وسيلتين للطعن في الأحكام المتعلقة بنزاعات التحفيظ العقاري ، وهما الاستئناف والنقض وذلك ضمن خصوصيات معينة، ولم ينص على طرق الطعن الأخرى المقررة في قانون المسطرة المدنية ، وهي التعرض وتعرض غير الخارج عن الخصومة، وطلب إعادة النظر.

و إذا كان ظهير التحفيظ العقاري قد حصر طرق الطعن في الاستئناف والنقض، فإن مدونة الأوقاف قد سمحت بجميع طرق الطعن إلا أنها ميزت كل طعن بخصوصية تختلف عما هو منصوص عليه في قانون المسطرة المدنية.

من هنا تظهر الإشكالية الأساسية التي يثيرها الموضوع والتي يمكن صياغتها على الشكل التالي:

إلى أي حد يخضع الطعن في مادتي التحفيظ العقاري والأوقاف إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية؟

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال التقسيم الآتي بيانه:

- المبحث الأول: خصوصيات الطعون في مادة التحفيظ العقاري.
- المبحث الثاني: خصوصيات الطعون في المادة الوقفية.

المبحث الأول: خصوصيات الطعون في مادة التحفيظ العقاري

إن الطعن في الأحكام القضائية المتعلقة بنزاعات التحفيظ العقاري يتميز بمجموعة من الخصوصيات، ذلك أن الظهير المنظم لهذه المادة اكتفى بالنص على أن طرق الطعن المسموح بها قانونا هي الاستئناف و النقض (المطلب الأول)، و بالتالي فإنه استبعد باقي طرق الطعن المنصوص عليهما في قانون المسطرة المدنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصوصيات طرق الطعن المسموح بها

بالرجوع إلى ظهير التحفيظ العقاري نجده ينص على طريقين للطعن في الأحكام و القرارات الصادرة في نزاع التحفيظ و هما الطعن بالاستئناف و الطعن بالنقض و أحال بذلك على القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

فيما يخص الطعن بالاستئناف يعتبر من طرق الطعن العادية بمقتضاه يعيد الطرف الخاسر في الدعوى إلى طرح النزاع على محكمة أعلى درجة ، نظمه المشرع في قانون المسطرة المدنية بموجب الفصول 134 إلى 146 ، كما أن ظهير التحفيظ العقاري بدوره نظم هذا الطعن ، و السؤال المطرح هنا هل مقتضيات الطعن بالاستئناف المنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري تختلف عما هو منصوص عليه في قانون المسطرة المدنية؟

كجواب عن هذا التساؤل يمكن القول أن مقتضيات الطعن بالاستئناف في ظهير التحفيظ العقاري لا تختلف تماما عما هو منصوص عليه في قانون المسطرة المدنية، لكن هناك خصوصية يتميز بها الاستئناف في قضايا التحفيظ العقاري. فما هي هذه الخصوصيات؟

فيما يخص الأجل الذي يتعين فيه تقديم الاستئناف فهي لا تتميز بأي خصوصية، على اعتبار أن ظهير التحفيظ العقاري أحال بموجب الفصل 40 منه على الأجل الواردة في الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية الذي حدد أجل الطعن بالاستئناف في ثلاثين يوما.

¹- عبد الكريم الطالب، "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية"، مطبعة المعرفة-مراكش، طبعة ابريل 2013، ص 255.

²- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) ، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

³- تم تغيير و تتميم هذا الظهير بموجب القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011، ص 5575.

⁴ - ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 الموافق ل 23 فبراير 2010، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5847 الصادرة بتاريخ فاتح رجب 1431 الموافق ل 14 يونيو 2010

لكن على الرغم من ذلك هناك خصوصية يتميز بها الاستئناف في قضايا التحفيظ العقاري، و المتمثلة في شكليات المقال الاستثنائي، هذا الأخير نظم المشرع بياناته في إطار الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية، لكن بالرجوع إلى ظهير التحفيظ العقاري يلاحظ أنه أحال بموجب الفصل 41 منه¹ على الفصل 141 من قانون المسطرة المدنية، ولم يحل على مقتضيات الفصل 142، وهذا يعني أن المشرع أراد استبعاد تطبيق مقتضيات الفصل 142 على قضايا التحفيظ العقاري، وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي في العديد من المناسبات، في هذا الإطار نورد لإحدى قرارات محكمة النقض – المجلس الأعلى سابقا² – الذي جاء فيه "لما كان النزاع يتعلق بالتعرض على مطلب التحفيظ فإنه لا مجال للتقيد بالبيانات المتعلقة بالتعريف بأطراف النزاع الذي يوجب الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية توفرها في مقال الاستئناف"³

بالإضافة إلى ذلك فإن ظهير التحفيظ العقاري نص في إطار الفصل 42 على أنه بمجرد توصيل كتابة الضبط لدى محكمة الاستئناف بالملف، يعين الرئيس الأول مستشارا مقررًا وينذر هذا الأخير المستأنف بالإدلاء بأسباب استئنافه ووسائل دفاعه خلال أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما ثم يستدعي الأطراف المعنية بالأمر للاطلاع على ما أدلى به المستأنف ولإبداء منازعاتهم وسائل دفاعهم في آخر أجل مماثل، في هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة النقض – المجلس الأعلى سابقا – الذي جاء فيه: "فيما يتعلق باستئناف الحكم الصادر في دعوى التعرض على التحفيظ فإن المستأنف لا يكون ملزما بإيداع أوجه استئنافه إلا إذا وجه إليه إشعار بذلك من طرف المقرر طبقا للفصل 42 من ظهير التحفيظ العقاري.

و إن محكمة الاستئناف التي اعتبرت تاريخ تبليغ الحكم لبيان أسباب الاستئناف دون أن تبحث فيما إذا كان المقرر قد وجه إلى المستأنف إنذار بذلك تكون قد أساءت تطبيق القانون"⁴.

فإذا كان هذا كل ما يتعلق بالطعن بالاستئناف فماذا عن الطعن بالنقض؟

في البداية ينبغي الإشارة إلى أن الطعن بالنقض هو طعن غير عادي، نظمه المشرع بموجب الفصول 353 إلى 385 من قانون المسطرة المدنية، ويهدف إلى عرض الحكم المطعون فيه على محكمة النقض قصد نقضه لما يشوبه من عيوب قانونية، سواء تعلقت هذه العيوب بالموضوع أو بالإجراءات.

وينفرد الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري بعدة خصوصيات منها، لا موجب أن يوجه الطعن بالنقض المرغوب من طرف طالب التحفيظ ضد جميع المتعرضين من جهة، ولا مصلحة للمتعرض المطلوب في النقض أن يثير الدفع بعدم إدخال جميع المتعرضين، وفي حالة تعدد المتعرضين، تعين على كل متعرض أن يتقدم بالطعن بالنقض خاص به، تحت طائلة عدم قبول الطعن بالنقض، ويمكن ممارسة النقض بمقال واحد يضم جميع المتعرضين إذا اتحدت المصلحة المشتركة بينهما⁵.

غير أنه مبدئيا الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ إلا أن المشرع استثنى ثلاث حالات يوقف فيه النقض التنفيذ وهذا ما نص عليه الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية والذي جاء فيه: "لا يوقف الطعن أمام المجلس الأعلى التنفيذ إلا في الأحوال الآتية:

- 1- في الأحوال الشخصية؛
- 2- في الزور الفرعي؛
- 3- التحفيظ العقاري

و مادام أن من خصوصيات الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري أنه يوقف التنفيذ، فإنه يتعين على المحافظ على الأملاك العقارية بإعتباره الجهة المكلفة بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية في قضايا التحفيظ العقاري أن يتأكد من عدم ممارسة الطعن بالنقض، و المحكمة بدورها ملزمة بعدم تبليغه القرار قصد التنفيذ إلا في عدم ممارسة الطعن بالنقض.

وإذا قضت المحكمة بتبليغ الحكم إلى المحافظ خطأ، فعلى المحافظ أن يتحرى عن مدى قابلية الحكم للتنفيذ، ولا يمكنه أن يتخذ أي قرار بشأن ملف التحفيظ، إلا بعد صدور قرار المجلس الأعلى، والطعن بالنقض في القرارات الاستئنافية المتعلقة بالتعرضات يوقف التنفيذ تلقائيا، ولا يتوقف على طلب الأطراف، ولا يمكنهم مخالفته، كما أنه لا يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، ولا سلطة المحافظ، لأنه مقرر قانونا بنص الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية⁶.

بالإضافة إلى أن الطعن بالنقض قبل ظهير التحفيظ العقاري بموجب القانون 14/07 كان يمتاز بخصوصية على خلاف الطعن بالنقض في القضايا العادية و المتمثلة أساسا في أجل ممارسة هذا الطعن، إذا أن الفصل 47 قبل التعديل كان يحدد أجل الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري في شهرين، إذ جاء في قرار صادر عن محكمة النقض – المجلس الأعلى سابقا – "لما كان الفصل 358 من قانون المسطرة المدنية ينص على أجل الطعن بالنقض هو الثلاثون يوما ما لم توجد

¹ -نص الفصل 41 من فقرته الأخيرة: يمكن رفع طلب الاستئناف على الكيفية المذكورة في الفصل 141 من ق.م.م قانون المسطرة المدنية، ويوجه الملف بدون مصاريف مع نسخة الحكم المطعون فيه إلى كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف.

² -المجلس الأعلى أصبح يسمى بمحكمة النقض بمقتضى القانون رقم 58.11 المغير للظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 27 سبتمبر 1957 بشأن المجلس الأعلى. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 25 أكتوبر 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 26 أكتوبر 2011

³ قرار المجلس الأعلى عدد 827 بتاريخ 3 أبريل 1985 ملف مدني في 98745، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39، السنة 1986 ص 56.

⁴ قرار المجلس الأعلى عدد 1384 ملف مدني 95317 بتاريخ 14 شتنبر 1483، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 33 – 34 سنة 1984، ص 28

⁵ -عمر ازوكار، "التحفيظ العقاري في ضوء التشريع العقاري وقضاء محكمة النقض"، منشورات دار القضاء بالمغرب، طبعة 2011، ص 244-245.

⁶ -فاطمة الحروف، "الدور المقيد للقضاء بشأن التعرضات على طلب التحفيظ العقاري"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة السنة الجامعية 2009-2010، ص 191.

مقتضيات أخرى فإن الفصل 47 من ظهير مسطرة التحفيظ يعد من تلك المقتضيات الخاصة التي تنص على أجل خاص للطعن بالنقض هو شهران من تاريخ التبليغ لا ثلاثون يوما¹

لكن هذه الخصوصية لم يبق لها أي وجود بصدور القانون 14.07 وأصبح بذلك أجل الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري هو 30 يوما شأنه شأن جميع القضايا العادية لأنه لا يوجد أي مبرر لا قانوني ولا واقعي للتفرقة بين أجل الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري وبين أجل الطعن بالنقض في القضايا الأخرى.

المطلب الثاني: طرق الطعن المستبعدة في قضايا التحفيظ العقاري

بالرجوع إلى الفصل 109 من ظهير التحفيظ العقاري نجده ينص على أن الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ لا تقبل سوى الطعن بالاستئناف والنقض، وهذا يعني أن المشرع أراد استبعاد باقي طرق الطعن الأخرى.

فبخصوص الطعن بالتعرض² فيمكن القول على أن المشرع من خلال الفصل 45 ظهير التحفيظ العقاري نص صراحة على استبعاده كطريق للطعن، إذ جاء في الفصل المذكور "...تبت محكمة الاستئناف في القضية إما في الحين، أو بعد المدالبة سواء حضر الأطراف أو تغلبوا دون أن يقبل أي تعرض ضد القرار الصادر..." وقد طبق الاجتهاد القضائي هذا المقتضى القانوني حرفيا إذ جاء في قرار لمحكمة النقض –المجلس الأعلى سابقا- "بمقتضى الفصل 45 من ظهير التحفيظ العقاري فإن قرارات محكمة الاستئناف الصادرة في مادة التحفيظ العقاري لا تقبل التعرض"³.

الملاحظ إذن أن الأحكام الصادرة في قضايا التحفيظ العقاري تتميز بخصوصية أنها تصدر حضورية، ولعل هذا هو السبب في عدم إمكانية الطعن فيها بالتعرض.

أما بخصوص الطعن بإعادة النظر⁴ يلاحظ أن ظهير التحفيظ العقاري استبعده استنادا إلى الفصل 109 منه متجاوزا الفراغ التشريعي الذي كان سائدا قبل تعديل ظهير التحفيظ العقاري الذي أدى إلى عدة اختلافات فقهية قضائية حول إمكانية تطبيق مقتضيات قانون المسطرة المدنية لممارسة هذا النوع من الطعون في نزاعات التحفيظ العقاري.

في هذا الإطار نورد لقرار صادر عن محكمة النقض – المجلس الأعلى سابقا⁵ - الذي جاء فيه "إن سكوت المشرع عن إعادة النظر يفيد استبعاده ولا يجوز الرجوع إلى قانون المسطرة المدنية بشأن طعن لم تتناوله مسطرة التحفيظ للقول بطعن لم تعرفه ولم تحل على قانون المسطرة المدنية بشأنه.

ولا وجه للقول بهذا الطعن بمجرد أن المشرع لم يستبعده صراحة كما فعل بالنسبة للتعرض لأن التعرض كان يكفي السكوت عنه لاستبعاده و أن التنصيص على هذا الاستبعاد صراحة مجرد تأكيد كما لا وجه لاستدلال مما ورد في الفصل 3 من ظهير المصادقة على قانون المسطرة المدنية لأنه لا يهم القوانين التي لا تنظم موضوعا معيناً بكامله وقانون مسطرة التحفيظ كما سبق القول نظم طرق الطعن في الأحكام"

الملاحظ من هذا القرار بأن القضاء لا يقبل الطعن بإعادة النظر في الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ، وهذا لا يطرح أي إشكال، والسؤال المطروح هنا حول القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى في قضايا التحفيظ العقاري هل يشملها هي الأخرى منع الطعن بإعادة النظر، على اعتبار أن الفصل 379 من قانون المسطرة المدنية الذي يقرر هذا الطعن في قرارات المجلس لم يستثني القرارات الصادرة عنه في مادة التحفيظ؟

في هذا الإطار يمكن القول على أن قرارات المجلس الأعلى كانت متأرجحة فتارة نجده يقبل الطعن بإعادة النظر، ونورد في هذا الإطار لإحدى القرارات الذي جاء فيه⁶ "إن طلب إعادة النظر يقبل في جميع القرارات التي يصدرها سواء تعلقت بمطالب التحفيظ أم بغيرها ولا يعتبر فيه إلا توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في الفصل 379 من قانون المسطرة المدنية".

وتارة أخرى نجده يذهب على عدم قابلية الطعن بإعادة النظر إذ جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى⁷ "حيث إن إمكانية أو عدم إمكانية ممارسة الطعون في الأحكام تعتبر من النظام العام، فلا يجوز بالتالي إحداث وسيلة طعن إلا بمقتضى نص صريح وأن قرار المجلس المطلوب إعادة النظر فيه صدر في نزاع يتعلق بمادة التحفيظ العقاري التي ينظمها قانون خاص هو ظهير 1913/8/12 سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، وأن هذا الظهير نظم موضوع هذه المادة بأكمله بما في ذلك طرق الطعن في الأحكام التي حددها على سبيل الحصر الطعن بالاستئناف ثم الطعن بالنقض (الفصل 47) وقد كان في وسع المشرع لو أراد أن يضيف طعنا آخر للطعنين المذكورين لفعل ذلك ولكنه لم يفعل ذلك عن قصد ولذلك يتعين التصريح بعدم قبول طلب إعادة النظر".

¹ قرار المجلس الأعلى عدد 112 بتاريخ 16 أبريل 1982 ملف مدني 67344 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31 السنة 1983، ص 151.

² التعرض هو طريق عادي للطعن في الأحكام الغيابية نظمه المشرع بموجب 130 إلى 133 من قانون المسطرة المدنية.

³ قرار المجلس الأعلى عدد 1566 بتاريخ 05/10/2006 في الملف المدني عدد 2005/1/1/1755، أوردته عمر أزوكار، "الدليل العملي للعقار في طور التحفيظ"، منشورات دار القضاء بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2011، ص 178.

⁴ يعتبر الطعن بإعادة النظر من الطعون غير العادية يكون في الأحكام الإنتهائية التي لا تقبل التعرض والاستئناف.

⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 887 بتاريخ 5 أبريل 1989 ملف مدني 85/2182، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 43/42 السنة 1989، ص 33.

⁶ قرار المجلس الأعلى عدد 277 بتاريخ 14 فبراير 1989، ملف مدني 83/3250، منشور بمجلة قضايا المجلس الأعلى عدد 44 السنة 1990، ص 15.

⁷ قرار المجلس الأعلى عدد 532 بتاريخ 4/5/2000، ملف مدني عدد 98/2/6/642 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 90، شتنبر أكتوبر 2001، ص 118.

الملاحظ إذن أن القضاء ظل متأرجحاً بشأن قبول الطعن بإعادة النظر في قضايا التحفيظ، سواء بالنسبة للقرارات الاستثنائية أو حتى بالنسبة لقرارات محكمة النقض، وهو ما تداركه المشرع في الفصل 109 من ظهير التحفيظ العقاري إذ نص صراحة بأن الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري لا تقبل سوى الطعن بالاستئناف والنقض، وبالتالي أصبحت جميع الأحكام والقرارات سواء الصادرة عن محاكم الموضوع أو محكمة النقض لا تقبل الطعن بإعادة النظر وهذا ما ذهب عليه الاجتهاد القضائي إذ جاء في قرار لمحكمة النقض "إذا كان خصوصيات المسطرة في مادة التحفيظ العقاري تقضي بخضوع النزاعات لقواعد الشكل المنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري، فإن الطعن لإعادة النظر ضد الأحكام الصادرة بشأنها لا يقبل قانوناً مادام الفصل 109 من ظ.ع قد حصر طرق الطعن في الاستئناف والنقض"¹.

المبحث الثاني: خصوصيات الطعون في المادة الوقفية

جاءت مدونة الأوقاف بمجموعة من الخصوصيات المتعلقة بالطعون القضائية سواء العادية أو غير العادية. فعلى مستوى الطعون العادية والتي يبقى من أهمها الطعن بالاستئناف فقد نصت المدونة على أن الأحكام الصادرة لصالح الأوقاف العامة في نزاعات الأكرية الحبسية لا تقبل الطعن بالاستئناف. (المطلب الأول).

أما على مستوى الطعون غير العادية فقد نصت مدونة الأوقاف على أن الطعن بالنقض المقدم من طرف إدارة الأوقاف في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام يوقف التنفيذ، بالإضافة إلى ذلك فقد نصت المدونة على خصوصية أخرى تتعلق بالطعن بإعادة النظر خاصة فيما يتعلق بأجال تقديم هذا الطعن ذلك أن المدونة نصت على آجال تختلف تماماً عن تلك المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية

المطلب الأول: الخصوصيات المقررة على مستوى الطعون العادية.

يعتبر مبدأ التقاضي على درجتين من أهم المبادئ التي يركز عليها التنظيم القضائي، ومن مظاهر تكريس هذا المبدأ نجد الاستئناف الذي يعد الوسيلة الأساسية لضمان عدالة الأحكام لكونه يتيح الفرصة للمتقاضين الذي صدر الحكم الابتدائي ضد من إعادة طرح النزاع على أنظار محكمة الدرجة الثانية لتعيد الفصل فيه من جديد.

و إذا كان الاستئناف كقاعدة عامة حق للجميع، فإنه يبقى غير ذي أهمية كلما تعلق الأمر بالأحكام والأوامر القضائية الصادرة لفائدة الأوقاف العامة في نزاعات الكراء الوقفي، وهو ما نص عليه المشرع صراحة ضمن مقتضيات المادة 93 من مدونة الأوقاف².

لنتساءل عن فلسفة مشرع مدونة الأوقاف من وراء إقراره لقاعدة المنع من الاستئناف؟

قد يقول قائل، بأن قاعدة المنع من الاستئناف وضعت نظراً لما يتعرض له الأملاك الوقفية من خروقات وتلاعبات من طرف مكثري هذه الأملاك³، لكن هذه المبررات لا أساس لها، لأن هذه القاعدة تكريس عدم المساواة بين المكثري والمكثري -إدارة الأوقاف- أمام القضاء، لأن مدونة الأوقاف أعطت لإدارة الأوقاف حق التقاضي على درجتين كلما تضررت مصالحها، أما إذا تضررت مصالح المكثري فإن الحكم الصادر في حقه يعتبر نهائياً ولا يمكن الطعن فيه، وهذا في حد ذاته يعد خرقاً واضحاً لما نص عليه دستور المملكة⁴، الذي نص في فصله السادس⁵ على مساواة جميع الأشخاص ذاتين كانوا أو اعتباريين بما فهم السلطات العمومية.

ويبدو أن القضاء المغربي بدأ بتطبيق مقتضيات المادة 93 وهو ما يستفاد من بعض القرارات القضائية، إذ جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة⁶ "وحيث إنه بالرجوع إلى مقتضيات ظهير 23 فبراير 2010 وخاصة المادة 93 منه يتبين أنها تنص على أن الأحكام والأوامر القضائية الصادرة لفائدة الأوقاف العامة في النزاعات المتعلقة بكراء الأملاك الحبسية نهائية ولا يجوز للمكثري الطعن فيها بالاستئناف، وأنه اعتباراً للمقتضيات المذكورة فإن الطعن بالاستئناف في نازلة الحال غير مرتكز على أي أساس قانوني، مما يستوجب التصريح بعدم قبوله".

وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة⁷ "وحيث أنه طبقاً للمادة 93 من ظهير 2010/02/23 المتعلق بمدونة الأوقاف فإن الأحكام والأوامر الصادرة لفائدة الأوقاف العامة في النزاعات المتعلقة بكراء الأملاك الحبسية نهائية ولا يجوز للمكثري الطعن فيها بالاستئناف مما لا يسع هذه المحكمة إلا التصريح بعدم قبول الاستئناف".

نفس الشيء أكدته محكمة الاستئناف بأسفي في قرار لها⁸ والذي جاء فيه "وحيث إن محكمة الاستئناف بعد دراستها لوثائق الملف تبين لها صحة ما أجابت به المستأنف عليها، ذلك أن الحكم إنما صدر بما أشير إليه من أداء وتعويض للتماطل وفسخ وإفراغ من المحل المكثري ضد المستأنفين لفائدة نظارة الأوقاف بإقليم الصويرة، وأنه طبقاً للمادة 93 من مدونة الأوقاف الصادر بشأنها الظهير رقم 236.09.1 بتاريخ 08 ربيع الأول سنة 1431 الموافق 23 فبراير 2010، تكون الأحكام والأوامر القضائية الصادرة لفائدة العامة في النزاعات المتعلقة بكراء الأملاك الحبسية نهائية ولا يجوز للمكثري الطعن فيها بالاستئناف. وأنه أمام وضوح النص، يكون الطعن إذن غير مبرر قانوناً ولم يبقى من مجال إلا للقول بعدم قبوله".

هذا، وإذا كان المشرع قد نص صراحة على عدم قابلية استئناف الأحكام الصادرة في نزاعات الأكرية الوقفية، فماذا عن الأحكام الغيابية الصادرة بشأن هذه النزاعات، هل هي الأخرى لا تقبل الطعن بالتعرض قياساً على عدم قابليتها للاستئناف؟

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 331 في الملف المدني عدد 10330/1/1 بتاريخ 2012/06/10، منشور بمجلة عقارية عدد 3، سنة 2013، ص 103.

² - تنص المادة 93 من مدونة الأوقاف على أنه: "تكون الأحكام والأوامر القضائية الصادرة لفائدة الأوقاف العامة في النزاعات المتعلقة بكراء الأملاك الحبسية نهائية. ولا يجوز للمكثري الطعن فيها بالاستئناف".

³ - للتوسع أكثر في الخروقات والتلاعبات التي تتعرض لها الأملاك الوقفية، ينظر أحمد المكي الناصري "الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية"، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1992، ص 23 وما بعدها.

⁴ - الظهير الشريف عدد 1.11.91 الصادر بتاريخ 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011، ص 360.

⁵ - ينص الفصل السادس من دستور المملكة على ما يلي:

"القانون هو أسس تعبير عن إرادة الأمة وجميع الأشخاص ذاتين أو اعتباريين، بما فهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، ولمزمون بالامتثال له (...)"

⁶ - قرار محكمة الاستئناف بوجدة عدد 353، بتاريخ 2015/03/25، ملف 2014/1302/145 (غير منشور).

⁷ - قرار محكمة الاستئناف بوجدة عدد 222، بتاريخ 2015/02/25، ملف 2014/1302/530 (غير منشور).

⁸ - قرار محكمة الاستئناف بأسفي رقم 59، بتاريخ 2014/06/24، ملف 14/1303/229 (غير منشور).

بالرجوع إلى مدونة الأوقاف نجد أنها لم تنص على مسألة الطعن بالتعرض وإنما اكتفت في المادة 93 على الاستثناء فقط، وهذا يعني أن منع الطعن يقتصر على الاستثناء دون غيره، ومادام أنه ليس هناك أي خصوصية بشأن الطعن بالتعرض في المادة الوقفية فإن الأمر يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، ومن ثم يجوز لمكتري الأملاك الوقفية الطعن بالتعرض ضد الأحكام الغيابية الصادرة في نزاعات الكراء الوقفي ولا يمكن حرمانه من ذلك قياساً على قاعدة عدم القابلية للاستئناف.

عموماً فإذا كانت فلسفة المشرع ترمي من وراء إقراره لقاعدة المنع من الاستئناف حماية الأملاك الوقفية، فإننا لا نرى أي حماية من ذلك بقدر ما نراه مقتضى معارض لمبادئ العدالة التي تقضي بالمساواة أمام القضاء، لذا ندعو بتدخل تشريعي يعيد النظر في مقتضيات المادة 93 من مدونة الأوقاف، وتمتع المكتري هو الآخر من حق التقاضي على درجتين.

المطلب الثاني: الخصوصيات المقررة على مستوى الطعون غير العادية.

نبتدأ بالطعن بالنقض باعتباره من أهم الطعون غير العادية، وهنا ينبغي الإشارة إلى أن هذا النوع من الطعون لا يهدف إلى إعادة النظر في القضية التي سبق الفصل فيها أمام محكمة الموضوع، وإنما يرمي فقط إلى تأكيد محكمة النقض من مدى تطبيق النصوص القانونية بصفة سليمة في الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع، وهذا توصف محكمة النقض بأنها محكمة قانون وليست بدرجة ثالثة للتقاضي¹.

و كما قلنا في السابق أن المبدأ في الطعن بالنقض أنه لا يوقف إلا في الحالات الثلاث المنصوص عليها صراحة في المادة 361 من قانون المسطرة المدنية، لكن هذا الفصل لم يعد يؤخذ على إطلاقه على اعتبار أن مدونة الأوقاف أضافت لنا حالة أخرى من الحالات التي يوقف فيها الطعن بالنقض التنفيذ، وذلك لما نصت في المادة 57 منها على أنه " يوقف الطعن بالنقض المقدم من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف العامة تنفيذ الأحكام المطعون فيها". لكن ما ينبغي قوله في هذا الإطار أن هذه الحالة مكانها الصحيح هو قانون المسطرة المدنية باعتباره القانون الإجرائي وليس مدونة الأوقاف، ومادام أنه تم التنصيص عليها في مدونة الأوقاف فإنه على الأقل ينبغي أن يكون هناك تعديل لمقتضيات الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية وذلك بإحالة على الحالة الجديدة التي أصبح منصوص عليها في مدونة الأوقاف.

و بالرجوع إلى مقتضيات المادة 57 من المدونة يلاحظ أن المشرع استعمل عبارة "المقدم من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف العامة"، هذه العبارة تثير ملاحظتين أساسيتين:

- الأولى: تتعلق بكون الطعن بالنقض الذي يوقف التنفيذ هو الطعن المقدم من طرف إدارة الأوقاف، في حين أن الطعن المقدم من طرف الخصم لا يوقف التنفيذ، وهذا يكون المشرع كرس مرة أخرى لنوع من اللاتوازن بين إدارة الأوقاف والمواطنين أمام القضاء.

- الثانية: تتعلق بسريان هذه المادة على الوقف العام دون الوقف المعقب ومن ثم فإن الطعن بالنقض في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف المعقبة لا يوقف التنفيذ، وهذا يكون المشرع عمل على إقصاء الأوقاف المعقبة من الحماية التي تتمتع بها الأوقاف العامة، والحال أنه كان عليه أن يمدد هذه الحماية حتى على الأوقاف المعقبة نظراً لكون أن هذا النوع من الأوقاف هو الأكثر عرضة للاعتداءات والتراخي، بالإضافة إلى ذلك فإن هذا النوع من الأوقاف المعقبة أحياناً ينص فيها المجس على أنه عند انقراض الألقاب أو المستفيدين فإنها ترجع إلى جهة بر و إحسان بمعنى أنها تصبح وفقاً عاماً بالمال، و بالتالي ففي مثل هذه الحالة يكون مصدر الوقف العام هو الوقف المعقب، و الأكثر من ذلك أن الأوقاف العامة تستحق الثلث من كل وقف معقب تقرر تصفيته².

و على هذا الأساس كان على المشرع أن يمدد نطاق مقتضيات المادة 57 من مدونة الأوقاف لتشمل أيضاً الأوقاف المعقبة، لأن بحمايته لهذا النوع من الوقف فإنه يحيي أصل و مصدر الوقف العام.

أما بخصوص الطعن بإعادة النظر فهو الآخر يتميز بخصوصية في المادة الوقفية، إذ جاء في المادة 58 من مدونة الأوقاف " يمكن الطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام متى قامت حجة على حبسية المدعي فيه، وذلك داخل أجل خمس (5) سنوات من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائياً"

الملاحظ إذن من هذه المادة أن من الخصوصيات التي يمتاز بها الطعن بإعادة النظر في المادة الوقفية تلك المتعلقة بأجل تقديمه المحدد في خمس سنوات من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائياً، على خلاف الأجل المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية المحددة في ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه. و على الرغم من هذه المدة الطويلة يرى أحد الباحثين³ أن هذه الأجل تتعارض مع قاعدة "لا تعجز في الوقف"⁴، التي لا تعجز بأجل لذلك كان على المشرع أن يجعل هذا الأجل أجلاً تحفيزياً وليس أجل سقوط يترك معه للقاضي لقبول هذا الطعن حتى بعد فوات أجل خمس سنوات متى ظهرت له في ذلك أسباب ومبررات مقبولة وهذا فيه حماية أكثر للوقف العام.

و في الأخير ينبغي الإشارة إلى أن نطاق تطبيق المادة 58 من مدونة الأوقاف ينسحب على الأوقاف العامة دون غيرها، ذلك أنها أوردت عبارة "الدعاوى المتعلقة بالوقف العام"، وهذا يكون المشرع قد ميز مرة أخرى بين الوقف العام والوقف المعقب، والحال أنه كان عليه أن يشمل بعطفه حتى الأوقاف المعقبة، وذلك نظراً للعديد من التبريرات التي سبق أن أشرنا إلى بعضها سابقاً، لذا فإن الأمر يتطلب تدخل تشريعي لإعادة النظر في نصوص مدونة الأوقاف، والعمل على إحاطة الأوقاف المعقبة بنفس الحماية المقررة للأوقاف العامة.

¹ - أنظر: محمد الكشور، "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1986.

² - المادة 128 من مدونة الأوقاف.

³ - عبد القادر قروشي، "الإثبات في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف"، مساهمة ضمن أعمال ندوة "ملاح النظام الوقفي المغربي الجديد في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف" المنظمة من طرف مجلة القبس المغربية بتعاون مع كلية الشريعة وهيئة المحامين بفاس يقصر المؤتمرات بفاس يومي 5 و 6 دجنبر 2012، منشورات مجلة القبس المغربية، العدد الرابع، يناير 2013، ص 289.

⁴ - مفاد هذه القاعدة أن متى صدر حكم قضائي نهائي ضد الأوقاف، و ظهرت بعد ذلك حجة تثبت الصبغة الحبسية فإنه يبقى من حق الأوقاف أن ترفع دعوى جديدة للمطالبة بالوقف.

للمزيد من التوسع أنظر:

- مجيدة الزياتي، "مدونة الأوقاف المغربية: دراسة منهجية في الأسس والأبعاد"، منشورات دار الأمان، مطبعة الكرامة بالرباط، الطبعة الأولى 2014، ص 105.

الحق في المناصفة بين مشروعية التحفظ على الاتفاقيات الدولية وخصوصية القوانين الوطنية

محسن المدني

طالب باحث في سلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسية

جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة:

يشهد العالم مد عقود طويلة طفرة هائلة في الاهتمام بقضايا حقوق الإنسان ترافقت مع التطورات المتسارعة والمتلاحقة التي يشهدها النظام الدولي وتزايد المطالب بتحقيق الإصلاح السياسي والديمقراطي على المستويين الداخلي والخارجي الأمر الذي أدى إلى تبوأ حقوق الإنسان مكانة متقدمة ضمن أولويات المجتمع الدولي لتصير عالمية هذه الحقوق وضمان كفالتها للكافة دون تمييز مرتبطة بتوحيدها في دول العالم اجمع وتوفيرها لجميع بني البشر من خلال الآليات الدولية وكذا الأنظمة القانونية الوطنية للدول الأعضاء، فعالمية حقوق الإنسان لا تتحقق دون حمايتها على المستوى القطري كما ان حمايتها قطريا تتعزز من خلال الحماية التي تكفلها الاتفاقيات الدولية فكلما الأمرين مرتبط بالأخر ولا يستقيم بدون¹.

ويحتل الحق في المساواة مكان الصدارة بين كافة حقوق الإنسان باعتباره ضمانا أساسية لكفالة التمتع بباقي الحقوق المعترف بها للأفراد في أي مجتمع سياسي بالنظر إلى توفير الحماية لأي حق من هذه الحقوق لابد أن يتم في إطار من المساواة وإلا كان ذلك إخلال بالحق ذاته و انتقاصا منه , هذا فضلا عن أن المساواة تعد مبدأ مهم من مبادئ القانون تحرص معظم المواثيق الدولية و دساتير الدول على تضمينه نصوصها وتوفير آليات صونه وحمايته .

ويعتبر المغرب من بين الدول التي قطعت أشواط مهمة في مجال حماية حقوق الإنسان وتكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، حيث عرفت الممارسة الاتفاقية في المغرب تطورا أساسيا وذلك بالمصادقة على جميع الاتفاقيات والبروتوكولات المتعلقة بحقوق الإنسان سواء المتعلقة بحماية حقوق معينة أو تلك التي تهدف إلى حماية فئات معينة نذكر من بينها الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ، لكن الملاحظ هو قيام المملكة المغربية بالتحفظ على العديد من البنود داخل هذه الاتفاقية التي لا تتلائم والمرجعية الدينية وكذا التوابط الوطنية للملكة ، وأخص بالذكر المادة 16 التي تشتمل على بندين رئيسيين يرتبطان بالأسرة كمؤسسة ونظام حياة، وتركز على أن الدول المصادقة على الاتفاقية تتخذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص علاقات المساواة بين الرجل والمرأة، وتعطي هذه المساواة للمرأة، بحسب المادة ذاتها، نفس الحق في عقد الزواج، ونفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه، وأيضاً نفس الحقوق والمسؤوليات كأم، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها.

وتضيف المادة 16 حقوقاً أخرى تشمل المساواة التماثلية بين الجنسين، ومنها: نفس الحقوق في أن تقرر المرأة بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها، والفترة بين إنجاب طفل وآخر، وفي الحصول على المعلومات، والتثقيف، والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق، ونفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم.

وتنص هذه المادة أيضاً على نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة والوظيفة، ثم نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات، والإشراف عليها، وإدارتها، والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة². حيث جاء على لسان الحكومة المغربية (تبدي حكومة المملكة المغربية تحفظاً بشأن أحكام هذه المادة، وخاصة تلك المتعلقة بتساوي الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بعقد الزواج وفسخه. فالمساواة من هذا النوع تتناقى مع الشريعة الإسلامية التي تكفل لكل من الزوجين حقوقاً ومسؤوليات ضمن إطار التوازن والتكامل بغية الحفاظ على رباط الزوجية المقدس.

إن أحكام الشريعة الإسلامية تلزم الزوج بتقديم مهر عند الزواج وبإعالة أسرته في حين لا يطلب من الزوجة قانوناً إعالة أسرته. وعلاوة على ذلك، يلزم الزوج بدفع النفقة عند فسخ الزواج. وعلى العكس من ذلك، تتمتع الزوجة بالحرية التامة في التصرف بماله أثناء الزواج وعند فسخه بدون إشراف الزوج، بحيث لا تكون للزوج ولاية على مال زوجته.

لهذه الأسباب لا تمنح الشريعة الإسلامية حق الطلاق للمرأة إلا بقرار من القاضي الشرعي³. التحفظ على هذه المادة خلف نقاشاً واسعاً داخل الأوساط الأكاديمية والحقوقية بين مؤيد لمشروعية التحفظ باعتباره من بين القواعد الأساسية التي تحكم الاتفاقيات الدولية وبالتالي احترام الخصوصية الوطنية والدينية وبين من يؤكد أن هناك تناقضا بين اصطلاح التحفظ وحقوق الإنسان أي بين التحفظ كفكرة مفادها تقليص التزامات الدولة الناتجة عن معاهدة وبين الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان باعتبارها أداة لحماية حقوق الإنسان من اعتداءات الدولة نفسها .

هنا يتبادر إلى الذهن سؤال جوهري يتمثل أساسا في :

هل يمكن اعتبار التحفظ على اتفاقيات حقوق الإنسان خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 وسيلة أساسية لاحترام الخصوصية الوطنية والمرجعيات الدينية ؟

وما مدى مشروعية هذا التحفظ إذا علمنا أن اتفاقيات حقوق الإنسان لا تقبل التحفظ بحكم طبيعتها ؟

هذه الأسئلة وغيرها سنحاول الإجابة عنها وفق هندسة منهجية كالتالي :

أولا : مدى مشروعية التحفظ على اتفاقيات حقوق الإنسان

ثانيا : الحق في المناصفة بين الرجل والمرأة بين مشروعية التحفظ وعالمية حقوق الإنسان

أولا: مدى مشروعية التحفظ على اتفاقيات حقوق الإنسان

عرفت معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 التحفظ في المادة 2 الفقرة (د) بأنها " إعلان من جانب واحد أيا كانت صيغته أو تسميته تصدره دولة ما عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو إقرارها أو انضمامها إلى معاهدة مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة من حيث سريانها على تلك الدولة "1

¹ عبد الله صالح : الحماية الدولية للحق في المساواة , مجلة السياسة الدولية العدد الثالث والسبعون يوليو 2008

² الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 , المادة 16

³ فاطمة الزهراء الزعيم : بعد إقرار مبدأ المناصفة.....هل باتت المساواة في الإرث ممكنة؟ نشر يوم 28_06_2011 هسبريس

، وعرف دليل الممارسة في ما يتعلق بالتحفظات الصادر عن لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة التحفظات في المبدأ التوجيهي بما يلي: "يعني التحفظ إعلاناً انفرادياً أياً كانت صيغته أو تسميته تصدره دولة ما أو منظمة دولية عند التوقيع على معاهدة أو التصديق عليها أو إقرارها رسمياً أو قبولها أو الموافقة عليها أو الانضمام إليها أو عند تقديم دولة ما إشعاراً بالخلافة في معاهدة و تهدف به الدولة أو المنظمة إلى استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة من الاتفاقية من حيث انطباق تلك الأحكام على هذه الدولة أو هذه المنظمة".²

انطلاقاً من هذه التعاريف التي وردت في اتفاقية فيينا لسنة 1969 وكذا المبادئ التوجيهية للجنة القانون الدولي يلاحظ أن التحفظ هو آلية مشروعة تستخدمها الدول لتحلل من التزام معين في مواجهة الدول الأخرى أو المنظمات الدولية، لكن تبدو مسألة التحفظات على معاهدات حقوق الإنسان تثير العديد من التخوفات داخل الأوساط الحقوقية بالنظر إلى حقيقة مفادها أن موضوع هذه المعاهدات وهدفها هو تكوين وإنشاء عدد من القواعد القانونية المنظمة لحقوق الإنسان التي ترتب على عاتق الدول الأطراف مجموعة من الالتزامات.

و الالتزامات الناشئة على عاتق الدول في هذا المجال هي التزامات موضوعية لا تخضع للمعاملة بالمثل الذي يتأسس عليه نظام التحفظات وهذا ما أدى بأخصائي حقوق الإنسان إلى القول بضرورة استبعاد هذا النظام من مجال معاهدات حقوق الإنسان نظراً لتعارض الفكرة التي يقوم عليها مع خصوصيات هذه المعاهدات، لكن على الرغم من ذلك فإن أكثر معاهدات حقوق الإنسان تتضمن نصوصاً تنظم التحفظ على أحكامها كما أن الدول من الناحية العملية أبدت الكثير من التحفظات عليها متذعرة في كثير من الأحيان بخصوصيتها الوطنية والدينية.

الواقع أن هذه المسألة يتجاذبها رأيين فقهييين متعارضين، الأول يزعمه الفقهاء المهتمون بحقوق الإنسان والمدافعون عنها ويرون ضرورة استبعاد التحفظ على معاهدات حقوق الإنسان والثاني يزعمه فقهاء القانون الدولي العام الذين يقرون بضرورة السماح بإبداء التحفظات على حقوق الإنسان وكذا مستوى هذه الحماية.

أ – استبعاد التحفظ على معاهدات حقوق الإنسان

تتميز معاهدات حقوق الإنسان بالعديد من الخصائص الذاتية التي لا تشترك فيها مع المعاهدات الأخرى وخصائص باعتبارها معاهدات جماعية تتعارض في الكثير من هذه الخصائص مع فكرة التحفظ حيث:

– تعارض فكرة التحفظ مع غائية معاهدات حقوق الإنسان ونقص ذلك أنها ترمي إلى تحقيق غرض وقصد خاص وهو ليس مزايا أو حقوق للدول في إطار علاقاتها المتبادلة وإنما لتحقيق مزايا وحقوق لطرف آخر غير الدول وهو الإنسان فقط باعتباره إنسان وهذه أهم خاصية تتميز بها معاهدات حقوق الإنسان حيث تنقسم إلى قسمين أنها عالمية يتمتع بها كل إنسان في العالم بغض النظر عن جنسه أو انتمائه الديني.....³ وموضوعية أي أنها تتعلق بموضوع الالتزامات الملقة على عاتق الدول بموجب هذه الاتفاقيات، فالمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان لم تبرم لكي ترتب التزامات على الدول الأطراف فيما بينهم في علاقات تنسم بالدولية بل لكي ترتب التزامات على كل دولة على حدة لصالح جميع الأفراد الموجودين والداخلين في ولايتها بحماية حقوقهم في مواجهة سلطاتها العامة، فلا تتضمن هذه الاتفاقيات مزايا ومصالح شخصية متبادلة للدول الأطراف وهذا خلاف الحال في الاتفاقيات الدولية الأخرى التي تتركز على العلاقات فيما بين الدول الأطراف، ويترتب عن ذلك أنه من غير المعقول أن يكون انتهاك دولة طرف في الاتفاقية بشأن حقوق الإنسان محل معاملة بالمثل وهو مبدأ أصيل في القانون الدولي العام.⁴

– تعارض فكرة التحفظ مع طبيعة الالتزامات الناشئة عن معاهدات حقوق الإنسان حيث تعتبر الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان وفقاً للمعيار الشكلي لتصنيف المعاهدات من بين المعاهدات الجماعية، حيث تعتبر ذات أهمية كبيرة في القانون الدولي المعاصر نظراً لطبيعة القواعد التي تنشأ فيها تتمتع بالقوة الملزمة في مواجهة كافة أعضاء الجماعة الدولية ومن ثم تعتبر مصدر لقواعد القانونية العامة والمجردة التي لا يجوز مخالفتها.⁵

ومن جهة أخرى تستمد هذه المعاهدات قوتها الإلزامية أيضاً عندما تقن قواعد عرفية أو قواعد ذات القوة الإلزامية، فكثيراً ما تنشئ المعاهدات الجماعية هذا النوع من القواعد وهذا ما ينطبق على معاهدات حقوق الإنسان التي تنتج فكرة التحفظ مع الطبيعة الشارعة لمعاهدات حقوق الإنسان، انطلاقاً من هذه الخاصية يمكن أن نشور مشكلة التحفظ بصفة أساسية عندما تكون أمام معاهدات جماعية قننت بعض القواعد الجديدة التي تمثل تقدماً مطرداً للقانون الدولي، فلو كانت القاعدة المقننة والتي يراد التحفظ عليها ذات أصل عرفي فإن التحفظ يفسد الهدف من التقنين الذي يسعى إلى إضفاء قوة جديدة للقاعدة العرفية من خلال تقنينها وإذا كانت القاعدة التي تم تقنينها قاعدة جديدة فإن السماح بالتحفظ عليها يعرقل التقدم المطرد للقانون الدولي ويضعف هيبة المعاهدات التي احتوت على هذه القواعد الجديدة، فالتحفظ هو نفي مطلق للتقنين أو على الأقل مخرب له.⁶

إضافة إلى هذه الخاصية هناك خاصية اتصال معاهدات حقوق الإنسان بفكرة القواعد الآمرة حيث يرى أغلب الفقهاء أن كل ما يتعلق بحقوق الإنسان يعد بمثابة قواعد أمرة لا يجوز المساس بها أو الاتفاق على ما يخالفها.

ب – التحفظ على اتفاقيات حقوق الإنسان ضرورة بحكم وظيفته

تخضع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان من حيث الشكل لنفس القواعد التي تحكم فروع القانون الدولي العام وخاصة فيما يتعلق بإعداد نصها القانوني و صياغته و مناقشته و توقيعه و المصادقة عليه⁷، وتشكل مختلف هذه الاتفاقيات صيغة نظرية مبتكرة من طرف توجه ما ربما لا يطابق في خصوصياته ما تريد شعوب أخرى أو جماعات دينية أو عرقية في منطقة جغرافية معينة، حيث تظهر ضرورة السماح بإبداء تحفظات على معاهدات حقوق الإنسان مثلها مثل باقي المعاهدات الأخرى لأكثر من سبب فمن ناحية تتميز حقوق الإنسان بغموض فلسفي سياسي نظراً لكونها متأنية عن مجتمعات ورؤى فلسفية وسياسية مختلفة فمن الصعب التوفيق بين اختلافات الدول وجمعها في إطار اتفاقيات دولية ملزمة حيث يرى الأستاذ الآن بليه المقرر الخاص للجنة القانون الدولي في مسألة التحفظات في معرض بحثه عن و وظيفة النظام القانوني للتحفظات أنها تعالج مصليتين متعارضتين ظاهرياً مصلحة توسيع نطاق المعاهدة من جهة و مصلحة تطبيقها بأكملها من جهة ثانية و وظيفة القواعد المتعلقة بالتحفظات هي تحقيق التوازن بين هاتين المصلحتين المتعارضتين، فمن جهة تحقيق أوسع اشتراك ممكن في المعاهدة والمحافظة من جهة أخرى على روح المعاهدة أي الهدف الأصلي من وجودها، و الواضح أن القانون الدولي لحقوق الإنسان قد اختار الفكرة الثانية فمن بين جميع الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان

¹ اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 المادة 19

² تقرير لجنة القانون الدولي، الجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة السادسة والسبعون الملحق رقم 10 26 أبريل 2011

³ جاك دونلي: حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق، ترجمة مبارك عثمان و مراجعة محمد نور فرحات، مكتبة الأكاديمية القاهرة ص 138

⁴ كـر غلي مصطفى: التحفظ في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة بومرداس 2006 ص 33

⁵ محمد سامي عبد الحميد: أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني، القاعة الدولية المقدمة والمصادر، الدار الجامعية ص 64

⁶ كـر غلي مصطفى: مرجع سابق ص 42

⁷ وائل احمد علام: الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، دار الكتاب المصرية الإسكندرية 1999 ص 14

نجد اثنين منهما فقط يحظران صراحة جميع التحفظات ، الاتفاقية الإضافية بشأن منع الرق و التجارة في الرقيق و الممارسات المماثلة 1956 و الاتفاقية بشأن منع التمييز في مجال التعليم 1960 أما باقي الاتفاقيات فتجيز التحفظ و لا تحظره سوى بالنسبة لبعض الأحكام و المواد¹.

و الواقع أن السماح بإبداء تحفظات على معاهدات حقوق الإنسان له ما يبرره من الناحية النظرية ، ذلك أن عدم الرضى المتزايد على بعض أحكام الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان راجع إلى الغموض الذي لا زال يكتنف حقوق الإنسان خاصة في مفهوم هذه الحقوق و مضمونها بالتحديد ، وهذا ما يبرر صعوبة تقبل الدول غير الغربية لمعاهدات حقوق الإنسان ، حيث نجد اغلب الدول الإسلامية قامت بالتحفظ على بنود معاهدات حقوق الإنسان التي تتعارض و بمبادئ الشريعة الإسلامية ، فأحكام الاتفاقية الخاصة بالقضاء على التمييز ضد المرأة المتعلقة بالمساواة بين الرجل و المرأة مثلا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية خاصة ما يتعلق بالزواج و الطلاق و الميراث و بالتالي بالنسبة للدول الإسلامية لولا إباحة التحفظ على معاهدات حقوق الإنسان لما أمكنها الانضمام إليها ، ويعتبر المغرب من بين الدول التي أبدت تحفظات على البنود التي لا تتلاءم و الخصوصية الوطنية و الدينية داخل هاته المعاهدة خاصة المادة 16 التي أثارَت نقاشا واسعا داخل المجتمع بين من يطالب برفع التحفظ على هذه المادة و من يطالب بالإبقاء على هذا التحفظ و هذا ما سنحاول سبر أغواره انطلاقا من الإجابة على الأسئلة التالية : هل يمكن القول أن المشرع المغربي كان حكيما باحترام خصوصياته الدينية و ثوابته الوطنية وذلك بتحفظه على المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ؟ و ما مدى مشروعية هذا التحفظ في ظل النقاش الحاد بين جل الفاعلين داخل المجتمع بين مؤيد للتحفظ وبين معارض له ؟

ثانيا : الحق في المناصفة بين مشروعية التحفظ وعالمية حقوق الإنسان

بدل المغرب خلال السنوات الأخيرة مجهودات كبيرة من أجل تطوير ممارسته الاتفاقية في مجال حقوق الإنسان عبر مصادقته على اغلب اتفاقيات المتعلق بحقوق الإنسان و إدخال مجموعة من التعديلات والإصلاحات على منظومته التشريعية والمؤسسية وذلك بملانيتها مع ما تم المصادقة عليه . حيث يمكن اعتبار الإصلاح الدستوري لسنة 1992 البداية الحقيقية لانخراط المغرب في منظومة حقوق الإنسان حيث نصت ديباجته على تشبث المملكة المغربية بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا ، انطلاقا من هذا المعطى قام المغرب سنة 1993 بمناسبة انعقاد مؤتمر فيينا بالمصادقة على اغلب اتفاقيات حقوق الإنسان سواء التي تحي حقوق معينة أو التي تحي فئات معينة منها الاتفاقية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 التي موضوع الدراسة إلا أن هذه المصادقة تخللتها تحفظات على بعض المواد والبند مثل المادة 16 التي تدعو إلى المناصفة بين الرجل والمرأة في جميع مناحي الحياة.

التحفظ على البند الذي يكفل المساواة بين الرجل والمرأة في الزواج والطلاق والميراث كان له الأثر على ملزمة النصوص الوطنية مع هذه المادة 16 خاصة مدونة الأسرة لسنة 2004 التي عرفت تطورا مهما في اتجاه حماية حقوق المرأة وتكريس المساواة بينها وبين الرجل مقارنة بسابقتها مدونة الأحوال الشخصية لكن في ما تمت المصدقة عليه أي أنها لم تنظم المساواة بين الجنسين في الزواج والميراث ،،،،، وفقا لأحكام المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وإنما وفقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية .

التوصية الأخيرة للمجلس الوطني حقوق الإنسان بمناسبة مرور 10 سنوات على مدونة الأسرة التي دعت في أحد بنودها إلى تحقيق المناصفة بين الرجل والمرأة في الإرث خلفت ردود أفعال قوية بين مؤيد لهذا الطرح ورافضا له خاصة في ظهور متغيرات وتحولات عالمية جديدة تأثرت بتداعيات العولمة و الكونية الداعية إلى إلغاء الفوارق الاجتماعية والثقافية والحضارية بين الشعوب , وقد افترض هذا النقاش مواقف متباينة بشأن التعامل مع التحفظ على المادة 16 من الاتفاقية , يركز الأول على أولوية المرجعية الكونية لحقوق الإنسان وبالتالي وجب رفع التحفظ وتكريس المساواة بين الرجل والمرأة بشكل مطلق, والموقف الثاني يركز على مبدأ احترام الخصوصية الوطنية وبالتالي استمرار التحفظ على هذه المادة باعتبارها من القواعد الأساسية التي يتأسس عليها إبرام المعاهدات في القانون الدولي , حيث يستند هذا الاتجاه على معطى دستوري أساسي يتمثل في المادة 3 من دستور 2011 التي تنص على أن الإسلام هو دين الدولة و على مبدأ إمامة المؤمنين, و معطى ثقافي يقوم على أساس أن هذا المجتمع المغربي مجتمع مسلم لا يمكن فرض أى قانون لا يحترم خصوصياته.

بالرجوع إلى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، حقق المغرب طفرة نوعية في هذا المجال حيث دافع الاتجاه المحافظ داخل المجتمع عن مشروعية الدولة في ملائمة قوانينها الوطنية مع المواثيق الدولية بشكل لا يتعارض و ثوابتها الوطنية و الدينية و السيادية و بشكل يحفظ خصوصيتها بمناي عن التنميط المرتبط بقبول العملة و فرض تعليماتها على الدول و هذا مرتبط أساسا مع قضايا استكمال مشروع التحرر و النهضة من التبعية التي فرضها الاستعمار و لهذا يرى هذا الاتجاه التوازن ضروري و يجب أن يتم بين الحفاظ على السيادة الوطنية و الاحتكام إلى المرجعية الإسلامية أساسا و في نفس الوقت الانفتاح على القوانين و المواثيق الدولية بما لا يتعارض مع هذه القوانين²، وفي هذا

الاتجاه قال مصطفى بنحمزة عضو المجلس العلمي ، في دراسته التي نشرها على موقعه الخاص على الإنترنت، أن الدعوات التي ارتفعت مؤخراً لإقرار مساواة كاملة بين النساء والرجال، خاصة فيما

يتعلق بتوزيع الميراث، "لا تستحضر المقاصد السامية التي تحكم هذا التشريع الإسلامي في مقدماتها توسيع قاعدة المستفيدين، حرصا على عدم تركيز الثروة في أيدي قليلة"، على حد تعبيره.

ويرى الداعية المغربي أن ما تركن إليه أطروحات بعض الحقوقيين والتيارات السياسية، من قبيل تغير أنماط العيش، وخروج المرأة إلى ميادين العمل وإعالة الأسرة، وحصولها على راتب، على غرار الرجل، لا يعد خاصية تميز الحاضر الحالي، عن الماضي الغابر، حيث كانت النساء في عهود الإسلام الأولى حين أقر هذا التشريع، صاحبات ثروة أيضًا، ومشاركات في مختلف صنوف التجارة الشائعة في عصرهن.

ودعا بنحمة. في نفس الوقت، المطالبين بإلغاء قانون الإرث الإسلامي إلى إلغاء نصوص قانونية أخرى في مدونة الأسرة المغربية والتي تلزم الرجل بالإففاق على الأسرة وتجعل الأمر اختياراً بالنسبة إلى المرأة.

أما القول بوجوب إلغاء العمل بالتشريع الإسلامي في مجال قسمة الإرث لكونه يتعارض مع مقتضيات الدستور المغربي الحالي، الذي يدعو بصريح النص إلى المساواة بين الرجال والنساء، فمردود عليه - بحسب بنعمزة - باعتبار أن الدستور المغربي يؤكد على أن الإسلام هو خيط ناظم لمختلف التشريعات في القانون المغربي لا يتوجب أن تتعارض وقطعياته الأساسية..

ويعتبر بنحزمة أن الاستناد إلى المواثيق الدولية والمعاهدات التي تقر بضرورة المساواة الكاملة بين الرجال والنساء في الحقوق والواجبات، يغفل في ذات الوقت الأولوية التي تعطى للقوانين الوطنية خاصة تلك المرتبطة بالشريعة الدينية، والخصوصية الهوياتية والدينية للبلاد³.

¹ انظر تقرير لجنة القانون الدولي حول موضوع التحفظات، الأمم المتحدة جويله، لجنة القانون الدولي الخاصة بدورها 48 لسنة 1991 فقرة 118

² جميلة المصلى: ملامة القوانين الوطنية مع المواثيق الدولية والحق في التحفظ www.magress.com/attajdid/65405

³قانون الإرث في المغرب بين دعوات المساواة واحترام الخصوصية الدينية <http://www.alyaoum24.com/221330:HTML>

كما أن المجلس العلمي الأعلى أصدر بيانا بشأن رفع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حيث جاء فيه " بعد الاطلاع على مختلف الآراء التي راجت حول رفع المملكة المغربية لتحفظات بشأن الاتفاقية الدولية للقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، يؤكد أن هذا الإجراء الواضح لم يثر لدى العلماء ولا يجوز أن يثير لدى المجتمع أي تساؤل حول تمسك المغرب بثوابته الدينية وأحكام الشرع الواردة في القرآن الكريم والتي لا مجال للاجتهاد فيها مثل أحكام الإرث وغيرها من الأحكام القطعية. وضمانة المغاربة في التمسك بهذه الثوابت، هو أمير المؤمنين الذي يقود البلاد نحو كل أنواع التطور المفيد المتفتح وهو لا يحلل حراما ولا يحرم حلالا".¹

إن مجال التناقض بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية محدود جدا مقارنة مع مجالات التوافق والمجال المشترك، وهي مجالات تحتاج إلى إرادات سياسية كبيرة لتزليلها وتفعلها، وإلى حكمة جيدة، فليس المطلوب هو استنساخ التجارب وأن تكون مثل الآخرين، وهذا لا يمنع من الاستفادة من تجاربهم في حدود خصوصياتنا كأمة، لأن لكل أمة خصوصياتها ومكوناتها، والمطلوب هو الاعتزاز بالذات والقيم التي تبرز الهوية الوطنية أما الاتجاه الثاني فيدعو بشكل واضح بأولوية المرجعية

الكونية لحقوق الإنسان على القوانين الوطنية بما فيها المرجعية الإسلامية، فمعاهدات حقوق الإنسان هي معاهدات شائعة وتؤسس التزامات على عاتق الدول وبالتالي وجب المصادقة عليها ورفع التحفظات على جميع البنود حتى لو كانت تتعارض مع الخصوصيات الثقافية والدينية للمملكة بما فيها المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حيث تعتبر هذا التحفظ فيه حيف للمرأة وأن الوقت حان لإقرار المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة اعتبارا للتحولات التي يعيشها العالم على جميع المستويات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية إضافة إلى الحقوقية وبالتالي وجبت رفع التحفظ على جميع بنود اتفاقيات حقوق الإنسان لتكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة بشكل مطلق.

التوصية الأخيرة للمجلس الوطني لحقوق الإنسان اذكت النقاش حول تكريس مبدأ المناصفة بين الرجل والمرأة في الإرث مبرا ذلك بالمادة 19 من الدستور التي تنص على أن يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية في هذا الباب من الدستور وفي مقتضياته الأخرى وكذا الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب، وكذا تنصيص الدستور في ديباجته على أولوية المواثيق الدولية على القوانين الوطنية باعتبارها مدخلا أساسيا لرفع التحفظات على اتفاقيات حقوق الإنسان وتعديل القوانين الوطنية في اتجاه ملائمتها مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان لإحقاق الحقوق بين الجنسين في جميع المجالات بما في ذلك الإرث، المرأة اليوم لم تعد ذلك العنصر المجتمعي الذي يعيله الأخ والأب والزوج، بل أنها أصبحت فاعلة في الإنتاج الاقتصادي، ومساهمة في تكوين ثروات الأسرة، سواء بعملها خارج البيت أو داخله.

حتى أن مختلف المؤسسات الدولية أصبحت تُقيم عمل المرأة المنزلي ماديا ومساهمة في الدخل الوطني العام. وبالتالي، فتقسيم الإرث بشكله الحالي فيه تفجير وظلم للمرأة.

في جانب آخر، فالمرأة تدفع نفس الضرائب التي يدفعها الرجل ولا تدفع نصفها. فهل نكون منصفين في الواجبات، وليس في الحقوق؟

ولعل الإشكالية تطرح بشكل أكبر لدى الأسر الفقيرة. لنأخذ مثال العاملات المنزليات اللواتي يبعثن بأجرتهم أو جزء كبير منها لأسرهن في البوادي، فيبني الأب بيتا صغيرا أو يشتري بعض المواشي. في حالة وفاته، يرث الأخ ضعف أخته، بينما تكون ساهمت فعليا وبشكل مباشر في تكوين ذلك الإرث.

نقاش المناصفة في الإرث ليس وليد اللحظة وإنما هو نتاج لتراكمات تاريخية متتالية، هدفه إحقاق للحق فالمجتمع يتحول وبنياته الاجتماعية تتحول. لا يمكننا أن نتشبث حرفيا بقراءات معينة للنص القرآني، تمت في ظروف اجتماعية واقتصادية تختلف عن الواقع الحالي، ولا تلاءم التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي نعرفها.²

خاتمة:

يبدو واضحا من خلال ما سبق أن النقاش اللاهثي بشأن تحديد ما إذا كان ينبغي السماح أو عدم السماح بتقديم تحفظات على أحكام معاهدات حقوق الإنسان وبالتالي تبني نموذج عالمية حقوق الإنسان أو الحفاظ على الخصوصية الوطنية تحكمه مجموعة من المحددات والاعتبارات الأساسية المفروضة من قبل المجتمع، حيث يؤكد صمويل هنتجتون أن الفروق بين الحضارات ليست فروقا حقيقية فحسب، بل هي فروق أساسية، فالحضارات تتميز بالوحدة من الأخرى بالتاريخ واللغة والثقافة والتقاليد والأهم الدين، وعليه فإن محاولة تغيير الخصوصيات الثقافية، للشعوب وفق نمط وقال كوني، لا يمكن التسليم بها لأن جزءا أكبر من الثقافة هو مكون جوهري يصعب تغييره، كما أن محاولة تنميط شعوب العالم وفق نموذج واحد، وإلغاء كل الفوارق الثقافية وطمس الهويات والخصوصيات من شأنه أن يأتي بردود عكسية لهذا الاتجاه بتكريسها وتجديدها، ولا يتمنى الفرد أن يقاس مقدار صواب أمته بمدى احتذاءها والتحاقها بالنموذج الغربي، وهو موقف يختلف بالضرورة عن تأكيد الاحترام للقيم الإنسانية المشتركة ولا يتعارض معها وكذلك المثل العليا التي هي نتاج الخبرة البشرية ويلتقي عليها كافة باعتبارهم نظراء في الخلق، وليس بحسبانهم دروسا في الأدب وشروطا للتمدن تفرض من قوي على ضعيف أو من قاهر على مهزوم.

فمبدأ المساواة هو مبدأ جوهري في إقامة الدولة وضمان استمرارها ودوام صلاحيتها. لكنه مبدأ لا يحمل على إطلاقه، لأنه قد يقود إلى الظلم إن لم يأخذ بعين الاعتبار الحالات الخاصة وحقوق الأقليات وإنصاف الفئات غير القادرة على مباشرة حقوقها...

بالرجوع إلى المقتضيات الدستورية، يتضح أن المغرب حسم في مرجعيته التشريعية والحقوقية من خلال الاعتراف بالدين الإسلامي كدين رسمي للدولة المغربية واعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا تشريعيا. لكن في الوقت نفسه الاعتراف بالمواثيق الدولية المنظمة لحقوق الإنسان كما هو معترف بها دوليا ...

إن الاعتراف بالمرجعتين كمؤشرين للعمل التشريعي يجعل المشرع المغربي في حرج حقيقي وذلك كلما تعارضت المرجعتان في نازلة معينة. ذلك أن النص الدستوري لم يعلن صراحة عن التشريع ذو الأولوية في التطبيق وبالتالي لم يحسم الجدل حول مجموعة من المبادئ الأساسية خاصة مبدأ المناصفة بين الرجل والمرأة في الإرث، حيث يبدو أن هذا مبدأ يصعب اختزاله في نقاش أيديولوجي لأنه إشكال يتقاطع فيه التشريعي بالسوسيولوجي وبالتقاني وبطبيعة الدولة المغربية نفسها.

¹ بيان المجلس العلمي الأعلى بشأن رفع المملكة المغربية التحفظات على الاتفاقية الدولية لإلغاء كافة أشكال التمييز ضد المرأة <https://cedaw.wordpress.com/2008/12/26>

² سناء العاجي: نقاش في الإرث يفرض نفسه <http://www.ahdath.info/?p=57603>

معالجة جرائم الموظف العمومي في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

على ضوء ما جاء في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

الدكتور عبد الحليم بن مشري
أستاذ التعليم العالي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد خيضر بسكرة – الجزائر

مقدمة:

صادقت الجزائر على العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والإقليمية والجماعية ذات الطابع الجزائي، والتزاما منها بتنفيذ ما تضمنته ما تضمنته تلك الاتفاقيات من قواعد قانونية، فقد أجرى المشرع الجزائري سلسلة من التعديلات وأصدر مجموعة من التشريعات الخاصة، التي مست قواعد القانون الجنائي في شقيه الموضوعي والإجرائي، وطبيعي أن تتأثر هذه القواعد بما جاء في الاتفاقيات الدولية التي تضمنتها.

كما أن المشرع الجزائري في إصداره لتلك التشريعات الخاصة، قد تأثر تأثرا واضحا بأسلوب الاتفاقيات الدولية في تحرير وصياغة وتقسيم النصوص العقابية، فنجد أنه يحدد في المادة الأولى من تلك التشريعات الخاصة الهدف من وضع التشريع الذي هو بصدده، ثم يوضح في المواد الموالية مفهوم المصطلحات المستخدمة، ثم ينتقل إلى بيان القواعد الإجرائية المتعلقة بموضوع التشريع، ثم يوضح مجالات التعاون الدولي، ليصل في الأخير إلى الأحكام الجزائية، وهي النصوص التي تتحدد بموجبها العقوبات المقررة للأفعال التي جرمها هذا التشريع، والملاحظ أن هذا المنهج الجديد في وضع القوانين الجنائية جاء على شاكلة ما نجده في الاتفاقيات الدولية ذات الطابع الجزائي.

وقد عالج المشرع الجزائري جريمة الفساد من خلال إصدار قانون خاص بعد أن كان القسم الثاني من الفصل الرابع في الكتاب الأول من قانون العقوبات يتضمن تجريم تلك الأفعال تحت عنوان الرشوة واستغلال النفوذ، والذي ألغي وعوض بالقانون رقم 06 – 01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المعدل والمتمم، المقتبس من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

وتقديرا بعنوان مقالتنا، فقد ركزنا الدراسة على الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، والمرتبكة من طرف الموظف العمومي، فكان التساؤل الأساسي لهذه الدراسة: كيف عالج المشرع الجزائري الجرائم المرتكبة من طرف الموظف العمومي في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته؟ وقبل التطرف للإجابة عن هذا التساؤل المحوري، أثرن أن نعرج على مفهوم الموظف العمومي في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أولا، ثم انتقلنا بعد ذلك لتحديد الجرائم المرتكبة من قبل الموظف العام في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته كنقطة ثانية.

أولا / تحديد مفهوم الموظف العام في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته:

تثور مشكلة تعريف الموظف العام من جانبين: في مدلول التسمية من جهة، وفي الاختلاف بين المفهومين الإداري والجنائي لمدلول الموظف العام من جهة ثانية.

وانطلاقا من هذه المشكلة فإننا سنتناول في هذا العنصر التمييز بين مفهوم الموظف العام في القانون الإداري والقانون الجنائي، ثم نتناول تعريف الموظف العام ومدلولاته في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

1 – التمييز بين مفهوم الموظف العام في القانون الإداري والقانون الجنائي:

تختلف تسميات الموظف العام باختلاف الدول(1)، إن لم نقل باختلاف نظام الوظيفة القانوني أو المالي أو الإداري، وهي كلها تسميات تطلق على العاملين بالدولة.

وإذا كان الموظف العام بالمفهوم الإداري لا يعد كذلك إلا إذا توافرت ثلاث عناصر هي(2):

أ – الخدمة الدائمة: بمعنى أن يتفرغ الموظف لخدمة الدولة، فلا تكون استعانتها به عارضة، وعليه فإن الموظف العام يكون هو الموظف الدائم.

ب – أن يعمل الموظف العام في خدمة مرفق عام: تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بطريق الإدارة المباشرة.

ج – أن يعين الموظف العام في وظيفته من قبل سلطة تملك تعيينه قانونا.

فإن الموظف العام في مفهوم القانون الجنائي يعرف على أنه: "كل شخص يعين أو ينتخب قانونا، لممارسة عمل دائم، لأداء خدمة عامة أو القيام على مال عام، فيلتزم بتنظيم الحريات أو الحقوق أو الأموال العامة، مع مكنة المساس بها عند الاقتضاء في حدود القانون، سواء كان إسناد العمل إليه طوعية أو جبرا بمقابل أو بدون، بصفة دائمة أو لمدة محدودة"(3).

ويكمن جوهر الاختلاف بين المفهومين الإداري والجنائي للموظف العام فيما يلي(4):

- في المفهوم الإداري لا يعد موظفا عاما إلا من يمارس عملا عاما على سبيل الاستمرار، أما في المفهوم الجنائي فيستوي أن يكون ذلك العمل دائما أو مؤقتا.

- في المفهوم الإداري لا يعد موظفا عاما إلا من مارس الوظيفة العامة اختياريا، بينما لا يشترط ذلك في المفهوم الجنائي.

(1) محمد حامد الجمل، الموظف العام فقها وقضاء، القاهرة: دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص 39 وما بعدها.

(2) سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري: دراسة مقارنة، القاهرة: مطبعة جامعة عين شمس، 1976، ص: 427، 428.

(3) إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وأثارها في قانون العقوبات، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1983، ص 67. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص "جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير"، ج 02، ط 10، 2009، ص 19 وما بعدها.

(4) حسينة شرون، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة بسكرة، 2003، منشورة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010، ص: 106، 107.

- لا يعد المكلفون بخدمة عامة من قبل السلطات والهيئات المتخصصة، المؤثفون والخبراء والمحكمون موظفين عامين في القانون الإداري، بينما يحملون تلك الصفة في القانون الجنائي(5).

وعلى هذا الأساس يتضح لنا أن مفهوم الموظف العام في القانون الجنائي أوسع مدلولاً منه في القانون الإداري(6)، والأمر راجع حتماً إلى أن الاهتمام بالموظف العام في القانون الجنائي تفرضه الصلة الخاصة للوظيفة العامة بمن يشغلها بالدولة، الأمر الذي يجعل من الموظف العام مظهراً من مظاهر السلطة العامة.

2 – تعريف الموظف العام في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته:

إذا كانت جل التشريعات الجنائية لا تنص صراحة على تعريف محدد للموظف العام، وهو ما يستدعي الرجوع إلى قواعد القانون الإداري، فإن بعضاً منها قد تطرق إلى النص على تعريف للموظف العام رغم اختلافها بين نظريتين إحداهما شخصية والثانية موضوعية(7).

وقد اتبع المشرع الجنائي المسلك الأول قبل إصداره لقانون مكافحة الفساد، رقم 06 – 01، المؤرخ في 20 فيفري 2006 (8)، والذي بموجب نص المادة 02 – ب منه اعتبر الموظف العمومي هو:

"1 – كل شخص يشغل منصبا تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معيماً أو منتخبا، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

2 – كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتاً، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

3 – كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

ويتضمن هذا التعريف ثلاثة عناصر أساسية يجب توافرها لمن يصطبغ بصفة الموظف العام نوجزها فيما يلي(9):

أ – قانونية تولي الوظيفة:

وهذا يعني أن يتم تولي الوظيفة العامة، طبقاً للقواعد القانونية العامة، سواء كان ذلك عن طريق التعيين أو الانتخاب.

والتعيين قد يكون فردياً أو جماعياً طبقاً لما هو معمول به، أما الانتخاب فيقصد به الفوز في انتخابات الهيئات النيابية أو المنظمات الشعبية، سواء كانت تلك الهيئات أو المنظمات عامة أو محلية مركزية أو إقليمية، فالهم أن تتولى القيام بأداء خدمة عامة أو أن تقوم على مال عام.

ب – أن يكون العمل العام دائماً:

والمقصود بذلك أن العمل المسند إلى الموظف العام هو عمل له صفة الدوام، والمقصود بالأعمال العامة هو القيام بأداء خدمة عامة أو القيام على مال عام، أو القيام بهما معاً.

والمقصود بصفة الدوام هنا، أن يكون العمل ذاته أو الوظيفة ذاتها دائمة، وليس أن يتم تعيين أو انتخاب القائم بتلك الوظيفة على أساس الدوام، لأن التعريف تضمن أنه يستوي أن يكون تعيين الموظف أو انتخابه دائماً أو مؤقتاً.

كما أنه لا يقصد بالعمل الدائم أن تكون الوظيفة المسندة إلى الشخص من الوظائف الثابتة في ميزانية الدولة، لأن التعريف لم يفرق بين الموظف الميثبت والموظف خارج الهيئة، ولا بين ارتباط الموظف بالدولة بعلاقة تنظيمية أو ارتباطه بها بعلاقة عمل فردي.

ج – الالتزام بالعمل بغض النظر عن الرغبة فيه والأجر والمدة:

حيث يتعين على الموظف العام القيام بالمهام المسندة إليه بغض النظر عن كونه هو طالب التوظيف أو تطوع للعمل العام أو كان إسناد العمل إليه جبراً.

كما أنه يستوي في ذلك أن يقوم بالعمل العام مقابل أجر أو بدون أجر، إضافة إلى أنه يستوي الدوام والتحديد بالنسبة لمدة تعيين الموظف العام أو انتخابه.

ويتربط على هذا التعريف النتائج التالية:

- ينطبق هذا التعريف على جميع العاملين بالوزارات والمصالح الإدارية والحكومية وفروعها، ووحدات الإدارة المحلية، وأعضاء المجالس النيابية العامة منها والإقليمية والمحلية، المنتخبين منهم والمعينين والهيئات والمؤسسات العامة، وعلى جميع العاملين بالقطاع العام والوحدات التابعة له، على أساس امتلاك الدولة لكل أو جزء من رأسمالها(10).

- يسري التعريف السابق على فئات العاملين بالمرافق الإدارية التي تؤدي خدمات عامة، والمرافق العامة الاقتصادية التي تقوم على المال العام، سواء حكماً أو رجال إدارة، وسواء كانوا موظفين دائمين أو مستخدمين غير ميثبتين أو عمالاً مؤقتين، وهذا ما يفسر عبارة "بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته".

- لا يعتبر موظفاً عاماً طبقاً لهذا التعريف العاملين بشركات المساهمة والتضامن والشركات ذات المسؤولية المحدودة وذات الشخص الوحيد، والجمعيات والتعاونيات والنقابات المهنية، والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام، التي لا تساهم الدولة في رأسمالها، طالما أن أموالها أموال خاصة، والخدمات التي تقوم بها قاصرة على طوائف معينة ليست لها صفة العمومية(11).

بالإضافة إلى تعريف الموظف العمومي بموجب المادة 02 – ب فقد نص المادة 02 – ج على تعريف يخص الموظف العمومي الأجنبي على أنه: "كل شخص يشغل منصبا تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً لدى بلد أجنبي، سواء كان معيماً أو منتخبا، وكل شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح بلد أجنبي، بما في ذلك لصالح هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية".

كما نصت المادة 02 – د على أنه يعد موظفاً عاماً: "كل مستخدم دولي أو كل شخص تأذن له مؤسسة من هذا القبيل بأن يتصرف نيابة عنها".

(5) ماجد راغب الجلو، القانون الإداري، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1996، ص 231 وما بعدها.

(6) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم الخاص: جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص 22.

(7) إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 39 وما بعدها.

(8) قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، رقم 06 – 01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم.

(9) إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص: 67 – 69.

(10) فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط 02، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000، ص: 20، 21.

(11) علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 24.

ونستشف من خلال هاتين الفقرتين أن المشرع الجنائي الجزائري بالإضافة إلى تعريف للموظف العمومي أخذاً في ذلك بالمفهوم الموسع، قد تطرق أيضاً إلى الموظف العمومي الأجنبي والموظف الدولي، ويكون بذلك قد حدد الهدف الأساسي المنشود في اتفاقية ميريدا لمكافحة الفساد، التي تعتبر نتاج جهود مبذولة منذ فترة السبعينات، كانت تسعى لسياسة العقاب على الموظفين العموميين الأجانب والدوليين، بسبب تفشي الفساد المالي خاصة في المجال التجاري، الذي كان يقضي على المنافسة المشروعة بين الشركات بسبب العمولات والرشاوى المقدمة لنيل الصفقات وغيرها خاصة في دول العالم الثالث من أجل اكتساب أسواق جديدة وتحقيق فوائد أكبر، وهكذا جاء تدويل تجريم الفساد من أجل أن يطال العقاب كل الموظفين المتوطنين في صفقات الفساد(12).

ثانياً / جرائم الموظف العمومي في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته:

تعتبر الجزائر من بين الدول الأولى المصادقة على الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد، التي اعتمدت من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 31 أكتوبر 2003، وعرضت للتوقيع عليها من 09 إلى 11 ديسمبر 2003 بميريدا (المكسيك)، وفي مقر الأمم المتحدة بعد ذلك حتى 09 ديسمبر 2005، طبقاً لمقتضيات المادة 67 من هذه الاتفاقية، وبتاريخ 20 نوفمبر 2004 كانت عشر دول فقط هي التي قامت بإيداع تصديقها هي: الجزائر، البنين، السلفادور، كينيا، مدغشقر، ناميبيا، سيراليون، سيريلانكا، أوغندا، المكسيك. ويلاحظ أنه بعد مرور سنة من عرض الاتفاقية للتصديق لم تودع أي دولة من الدول المتقدمة الكبرى صكوك تصديقها، على الرغم من توقيع عدد من هاته الدول على الاتفاقية، كالألمانيا والمملكة المتحدة وسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية وروسيا والنرويج والسويد(13).

كما كانت الجزائر من الدول السبابة إلى وضع قانون خاص مستقل عن تقنين العقوبات، يتولى مسألة تنظيم جرائم الفساد، وتحديد مفاهيمها وبيان مظاهرها، وعلى هذا الأساس فإننا سنتناول في هذا الجزء من الدراسة تحديد مفهوم جرائم الفساد في القانون الجزائري، بتعداد مختلف تلك الجرائم وتحليلها. على أن تنحصر دراستنا في الجرائم المرتكبة من طرف الموظف العام، بالإضافة إلى أننا سنركز على الركن المادي لكل جريمة باعتبارها المظهر المادي الذي يميز كل جريمة عن مثيلتها ثم نبين العقوبات التي أقرها المشرع الجزائري لكل منها.

وبالنظر إلى العدد الكبير للجرائم التي أوردها قانون مكافحة الفساد، فإننا ارتأينا أن نصنفها ضمن ثلاث مجموعات أساسية، حيث تتضمن المجموعة الأولى جرائم الرشوة. وتتضمن المجموعة الثانية جرائم الاختلاس وما يدخل في حكمها، وهي تضمن جرائم اختلاس الممتلكات، والإثراء غير المشروع، وتبييض العائدات الإجرامية، والغدر، وأخذ الفوائد بصفة غير قانونية، وإخفاء العائدات الإجرامية. أما المجموعة الثالثة فهي تتضمن جرائم استغلال النفوذ وما يدخل في حكمها، وهي تضم بالإضافة إلى استغلال النفوذ الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، والإعفاء والتخفيض غير القانوني في الضريبة والرسم، وإساءة استعمال الوظيفة، وتعارض المصالح، وإعاقة السير الحسن للعدالة.

1 – جرائم الرشوة وما يدخل في حكمها:

يمكن حصر مجموعة من الجرائم الواردة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تحت تسمية جرائم الرشوة، وهي تتضمن: رشوة الموظفين الوطنيين حسب ما جاء في المادة 25 من قانون مكافحة الفساد، والرشوة في مجال الصفقات العمومية (المادة 27)، ورشوة الموظفين العموميين الأجانب، وموظفي المنظمات الدولية العمومية (المادة 28)، وتلقي الهدايا (المادة 38)، والرشوة في القطاع الخاص (المادة 40). غير أن الجرائم التي تعني موضوعنا هذا فهي تقتصر على الجرائم التي يرتكبها الموظف العمومي، وبذلك يخرج عن دراستنا جرائم الرشوة في القطاع الخاص.

أ – السلوك المادي في جرائم الرشوة وما يدخل في حكمها:

بالرجوع لأحكام المواد 25، 27، 28، 38 من القانون 06 – 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، فإن السلوك المادي لجرائم الرشوة وما يدخل في حكمها يتحقق كالآتي:

- وعد موظف عمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه أيها بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته.
- الموظف العمومي الذي يطلب أو يقبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة، سواء لنفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته.
- كل من وعد موظفاً عمومياً أجنبياً أو موظفاً في منظمة دولية عمومية، بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إيها بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر لكي يقوم ذلك الموظف بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل يعتبر من واجباته، وذلك بغرض الحصول أو المحافظة على صفته أو أي امتياز غير مستحق ذي صلة بالتجارة الدولية أو بغيرها.
- الموظف العمومي الأجنبي أو الموظف في منظمة دولية عمومية، الذي يطلب أو يقبل مزية غير مستحقة، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لنفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل يعتبر من واجباته.
- الموظف العمومي الذي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما كان نوعها، وذلك بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية.

- الموظف العمومي الذي يقبل من شخص هدية أو أية مزية غير مستحقة من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملتها لها صلة بمهامه.

ويمكننا من خلال تعداد السلوك المادي لأي من جرائم الرشوة، أن نلاحظ بأن المشرع قد قام بتجريم كل من فعلي الرشوة والارتشاء، فسواء بادر الشخص ذي المصلحة بعرض الوعد أو المنح تجاه الموظف العمومي الوطني أو الأجنبي أو الدولي، أو كانت المبادرة بطلب الرشوة قد صدرت من قبل الموظف العمومي، فالأمر سيان من الناحية القانونية(14).

(12) مارك بيث، "التعاون الدولي لمكافحة الفساد"، مقال منشور في المؤلف الجماعي: "الفساد والاقتصاد العالمي"، ترجمة محمد جمال إمام، القاهرة: مركز الأهرام للترجمة والنشر، 2000، ص 166 وما بعدها.

(13) أنظر: محمد حركات، "معوقات الرقابة العليا على الأموال العامة ضمن منظومة مكافحة الفساد في أقطار الوطن العربي"، المسألة والمجاسية تشريعاً وألياً في الأقطار العربية، بحوث ومناقشات الندوة التي أقامتها المنظمة العربية لمكافحة الفساد، بيروت: الدار العربية للعلوم ناشرون، 2007، ص 239 وما بعدها.

(14) محمد خالد المهايبي، "مكافحة أعمال الرشوة"، مقال منشور في: "آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2009، ص 173، 174. أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 57 وما بعدها.

ب – العقوبات المقررة لجرائم الرشوة وما يدخل في حكمها:

لم يميز المشرع الجزائري في العقوبة بين الراشي والمرتشى، إذ أقر لكلاهما عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، وغرامة من 200 000 دج إلى 1000 000 دج.

غير أنه شدد في العقوبة إذا تعلق موضوع الرشوة أو الارتشاء بمجال الصفقات العمومية، إذ أقر عقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وغرامة من 1000 000 دج إلى 2000 000 دج. بينما خفف من العقوبة إذا اقتصر موضوع الرشوة على قبول الهدايا التي من شأنها مجرد عرقلة سير إجراء أو معاملة، دون أن تؤدي إلى إيقافه كلياً، حيث أقر عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وغرامة من 50 000 دج إلى 200 000 دج.

2 – جرائم الاختلاس وما يدخل في حكمها(15):

ويمكننا أن نجمل جرائم الأموال الواردة في القانون 06 – 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته منه فيما يلي: اختلاس الممتلكات من قبل الموظف العمومي (المادة 29)، الإثراء غير المشروع (المادة 37)، تبييض العائدات الإجرامية (المادة 42)، جريمة الغدر (المادة 30)، أخذ الفوائد بصفة غير قانونية (المادة 35)، إخفاء العائدات الإجرامية (المادة 43). وسوف نتطرق فيما يلي إلى بيان السلوك المادي في هاته الجرائم ثم العقوبات المقررة لها.

أ – السلوك المادي في جرائم الاختلاس وما يدخل في حكمها:

تتحقق الجرائم السابقة طبقاً لأحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بالقيام بأحد الأفعال التالية من قبل الموظف العمومي: - الاختلاس أو الإتلاف أو التبييد أو الاحتجاز عمداً وبدون وجه حق أو استعمال على نحو غير شرعي لصالح شخص أو كيان آخر، أية ممتلكات أو أموال أو أوراق مالية عمومية أو خاصة أو أي أشياء أخرى ذات قيمة عهد بها إلى الموظف بحكم وظائفه أو بسببها. والملاحظ أن هذا الفعل كان معاقباً عليه بموجب أحكام المادة 119 و119 مكرر قبل إلغاءها من قانون العقوبات. - المطالبة أو تلقي أو اشتراط أو الأمر بتحصيل مبالغ مالية من قبل الموظف، مع علمه بأنها غير مستحقة الأداء، أو مجاوزة ما هو مستحق، سواء كان ذلك لنفسه أو لصالح الإدارة أو لصالح الأطراف الذين يقومون بالتحصيل لحسابهم.

وعلى الرغم من أن نصوص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مقتبسة من أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، غير أن جريمة الغدر المنصوص عليها في المادة 30 منه، لا وجود لها في أحكام الاتفاقية، وإنما نص عليها قانون العقوبات في المادة 121 قبل إلغاءها.

- أخذ الموظف أو تلقيه إما مباشرة أو بعقد صوري أو عن طريق شخص آخر فوائد من عقود أو مزايدات أو مناقصات أو مقاولات أو من المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديراً لها أو مشرفاً عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفاً بأن يصدر إذناً بالدفع في عملية ما أو مكلفاً بتصفية أمرها ويأخذ منه فوائد أياً كانت، وهي الأفعال التي وصفتها المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بأنها أخذ فوائد غير قانونية، وإن كانت في مضمونها تعبر عن فعل الاختلاس. - عدم إمكانية تقديم تبرير معقول للزيادة المعتبرة التي طرأت في الذمة المالية للموظف العمومي، مقارنة بمداخيله المشروعة، وهذا الفعل معبر عنه بالإثراء غير المشروع وفقاً للمادة 37 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

- الإخفاء العمدي لكل أو لجزء من العائدات المتحصل عليها من إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

- تبييض عائدات الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته(16).

ب – العقوبات المقررة لجرائم الاختلاس وما في حكمها:

لم يميز المشرع الجزائري بين العقوبات في مختلف الجرائم المنصوص عليها في هاته الفئة، كما لم يأخذ في الاعتبار حجم الأموال المختلسة مثلما كان يصنف العقوبات تبعاً لذلك في النص القديم المعاقب على جرائم الاختلاس.

وقد أقر مختلف هذه الجرائم عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، وغرامة من 200000 إلى 1000 000 دج. كما أقر بالنسبة لجريمة تبييض العائدات الإجرامية نفس العقوبات المقررة في التشريع الساري المفعول في هذا المجال.

3 – جرائم النفوذ وما يدخل في حكمها:

يمكننا إجمال جرائم النفوذ وما يدخل في حكمها، الواردة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والمتعلقة بالموظف العمومي فيما يلي: الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية (المادة 01/26)، الإعفاء والتخفيض غير القانوني في الضريبة والرسم (المادة 31)، استغلال النفوذ (المادة 32)، إساءة استعمال الوظيفة (المادة 33)، تعارض المصالح (المادة 34)، إعاقة السير الحسن للعدالة (المادة 44).

أ – السلوك المادي لجرائم النفوذ وما يدخل في حكمها:

يكون مرتكباً لجرائم النفوذ أو الجرائم المرتبطة بها كل موظف عمومي قام بأحد الأفعال التالية(17):

- إبرام عقد أو التأشير أو مراجعة عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مع مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها، وهذا بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير.

- المنح أو الأمر بالاستفادة تحت أي شكل من الأشكال، ولأي سبب كان دون ترخيص من القانون، من إعفاءات أو تخفيضات في الضرائب أو الرسوم العمومية أو التسليم المجاني لمحاصيل الدولة.

- وعد موظف عمومي أو أي شخص آخر بأية مزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منح إياها بشكل مباشر أو غير مباشر، لتحريض ذلك الموظف العمومي أو أي شخص على استغلال نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من الإدارة أو من سلطة عمومية على مزية غير مستحقة، لصالح المحرض الأصلي على ذلك الفعل أو لصالح أي شخص آخر.

- القيام بشكل مباشر أو غير مباشر بطلب أو قبول أية مزية غير مستحقة لصالح الموظف العمومي أو لصالح شخص آخر حتى يستغل ذلك الموظف العمومي أو الشخص نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول على منافع غير مستحقة من إدارة سلطة عمومية.

(15) لا تعتبر عبارة "جرائم الاختلاس وما يدخل في حكمها" عبارة صحيحة، غير أننا أترنا استعمالها من أجل تسهيل الدراسة فقط.

(16) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها. وأنظر أكثر تفصيلاً لهذه الجرائم في: محمد خالد المهايبي، "آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري"، مقال منشور في:

آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2009، ص 12 وما بعدها.

(17) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 79 وما بعدها.

- إساءة استغلال الوظائف أو المنصب عمداً من أجل أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل في إطار ممارسة وظائفه على نحو يخرق القوانين والتنظيمات، وذلك بغرض الحصول على منافع غير مستحقة لنفسه أو لأي شخص أو كيان آخر.

- مخالفة الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، القائمة على قواعد الشفافية والمنافسة المشروعة، وعلى المعايير الموضوعية المنصوص عليها في المادة 09 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

- استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب لعرقلة سير التحريات الجارية بشأن الأفعال المجرمة وفقاً لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

- الرفض العمدي وغير المبرر لتزويد هيئة الوقاية من الفساد ومكافحته بالوثائق والمعلومات المطلوبة، حيث تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته النص على إنشاء هيئة الوقاية من الفساد ومكافحته وتحديد اختصاصاتها وصلاحياتها، وإلزام الإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص أو أي شخص طبيعي أو معنوي بالإدلاء بأية معلومات أو وثائق تراها الهيئة مفيدة في الكشف عن أفعال الفساد تحت طائلة التجريم⁽¹⁸⁾.

والملحوظ على هذه الفئة من الأفعال الجرمية، وإن لم تشترط كلها ضرورة قيام الموظف العمومي بها، غير أن استغلال النفوذ يكون عادة من شخصية نافذة تشغل بمنصب عمومي، لها تأثيرها على الغير بحكم وظيفتها أو منصبها.

ب – العقوبات المقررة لجرائم النفوذ وما يدخل في حكمها:

لقد تباينت العقوبات المقررة لجرائم النفوذ حسب نوع الجريمة، فقد أقر المشرع الجزائري عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، وغرامة من 200 000 إلى 1 000 000 دج بالنسبة لجرائم إساءة استعمال الوظيفة واستغلال النفوذ والامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.

بينما شدد المشرع الجنائي العقوبة في جريمة الإعفاء والتخفيف غير القانوني في الضريبة والرسم، وذلك بأن رفع عقوبة الحبس ليصبح حدداً الأدنى خمس سنوات، كما رفع الحد الأدنى للغرامة ليصبح 500 000 دج، مع بقاء الحد الأقصى ثابتاً بالنسبة للحبس والغرامة.

في حين نجده، أي المشرع الجزائري، قد خفض العقوبة في جرمي تعارض المصالح وإعاقة السير الحسن للعدالة، فأقر عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وغرامة من 50 000 إلى 200 000 دج بالنسبة للجريمة الأولى، أما جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة، فقد حددت عقوبتها بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وغرامة من 50 000 إلى 500 000 دج.

خاتمة:

بناءً على ما تقدم، نرى بأنه كان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يصدر نصوصاً خاصة بالعقاب على الأفعال التي جرمتها اتفاقية ميريديا لمكافحة الفساد فقط، دون تكلف عناء إعادة صياغتها على الشكل الذي جاء به قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ذلك أنه هذا القانون لم يأتي بالجديد عما هو موجود في الاتفاقية، فكل ما قام به هو إعادة بحث نصوصها في شكل تشريعات وطنية خاصة، ومعلوم أن الاتفاقيات تسمو على القانون وفقاً لما ينص عليه الدستور الجزائري، فكان بالإمكان أن يحيل المشرع الجزائري إليها مباشرة والاكتفاء بتحديد العقوبات المقررة لكل جريمة، خاصة وأن الأفعال المعتبرة جرائم في نظر الاتفاقية قد جاءت واضحة وبينية على النحو الذي يتطلبه مبدأ الشرعية الجنائية، مما كان سهلاً معه إعمال فكرة القاعدة الجنائية على بياض، ونحن نرى في هذا الأمر المقترح اختصاراً للعمل التشريعي بما يعود بالفائدة على المشرع في الوقت وفي المال وفي الجهد.

أما مسألة ضرورة استصدار قانون خاص فيما يتعلق بمسائل التجريم والعقاب، فإنه يكون بالنسبة للاتفاقيات الدولية التي تخلو من الوضوح والدقة التي يتطلبها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، بما يستلزم التدخل الفوري للمشرع لصياغة نصوص قانونية مكتملة تتلاءم وموضوع وغرض تلك الاتفاقيات الدولية.

⁽¹⁸⁾ علي لعشب، الإطار القانوني لمكافحة غسل الأموال، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص: 76، 77.

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

بين التأصيل والتطبيق

إعداد: د. محسن أبري
أستاذ باحث بالمركز الجهوي لمهن التربية والتكوين
جهة الدار البيضاء الكبرى سطات

مقدمة:

ماهية الرقابة القضائية لسلطة الإدارة:

يرتبط مبدأ الرقابة القضائية الإدارية لسلطة الإدارة التقديرية ارتباطاً وثيقاً بالتطور التاريخي لفكرة التقدير الإداري في حفل الاجتهاد القضائي الإداري منذ إرساء نظام الدولة القانونية الذي أقامت دعائمه الثورة الفرنسية. فالقضاء الإداري بفرنسا، كما هو معلوم، يعد مهد القضاء الإداري عامة اعتباراً لدور فرنسا في تحديد أهم معالمه تبعاً للظروف التاريخية التي اجتازها هذا البلد.¹

ومبدأ المشروع هو وليد نظام الدولة القانونية، ومفاده إخضاع السلطة الإدارية للقانون، غير أنه نظراً لتدخل الإدارة المتزايد وتعاظم نشاطها في المجتمع واحتكاكها اليومي مع الأفراد، فإن خروجها على مبدأ المشروع أمر وارد حتماً. لذا اقتضت الضرورة فرض تنظيم رقابة قضائية ناجعة على أعمال الإدارة وقراراتها لضمان عدم خروجها على أحكام القانون، وهذه الرقابة التي تشكل المظهر العملي الفعال لحماية المشروع، شريطة ألا يتجاوز القاضي الإداري، وهو يباشر هذه الرقابة حدود سلطاته، فيصبح سلطة إدارية رئاسية للإدارة، مما يتعارض والقواعد الدستورية والديمقراطية التي توجب احترام مبدأ فصل السلطات، وتنكر على أية سلطة أن تكون مطلقة أو تحكمية ولو كانت هذه السلطة هي القضاء ذاته.²

ودور القضاء في رقابته على أعمال الإدارة وقراراتها يرمي إلى تحقيق نوع من التوفيق والموازنة بين المصلحة العامة للمجتمع وبين المصلحة الخاصة لأفراده والمتمثلة في حماية حقوقهم وحرياتهم الفردية والعامة. ولعل عملية التوفيق هذه هي التي أثرت الاجتهاد القضائي الإداري، ومنحته في المنازعات الإدارية القدرة على ابتداع الكثير من النظريات القانونية، واستنباط كثير من الحلول التوفيقية لتأصيل أحكام القانون الإداري وجعله متكيفاً مع البيئة التي يطبق في ظلها، خاصة وأن القانون الإداري يختلف عن القوانين الأخرى في أنه غير مقنن، يكتنفه فراغ واسع من النصوص، وفيه أوضاع حائرة تبحث عن سند في مجال القوانين الأخرى.

والقاعدة العامة السائدة فقها وقضاء هي أن رقابة القضاء في المجال الإداري – هي رقابة مشروعية لا رقابة ملائية –، بمعنى أن سلطة الإدارة مقيدة بالقواعد القانونية والضوابط التي تضعها السلطة التشريعية كانت أو تنفيذية، وأن أي خرق أو إخلال بهذه القواعد يعرض قراراتها للإلغاء لعدم مشروعيتها.³ أما في المجالات التي يترك فيها المشرع للإدارة قسماً من حرية التصرف والتقدير، فإنها مبدئية، لا تطاله الرقابة القضائية وإنما تخضع لملائمات الإدارة، ولسلطتها التقديرية في اتخاذ القرار المناسب.

سنحاول من خلال هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على مدى ونطاق الرقابة القضائية لسلطة الإدارة التقديرية، وهي رقابة تنصب أساساً على الوقائع التي استند إليها القرار الإداري، فتخص صحة وجود هذه الوقائع وماديتها وتراقب تكييفها القانوني، أما تقدير أهمية هذه الوقائع من حيث المبدأ فتخضع لإطلاق الإدارة ما لم يكن هناك مغالاة وانعدام التناسب بين الوقائع والقرار المبني عليها.

وقبل الخوض في كل ذلك، نرى من المفيد تقديم نبذة تاريخية مركزية للاجتهاد القضائي سواء لدى مجلس الدولة الفرنسي، أو في المجلس الدستوري المصري، أو في المجلس الأعلى {الغرفة الإدارية} المغربي.

المحور الأول: التطور التاريخي للرقابة القضائية الإدارية:

أولاً: الرقابة القضائية الإدارية في القضاء الإداري الفرنسي {مجلس الدولة الفرنسي}:

عند إنشاء مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1799/12/12 في السنة الثامنة للثورة لم يكن يتمتع سوى برأي استشاري، وكانت وظيفته تنحصر في إعداد مشروعات الأحكام تمهيداً للتصديق عليها من طرف رئيس الدولة وقد سعي هذا النظام بنظام القضاء المحجوز⁴.

وتحت تأثير مفهوم الدولة القانونية القاضي بوجوب إلزام الإدارة بالتصرف وفق قواعد القانون، تطور دور مجلس الدولة الفرنسي من مرحلة القضاء المحجوز إلى نظام القضاء المفوض بصدور قانون 1872/05/24، وذلك أصبحت أحكامه نهائية ولم تعد خاضعة لتصديق رئيس الدولة عليها.

والمتتبع لمسار الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة يدرك أن هذا الأخير استمر في تطوير رقابته عمقاً ومظهرها، كلما سنحت الظروف السياسية والتشريعية حيث كان تاريخه الطويل صراعاً بين الإدارة وما تريد أن يعترف لها به مجلس الدولة من واسع التقدير، وبين ما يريده هو من ضمانات حقوق الأفراد وحرياتهم من عنت الإدارة وجورها.

¹ عصام عبد الوهاب البر زنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية دار النهضة العربية 1971، ص 13.

² مصطفى التراب: "مراقبة سلطة الملائمة من المنع الكلي إلى الجواز النسبي"، مقال منشور ضمن أعمال ندوة المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية 20 دجنبر 1997. المجلس الأعلى.

³ نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية منشأة المعارف الإسكندرية 1984، ص 7.

⁴ Charle Debasah : Contentieux administratifs 3e, em ed Precis Dalloz 1981P178

وفي تطور لاحق تقرر أن هناك من الأعمال التي تباشرها السلطة التنفيذية تنفيذاً للقوانين المخولة بتطبيقها ما هو من الأعمال التي تباشرها بما لها من سيادة أي أعمال السيادة أو أعمال الحكومة، والتي لا يمكن أن تكون محل لبث قضائي، ولا يمكن أن تسأل عنها الدولة مهما كانت النتائج المترتبة عن هذه الأعمال.

كما نجد أن الفكر القانوني فقها وقضاء قد أضفى على طائفة من الأعمال أو القرارات الإدارية ميزة خاصة هي العصمة من كل رقابة قضائية، حتى ولو أدت إلى المساس بالحقوق الشخصية المكتسبة. وتسمى قرارات الإدارة البحتة: "les actes de pure administration".

وفي مواجهة قرارات الإدارة البحتة ابتدع مجلس الدولة قضاء الشرعية أو قضاء الإلغاء لتجاوز السلطة، وأخذ يقبل طعون الأفراد في هذه القرارات لعيب عدم الاختصاصي وعيب الشكل، وقد كان يشترط لقبول الدعوى توفر حق مكتسب مضار لصاحب الطلب، ثم أخذ المجلس يقبل هذين الطعنين بالنسبة لجميع القرارات الإدارية، لمجرد توفر المصلحة الشخصية لصاحب الطلب، وبذلك تطور مفهوم قرارات الإدارة البحتة إلى مفهوم القرارات التقديرية "les actes discrétionnaires"، وهي القرارات التي لا تقبل إلا الطعن بعدم الاختصاص وعيب الشكل، أما بقية العيوب، أي أوجه الإلغاء التي ابتدعها مجلس الدولة {كعيب الانحراف ومخالفة القانون، وانعدام التعليل}، فلم تكن تقبل إلا بالنسبة لغير القرارات التقديرية، ولكن كان يشترط كذلك لقبولها توافر حق شخصي لصاحب الطلب لا مجرد المصلحة المباشرة.

ومع بداية القرن العشرين استكملت دعوى الإلغاء صفاتها الموضوعية بعد انكسار نظرية القرارات التقديرية ودخولها إلى المحاكم برفقة جميع القرارات الإدارية الأخرى دون استثناء، وعلى أساس هذا التطور القضائي تنكر الفقه هو الآخر لفكرة القرارات التقديرية، وأصبحت فكرة التقدير الإداري توصف بأنها سلطة التصرف الحر تثبت للإدارة جزئياً بالنسبة لعنصر أو لأخر من عناصر القرار الإداري.

وعلى ضوء ذلك برزت فكرة التمييز بين الاختصاص المقيد "la compétence liée" والسلطة التقديرية "Le pouvoir discrétionnaire" في القرار الإداري في القرار الإداري، وتحقق الاقتناع أن السلطة التقديرية توجد في جميع تصرفات الإدارة، وأن على عاتق القاضي الإداري تقع مهمة الفرز بين عناصر التقدير وعناصر التقييد، وأن هاتين الفكرتين غير متعارضتين كلية بل أنهما في معنى من المعاني متكاملتان وأصبح مجلس الدولة يجري رقابته على الوقائع في الحالات التي يصدر فيها القرار عن سلطة تقديرية.

ثانياً: الرقابة القضائية الإدارية في القضاء الإداري المصري:

يقر الفقه الإداري أن القضاء الإداري المصري لم يمر بمثل المراحل التي مر منها نظيره الفرنسي، وإنما اختط له مند بداية نشأته نهجا على غرار ما وصل إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي، وقد تحقق ذلك بصدر أول قانون بإنشاء مجلس الدولة وتحديد اختصاصاته، وهو القانون رقم 112 لسنة 1946، حيث عدد أوجه الطعن في القرارات التي يختص بها القضاء الإداري، أي عدم الاختصاصات عيب الشكل، أو مخالفة القوانين واللوائح والخطأ في تطبيقها، وتأويلها، أو إساءة استعمال السلطة.¹

أما بخصوص الرقابة على الوقائع في حالات السلطة التقديرية، فقد سار القضاء المصري مند نشأته على غرار ما انتهى إليه القضاء الفرنسي، فأخضع الوقائع في الحالات المذكورة لرقابته، وصار يلغي القرار كلما تبين له وجه الخطأ فيها.

ثالثاً: الرقابة القضائية الإدارية في القضاء الإداري المغربي:

تميز في هذا الإطار بين ثلاثة مراحل أساسية لتبلور رقابة قضائية على السلطة التقديرية للإدارة وهي:

أولاً: مرحلة ما قبل إحداث المحاكم الإدارية:

1/ مرحلة ما قبل الحماية:

لم يعرف المغرب قبل عهد الحماية قضاء إدارياً منفصلاً ومستقلاً عن القضاء العدلي، بل كانت تطبق على العموم قواعد الشريعة الإسلامية في تحديد العلاقة بين الحاكمين والمحكومين، وفي طريقة التسيير الإداري اليومي التي كانت تتكلف به السلطة العمومية التي كانت لا تعرف فصلاً للسلطات الذي يسمح بمراقبة السلطة القضائية للسلطة الإدارية².

2/ مرحلة الحماية:

في فترة الحماية ونتيجة لبعض الاحتجاجات التي عبر عنها الموظفون الفرنسيون الذين يشتغلون في المغرب، سمحت الحماية الفرنسية لهؤلاء وفق ظهير فاتح شتنبر 1928 بالتقدم بدعوى الإلغاء من أجل الشطط في استعمال السلطة ضد القرارات الإدارية الخاصة بهم أمام مجلس الدولة الفرنسي. وباستثناء هذه الحالة فإن القضاء الإداري بالمغرب في هذه الفترة كان يقتصر على قضاء التعويض الذي يمارسه القضاء الشامل الذي لم يكن يعرف دعوى الإلغاء للشطط في استعمال السلطة.

3/ في عهد الاستقلال:

استطاع المغرب في سنواته الأولى من الاستقلال أن يعمل على استقلال قضائه عن الاستعمار الفرنسي وتجلى ذلك في ظهير 1957/09/27 الخاص بإحداث المجلس الأعلى الذي يختص بالنظر في النقض ضد الأحكام الصادرة بصفة نهائية عن المحاكم القضائية المغربية، ويختص أيضاً في النظر في دعوى الإلغاء ضد القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب الشطط في استعمال السلطة وذلك كأول وآخر درجة.

والمتتبع للنشاط القضائي للرفعة الإدارية بالمجلس الأعلى يمكنه أن يستخلص منه أنها اقتدت بالاتجاه التقليدي للقضاء الإداري الفرنسي مند إنشاء المجلس سنة 1957، حيث بسطت رقابتها على ماديات الوقائع وعمل صحتها قانوناً، وعمل التكييف القانوني لها، ثم على تقدير أهمية وتناسب الوقائع مع الإجراء المتخذ في القرار الإداري.³

ثانياً "الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بعد إحداث المحاكم الإدارية:

مند صدور ظهير 12 غشت 1913 بشأن أول تنظيم قضائي عرفه المغرب في بداية عهد الاستقلال، والمغرب يعيش في ظل ما يسمى بوحدة القضاء وازدواجية القوانين المدني والإداري إلى غاية صدور القانون 90-41 المنشئ للمحاكم الإدارية المغربية والذي وافق عليه مجلس النواب في 11 يوليوز 1991 ثم دخل حيز التطبيق بمقتضى ظهير 10 شتنبر 1993، وبذلك يكون المشرع المغربي قد التحق جزئياً بالتجربة الفرنسية في مجال ازدواجية القضاء بين الإداري والمدني.⁴

5\ سليمان محمد الطماوي القضاء الإداري، قضاء الإلغاء دار الفكر العربي القاهرة 1967 ص 52.

6\ عبد القادر باينة: الموظفون العموميون بالمغرب دار تيقال البيضاء ص 121.

انظر كذلك مليكة الصروخ: القانون الإداري، دراسة مقارنة الشركة العربية الدار البيضاء الطبعة السادسة 2002 ص 468.

ومعلوم انه بعد إحداث المحاكم الإدارية بالمغرب والذي تزامن مع إحداث المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، هاتان المؤسستان أريد بهما دخول المغرب إلى عهد جديد قائم على إرساء دولة الحق والقانون، فإن القضاء الإداري المغربي قد توجه إلى تفعيل الدور المنوط به في حماية حرية وحقوق الأفراد، وذلك عن طريق تكريس عدد من المبادئ والقواعد القائمة على العدالة والإنصاف، معتبرا ان احترام مبادئ القانون و حقوق الإنسان.

فلا غرابة إذن، وفي ظل هذا المناخ الجديد، ان تعتمد المحاكم الإدارية، ومند انطلاقها عددا من المبادئ التي استقر عليها القضاء الإداري في دول ذات تجربة رائدة في هذا الميدان كفرنسا ومصر، منها اعتمادها لنظرية الغلو كوسيلة لمراقبة سلطة الإدارة في تقدير العقوبة وملأمتها مع المخالفة التأديبية.

المحور الأول: رقابة القضاء الإداري على الوقائع في حالات السلطة التقديرية:

ماهية الرقابة:

أولا: الأسباب القانونية والواقعية في القرار الإداري:

يقر الفقه الحديث أن البحث في السلطة التقديرية أو السلطة المقيدة في القرار الإداري، غير وارد فيما يتعلق بعنصري الاختصاص والشكل، وذلك لأن القواعد الخاصة بهذين العنصرين لا تحدد إلا عناصر قانونيته الخارجية، أما عناصر قانونية القرار الداخلية فهي التي يسوغ أن تكون مجالا لسلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد. ذلك لأن القواعد القانونية التي تتولى تنظيم هذه العناصر، هي التي تبين لرجل الإدارة ما ينبغي أن يباشره، وتحدد و تنظم جوهر السلطة الإدارية عندما تبين متى يستطيع رجل الإدارة المختص ممارسة سلطاته، ومتى ينبغي عليه ألا يمارسها، وفي ذلك تكمن مسألة ما اصطلح على تسميته بأسباب القرار الإداري.

أسباب القرار الإداري بأنها عبارة عن مجموعة من العناصر "Auby et Dragon" ويعرف الفقهاء القانونية والواقعية التي تقود الإدارة إلى التصرف، فالإدارة عندما تتخذ قرارها فإنما تقيمه -في وقت واحد- على أساس من قاعدة قانونية أو مبدأ من مبادئ القانون العامة، وحالة واقعية معينة. فيكون بذلك قرارها نتيجة لهاتين المجموعتين من الأسباب.²

اما الأسباب الواقعية فيصنفها الفقه على الشكل التالي :

- 1\ الأسباب التي تكون على شكل معين مثل طلب الإحالة على التقاعد، أو طلب الاستقالة .
 - 2\ الأسباب التي تقوم بناء على حالة معينة، وهي عبارة عن مجموعة من الأعمال الحالة أو المستقبلية، كأن يقع تهديد للنظام العام
 - 3\ الأسباب التي تتخذ شكل صفة معينة في شيء من الأشياء، أو فرد من الأفراد، كما هو الحال بالنسبة للأبنية المهددة بالانهيار، أو الطابع الأثري لبعض المواقع، كدالك بالنسبة لتوافر شروط التوظيف في المتقدم لشغل منصب أو وظيفة عامة، أوصفة العوز بالنسبة لطالب معونة أو مساعدة .
- والسائد فقها وقضاء أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها ما لم يتطلب القانون أحيانا هذا التسبب ويوجبه عليها، فتكون عندئذ ملزمة بتسبب قراراتها وإلا كانت معيبة بعيب شكلي، غير ان القرار الإداري سواء كان لازما تسببيه كإجراء شكلي ام لم يكن هذا التسبب لازما، فإنه يجب ان يقوم على سبب يبرره صدقا وحقا أي في الواقع وفي القانون، وذلك كركن من أركان انعقاده باعتباره القرار تصرفا قانونيا ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سببه "
- ثانيا: تقدير الأسباب والسلطة التقديرية في القرار الإداري :

لا تتمتع الإدارة بأية سلطة تقديرية إزاء الأسباب القانونية في القرار الإداري، ففي حالة الطعن فإن القاضي يمارس رقابة كاملة على وجودها وشرعيتها وصحة تفسير الإدارة لها وما إذا كانت تدخل في نطاق تطبيق القانون أم لا.

أما الأسباب الواقعية فهي المجال الخصب لتباين وجهات النظر في شأن تمتع الإدارة بالنسبة لها بسلطة تقديرية ومدى هذه السلطة والأساس الذي تستند إليه رقابتها القضائية. إن الأمر بالنسبة للأسباب الواقعية أكثر صعوبة وأكثر تعقيدا . ولعل ذلك هو الذي أدى إلى حصر السلطة التقديرية فيها دون الأسباب القانونية وبالتالي اعتبرت الرقابة أساسية للتمييز بين التقدير والتقييد.³

والثابت تاريخا أن مجلس الدولة الفرنسي كان يحصر بسط رقبته القانونية على الوقائع كما استخلصتها وقدرتها الإدارة، وبمعنى آخر، ووفق رأي الأستاذ "vedel" في هذا الشأن فإن مجلس الدولة الفرنسي ولدة طويلة، كان يتخذ موقفا سلبيا تجاه بحث الوقائع على أساس الاعتبارات التالية :

ان الخطأ في الأسباب الواقعية أو الخطأ في الواقع الذي ترتبته الإدارة لا يمكن ان يفسر على أنه حالة من حالات مخالفة القانون، كما أن مجلس الدولة من ناحية ثانية لا يستطيع ان يلغي قرارات الإدارة الا على أساس من عدم الشرعية، لا على أساس من تقدير عدم صحة الوقائع.⁴

ونظرا لما ترتب على هذا النهج من أضرار مست مصالح المتقاضين، حيث تم تجريدهم من ضمانات مهمة تكفل لهم انتفاء تحكم الإدارة واحتمال تعسفها واعتدائها على حقوقهم، لم يسع مجلس الدولة في النهاية، إلا العدول عن مسلكه، ومرد رقبته إلى الوقائع سواء في ذلك حالة النص قانونا على توافر شروط معينة لاتخاذ القرار أو عدم النص.

أما مجلس الدولة المصري ممثلا سواء في محكمة القضاء الإداري أو المحكمة الإدارية العليا، فمند إنشائه، اعترف لنفسه بسلطة البحث في الوقائع، واعتبر بحثه هذا من مقتضيات ومستلزمات رقبته القانونية على القرارات الإدارية المطعون فيها أمامه، وفي هذا الصدد قضت محكمة القضاء الإداري في 17/01/1950 انه: " ..جرى قضاء هذه المحكمة على أنه، وان كان لا يجوز لها تقدير ملائمة إصدار القرار الإداري أو عدم ملائمة ذلك، إلا أن من حقها بحث الوقائع التي بني عليها هذا القرار بقصد التحقق من مطابقته للواقع، ولها في حدود رقباتها أن تقدر تلك الوقائع التقدير الصحيح لتزيل حكم القانون على مقتضاه.

أما بالنسبة لموقف المجلس الأعلى وعلى غرار القضاء الإداري الفرنسي والمصري، فقد بسط رقبته على الوقائع حيث ألغى القرارات التي لا تنبني على وقائع صحيحة ماديا وهكذا نجده مثلا في قراره رقم 22 بتاريخ 1970/05/08 بأنه... اتضح من عمليات الضجيج التي أجراها الخبير للتحقق من صحة ادعاءات الإدارة أنه لم يسمع داخل العمارة وبالأخص داخل مسكن المسعى بوب" صاحب الشكوى أي ضوضاء ناتج عن استعمال المحرك، وبالتالي يكون المقرر المطعون فيه، غير مرتكز على أساس لانبثاقه على وقائع غير صحيحة ماديا مما يتعين معه إلغاؤه."⁵

7/ المستشار رشيد العراقي: مقال: التطور التاريخي للقضاء الغالي ببلادنا: ندوة المجلس الأعلى بعد مضي 30 سنة حصيله وأفاق المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية العدد 17 1988 ص 20، 13.

8/ موسى عبود: مقال: القضاء الإداري بالمغرب مقال بمجلة القضاء والقانون 14 دجنبر 1958 ص 214 .

9) Auby et Drago : Traite de contentieux administratif. Paris 1962/Tom3 p 37.

10) Vedel : droit administratif 3 em ed /1964p 450 citer par elbarzangi p 272

11\ الحسن سيمو : تطور قضاء الإلغاء لدى الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى. مقال منشور ضمن أشغال ندوة المجلس الأعلى والتحولت الاقتصادية والاجتماعية ص 394 .

12\ السيدة محمد إبراهيم سليمان: رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء الطبعة الأولى 1963 ص 290.

ويلاحظ أن تفسير قضاء مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على الوقائع لا يثير صعوبة كبيرة بالنسبة للحالات التي ينص فيها القانون على ضرورة توافر شروط معينة يحددها حصرا ويعتبرها كأساس لمباشرة الإدارة سلطاتها في إصدار القرار. ومن ثم فإن تخلف هذه الشروط يصم القرار بعدم الشرعية. غير أن الفقه الإداري يرى أن المسألة تكون أكثر تعقيدا عند البحث في أساس إخضاع وقائع القرار للرقابة القضائية عندما لا يحدد القانون بشكل دقيق الوقائع المبررة لإصدار القرار، ويمكن الصعوبة والتعقيد في حالات عدم تحديد المشرع للأسباب الواقعية للقرار الإداري أن السلطة التقديرية، كما سبق تعريفها سابقا، تقوم في كل الحالات التي تتصرف فيها الإدارة بحرية دون أن يكون نشاطها محددا سلفا بقاعدة قانونية.

نفس التصور يتبناه الفقيه "بونار" حين اعتبر أن السلطة التقديرية تقوم كلما أغفل القانون أن يحدد على وجه الدقة البواعث أي حالات الواقع أو القانون التي تمارس فيها الإدارة سلطاتها. وعلى ذلك فإن عدم التحديد القانوني للوقائع هو مصدر قيام أوسع السلطات التقديرية للإدارة، ولكن إذا كان عدم التحديد القانوني للوقائع هو مصدر قيام هذه السلطة التقديرية، فهل يستفاد من ذلك من ذلك حتما أن سلطة الإدارة في تقدير هذه الوقائع هي سلطة تقديرية مطلقة، تفلت من كل رقابة قضائية عليها؟¹

وإذا كان القاضي الإداري يبسط رقابته في مثل هذه الحالات على الوقائع التي لم يحددها أي نص قانوني ألا تعتبر هذه الرقابة اعتداء على سلطة الإدارة التقديرية، حيث أنه بمراقبة هذه الوقائع يقلب السلطة إلى سلطة مقيدة؟ فعلى أي أساس ارتكز مجلس الدولة الفرنسي عندما مارس رقابته في مثل الحالات السالفة الذكر؟

لقد اختلف فقهاء القانون العام في فرنسا اختلافا كبيرا وتعددت آراؤهم في الأساس القانوني لإخضاع هذه الوقائع لرقابة القضاء، والتمس كل فريق هؤلاء الفقهاء في أحكام مجلس الدولة الفرنسي سندا لرأي ومن أبرز الآراء الفقهية الواردة في هذا السياق رأي الأستاذ "البر زنجي" الذي يرجع رقابة القضاء الإداري على الوقائع في أكثر جوانبها إلى القواعد التي وضعها القضاء نفسه في مجال القانون الإداري على أساس ما استشعر من العدالة في هذا المجال دون أن يلتزم التزاما كلياً بفكرة أو نظرية فقهية معينة.

ومع إقرارنا بوجاهة هذا الرأي الذي يستمد رجاحته من الاجتهاد القضائي الفرنسي، فإننا نميل إلى رأي الأستاذ "محمد إبراهيم سليمان" في أطروحاته المتعلقة بنظرية الغرض حيث يقول: "إن الغرض الذي حدده القانون من استخدام كل سلطة هو التزام من جانب الإدارة، ولذلك يتعين عليها ألا تستخدم سلطاتها، إلا إذا كان من شأن هذا الاستخدام تحقيق ذلك الغرض، ولهذا فإن التزامها بحسن تقدير الوقائع نابع من التزامها بالغرض، فهي ليست حرة في تقدير الوقائع، لأنها ليست حرة في تحديد الأغراض التي تتجه إلى سلطاتها..."²

المحور الثاني أشكال وتطبيقات الرقابة القضائية وصعوبات التنفيذ:

يلاحظ أن الرقابة القضائية بخصوص الأسباب الواقعية للقرار الإداري تأخذ أشكالا أساسية، مما يجعلها ليست على مستوى واحد من العمق بالنسبة لهذه الجوانب من صحة الأسباب الواقعية للقرار الإداري، كما إنها تتسم بخصوصيات ومظاهر تهم الوضعيات الفردية للموظفين، بالإضافة إلى ما يعترضها من صعوبات على مستوى التنفيذ مما يقتضي تحديدها وطرح سبل تجاوزها وهو ما سنستعرضه في ما يلي:

- 1\ أشكال الرقابة القضائية بخصوص الأسباب الواقعية للقرار الإداري.
- 2\ التطبيقات العملية لأوجه الرقابة الخاصة بالوضعيات الفردية للموظفين.
- 3\ سبل تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية.

1\ أشكال الرقابة القضائية بخصوص الأسباب الواقعية للقرار الإداري

أولا: الرقابة القضائية على صحة الوجود المادي للوقائع:

ثانيا: لرقابة القضائية على التكيف القانوني للوقائع:

ثالثا: الرقابة القضائية على تقدير أهمية الوقائع:

أولا: الرقابة القضائية على صحة الوجود المادي للوقائع:

سبقت الإشارة إلا أن القرارات التي تتخذها الإدارة تكون مبنية على نوعين من الأسباب، أسباب قانونية متمثلة في النصوص و القواعد أو المبادئ القانونية، وأسباب واقعية ومادية. وبدون هذه الأسباب يعتبر القرار الصادر غير قائم على أساس قانوني. ومن خلال استقراء قرارات القضاء المقارن في هذا المجال، نجد أن القضاء الإداري، سواء في فرنسا، مصر أو المغرب يعترف لنفسه بسلطة الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع دائما وفي كل الأحوال، وهو الموقف الذي جسده مجلس الدولة الفرنسي في قضية بتاريخ 14 يناير 1916 حيث جاء فيها: "إذا كان لا يستطيع أن يقيم ملائمة التدابير التي أحيلت إليه عن طريق دعوى الشطط في استعمال السلطة، فإنه يرجع إليه أن يفحص مادية الوقائع التي اعتبرت كأسباب لهذه التدابير."³

وفي نفس السياق جاء موقف مجلس الدولة المصري الذي قضى بإلغاء القرار القاضي بتخطي أحد الموظفين في الترقية، بحجة أنه ارتكب بعض المخالفات، إذا تبث أن المخالفات التي نسبت إليه غير صحيحة. كما قضى بإلغاء القرار الصادر بإحالة موظف إلى الاستيداع بحجة مرضه، إذ تبث أن الموظف عند صدور هذا القرار، لم يكن مريضا بل كان يزاول عمله."⁴

أما الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، فمنذ إنشائه، نجدها تمارس هذه المراقبة على غرار الاجتهاد القضاء الإداري الفرنسي، فقد بحثت وقائع القرار منذ السنوات الأولى، وفي عدة مجالات خاصة منها المجال التأديبي، ففي قضية "محمد بن شقرون"، لم يقتنع القاضي بما ذكرته الإدارة كأسباب للتشطيط على المعني بالأمر من وظيفته حيث رأت الغرفة الإدارية عدم توافر أية واقعة ضمن ما ادعته الإدارة والتي من شأنها أن تبرر هذا التشطيط الأمر الذي يجعل صحتها قابلة للفحص.

13 \ صلاح الدين فوزي: المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري دار النهضة العربي 1998 ص 19.

14 \ عصام عبد الوهاب البر زنجي المرجع السابق ص 326

15) Stassinopolis /Traite des actes administratifs LGDJ 1973 P155

وفي قضية "أحمد بن يوسف" حرصت الغرفة الإدارية على التأكد من صحة الوقائع المادية في القرار الإداري عندما استندت في إحدى حثيائهما على ما يلي: "وحيث أنه من جهة أخرى يستنتج من فحص الأوراق المدلى بها في الملف بأن المأخذ على الطاعن التي تبرر فصله هي عدم الكفاءة الوظيفية والمهنية والتعارض باستمرار مع رؤسائه، وعرقلة سير المرفق تستند إلى وقائع مادية صحيحة"

وفي قضية "النصيري محمد" وزير العدل بتاريخ يونيو 1994 تحت عدد 12 ذكر المجلس الأعلى الحثيئة التالية: "...حيث لأن كان للمجلس التأديبي الصلاحية في تقدير الحجج المطروحة عليه لتكوين قناعته فإنه يتعين عليه أن يعتمد في ذلك على وقائع محددة وثابتة لا على تقارير تتضمن مجرد عموميات والتي وصفها الإدارة بممارسات مشبوهة دون أن تثبت تلك الممارسات.. وحيث أنه يكون المقرر المطعون فيه مشوباً بالشطط في استعمال السلطة عندما اعتمد على وقائع غير ثابتة الأمر الذي ينبغي إلغاؤه". ومن الأحكام الحديثة ما جاء في حكم لمحكمة الرباط الإدارية بتاريخ 26\12\2001 حكم عدد 652 الذي جاء فيه: "...ارتكاز القرار المطعون فيه على وقائع غير صحيحة يشكل مخالفة للقانون يستوجب التصريح بإلغاؤه بسبب الشطط في استعمال السلطة..."¹

ثانياً: الرقابة القضائية على التكييف القانوني للوقائع:

يعتبر التكييف القانوني بمثابة نشاط ذهني يقوم به القاضي بمناسبة طرح دعوى عليه يتجسد في الأسباب التي يبنى عليها الحكم، وأنه عمل قانوني إلزامي. والمقصود بعملية التكييف في قضاء المنازعات أن يتوخى القاضي معاني القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى، أي أن يقوم برد هذا الواقع إلى حكم القانون، ذلك أن القاضي إذا كان يتمتع بسلطة تقديرية في فهمه للوقائع، فإنه لا سلطة تقديرية له في مجال التكييف القانوني والتكييف القانوني في المجال الإداري لا يختلف في جوهره عن التكييف القانوني في نطاق القضاء الموضوعي في الحقل المدني ذلك أن عملية التكييف التي يقوم بها رجل الإدارة لا تعني سوى "إعطاء الواقعة الثابتة لديه اسماً أو عنواناً يحدد موضعها ضمن الطائفة القانونية من المراكز أو الحالات المشار إليها في قاعدة القانون" وبعبارة أخرى فإن عملية التكييف القانوني إنما تعني: "إرجاع حالة من الوقائع إلى إطار فكرة قانونية"²

وقد اعتبرت مسألة التكييف ردحا من الزمن مسألة واقع لا مسألة قانون، ولهذا لم يكن من الجائز إخضاعها بهذه المثابة لرقابة قاضي تجاوز السلطة، ذلك أنها كانت تعتبر مجرد تفسير للواقعة، كانت تترك للسلطة التقديرية للإدارة، حتى أنه حين بدأ مجلس الدولة الفرنسي في قضية "جوميل" الشهيرة ممارسة رقابته على التكييف القانوني، اعتبر ذلك من قبيل بعض الفقه الإداري على أنه خروج من القاضي الإداري عن مهمته في مراقبة الشرعية إلى نوع من الرقابة على الملائمة.

أما في الوقت الحاضر، فإن تكييف الوقائع يعتبر، بما يقرب الإجماع على أنه عمل قانوني أو مسألة قانون. ولهذا فإن عملية التكييف في الوقت الراهن تخضع مبدئياً للرقابة القضائية، واستثناء يقف القاضي عند التحقق من الوجود المادي للوقائع. وتعتبر القرارات الصادرة في مسائل التأديب حافلة بالأمثلة التي يراقب فيها القاضي الإداري صحة تكييف الفعل الثابت صدور من الموظف وما إذا كان يعد خطأ تأديبياً يستوجب المواخلة وتعتبر القرارات الصادرة في مسائل التأديب حافلة بالأمثلة التي يراقب فيها القاضي الإداري صحة تكييف الفعل الثابت صدور من الموظف وما إذا كان يعد خطأ تأديبياً يستوجب المواخلة.

خطأ تأديبياً يستوجب المواخلة

"بحقه في فرض رقابته على التكييف القانوني وقد اعترف القضاء منذ حكمه في قضية Camino"³

للوقائع في مجال التأديب، وبعد حكم مجلس الدولة في هذا الإطار المثال والنموذج الذي التزم به في قضائه اللاحق، وقد جاء في حثييات الحكم: "...حيث أن مجلس الدولة لا يستطيع أن يبحث في تقدير ملائمة الإجراءات المطعون فيها أمامه، عن طريق دعوى تجاوز السلطة، إلا أنه يملك البحث في ماديات الوقائع التي سببت هذا الإجراء من ناحية، كما أنه يملك من ناحية أخرى، إذا ما تحقق من وجود الوقائع، أن يبحث فيما إذا كانت هذه الوقائع تبرر قانوناً الجزاءات المتخذة"

ولم يقتصر مجلس الدولة، في تكريس توجهه في الرقابة على الوقائع المادية، على المجال التأديبي، بل نجده تناول جوانب أخرى من الوظيفة العمومية مثل الكفاءة الوظيفية، حيث وإن كان لا يراقب من حيث المبدأ تقدير الإدارة لكفاءة موظفها المهنية، غير أنه يتدخل استثناء في فرض رقابته على هذا النوع من التقدير عندما تكون هذه الرقابة ضرورية لضمان احترام حقوق الموظفين المنصوص عليها في الأنظمة والقوانين"⁴

أما بالنسبة لتوجه القضاء الإداري المصري، فنجد غنياً بالأحكام والقرارات التي تؤسس لمبدأ الرقابة على تكييف الوقائع، وتعد مراقبة الجرائم التأديبية للموظفين من أشهر النماذج حيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 14 أبريل 1956 أن للقضاء الإداري: "أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع، وصحة تكييفها القانوني"⁵

كما ذهب محكمة القضاء الإداري في ذلك: "أن الجزاء التأديبي، كأي قرار إداري، يجب أن يقوم على سبب يبرره... والسبب في الجزاء التأديبي هو الجريمة التأديبية التي تدفع الرئيس الإداري إلى التدخل بسلطته العامة ليجد في حق الموظف مركزاً قانونياً معيناً هو العقوبة التي يوقعها عليه ابتغاء مصلحة عامة و هي حسن سير العمل. وقد يكون مثار النزاع من هذه الناحية، ناحية السبب هو التحقق من قيام صحة الأفعال المنسوبة للموظف، أو التكييف القانوني لهذه الأفعال على فرض حصولها، وهل تكون الجريمة التأديبية طبقاً للقانون. وليس من شك في أن سلطة الإدارة من هذه الناحية أو تلك ليست سلطة تقديرية، بل هي سلطة محددة بحدود القانون مقيدة بقيوده، ومن ثم كانت رقابة المحكمة، في هذه القيود وتلك الحدود رقابة قانونية"⁶

16/ Conseil d'état 14 janvier 1916 Camino /Rec 15/05 1922 ;3.10 conseil Note/jeze

17\ حكم منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 7 و 8 الصفحة 153.

18\ عصام عبد الوهاب البرزنجي: المرجع السابق ص 355 و 356

19\ الحسن سيمو مقالته السلطة التقديرية ورقابة القضاء الإداري المرجع السابق ص 68

20\ السنة الأولى الصفحة 687 أورده سليمان محمد الطماوي المرجع السابق ص 58.

21\ السيد إبراهيم محمد المرجع السابق ص 33 و 34

والقضاء الإداري المغربي لم يشد عن المسلك الذي نهجه كل من القضاء الإداري الفرنسي والقضاء الإداري المصري، ذلك أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، بعد أن أحكمت رقابتها على ماديات الوقائع انتقلت إلى المرحلة الثانية وهي الرقابة على التكييف القانوني للوقائع في القرارات الإدارية، فمارست الرقابة في كثير من المنازعات المعروضة عليها مسترشدة في ذلك بما أقره مجلس الدولة الفرنسي على الخصوص في مجال الوظيفة العمومية وبالأخص في مجال التأديب.¹

ويعتبر القرار الصادر في قضية "بوعكري أحمد" ضد وزير الشبيبة والرياضة بتاريخ 17 يوليوز 1969 من القرارات الهامة في مجال التكييف القانوني، ذلك أن المجلس الأعلى اعتبر أن الوصف القانوني الذي أضفته الإدارة على واقعة التغيب على أنه انقطاع عن العمل ورتب عليه عقوبة العزل، وهو وصف معيب أي تكييف خاطئ لأن الطاعن أدلى بشهادتين طبيتين توصلت بهما الإدارة باعترافاً وبذلك يكون تغيبه تغيباً لأسباب صحية وهو التكييف السليم الذي يلزم إعطاؤه لواقعة التغيب. وبذلك يكون قرار العزل غير مبني على أساس سليم وبالتالي متعين الإلغاء.²

ثالثاً: الرقابة القضائية على تقدير أهمية الوقائع:

يقر الفقه أن تقدير الواقعة يتناولها من زاويتين اثنتين هما: تقدير الواقعة في ذاتها وتقديرها في أهميتها، ويراد بتقدير الواقعة في ذاتها التقدير العام الذي يتمثل في وزن قيمتها بحسب وصفها العام، وبعد تجريدها من عناصرها الخاصة في الحالة الفردية المعروضة، والنظر فيها إذا كانت بذاتها يمكن أن تبرر القرار المتخذ. أما تقدير أهمية الواقعة فيتم بمعالجتها وبحثها في خصوصية الحالة المعروضة، ووزنها في محيط الظروف التي وقعت فيها والملازمات التي اقترنت بها، فهو إذن تقدير خاص لصديق بكل حالة فردية بصرف النظر عن الوصف العام للواقعة محل البحث.³

والقضاء لا يملك، في حالات السلطة المقيدة إجراء النوع الأول من التقدير، أي تقدير الواقعة في ذاتها، لأن القانون قد حدد هذه الوقائع ورتب على قيامها مشروعية إصدار القرار فإنه، يكون قد قدر في الوقت ذاته أنها وقائع مبررة ومسوقة لإصدار الأمر الذي يتعين معه على القضاء النزول عند حكم القانون، والامتناع عن مباشرة تقديره في هذا النطاق، فالقاضي مكلف بتحديد سيادة القانون ولكنه ليس سيداً للقانون.⁴

والرقابة على أهمية الواقعة، في حالات السلطة المقيدة، تختلف باختلاف حدود السلطة التي تملكها الإدارة إزاء هذه الواقعة. أما في أحوال السلطة التقديرية، فإن القانون لا يحدد الأحوال التي تباشر فيها الإدارة سلطتها، وإنما تخضع هذه الأحوال لاختيار الإدارة: وبذلك يطرح التساؤل عما إذا كان في وسع القاضي أن يراقب ما إذا كانت الواقعة الثابتة والمكيفة تكييفاً صحيحاً، هي بذاتها يمكن أن تبرر القرار أو لا تبرره. من ثوابت قضاء، سواء في فرنسا أو في مصر أو في المغرب أن القاضي الإداري يباشر الرقابة ويقضي بإلغاء القرار رغم أنه يستند إلى واقعة صحيحة ما دامت هذه الواقعة لا تبرره.

ومن ضمن القرارات الإدارية الصادرة عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى نورد:

القرار عدد 373 بتاريخ 12 دجنبر 1991 في الملف الإداري عدد 10037/90 قدوري محمد ضد وزير الداخلية والذي جاء فيه: "...عندما يقدم الطالب بملف تام من أجل الحصول على جواز السفر وأمسك العامل عن الجواب فإن سكوتة هذا في نظر القانون هو بمثابة قرار ضمني بالرفض يجب أن يكون له ما يبرره...".
والذي جاء فيه: "...أن الإدارة اعتمدت في اتخاذ قرار منع صدور جريدة المواطن على ما نشر فيها في العدد الأول بتاريخ 19 يونيو 1991 من مقالات حول وضعية بعض المعتقلين... مما اعتبرت معه الإدارة بما لها من سلطة تقديرية، أن ما نشر يمس بالأمن العمومي وبأسس الأوضاع السياسية، والدينية للمملكة، وتبعاً لذلك فإن المقرر المطعون فيه يرتكز على وثائق ثابتة ويجد سنداً فيما أثبتته الإدارة من إخلال الطاعن بالتزاماته الصحفية...".

أما تقدّر أهمية وخطورة الأسباب فهو خطوة أولى، إذا ما تقررت، فإنما يعقبها تقرير أهمية القرار، لذلك كانت رقابة القضاء لأهمية الواقعة تتعلق بمدى سلطته في رقابة ملائمة القرار، لأن رقابة القضاء لا تمتد إلى أهمية الواقعة إلا إذا كان يملك في الأصل الرقابة على تلك الملائمة.⁴

واعتباراً لذلك كانت ملائمة القرارات الإدارية هي صميم السلطة التقديرية التي تملكها الإدارة، وتنأى عن رقابة القضاء، وبالتالي فإن عناصر هذه الملائمة تنجو بدورها من الرقابة.

وإذا كان القضاء الإداري الفرنسي والعربي يلتزم من حيث المبدأ، بالقاعدة العامة الأنفة الذكر في أغلب الأحوال، إلا أنهما لم يجعلاً من هذه القاعدة قاعدة مطلقة، حيث أوردوا عليها بعض الاستثناءات في بعض القضايا نذكر منها:

وتعد أول سابقة يتطرق فيها مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Benjamini" إلى تقدير ملائمة إجراء ضبطي أصدره أحد العمد بمنع اجتماع عام، انتهى فيه المجلس إلى إلغائه، لأنه لم يكن متناسباً مع درجة أهمية السبب الذي دعا العمدة إلى اتخاذ هذا القرار.⁵

أما القضاء الإداري المصري، فقد مارس هو الآخر استثناء الرقابة على ملائمة قرارات الضبط منذ أول إنشائه، وذلك باشتراط الضرورة الملحة لاتخاذ القرار وبالقدر الذي يتناسب والوضعية المستجدة زماناً ومكاناً. حيث جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري الصادر بتاريخ 16 يونيو 1949 تحت عدد 757 ما يلي: "...لا نزاع في أن لوزارة الصحة أن تتخذ ما تراه لازماً من الإجراءات البوليسية للمحافظة على صحة الناس ووقايتهم من الأمراض، غير أنه يلزم لصحة تلك الإجراءات أن تكون مطابقة للقانون... للمحكمة في هذه الحالة سلطة بحث ملائمة هذه القرارات للظروف والملازمات التي أدت إليها...".

وإذا كان القضاء المصري قد استقر مدة غير قصيرة، في مسائل التأديب، على أن تقدير الإدارة للجزاء التي تختص فيها بلا معقب عليها من القضاء، باعتبار ذلك يندرج ضمن السلطة التقديرية المخولة لها، إلا أنه سرعان ما استشعر، في المجال التأديبي، من درجة الخطورة سيما في طبيعة وشدة الجزاءات التأديبية الموقعة على الموظفين، الشيء الذي دفعه إلى التصدي لهذه القرارات من زاوية عدم الملائمة الظاهرة بين الخطأ المنسوب للموظف والعقوبة التأديبية المتخذة في حقه. وقد أصدرت المحكمة الإدارية العليا فيما يخص المجال التأديبي حكماً المشهور بتاريخ 11 نونبر 1961 حيث جاء في حيثياته:

"...إنه ولئن كانت للسلطات التأديبية، ومن بينها المحاكم التأديبية، سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء وبغير تعقيب عليها في ذلك، إلا أن مشروعية هذه السلطات، شأنها في ذلك شأن أية سلطة تقديرية، ألا يشوب استعمالها غلو. ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي تبناه القانون من التأديب...".⁶

22/ الحسين سيمو: أشغال ندوة المجلس الأعلى والتحول الاجتماعي والاقتصادية ص 399.

123/ قرار عدد 18 في الملف الإداري عدد 29326 المنشور في المجموعة 1966 ص 188.

24/ السيد إبراهيم محمد: المرجع السابق ص 55

25/ السيد محمد إبراهيم سليمان: المرجع السابق ص 35.

/حكم مشار من طرف الأستاذ البر زمني: المرجع السابق ص 26420

27/ حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 11/11/1961 ق 563 س 7 مجموعة السنة السابعة ي 27، أوردته كل من السيد محمد إبراهيم سليمان المرجع السابق ص 100/101 ومصطفى التراب المرجع السابق الصفحة 430.

أشكال المراقبة على الملائمة :

يلاحظ أن الاجتهاد القضائي في كل من فرنسا ومصر أخذ يبسط رقابته في العقود الأخيرة على عنصر التقدير في القرارات الإدارية وذلك للحد من تزايد مظاهر السلطة التقديرية للإدارة التي ما فتئت تتسع يوما بعد يوم وذلك من خلال تكريسها لعدة مبادئ قانونية عامة لا يسوغ للإدارة التفاوضي عنها .
أ: في القضاء الإداري الفرنسي: {نظرية التناسب}

تتمحور أشكال الرقابة في القضاء الإداري الفرنسي في الرقابة على التناسب بين الخطأ المرتكب والإجراء المتخذ والمتمثل في الجزاء ,و نجد له تطبيقات تهم مجال الوظيفة العمومية ,اما الشكل الثاني للرقابة على الملائمة فيتمثل في مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار وقد طبقه القضاء الإداري بصدد القرارات الخاصة بمسطرة نزاع الملكية . أما الصورة الثالثة من صور الرقابة على الملائمة فتتعلق بالرقابة على الخطأ البين في التقدير ,ونجد أن مجلس الدولة عمل على تطوير هذه الرقابة وتوسيع مجال أعمالها ,حيث استعمل فكرة الخطأ الواضح في التقدير ,وذلك في مجالات عدة منها المجال التأديبي ,وترقية الموظفين ,ونقلهم ,وتوزيع المناصب بين الجامعات ...¹

ب في القضاء الإداري المصري: {نظرية الغلو}

تشكل الرقابة على الغلو في القضاء الإداري المصري أهم سمة مميزة لرقابة الملائمة على القرار ويوجز الفقه نظرية الغلو المصرية في أنها رقابة على استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في تقدير الجزاءات التأديبية الجائز توقيعها عند ارتكاب خطأ تأديبي ,فالقضاء يوجب على السلطة التأديبية ألا تغلو في التقدير فتبالغ في الجزاء ,لأن عد التناسب الظاهر بين درجة خطورة الخطأ وبين نوع الجزاء ومقداره يؤدي إلى التعارض مع الغرض الذي ينشده القانون من التأديب .وهذا النوع من القضاء ,أي قضاء الغلو يشترك مع النظرية الفرنسية والتي تقوم على الخطأ البين في التقدير ,في النتائج ,أي إلغاء القرار ,فيما تختلف معها في عمق التقدير والتمحيص.²

ج موقف القضاء الإداري المغربي:

إن المتتبع لاجتهادات الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عبر مسارها القضائي ,سليحنا أن نظرة القاضي الإداري لمراقبة التقدير الإداري قد مرت بالعديد من المراحل :

المرحلة الأولى:حضر الرقابة على التقدير الإداري

قوامها عدم قابلية العمل التقديري للإدارة لأية مراقبة قضائية ,حيث لم يكن المجلس الأعلى في سياق هذه المرحلة يميز بين الرقابة على الملائمة ,والإلغاء لعدم الملائمة .

المرحلة الثانية :رقابة المشروعية

وتشكل البوادر الأولى لإرساء الرقابة القضائية على القرار الإداري ,من خلال منح القاضي الإداري صلاحية ممارسة رقابته للملائمة من خلال البحث عما قد يدعو إلى إلغاء القرار الإداري لعيب من عيوب المشروعية التي تشوبه خصوصا منها عيب الانحراف في استعمال السلطة.

المرحلة الثالثة: رقابة الملائمة

تمثل هذه المرحلة مرحلة التطور والنضج في الرقابة على القرارات الإدارية وتمحيص نطاق وجدوى السلطة التقديرية للإدارة حيث ثم في المجال التأديبي , إقرار جواز المراقبة على أهمية وخطورة الفعل المرتكب من طرف الموظف ومدى ملائمة العقوبة المتخذة جزاء له ,مما يشكل تطورا ملموسا للمراقبة القضائية لسلطة الإدارة .

ويؤكد الأستاذ "الحسن سيمو" في هذا الإطار : " أن الاتجاه المغربي وإن لم يأخذ كلية بالاتجاه الفرنسي وبعده الاتجاه المصري فإن رقابته على الملائمة غير منعدمة تماما ,اد أنه يستعملها عند الضرورة القصوى ,كما يفحص ظاهر الملائمة ,أي تقدير أهمية وخطورة السبب ومدى تناسبه مع القرار المتخذ ,في الحالات التي تتطلب ذلك . " .ويضيف في مكان آخر من مقاله : " أن قضاء الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى يتميز بخصيصية ,تعتبر من سمات القضاء المغربي ,وتتجلى في إيجاد حلول وسطى بين مراقبة الملائمة وبين مراقبة المشروعية ,وتبرز هذه الحلول في تقدير الظروف والملايسات المحيطة بكل نازلة على حدة ,ومعالجتها على ضوء ذلك ,وبعبارة أخرى إيجاد حل لكل نازلة على ضوء المعطيات والظروف والملايسات التي صدر في ظلها القرار."³

2\ التطبيقات العملية لأوجه الرقابة الخاصة بالوضعية الفردية للموظفين

إذا ما انتقلنا إلى تطبيقات القضاء الإداري المغربي , في مجال الوظيفة العمومية عموما ,فيما يخص الوضعيات الفردية للموظفين سنجد أن قرارات الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عكست مختلف مراحل تطور الرقابة ومسوغاتها ,حيث نجد عدة قرارات تعتبر السلطة التقديرية المخولة للإدارة سلطة مطلقة لا رقابة عليها من طرف القضاء منها القرار الصادر بتاريخ 5 يناير 1982 في قضية " مدين عب اللطيف ضد وزير البريد الذي جاء فيها أنه : " .إذا كان الطاعن قد توفرت فيه الشروط المتطلبية قانونا في الفصل 21 من مرسوم 03/09 1967 المغربي في 14/03/1977 لولوج درجة متصرف ,فإن اختياره يدخل في نطاق السلطة التقديرية للوزير الذي له وحده حق تقييم أنواع الموظفين ومؤهلهم وما تقتضيه المصلحة العامة من غير رقابة عليه في ذلك من طرف المجلس الأعلى " ."⁴

28/ جبران أمينة مقال تحت عنوان : الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بين التقليد والإبداع ,المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 17 الصفحة 94/96

29/ مصطفى التراب : المرجع السابق الصفحة 431, نقلا عن سليمان محمد الطماوي ,قضاء التأديب الصفحة 291

30/ الحسين سيمو: مقالة :السلطة التقديرية ورقابة القضاء الإداري: المرجع السابق ص 69/70,

31/ قرار عدد265 بتاريخ 1996/04/11 أورده الأستاذ: مصطفى التراب المرجع السابق ص 423.

32/ مصطفى التراب المقال السابق ص 421.

33/ الأستاذ إبراهيم زعيم : المرجع العملي في الاجتهاد القضائي الإداري الصفحة 139.

34/ حكم ذكره الأستاذ الحسن سيمو : المرجع السابق ص403.

أما في المجال التأديبي، فهناك قرارات عديدة متواترة تنكر على القضاء حقه في مراقبة الإدارة في اختيارها للعقوبة التأديبية المناسبة، ومدى ملائمتها لخطورة الفعل المقترف من جانب الموظف، فقد جاء في قرار للغرفة الإدارية بتاريخ 18\03\1977: "...تتمتع الإدارة بسلطة تقدير ملائمة العقوبة للمخالفة المرتكبة وهذه السلطة لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى". نفس الوقف تجسد في قرار في قضية "محمد الدانج" ضد المدير العام للأمن الوطني الذي أكد: "...إن اختيار العقوبة التأديبية، يرجع لتقدير السلطة الإدارية، ولا يمكن مناقشته أمام قاضي تجاوز السلطة".¹

ويذهب الأستاذ "مصطفى التراب": "أن المجلس الأعلى من خلال بعض المجالات التي تمارس فيها الإدارة سلطتها التقديرية، اعتبر بأنها، أي الإدارة، لا يمكن أن تفلت من المراقبة القضائية، ولو كان ذلك على الأقل في إطار مراقبة المشروعية أي مراقبة القرار مما قد يشوبه من عيوب خصوصاً عيب الانحراف في استعمال السلطة، الذي يعتبر العيب الملائم للسلطة التقديرية الممنوحة لجهة الإدارة في حدود ما تمليه مقتضيات الصالح العام لحسن سير المرافق العامة. وأن القاضي الإداري يمارس رقابته للوقوف على الهدف الحقيقي الذي تنشده الإدارة من قرارها وما ذا كانت حقاً قد قصدت به المصلحة العامة أو انحرفت عن الغاية".²

وإذا ما استعرضنا كم القضايا التي ثم الفصل فيها من لذن القضاء الإداري في مجال الوظيفة العامة وأرتأينا تصنيفها بشكل يستوعب مختلف مظاهر الوضعيات الفردية للموظف، سنجد أنها تهم الوضعيات الإدارية للموظف، ثم جانب العقوبات التأديبية وقضايا التنقيح والانتقال فحالات أخرى مختلفة، وسنقوم بانتقاء بعض النماذج لوضعيات تعد الأكثر شيوعاً وتواتراً بين الموظفين لبيان موقف القضاء الإداري منها. وتهم مجال ترقية ونقل وتأديب للموظف.

ترقية الموظف:

اعتبر المجلس الأعلى في أحد قراراته: "إن حق مراقبة المشروعية المخول لقاضي الإلغاء يتسع نطاقه أو يضيق حسب طبيعة المقررات المطلوب إلغاؤها. وأن تقدير كفاءة الموظف يدخل ضمن الاختصاص التقديري العام للرئيس الإداري، ولا يمكن الطعن فيه من ناحية المشروعية الداخلية: بمناسبة طلب إلغاء رفض الترقية إلا بالانحراف في استعمال السلطة أو الخطأ القانوني أو المادي..".

ولا زال المجلس الأعلى محتفظاً بذات النهج فيما يخص السلطة التقديرية للإدارة في مجال ترقية الموظفين، فقد ورد في قرار له ما يلي: "إن استقلال الإدارة بترقية الموظفين في الدرجات والرتب والسلام الإدارية لا يحول دون رقابة القاضي الإداري، لتفادي خرق مساوئهم أما الفرصة المتاحة..".

نفس التوجه كرسه القرار عدد 256 الصادر بتاريخ 14 مارس 2013 في الملف الإداري عدد 1\4\2011 السيد الوكيل القضائي للمملكة ضد السيد حريي نحمد "حيث أنه وإن كانت ترقية الموظفين بالاختيار تخضع للسلطة التقديرية للإدارة بالنسبة للموظفين المتوفرين على الشروط المطلوبة فيها، فإن السلطة المذكورة ليست مطلقة بل تخضع لرقابة القضاء الإداري للتأكد من أنها تمت في إطار احترام المساواة بين الموظفين الذين هم في نفس الوضعية غير متمسكة بالانحراف في استعمال السلطة.

مجال نقل الموظف:

المساواة بين الموظفين:

حكم رقم 885 بتاريخ 15\11\1999 ملف رقم 01\47 ش "محمد عبده بوجداني" ضد وزير التربية الوطنية حيث جاء فيه: "تكون الإدارة قد خرقت مبدأ المساواة بين موظفيها المتواجدين بنفس الدرجة عندما قررت الإبقاء على المدعي في السلم التاسع بينما عمدت إلى ترقية زملاءه يتوفرون على نفس الشروط إلى السلم العاشر".

سلطة النقل:

حكم المحكمة الإدارية بأكادير: ملف رقم 98\77 بتاريخ 27\05\1999 "فتيحة موريطني" ضد وزير التربية الوطنية الذي جاء فيه "الأصل في قانون الوظيفة العمومية أن من يملك حق التسمية هو الذي يملك حق النقل ما لم يكن هناك تفويض في الاختصاص. وتفويض وزير التربية الوطنية لنواب وزارة التربية الوطنية بالإمضاء أو التأشير على القرارات المتعلقة بنقل وتعيين الموظفين من أجل المصلحة في حدود الاختصاص الترابي لكل نيابة لا يعتبر تفويضاً للاختصاص بل تفويضاً في التوقيع فقط. وقيام نائب وزير التربية الوطنية بإصدار قرار بالنقل المكاني ولو في حدود الاختصاص الترابي للنيابة يعتبر قراراً متسماً بعيب عدم الاختصاص".

قرار عن الغرفة الإدارية عدد 128 بتاريخ 10\07\1986 ملف 7292\قضية عبد العزيز بلخو ضد وزير البريد والمواصلات جاء فيه: "لئن كان قرار نقل الموظفين يدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، إلا أن ذلك مقيد بضرورة عدم انحرافها في استعمال السلطة حتى لا يحرم الموظف من ممارسة حقوقه المشروعة. عندما يتضح أن قرار النقل المتخذ من طرف الإدارة لا يمكن عزله عما تؤاخذ به الموظف من إهمال وانعدام الكفاءة وسوء التسيير، لكن هذه المواخذات تتناقض مع العناصر الموضوعية للملف، فإن هذا القرار يكتسي في الواقع صبغة القرار التأديبي، دون أن يكون الموظف التي اتخذ في حقه قد منح الضمانات المخولة له قانوناً للدفاع عن حقوقه في هذا المجال، الشيء الذي يجعل هذا القرار مشوباً بالشطط في استعمال السلطة".³

وفي ذات المجال النقل صدر قرار للمجلس الأعلى الغرفة الإدارية بتاريخ 10\07\1986 تحت عدد 128 ملف اداري رقم 7292 قضى فيه بما يلي: "...أن قرار نقل الطاعن من مركز فاس الذي هو مركز بريدي هام إلى مركز وزان الهاتفي يكتسي في الواقع صبغة القرار التأديبي المشوب بانعدام الضمانات المخولة للموظف قانوناً للدفاع عن حقوقه في هذا المجال، الشيء الذي يدل بوضوح على انحراف الإدارة في استعمالها سلطتها ويجعل قرار النقل هذا متسماً بالشطط في استعمال السلطة".

قرار عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 490 بتاريخ 26\09\1996 في الملف رقم 95\192 غ في قضية "محمد بومعيز" ضد وزير الصحة جاء فيه: "...أن نقل الموظف لا يدخل ضمن سلم العقوبات المنصوص عليها في الفصل 66 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية، وأن قيام الإدارة بنقل الموظف إلى مدينة أخرى جزاء له على ما نسب إليه من أفعال، يجعل قرارها مشوباً بتجاوز السلطة ومعرضاً للإلغاء".⁴

المجال التأديبي:

يعد المجال التأديبي الإطار الأكثر تداولاً أمام القضاء الإداري وقد صدرت يصده العديد من الأحكام والقرارات التي أكدت على ضمان حماية الموظف خلال مسطرة التأديب، واحترام تشكيل المجلس التأديبي، وضرورة التطابق بين الوقائع والقرارات التأديبية.¹

35/ نفس التوجه كرسه قرارات المحاكم الإدارية المحدثه بقانون 90/41، حيث صدر عن المحكمة الإدارية بمكناس القرار تحت رقم 95/22 في قضية "مارية الطاهري" ضد وزير التربية الوطنية، حكم منشور بالمجلة المغربية للإدارة والتنمية العدد 12 يوليوز شتنبر 1995 ص 125/121

الضمانات التأديبية :

حكم المحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 02\28\2002 في قضية محمد معقول ضد وزير التربية الوطنية والذي جاء فيه "الغاء القرار التأديبي بسبب عدم احترام المجلس التأديبي أجل المقرر لإدلائه برأيه حسب مقتضيات الفصل 70 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية"

احترام تشكيل ومسطرة المجلس التأديبي:

قضت إدارة الرباط بتاريخ 03\16\2004 "لا يجوز بالتالي ان يكون المجلس التأديبي يتضمن في عضويته في نفس الآن العضو الرسمي والعضو الذي ينوب عنه تحت طائلة عدم احترام القواعد القانونية في تشكيلة ذلك المجلس والتي راعى فيها المشرع ضمان التوازن بين حقوق الإدارة وحقوق الموظف المتابع تأديبياً..".

"..وحيث وأنه بالرجوع الى مقتضيات الفصل 75 مكرر الذي ينظم مسطرة العزل في حالة ترك الوظيفة يستفاد منها ان تطبيق المسطرة المذكورة منوط بتوافر مجموعة من الشروط..وأن تخلف هذه الشروط يترفع عن تلك المسطرة مبررات اللجوء إليها ويجعل من قرارات العزل الصادرة على إثرها متسما بعدم المشروعية"²

تقدير وملائمة العقوبة:

يرى جانب من لم الفقه المغربي أن المحاكم الإدارية المغربية قد شرعت في اعتماد نظرية الغلو كوسيلة لمراقبة سلطة الإدارة في تقدير العقوبة وملائمتها مع المخالفة التأديبية. ومن بين التطبيقات القضائية المستدل بها في هذا الإطار حكم المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 03\23\1995 تحت عدد 151\94 غ والذي جاء فيه ما يلي: "ان للإدارة سلطة تقديرية في اتخاذ العقوبة المناسبة في حق الموظف حسب خطورة الأفعال المنسوبة إليه، ومدى تأثيرها داخل المرفق العام، ولا تكون ملزمة بظروف التخفيف التي تكون المحكمة الجنائية أو الجنحية قد منحتها له اعتباراً لظروفه الاجتماعية، وأن هذه السلطة التقديرية لا رقابة للقضاء عليها ما لم يشهها غلو في التقدير"³

وقد تم تكريس نفس النهج في تبني نظرية الغلو من خلال مضمين الحكم تحت عدد 265 بتاريخ 03\20\1997 والذي جاء فيه: "إن اقتياد التلميذ من طرف الطاعن إلى المدرسة وهو مكبل اليدين بالأصفاد ليعتذر للأستاذة التي صفعها بعد أن ضبطته وهو يغش في الامتحان، هو خطأ مهني يستحق عليه الطاعن "الشرطي" العقوبة التأديبية المناسبة والتي لا يمكن أن تصل الى حد العزل والتي تعتبر عقوبة متسمة بالمغالاة، ولا تلائم الفعل المرتكب مما يبرر إلغاء القرار الإداري .."

3\ سبل تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية .

تكمن فعالية الأحكام النهائية والمذيلة بالصيغة التنفيذية الصادرة بصدد الوضعيات الفردية للموظفين في أن تجد مجالاً لتطبيقها في الواقع العملي، إذ لا فائدة من أن يضمن القانون للموظف المتضرر من جراء قرار إداري إمكانية اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم بالإلغاء أو بالتعويض عن الضرر، ثم يقف عاجزاً عن تنفيذه الذي يبقى رهيناً بمرارة الإدارة وخضوعها الاختياري لمبدأ سيادة القانون و لحجية الشيء المقضي به. ولهذا كان لا بد للقاضي الإداري أن يبحث عن سبل ووسائل كفيلة بضمان تطبيق الأحكام القضائية .

وستقتصر في هذا الإطار طبيعة الصعوبات التي تعترض تطبيق الأحكام والقرارات الإدارية والموقف الذي سلكه القضاء الإداري المغربي لضمان التزام الإدارة بتطبيق وتنفيذ الأحكام الباتة والقرارات الصادرة في حقها.

هناك نوعان من الصعوبات التي تعترض تطبيق مضامين الأحكام الصادرة بخصوص مختلف الوضعيات الفردية الخاصة بالوظيفة العمومية منها ما يكتسي طابعاً قانونياً ، منها غياب نصوص صريحة تنظم وسائل التنفيذ تجاه الإدارة، وكما توجد صعوبات ذات طبيعة واقعية قد تحول دون خضوع الإدارة لمقتضيات الحكم الإداري النهائي تحت مبرر سير المرفق العام أو حماية النظام العام أو المال العام.

على أن ما يهمنا في هذا السياق، ليس الوقوف على طبيعة الصعوبات والمبررات، بقدر التركيز على ما توفره لنا النصوص المسطرية من مقتضيات وآليات ووسائل لضمان تنفيذ الأحكام، ومدى قابليتها للتطبيق على الإدارة والزامها بمقتضاها بالخضوع لمنطوق الأحكام الإدارية . سنركز هنا ، من خلال نماذج أحكام قضائية إدارية، على وسيلتين أساسيتين هما الغرامة التهديدية ومسطرة الحجز لدى الغير.

● أولاً: الغرامة التهديدية :

جاء في حكم إداري لمحكمة الرباط تحت عدد 134 بتاريخ 03\06\1997 في قضية "ورثة العشيري" ما يلي: "في غياب أي نص يستثني صراحة الإدارة من الغرامة التهديدية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية المعمول به أمام المحاكم الإدارية، فلا مانع من فرض هذه الغرامة عليها في حالة امتناعها عن تنفيذ حكم قضائي صدر في مواجهتها، يتعلق بالالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل".

انطلاقاً من الحكم السابق تبدو إمكانية تطبيق الغرامة التهديدية في حق الإدارة واردة باعتبارها وسيلة قانونية تنبئ للمتضرر إمكانية الضغط على الشخص العام للخضوع للحكم الإداري النهائي والالتزام بمنطوقه، على أن إقرارها يتطلب جرأة وشجاعة من لدن القاضي الإداري."⁴

● ثانياً: الحجز لدى الغير

سبق للمحكمة الابتدائية بالرباط أن قضت في حكم لها بتاريخ 16\12\1985 بحجز الحسابات البنكية لشركة في ملكية الدولة وهي شركة "كوماكري" التي امتنعت عن تنفيذ حكم صادر ضدها.

كما أن المحكمة الإدارية بالرباط أصدرت في نفس السياق أمراً استعجالياً تحت عدد 182 بتاريخ 24\09\1997 في قضية "فاطمة العنصري" ضد مدير المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي بالوكوس حيث جاء فيه: "لا يتعين أخذ مبدأ عدم جواز الحجز على إطلاقه، وتطبيقه بصفة آلية دون اعتبار لمعطيات الحالات التي يطبق فيها والأغراض المتوخاة من ذلك، فهذا المبدأ يستبعد تماماً في حالة امتناع مؤسسة عمومية دون أي مبرر قانوني الإذعان لحكم قضائي صادر في حقها عندما يكون

36/ سلمان محمد إبراهيم ابو احسان: القانون الموظف العمومي وتأديبه في القانون المغربي دراسة مقارنة القانون العام كلية الحقوق الرباط 1985

37/ يزخر مجال التربية والتكوين بكم هائل من القرارات الإدارية المختلفة والمتنوعة، تتخذ من المشروعية مناطاً لبيان صحتها، وحجيتها، وقابليتها للتنفيذ وللمزيد من الأحكام على الموقع الرسمي لوزارة التربية حيث قامت مديرية الشؤون القانونية والمنازعات بوزارة التربية الوطنية. بعملية تجميع وتبويب الأحكام الإدارية الصادرة حتى سنة 2007:

(1) الأحكام الصادرة في قضاء الإلغاء الجزء الأول فبراير 2007 :

(2) الأحكام الصادرة في قضاء الإلغاء الجزء الثاني فبراير 2007

38/ الحسن سيمو : المرجع السابق الصفحة: 406

مصطفى التراب : المرجع السابق الصفحة: 431.

ادريس الضحالك: المرجع السابق الصفحة: 480

39/ فتيحة هنيش : ضمانات تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية موضوع ماستر حقوق قانون إداري كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة الموسم الجامعي 2012\2013. ص64

من شأنه حرمان الدائن على حقوقه والمتمثلة في النازلة في التعويض المدني المحكوم به. فلا يجوز الاحتفاء بهذا المبدأ لشل حكم حائز لقوة الشيء المقضي به... ولا يوجد أي نص قانوني يعني أي محكوم عليه من تنفيذ الأحكام القضائية سواء كانت مؤسسة عمومية أو غيرها مادامت تلك الأحكام مذيبة بالصيغة التنفيذية..".
انطلاقاً من الأحكام السابقة يتضح الدور الإنشائي للقضاء الإداري في ابتداء الحلول الكفيلة لتجاوز أشكال عدم تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة من خلال التطبيق الكامل أو الجزئي لطرق التنفيذ الجبري المقررة في قانون المسطرة المدنية.¹¹

خاتمة:

حاولنا من خلال هذه الموضوع استجلاء بعض الغموض حول موضوع الرقابة القضائية للسلطة التقديرية للإدارة في مجال الوضعيات الفرية للموظفين باعتبارها تشكل عنصر الضمان والتوازن والتقييم لمختلف الخروق التي تطال مختلف القرارات، وأوضحنا مظاهر هذه الرقابة وتطبيقاتها القضائية، مستلهمين في ذلك مواقف القضاء الإداري المقارن الذي تطور من مستوى الرقابة على المشروعية كإطار تقليدي متعارف عليه، إلى رقابة الملائمة من خلال تقدير ليس فحسب احترام القرار لمقتضى القانون بل وكذلك للملائمة طبيعة القرار للوقائع واتساقه معها وفق الأهداف العامة ومقاصد المرفق.

ولم يفتنا في هذا الإطار طرح إشكالية تطبيق الأحكام والقرارات الإدارية، وما يعترضها من معوقات أبرزها تلكاً ورفض الإدارة للامتناع لسيادة القانون واحترام حجية الأمر المقضي به، مما يفرض ضرورة اعتماد وسائل الإيجار المقررة قانوناً ومنها الغرامة التهديدية و الحجز لدى الغير، الشيء الذي يتطلب اجتهداً قضائياً بزعمة خلاقة وإنشائية لتجاوز الخصائص والنقص على مستوى النصوص والمبادئ القانونية.

الأن ما يمكن أن نستخلصه انطلاقاً من حجم القضايا المعروضة على القضاء الإداري، وطبيعة القضايا موضوع المنازعات وحجم الخسائر والتكاليف والتعويضات الناجمة عنها، يكشف عن أوجه قصور عدة من الممكن تلافها وتجاوزها وتكمن في ما يلي:

- 1\ غياب عنصر التواصل بين مكونات الإدارة المختلفة، مما يؤدي إلى نشوء وضعيات نزاعية تستنزف الإدارة
- 2\ غياب التدبير العقلاني للموارد البشرية، واعتماد طرق ووسائل تقليدية تكون أساس للأخطاء والتجاوزات الإدارية سيما في مجال مسك مختلف الوضعيات الإدارية .
- 3\ لا تتوفر المديرية الخاصة بالموارد البشرية على أطر متخصصة في صياغة القرارات الإدارية التي تهم مختلف الوضعيات الوظيفية، ومراعاة خصوصياتها، مما يؤدي إلى قرارات إدارية معيبة أو بأخطاء عديدة تكون باعثاً على اللجوء إلى القضاء الإداري.
- 4\ يشكل الاهتمام بالتظلمات والطعون الإدارية مدخلاً أساسياً لتلافي المنازعات القضائية، وتصحيح الإختلالات التي تطال القرارات الإدارية.
- 5\ من شأن تحصين القرارات الإدارية أن يؤدي إلى تقليص نسبة اللجوء إلى القضاء الإداري .
- 6\ أن ممارسة السلطة التقديرية تعين أن تمارس وفق ضوابط المشروعية، وألا تنسجم بأي مظهر من مظاهر الشطط أو التجاوز في استعمال السلطة، مما يعرضها لدعوى الإلغاء.

7\ يقوم القاضي الإداري من رقابة المشروعية أو رقابة الملائمة، بدور ضابط بين الوقائع المادية والقرار الإداري الصادر بشأنها، مما يشكل حماية أكيدة للحقوق المكتسبات في مجال العلاقات الإدارية.

إشكالية المادة 316 من مدونة الحقوق العينية

بين التمديد والإبقاء

زاوش جهان

طالبة باحثة

في قانون العقود والعقار

مقدمة:

إن إجراءات القسمة القضائية لعقار محفظ تخضع للقواعد المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية عموماً ومدونة الحقوق العينية خاصة، ومن بين الإجراءات الخاصة التي جاءت بها المدونة ما نصت عليه المادة 316 التي جاء فيها: "لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء وتم تقييدها تقييداً احتياطياً إذا تعلق بعقار محفظ".

وعليه يستفاد من خلال هذا النص التشريعي أن المشرع اشترط لقبول دعوى القسمة متى كان موضوعها عقاراً محفظاً شرطين أساسيين أولهما توجيه دعوى القسمة ضد جميع الشركاء وثانيهما تقييد هذه الدعوى بالرسم العقاري تقييداً احتياطياً، بالإضافة إلى إثبات الملكية الشائعة للعقار محل القسمة، غير أن تنظيم هذه الشروط من طرف المشرع يثير تساؤلات عدة ترتبط بكون الشرط الأول المنصوص عليه في المادة أعلاه جاء ليكرس ويرسخ ما درج عليه العمل القضائي سواء على مستوى محاكم الموضوع أو على صعيد محكمة النقض، أما بخصوص الشرط الثاني المتمثل في تقييد الدعوى تقييداً احتياطياً فهو يطرح عدة صعوبات وإشكالات في الواقع العملي نظراً لغموضه وعدم توضيحه من طرف المشرع مما أفرز لنا عدة اتجاهات فقهية وقضائية تتأرجح بين الإبقاء والتمديد، ومن بين الإشكالات المطروحة في هذا المجال وهي كالتالي: هل التقييد الاحتياطي المنصوص عليه في المادة 316 المشار إليها أعلاه يمثل حالة خاصة نظراً لخصوصية وطبيعة دعوى القسمة؟ بعبارة أخرى هل يسري مفعول هذا التقييد الاحتياطي إلى غاية صدور الأحكام النهائية بالقسمة؟ أم يتم التشطيب عليها في إطار الفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى قانون 14.07؟

ولمقاربة جوانب هذا الموضوع سيتم اعتماد التقسيم الآتي:

- المطلب الأول: توجيه دعوى قسمة عقار محفظ ضد جميع الشركاء
- المطلب الثاني: تقييد دعوى قسمة عقار محفظ تقييداً احتياطياً

المطلب الأول: توجيه دعوى قسمة عقار محفظ ضد جميع الشركاء

يشترط لقبول دعوى قسمة عقار محفظ أن يكون هذا الطلب مقدماً من طرف شريك على الشياخ مقيداً بالرسم العقاري وأن يكون موجهاً ضد كل الشركاء المقيدین بصفة نظامية بالسجل العقاري دون سواهم¹، وفي هذا السياق جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بوجدة ما يلي: "...بالرجوع إلى أطراف دعوى القسمة والرسوم العقارية تبين أن الملاك فيها على الشياخ 12 نفرًا يجمعان الفريق المدعي والمدعى عليه، في حين أن مقال الاستئناف لم يتضمن إلا تسعة منهم دون الباقي، وحيث إنه في القواعد المسطرية -دعوى القسمة- يجب إدخال جميع الشركاء فيها تحت طائلة عدم سماع الدعوى، وحيث إنه ما دام أن المستأنفين لم يذكرنا جميع الشركاء بمقال استئنافهم الشيء الذي يتوجب معه عدم قبوله شكلاً²."

ويستفاد مما سبق أن دعوى قسمة العقار سواء كان محفظ أو غير محفظ من الدعاوى التي لا تقبل التجزئة، ومعنى ذلك أن طالب القسمة يتعين عليه إدخال جميع الشركاء دون استثناء وذلك لحسن سريان الدعوى طبقاً لمبدأ نسبية آثار الأحكام³.

وعملاً بمقتضيات المادة 316 من م ج ع التي تنص على أنه "لا تقبل القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء..." ويعتبر هذا الشرط المحور الأساسي لدعوى القسمة الذي يمنح الانطلاقة الأساسية لسير إجراءات الدعوى⁴، فإدخال جميع الملاكين على الشياخ المقيدین في الرسم العقاري في دعوى القسمة قاعدة تواترت

¹ - أحمد الشحيبي: دعوى قسمة العقار المحفظ من خلال مستجدات مدونة الحقوق العينية وقرارات محكمة الاستئناف بالرباط ندوة خاصة بمناسبة الذكرى المائوية لتأسيس محكمة الاستئناف بالرباط تحت عنوان حماية الملكية العقارية من خلال قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، العدد السادس، 2013، ص 11.

² - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة صادر بتاريخ 2009/9/25 في الملف رقم 188، 08 غير منشور.

³ - ق 451 من ق ل ع ينص على أن "قوة الشيء المقضي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم ولا تقوم إلا بالنسبة إلى ما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له ويلزم:

1- أن يكون الشيء المطلوب هو نفسه ما سبق طلبه

2- أن تؤسس الدعوى على نفس السبب

3- أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة.

ويعتبر في حكم الخصوم الذين كانوا أطرافاً في الدعوى وورثتهم وخلافاتهم حين يباشرون حقوق من انتقلت إليهم منهم باستثناء حالة التدليس والتواطؤ" للمزيد من التفاصيل أنظر عبد العزيز توفيق "موسوعة ق م م والتنظيم القضائي، ج 2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2011، ص 326.

⁴ - بثينة العلوط: القسمة القضائية العقارية، مطبعة دار السلام، الطبعة الأولى، 2005، ص 22 وما يليها.

واستقرت عليها محكمة النقض وصدرت عنها عدت قرارات من بينها " لقبول دعوى القسمة يجب أن تشمل جميع الشركاء على الشياخ في العقار المطلوب قسمته، وحيث أن إغفال الموصى لهم بالثلث في العقار المطلوب قسمته وعدم إدخالهم في الدعوى رغم النص عليهم في الإرث، يجعل الدعوى غير مقبولة ويتعرض للنقض القرار الذي قضى بقسمة العقار في غيبة الموصى لهم بالثلث¹، وفي نفس السياق قضت محكمة النقض بما يلي "...حيث إن من شروط صحة دعوى القسمة أن توجه على كافة الأشارك²، وفي قرار آخر لنفس المحكمة "أنه لا عبرة بموجب إثبات القسمة إلا إذا تضمن جميع الشركاء لأن القسمة لا تقبل التجزئة..."³

ويتضح من خلال القرارات المرصودة أعلاه تؤكد على أن هذه الدعوى لا تقبل التجزئة وهذه القاعدة كرسها المادة 316 من مدونة الحقوق العينية ومؤداها أن هذه الدعوى يجب أن ترفع على جميع الشركاء على الشياخ الذين يمثلون فيها كخصوم ولا يجوز للمدعي أن يختصم من شاء منهم ويدعي من شاء، لأن استثناء أي شريك سيؤدي لا محالة إلى عدم قبول الدعوى وهذه القاعدة هي التي نص عليها الشيخ خليل في المختصر عند قوله "وأجبر لها كل أن انتفع كل"⁴ وتواتر عليها العمل القضائي لمحكمة النقض معتبرة إياها من صميم النظام العام يمكن للمحكمة إثارة عدم احترامها من تلقاء نفسها.

ومبدأ عدم التجزئة ينسحب حتى على الطعون في الأحكام الصادرة في دعوى القسمة بحيث ينبغي أن تشمل كافة الشركاء على الشياخ تحت طائلة عدم القبول، وفي هذا الصدد نورد قرار لمحكمة النقض حيث جاء فيها: "...طالما أن دعوى القسمة هي من الدعاوى التي لا تقبل التجزئة ويجب أن تشمل كافة الشركاء شأنها في ذلك شأن الطعون الموجهة ضد الأحكام الصادرة بالقسمة"⁵.

والتساؤل الذي يمكن طرحه في هذا المجال ما المقصود بعبارة "جميع الشركاء" الواردة في المادة 316 من مدونة الحقوق العينية هل تشمل أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار؟ وهل تتعلق بالتصرفات التي يجريها الشريك في حصته أثناء سريان دعوى القسمة؟.

بخصوص التساؤل الأول أجابت عنه المادة 320 من مدونة الحقوق العينية التي ألزمت إدخال جميع أصحاب الحقوق العينية في دعوى القسمة أو مصادقتهم عليها حتى تنتج آثارها في مواجهتهم، إلا أنه ما يلاحظ على هذا النص التشريعي أن المشرع لم يحدد الجزء المترتب عن عدم إدخال جميع أصحاب الحقوق العينية في هذه الدعوى، والواقع لأن هذا النص لا يمكن قراءته إلا ارتباطاً مع المادة 316 من مدونة الحقوق العينية من جهة ومن جهة ثانية لم تستلزم إدخال أصحاب الحقوق الشخصية الأمر الذي يطرح بعض الصعوبات بشأن تقييد الأحكام القضائية الصادرة بالقسمة برسوم عقارية مثقلة بحجز تحفظي⁶. بالإضافة إلى المادة 182 من نفس القانون حيث نصت على أنه "إن الرهن الذي يرمه جميع الشركاء في ملك مشاع يحتفظ بأثره على كافة الملك كيفما كانت نتيجة القسمة.

أما بخصوص التساؤل الثاني أجاب عنه الأستاذ أحمد الشحي⁷ إن رفع دعوى القسمة لا يمنع تداول العقار عن طريق التفويت أو الإث حيث يمكن لأحد الشركاء بيع حصته من العقار موضوع القسمة شريطة أن يجري تقييد احتياطي بالرسم العقاري وأن يكون سابقاً على صدور الحكم، لأن العبرة في تنفيذ الحكم العقاري القاضي بالقسمة في عقار محفظ هو وضعية العقار أثناء إجراء التقييد الاحتياطي لدعوى القسمة سواء من حيث عدد المالكين على الشياخ ونسبة كل واحد منهم، أو من حيث الحقوق والتحملات المترتبة على العقار، أمام ما يحدث من تغيير في وضعية الشركاء بعد صدور الحكم فلا يعتد به إلا إذا كان هناك تقييد احتياطي سابق عن الأول.

صفوة القول، يلاحظ أن الأحكام الصادرة بعدم قبول طلب قسمة العقار من الناحية الشكلية تكون في أغلب الأحيان بعلّة عدم إدخال جميع الشركاء في الدعوى فجّل القرارات الصادرة سواء عن محكمة الموضوع وعن محكمة النقض قد كرسن نفس القاعدة، لأن تنفيذ الحكم من البعض دون البعض الآخر سيؤدي بالضرورة إلى ضياع حقوق المتقاسمين.

المطلب الثاني: تقييد دعوى قسمة عقار محفظ تقييداً احتياطياً

إن من شروط دعوى قسمة العقار المحفظ أن توجه ضد جميع الشركاء على الشياخ وأن يتم تقييدها تقييداً احتياطياً وعدم القيام بذلك يكون مآل هذه الدعوى عدم القبول وهذا ما أكدته المادة 316 من مدونة الحقوق العينية حيث نصت على أنه "لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء ويتم تقييدها تقييداً احتياطياً إذا تعلقت بعقار محفظ".

وعملاً بهذه المقتضيات، فإن القضاء حين يضع يده على دعوى القسمة يتأكد من أن طالب دعوى القسمة قام بهذا الإجراء وذلك عن طريق الإدلاء بشهادة من المحافظ تثبت على أن الدعوى قيدت احتياطياً تحت طائلة عدم سماع الدعوى⁸.

وعليه فالمشرع المغربي نظم موضوع التقييد الاحتياطي من خلال الفصل 85 من القانون 14/07 حيث نص على أنه "يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييداً احتياطياً للاحتفاظ به مؤقتاً" كما نصت المادة 13 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية على ما يلي "إن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشيء أو غير لحق عيني لا مفعول لها اتجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييداً احتياطياً".

¹ - قرار عدد 4687 المؤرخ في 10/13/99 الملف المدني عدد 97/3450 منشور في قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية العدد 50، الجزء الأول، 2007، ص 219 وما يليها.

² - قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 22 نونبر 2006 منشور بمجلة القصر، العدد 23، ص 198 وما يليها.

³ - قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 23 فبراير 2000 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 57 و 58، ص 88 وما بعدها أنظر في نفس الاتجاه:

- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 23 مارس 2005 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 66، ص 55 وما بعدها حيث جاء فيه "

أن القواعد المنظمة للإث من النظام العام تنار في جميع مراحل التقاضي وأن الطاعن سبق أن أشار في مقاله الاستثنائي بأن هناك وارثاً آخر لم يدخل في الدعوى، واستدل بذلك أمام محكمة النقض بالإرث وأن من شروط قبول دعوى القسمة أن تكون شاملة لجميع الشركاء في الملكية المطلوب قسمتها، فأحرى إذا كان ما يدل على وجود وارث، وأن القسمة بسقط لظهور وارث لقول المتحف "ويسقط القسم لوارث ظهر" وجود الوارث الذي ادعى وجوده أمامها تكون قد خرقت القاعدة الفقهية المذكورة أعلاه...".

⁴ - أحمد ملجاوي: دعوى القسمة القضائية مقال منشور في الندوة الوطنية في موضوع "الأمن العقاري" مطبعة الأمنية الرباط، 2015، عدد 26، ص 250.

⁵ - قرار صادر عن محكمة النقض عدد 13/3 الصادر بتاريخ 2 مارس 2011 في الملف عدد 2009/4/1/1319 منشور في مجلة القضاء والقانون، عدد 160، ص 177 وما يليها.

⁶ - يوسف الغوناجي: صعوبة الفيد بالسجلات العقارية بين مسببات الاستشكال وآفاق الحلول، الطبعة الأولى 1434 هـ/2013، ص 103 وما يليها

⁷ - أحمد الشحي: دعوى قسمة العقار المحفظ من خلال مستجدات مدونة الحقوق العينية وقرارات محكمة الاستئناف بالرباط، م س، ص 13.

⁸ - أحمد الشحي: دعوى القسمة على ضوء قانون الالتزامات والعقود ومدونة الحقوق العينية، مقال منشور في مجلة الأمن العقاري، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015،

غير أن العمل القضائي ومختلف الدراسات التي تطرقت لهذا الموضوع ربطت مفهوم التقييد الاحتياطي بغايته ووظيفته وأجمعت على أن التقييد الاحتياطي لمختلف حالاته إجراء تحفظي مؤقت ضمن الحفاظ على حق تعذر تقييده إما لعدم توفر شروطه أو لوجود نزاع حول هذا الحق معروض على القضاء للبت فيه، فهو لا ينشئ الحق ولا يقرره ولا يغيره ولا يسقطه ولا ينطوي على أية قرينة¹.

وقد عرفت محكمة الاستئناف بالرباط التقييد الاحتياطي من خلال قرار لها ورد فيه ما يلي:

"إن دور التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري هو المحافظة المؤقتة إما على حق موجود لكن منازع فيه وينتظر من القضاء أن يعطي كلمته فيه وإما على حق تعذر استكماله لتأخر توفره على شكلية من الشكليات"².

ولقد عرفه الأستاذ بول دكرو أنه "...بيان يثبت بالرسم العقاري بصفة مؤقتة ومشروطة وينبئ بالحق المطالب به غير قابل للتقييد بالسجلات العقارية بطريقة قانونية..."³

بعد تعريف التقييد الاحتياطي الذي لا نريد الوقوف عنده كثيرا نتساءل حول مفعول هذا التقييد في إطار المادة 316 من مدونة الحقوق العينية بمعنى آخر هل يسري مفعول هذا التقييد إلى غاية صدور الحكم النهائي القاضي بالقسمة أم يتم التشطيط عليه تلقائيا من طرف المحافظ داخل أجل شهر طبقا لما هو منصوص عليه في الفصل 86⁴ من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 07/14؟

في سياق الإجابة على هذا التساؤل هناك عدة اتجاهات، الأول يرى بأن التقييد الاحتياطي لدعوى القسمة المنصوص عليها في المادة 316 من المدونة تسري عليها مقتضيات الفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري، وبالتالي يتم التشطيط عليه تلقائيا من طرف المحافظ بعد انصرام أجل شهر من تاريخ تقييده ما لم يدل طالب التقييد بأمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية طبقا لأحكام الفصل 85 من نفس الظهير الذي ينص على سريان مفعول هذا التقييد إلى حين صدور حكم نهائي، وبالتالي لو أراد المشرع المغربي أن يسري مفعول التقييد الاحتياطي إلى غاية نهاية صدور الحكم⁵ لنص على ذلك كما هو الشأن بالنسبة للمادة 173 من مدونة الحقوق العينية حيث جاء فيها "عند الاستعجال، يمكن لرئيس المحكمة في حالة الرهن الإجمالي أن يأمر بناء على طلب بإجراء تقييد احتياطي يبقى مفعوله ساريا إلى غاية صدور الحكم النهائي" وحالة التقييد الاحتياطي المتعلق ببيع عقار في طور الإنجاز وهو ما أكدته الفصل 10/618 من القانون 44.00 المعدل والمتمم بقانون 107.12⁶، والذي يضمن بالرسم العقاري بناء على عقد البيع الابتدائي وبموافقة البائع ويبقى مفعوله ساريا إلى غاية تقييد البيع النهائي، وحالة التقييد الاحتياطي المتعلق بالكراء المفضي إلى تملك العقار، ويتم إنجاز تقييده بناء على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار ويستمر مفعوله إلى غاية تقييد البيع النهائي⁷.

أما الاتجاه الثاني فيرى خلاف ذلك، ويعتبر التقييد الاحتياطي لدعوى قسمة عقار محفظ يجب أن يستمر مفعوله ويبقى ساريا إلى حين الفصل نهائيا في الدعوى، وبذلك يحفظ رتبة التقييد من تاريخ تضمين التقييد الاحتياطي⁸ ويستند في ذلك إلى المادة 316 التي تعتبر نصا خاصا فلا مجال للعمل بالنص العام الوارد في الفصلين 85 و 86 من ظهير التحفيظ العقاري بصريح الفقرة الأخيرة الواردة في الفصل 85 من نفس القانون والتي جاء فيها "يبقى التقييدات الاحتياطية الواردة في نصوص تشريعية خاصة خاضعة لأحكام هذه النصوص"، كما أن دعوى قسمة عقار محفظ تقتضي سريان مفعول تقييدها احتياطيا إلى غاية صدور حكم نهائي لأن دعوى القسمة دعوى عينية عقارية وأن الأحكام الصادرة بشأنها هي أحكام كاشفة للحق وليست منشئة⁹.

¹ محمد ابن الحاج السلي، التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري"، مطبعة دار القلم، 2002، ص 71 وما يليها.

وللمزيد من التفاصيل أنظر:

- إبراهيم بحماني: أحكام التقييد الاحتياطي على ضوء مستجدات القانون 14/07 مقال منشور في سلسلة دفاتر محكمة النقض عدد 21 تحت عنوان "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية" (قراءة في مستجدات القانون رقم 14/07) مطبعة الأمنية، الرباط 2015، ص 258 وما يليها.

- عبد الرحيم حزيكر: دور قاضي المستعجلات في إنهاء التقييدات الاحتياطية والحجوز التحفظية، مقال منشور في سلسلة دفاتر محكمة النقض عدد 21 تحت عنوان "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية" (قراءة في مستجدات القانون رقم 14/07) مطبعة الأمنية، الرباط 2015، ص 195 وما يليها.

² قرار صادر في محكمة الاستئناف بالرباط تاريخ 1943/11/13 أورده أحمد الشحيبي، م س، ص 216.

³ Paul decroux « droit foncier marocain » édition, la porte, rabat, 1972, p 169.

كما أضاف أيضا:

« la prénotation sur un titre foncier a pour rôle de conserver provisoirement, soit un droit existant mais contesté et dont on attend la proclamation en justice, soit un droit dont la prefecton est retardée par une formalité restant à completer.

- Paul decroux, op, cit, p :278.

⁴ ينص الفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري على أن: "تحدد في عشرة أيام مدة صلاحية التقييد الاحتياطي المطلوب بناء على سند ولا يمكن خلال هذه المدة قبول أي تقييد آخر لحق يقضي إنشاء موافقة الأطراف.

لا يمكن إجراء أي تقييد احتياطي بناء على سند إذا كانت مقتضيات القانون تمنع تقييده النهائي..."

⁵ أحمد الشحيبي: دعوى قسمة العقار من خلال مستجدات مدونة الحقوق العينية وقرارات محكمة الاستئناف بالرباط، م س، ص 14.

⁶ ظهير شريف رقم 1.16.05 الصادر في 23 ربيع الأول 1437/3 فبراير 2016 بتنفيذ القانون رقم 107.12 بتغيير وتتميم القانون رقم 44.00 بشأن بيع عقار في طور الإنجاز والمتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، ج س، ص 644، ص 932.

ينص الفصل 618/10 في فقرته الثانية على أن "يبقى التقييد الاحتياطي ساري المفعول إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي بالرسم العقاري الخاص بالمبيع..."، في نفس السياق أنظر مذكرة صادرة من المحافظ العام إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية عدد 2016/05 تتعلق بأهم المستجدات والأحكام التي جاء بها قانون 107.12 المغير والمتمم للقانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز المتمم بموجبه قانون الالتزامات والعقود.

⁷ ظهير شريف رقم 1.03.202 صادر في 16 من رمضان 1424 (11 نونبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار الجريدة الرسمية عدد 5172 بتاريخ 25 دجنبر 2005.

- تنص المادة الخامسة في فقرتها الثانية على أن "يبقى التقييد الاحتياطي ساري المفعول إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي في الرسم العقاري..."

⁸ أحمد الشحيبي: دعوى القسمة على ضوء قانون الالتزامات والعقود ومدونة الحقوق العينية، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، م س، ص 285.

⁹ محمد الكشيبور: القسمة القضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 2011، ص 21، وللمزيد من التفاصيل أنظر :

وبالإضافة إلى ما ذكر ظهر اتجاه ثالث يرى بأن التقييد الاحتياطي لدعوى القسمة يجب أن يبقى ساري المفعول إلى حين البت النهائي في الدعوى، وهو تقييد يتم بناء على أمر صادر عن رئيس المحكمة وليس بناء على مقال دعوى القسمة حيث يلجأ رافع دعوى القسمة إلى تقديم طلب للسيد رئيس المحكمة لاستصدار أمر بتقييده تقييدا احتياطيا معززا بطلب نسخة من مقال الدعوى، وفي هذا الإطار صدر أمر عن رئيس المحكمة الابتدائية ما يلي:

"حيث إنه طالما أن الطلب قدم في إطار المادة 316 من مدونة الحقوق العينية التي أوجبت تقييد دعوى القسمة تقييدا احتياطيا تحت طائلة عدم قبول الدعوى إذا تعلق الأمر بعقار محفظ وبالتالي فإن تقييد دعوى القسمة يفترض أن يستمر مفعوله إلى حين إنهاء هذه الدعوى بصور حكم نهائي بات في الموضوع، لأجله نأمر بإجراء تقييد احتياطي لفائدة الطالبين على الملك ذي الرسم العقاري، نصرح باستمرار صلاحية التقييد إلى حين صدور حكم نهائي في دعوى القسمة المقدمة للمحكمة"¹، وفي نفس السياق جاء في قرار محكمة الاستئناف بوجدة ما يلي:

"...وحيث أن ما أثاره المستأنفون من كون الدعوى غير مقبولة شكلا لخرق مقتضيات الفصل 316 من مدونة الحقوق العينية مردودة بعله أن الثابت من شهادة الملكية المتعلقة بالعقار أنها تتضمن التقييد الاحتياطي بتاريخ 2013/12/23 بمقتضى مقال وتم تمديد التقييد الاحتياطي بتاريخ 2014/01/9، بناء على أمر قضائي بتاريخ 2013/12/23، وأن الغاية من التقييد الاحتياطي وإن كان قد تم إجراؤه بعد رفع الدعوى قد تحققت وفق شهادة الملكية المذكور ومن ثم فإن الحكم المستأنف لم يخرق أي مقتضى قانوني وكان معللا تعليلا قانونيا وسليما..."²

والرأي فيما أعتقد أن الاتجاه الثاني ينسجم مع المنطق القانوني الذي يضمن رتبة الأحكام الباتة الصادرة في دعوى قسمة العقار المحفظ، وهو ما نستشفه من خلال استقراء المادة 316 من مدونة الحقوق العينية التي نصت بالزامية تضمين التقييد الاحتياطي لدعوى القسمة، ورتب عدم قبول الدعوى كجزاء في حالة عدم تقييدها تقييدا احتياطيا وفي الأخير فالشرط الذي أضافته المادة 316 من مدونة الحقوق العينية محل نظر حيث جاءت دون توضيح كيفية وزمن هذا التقييد مما أدى إلى إفراز العديد من الاتجاهات الفقهية والقضائية.

خاتمة:

صفوة القول، يعتبر موضوع دعاوى القسمة العقارية من المواضيع التي تطرح العديد من الإشكالات على أرض الواقع، وإن كان التشريع المغربي لعب دورا أساسيا خصوصا بصور مدونة الحقوق العينية التي تضمنت مقتضيات حمانية للمتقاسمين، وأيضا لا ننسى الدور الذي لعبه العمل القضائي سواء على صعيد محاكم الموضوع أو على صعيد محكمة النقض، والذي كان سباقا إلى تكريس مقتضيات المادة 316 من المدونة في العديد من قراراته التي سبقت الإشارة إليها في هذا المقال. وعليه فإن الإشكالات وغيرها التي حاولت التطرق لها في صلب هذا الموضوع ومن أجل تجاوزها لجعل العقار أكثر استقرارا وتعزيزا لتحقيق الأمن العقاري المنشود وتجاوز الثغرات التشريعية أقترح ما يلي:

- التنصيص بشكل صريح في المادة 316 من مدونة الحقوق العينية باستمرارية التقييد الاحتياطي إلى غاية الفصل النهائي في دعوى القسمة.
- تحديد الجزاء المترتب عن عدم إدخال جميع أصحاب الحقوق العينية في دعوى القسمة العقارية.
- إدخال جميع الشركاء في دعوى القسمة دون التمييز بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية.

- زاوش جيهان: دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 84 وما يليها.

¹- أمر عدد 4796 صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بمكناس تاريخ 2012/1/21 أورده الأستاذ أحمد الشحيحي، م س، ص 17.

²- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 2016/04/14، ملف عدد 16/1402/15، غير منشور.