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

ردمد 2028 – 876 X

المراسلة

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

الهاتف: 0665929835

0662557163

البريد الالكتروني: elanbiredouane@gmail.com

جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

د- عبد الرحيم فاضل :أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء(القانون العام)

د- أحمد حضراني : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)

د- عبد النبي ضريف : أستاذ جامعي بكلية الحقوق الدار البيضاء (القانون العام)

د- گولفرني محمد : أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)

د- إدريس الحياني : أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)

دة- جميلة العماري : أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)

دة- 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، والمعَالجة بأسلوب علمي موثق.

2- ترسل المقالات وجوبا في شكل ملف مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أدناه، ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج MicrosoftWordبنسق 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 كاملا (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 7

الدراسات والأبحاث 8

دور رئيس المحكمة التجارية وباقي الأطراف المتدخلة في وقاية المقاولة من الصعوبات
محمد اشتي 9

هجرة الكفاءات وتدهور البحث العلمي في العالم العربي: المغرب نموذجا
محمد الحاجي الدريسي 22

تطبيقات المعايير الدولية للمحاكمة العادلة وإشكالية التعارض مع نصوص القانون الأردني والمغربي
علي أحمد يوسف الشبول 42

تطور الحماية القانونية للحريات الاقتصادية على ضوء الدساتير المغربية
مصطفى علوش 48

سبل إصلاح وتحديث المحاكم المالية بالمغرب : إصلاح المحيط الخارجي
أحمد الطويل 56

آثار حق الاختيار والمسؤولية الملقاة على عاتق السنديك
كمال اليوسفي 63

ممارسة حق الإضراب على ضوء مدونة الشغل و مشروع القانون التنظيمي للإضراب
الميلودي زلماط 71

الصلح والتصالح في القانون الفلسطيني وعلاقته بالتحكيم في المسائل الجزائية"دراسة تحليلية مقارنة"
حسام الدين محمود الدن- نزار حمدي إبراهيم قشطة 76

إدارة العلاقة مع أصحاب المصالح من طرف المقاولة المسؤولة اجتماعيا، الاتجاه نحو تحقيق التنمية المستدامة
محمد القواق 95

إشكالية التنصيب البرلماني للحكومة: دراسة مقارنة (المغرب وفرنسا)
محمد صالح 105

الأحزاب السياسية و إشكالية الانتقال الديمقراطي بالمغرب
فضيل التهامي 112

الآليات القانونية لحماية اموال الشركات التجارية خلال توزيع الأرباح
هشام الأعرج **126**

التعرض على مطلب التحفيظ: إشكال الاختصاص القضائي
إدريسي قيطوني مهدي **132**

الضمانات المؤسساتية لاستقلالية المجلس الأعلى للحسابات
العربي بجيجة **142**

اللجان الضريبية بالمغرب
سعيد الستاتي **149**

حقوق المكتري تجاه المالك المتعسف بين فصول ق.ل.ع و مستجدات القانون 67.12
أمين زيان **168**

تطبيقات الفصل 61 من الدستور في اجتهاد القضاء الدستوري-دراسة حالة مجلس النواب بعد انتخابات 25 نونبر 2011-
إخلاص عزولة **172**

نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي
يوسف ادريدو **180**

صعوبات المقاولة ودور القضاء في معالجتها
محمد بنسعيد **190**

مواقع التواصل الاجتماعي و الحراك السياسي في المغرب"دراسة ميدانية على عينة من النقابيين المغاربة"
رضوان قطبي **208**

حق المطلقة في المتعة بين التشريع والتطبيق-دراسة مقارنة-
فتح الله تزاوي **223**

قطاع الاتصال السمعي البصري بالمغرب من الاحتكار إلى ضمان الحق في الخبر والمعلومة
عبد الغني السرار **231**

الحماية القانونية للمرآة الأجيرة من خلال أحكام مدونة الشغل
لبنى الحيمر **261**

مسؤولية الدولة في إطار علم الضحايا
علاء الدين تكتري **269**

النيابة العامة و إشكالية الحماية القضائية للأحداث: سؤال الضمانات وخصوصية المسطرة
عبد الحميد المليحي **277**

الجرائم المتعلقة بمهنة مراقب الحسابات ومسؤوليته الجنائية
مريم بلهوان **296**

الخطأ القضائي الموجب لمسؤولية الدولة والقاضي
ريم صابر **304**

سقوط ديون الخزينة في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاولة
مهدي خرجوج **312**

خصوصيات التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية
صباح بنقدور **317**

إشكالية عقد الشغل المحدد المدة وغير المحدد المدة
ياسين الكورواري **322**

إشكالية الإختصاص القضائي في منازعات تحصيل الديون الضريبية - دراسة على ضوء القانون 15.97 المتعلق بمدونة تحصيل الديون العمومية و القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية
عمر بحبو **336**

محدودية سلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة دراسة مقارنة (المغرب واليمن)
شايف الذيفاني **347**

القاضي الإداري ودوره في حماية الحقوق والحريات حق الإضراب في المرافق العمومية " نموذجا"
ثائرة نزال **354**

مجلس المستشارين وحق التداول بالأسبقية في مشاريع القوانين التنظيمية
جابر لبوع **363**

جريمة افشاء السر المهني للطبيب في القانون المغربي
إكرام الداكي **369**

المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في إطار اشتراك الموثقين
وائل تيسية **373**

مدى فعالية ضمانات التحكيم التجاري الدولي في تحقيق الحماية القضائية
وليد صالح أحمد عبد الرب **384**

سياسات التعمير بالمغرب: الأبعاد والعوامل المؤثرة
محمد البزوي **399**

تحديد الطب الشرعي لهوية ضحايا الكوارث
ربطاب عز الدين **414**

التقييد الإحتياطي لدعوى القسمة
محمد افكير **429**

ذوي الاحتياجات الخاصة بين الحق في التوظيف وشرط السلامة البدنية
عبد المنعم اكنيدي **435**

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلَّم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد...

يسر مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية أن تضع بين يدي قرائها الكرام هذا العدد ،ومن كرم الله وفضله علينا أن حظيت هذه المجلة بالقبول والتقدير من الأوساط العلمية، ولعل ذلك يؤكد ان المجلة تشق طريقها بثبات نحو المستقبل واصبحت لها مكانة بين قريناتها من المجلات المتخصصة.

و يحثم هذا أن نواصل العطاء ونضاعف الاجتهاد حتى تشع المنارة بنورها ويتوهج ضوئها ويعم بريقها وان يستمر العزم بإذن الله في فتح آفاق للمعرفة والبحث العلمي.

وها نحن أيها السادة الأعزاءُ نقدم لكم العدد السابع عشر وكلنا أمل أن يكون بما احتواه من بحوث ودراسات تنهل من تخصصات ومجالات بحثية متنوعة ان تضفي كلها نورًا واشعاعا يضيء درب الباحثين وينير سبيل .

وننتهز فرصة وضع هذا العدد بين يدي القارئ الكريم لنتوجه بتشكراتنا الحارة والخالصة لكل من بارك أو تجاوب مع هذه المبادرة أو ساهم في تجسيدها فتفضل بقبول الانتماء إلى اللجنة العلمية للمجلة أو فريق ادارتها، أو بإمداد المجلة بالأبحاث والدراسات، والله نسأل أن يجعل جهودهم وما قدموا ويقدمون في موازين حسناتهم، إنه هو البَّر الرَّحيم.

والسَّلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية

الدراسات والأبحاث

دور رئيس المحكمة التجارية وباقي الأطراف المتدخلة في وقاية المقاولة من الصعوبات

محمد اشتي
طالب باحث بسلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة محمد الخامس – أكدال –الرباط

تجسيدا لرغبة المشرع المغربي في تكريس الدور الاقتصادي للقضاء، تم النص على إخبار **رئيس المحكمة التجارية**، كانطلاقة لمرحلة دقيقة تتمثل في الوقاية الخارجية، بإشراكه في مساطر الوقاية من الصعوبات، على أنه في المرحلة الأولية من الوقاية الخارجية يمكن لرئيس المحكمة أن يعين أحد الأغيار بصفة **وكيل خاص** يكلفه بمهمة ويحدد له أجلا لإنجازها-المطلب الأول-.

وتمرّ الوقاية من الخارج عبر طريقتين: تتمثل الأولى في ظهور مؤسسة الوكيل الخاص كمحاولة لتذليل الصعوبات، أما الطريقة الثانية فتتمثل في التسوية الودية بتدخل **المصالح** الذي يعمل على محاولة إبرام اتفاق مع **الدائنين**، على أن لرئيس المحكمة إمكانية تكليف **خبير** لإعداد تقرير عن وضعية المقاولة محل النظر-المطلب الثاني-.

ويمكن التعرف على الأدوار المهمة التي تقوم بها هذه الأطراف المتدخلة من خارج المقاولة من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أهمية دور رئيس المحكمة التجارية في تحريك مسطرة الوقاية الخارجية

المطلب الثاني: أدوار باقي الأطراف المتدخلة في مرحلة الوقاية من الصعوبات.

المطلب الأول: أهمية دور رئيس المحكمة التجارية في تحريك مسطرة الوقاية الخارجية

دشن المشرع تحولا كبيرا في دور القضاء وصلاحياته، حيث أسّس نظام صعوبات المقاولة ضمن مدونة التجارة لسنة 1996 دورا جديدا للقضاء يمكن تسميته بالقضاء الاقتصادي، ويبدأ هذا الدور الجديد للقضاء عندما يتدخل كعنصر جديد وخارج عن أجهزة المقاولة في شخص رئيس المحكمة، وذلك في إطار الوقاية الخارجية من الصعوبات. -الفقرة الأولى-. وكبداية لسير مرحلة الوقاية الخارجية من الصعوبات، نجد **المادة 549** من مدونة التجارة تنص على إمكانية تعيين رئيس المحكمة لأحد من الأغيار بصفته وكيل خاص إذا تبين أن صعوبات المقاولة قابلة للتذليل بتدخل هذا الأخير. -الفقرة الثانية-.

الفقرة الأولى: تطور دور القاضي بصدور نظام صعوبات المقاولة

لابد أن نشير هنا إلى أن دور القاضي كان في إطار نظام الإفلاس يسير في اتجاه سلبي، حيث يقتصر دوره على إصدار الحكم بالإفلاس أو التصفية القضائية، ومراقبة وتنظيم تطبيق الحكم، وذلك حتى يتم ذلك في إطار القانون. فالقاضي يتوفر في العادة على حس مهني يقتضي منه الاستماع إلى مختلف ادعاءات الأطراف المتنازعة وبالتالي الحسم فيما بينهم، وذلك دون أن يتدخل بشكل مباشر في تسيير الدعوى المعروضة عليه، وحتى الاهتمام بالآثار التي يمكن أن تنتج عن الحكم أو القرار الذي صدر منه.

فإذا كان للقضاء وما يزال دور المحرك والمشرف على سير المساطر الجماعية، حيث أن تدخله في نظام الإفلاس السابق كان بعديّا، أي لا يتم إلا بعد وقوع المقاولة في حالة التوقف عن الدفع، وبالتالي فهو يقوم بتوقيع شهادة وفاة المقاولة التي تصل إلى هذه الحالة الأخيرة، بحيث لا يتم خلال النظام السابق الالتفات إلى أي تدخل وقائي يمنع وصول المقاولة إلى هذه المرحلة الحرجة، فلم يبقى دور القاضي منحصرا في الفصل في المنازعات، بل لقد أضافت إليه القوانين الجديدة دورا بارزا، حيث أضحى القاضي الاقتصادي يتدخل بموجب هذه القوانين في حياة الشركات وفي تسيير المقاولات، مثلما أصبح يشكل الضمانة الأساسية لاطمئنان المستثمرين على أموالهم وممتلكاتهم[1].

فقد حتم تطور الحركة الاقتصادية والتجارية تحولا كبيرا ونوعيا في موضوع وغاية الدور القضائي في مجال النزاعات ذات الطبيعة التجارية والاقتصادية والمالية، حيث فرضت هذه النوعية من النزاعات على القضاة إضافة إلى معرفتهم القانونية، إدراكا متميزا للواقع الاقتصادي ولمرامي المخططات التنموية وأبعادها، كما فرضت عليهم العمل على تكريس إرادة المشرع الحقيقية على أرض الواقع، وذلك من خلال تفعيل النصوص المستحدثة في المجال التجاري، تحقيقا للهدف الأسمى الذي وضعت من أجله، ألا وهو تحقيق التنمية الاقتصادية[2]، فالقاضي أصبح هو الأخر يتواجد في محيط الأعمال، وبالتالي وجب عليه أن يكون دائم الانفتاح على المعطيات الاقتصادية والاجتماعية الطارئة، خاصة وأن هذا المحيط يتغير بسرعة كبيرة، وحيث أن القانون لا يمكنه التدخل في كل لحظة، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي التدخل لإيجاد الحل المناسب، وبالتالي فإن ميدان الأعمال يدعو القاضي بأن يكون تقنيا مجددا، وأن يقوم بتقييم المعطيات الاقتصادية وفق معيار الملائمة الاقتصادية[3].

وإذا كان – كما يقول بعض الفقه[4]- أن التدخل القضائي بالمعنى الحقيقي والفعلي لا يتجلى إلا في مرحلة المعالجة، وإرجاع ذلك لعدة أسباب منها أن مسطرة الوقاية من الصعوبات موكولة بالأساس على الأجهزة الذاتية للمقاولة بمساعدة وإشراف رئيس المحكمة التجارية إذا تعلق الأمر بالتسوية الودية، بالإضافة إلى الفشل المتزايد لمسطرة الوقاية الخارجية والتسوية الودية من الناحية العملية، ويضيف هذا الاتجاه أن الدور الذي يقوم به رئيس المحكمة في مرحلة الوقاية الخارجية لا يسمح بالحديث عن تدخل قضائي بالمعنى والحجم الذي تمارسه المحكمة

[1] - دليل المحاكم التجارية، الاختصاص والمسطرة، منشورات وزارة العدل، سلسلة الدلائل والشروح القانونية، الطبعة1، مطبعة فضالة المحمدية، 2000، ص3.

[2] - عبد الكريم عباد: "دور القضاء في معالجة صعوبات المقاولة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني-عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-الدار البيضاء، السنة الجامعية 2004/2003، ص493.

[3] - عبد الكريم عباد، مرجع سابق، ص5.

[4] - نذكر من هذا الاتجاه: -عبد الحميد أخريف: "الدور القضائي الجديد في القانون المغربي لمعالجة صعوبات المقاولة"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2001/2000، ص21-22.

التجارية وأجهزتها في مسطرة المعالجة، وبالرغم من الموافقة نسبيا مع هذا الاتجاه إلا أن ذلك المشكل يمكن إرجاعه بالأساس إلى إهمال مرحلة الوقاية وخصوصا الدور المهم الذي يمكن أن يلعبه رئيس المحكمة التجارية في عدم وصول المقاولة أصلا إلى مرحلة المعالجة، وبالتالي عدم دخول المقاولة إلى نهاية وجودها وإلى زوبعة لا تدرك هل تخرج منها أم لا.

والملاحظ أن نظام صعوبات المقاولة قرر إشراك القاضي بشكل مباشر في القضايا المعروضة عليه، وذلك تماشيا مع التحولات الطارئة على المعاملات التجارية ومع متطلبات فضّ النزاعات المرتبطة بهذه المعاملات التجارية وفق الشكل الذي يضمن الحفاظ على المصلحة الاقتصادية العامة، وبالتالي منحه دورا إيجابيا عن طريق النص على ضرورة عمله على محاولة إنقاذ الوحدات الاقتصادية، والتي بإنقاذها هذا يتم انقاد العمود الفقري للاقتصاد، ويلاحظ هنا أن تدخل القضاء أصبح قبليا بعد أن كان بعديا في النظام السابق.

وبالرجوع إلى مقتضيات **المادة 736**[1]من مدونة التجارة الحالية، نجد أن المشرع المغربي قد أناط مبادرة البت في المنازعات التي تقوم بين التجار أو لتطبيق هذا القانون بنفس الجهات الحالية ريثما يتم إحداث محاكم تجارية، وبذلك يكون رئيس المحكمة الابتدائية هو المختص لاتخاذ كل الإجراءات المخولة إليه قانونا لإنقاذ المقاولة من الصعوبات التي تعترضها، وذلك قبل إحداث المحاكم التجارية[2]، وبالتالي يكون المختص حاليا بالنظر في المنازعات التي تهم صعوبات المقاولة هو المحكمة التجارية.

وأسند التشريع الجديد إلى رئيس المحكمة التجارية (طبقا **للمواد 5/ف2**[3] **و11/ف3**[4] **و20**[5] من القانون **رقم 53.95** القاضي بإحداث المحاكم التجارية[6]مهمة مراقبة مساطر الوقاية الداخلية من الصعوبات والإشراف وتسيير الوقاية الخارجية من الصعوبات والتسوية الودية[7]. وبذلك يعتبر هذا الإجراء حالة سابقة في المغرب حيث لم يتم العثور على أي فصل قانوني يمنح الحق للجهاز القضائي في التدخل لوقاية المقاولة قبل توقفها عن الأداء، بل إن دوره كان محصورا في شهر إفلاسها وتصفيتها[8]. وبذلك أعطى المشرع المغربي لرئيس المحكمة التجارية دورا كبيرا في إدارة وإنجاح مسطرتي الوقاية الخارجية والتسوية الودية من أجل إنقاذ المقاولة التي تعاني من صعوبات دون أن تكون متوقفة عن دفع ديونها المستحقة، فالمشرع مكنه من مجموعة من الصلاحيات لمتابعة المراحل الأولى للصعوبات التي تعاني منها المقاولة.

ويعتبر إسناد اختصاصات اقتصادية جديدة لرئيس المحكمة التجارية؛ قاضي المستعجلات في المادة التجارية تهم مرحلة الوقاية، دلالة واضحة وتناسب منطقي مع ما تقتضيه هذه المرحلة من سرعة في اتخاذ الإجراءات اللازمة الكفيلة باحتواء الاضطرابات التي قد تعتري نشاط المقاولة في الوقت المناسب، وذلك حتى لا تستفحل بشكل تستعصي معه السيطرة عليها بسهولة[9].

---

[1] - تنص المادة 736 من مدونة التجارة الحالية على أنه: "إلى أن يتم إحداث محاكم مختصة في النزاعات التي تنشأ بين التجار أو لتطبيق هذا القانون، يبت في تلك النزاعات وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل.".

[2] - القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث المحاكم التجارية بالمغرب.

[3] - تنص من المادة5/ف2، بعد عبارة: تختص المحاكم التجارية بالنظر في "الدعاوي التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية".

[4] - تنص المادة 11 على أن: "فيما يتعلق بصعوبات المقاولة، إلى المحكمة التجارية التابعة لها مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة".

[5] - تنص المادة 20 على أنه: "يمارس رئيس المحكمة التجارية الاختصاصات المسندة إلى رئيس المحكمة الابتدائية بموجب قانون المسطرة المدنية، وكذا الاختصاصات المخولة له في المادة التجارية".

[6] - نفّذ بالظهير رقم 1.97.65 المؤرخ في 4 شوال 1417، الموافق ل 12 فبراير 1997، الجريدة الرسمية عدد 4482، بتاريخ 15 ماي1997.

[7] - أحمد شكري السباعي "الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها" الجزء الأول، المرجع السابق، ص89.

[8] - أنظر: مراد الفرتاني: "الصلح الواقي من الإفلاس"، دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق أكدال الرباط، 1991. وأنظر أيضا: فاتحة مشماشي: "الصفة العقابية للإفلاس"، دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، أكدال الرباط،1995.

[9] - القاسيمي سعد: "خصوصيات نظام صعوبات المقاولة-دراسة مقارنة-"، تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998/1999، ص38-39.

- ونجد أن بعض الفقه كالدكتور عبد اللطيف هداية الله تنبأ إلى هذا التوسع الذي عرفته اختصاصات رئيس المحكمة، فقد جاء في أطروحته: "...ولقد ازدادت أهمية القضاء المستعجل بشكل يدعو إلى الدهشة، نتيجة التطور الذي حدث في سلطة قاضي الأمور المستعجلة، والذي كان وراؤه تطور الأحوال الاقتصادية والمالية والتجارية والاجتماعية، فقد أصبحت له حرية كبيرة في التقدير وسوف تزداد هذه الحرية لا محالة مع تطور المجتمع..."، -عبد اللطيف هداية الله: "قواعد القضاء المستعجل الموضوعية والإجرائية في التشريع المغربي"، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء 1986، ص6، نشرت تحت عنوان: "القضاء المستعجل في القانون المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة 1998، ص14، مقتطف أورده القاسيمي سعد: "خصوصيات نظام صعوبات المقاولة-دراسة مقارنة-"، مرجع سابق، ص39.

ويتبين من خلال مقتضيات مواد صعوبات المقاولة، أن دور رئيس المحكمة التجارية في مرحلة الوقاية يبدأ بعد إخباره من طرف مراقب الحسابات أو رئيس المقاولة بأن المقاولة تعاني صعوبات حسب **المادة 547** من مدونة التجارة، أو إذا تبين له نفسه من كل عقد أو وثيقة أو إجراء أن المقاولة تعاني صعوبات في التسيير حسب **المادة 548**[1] من مدونة التجارة، فرئيس المحكمة التجارية يمكن له أن يتبين له من خلال العمل الذي يمارسه يوميا أن مقاولة ما تعاني صعوبات دون أن يخبره رئيسها أو مراقب حساباتها بذلك، ويمكن التعرف عن هذه الصعوبات من خلال الوثائق التي يقدمها دائنوا المقاولة والحجوز التي يطلبون إيقاعها على الأصل التجاري للمقاولة وعلى منقولاتها بصفة عامة، وكذلك من خلال الأحكام الصادرة عليها والباقية بدون تنفيذ، ومن خلال تعرضات إدارة الضرائب والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وشكاوي العمال الذين لم يتوصلوا بأجورهم، وأيضا من خلال الشيكات التي لم تؤدّ لعدم وجود رصيد أو الكمبيالات الراجعة بدون أداء والتي تكون محل احتجاجات ومساطر الأمر بالأداء، حيث يستطيع رئيس المحكمة أن يتبين من هذه الأمور كلها وغيرها أن المقاولة توجد في وضعية صعبة[2].

وبالتالي فحسب الفقرة الأولى من **المادة 548** السابقة إذا تبين لرئيس المحكمة أن المقاولة تعاني من صعوبات تخل باستمرارية استغلالها، فإنه يستدعي رئيس هذه المقاولة للاستماع إليه، حول وضعية المقاولة والصعوبات التي تعاني منها.

ويثار تساؤل هنا حول طبيعة المسطرة التي سيتم في إطارها الاستماع لرئيس المقاولة، هل هذا العمل الذي سيقوم به رئيس المحكمة هو مجرد عمل إداري، أو هو عمل قضائي؟، حيث أن المشرع لم يوضح طبيعة هذه المسطرة.

فإذا تبين لرئيس المحكمة أن المعلومات التي قدمها رئيس المقاولة غير كافية أو أنه استدعى رئيس المقاولة ولم يحضر، وأن مراقب الحسابات لم يحضر هو أيضا أو لم يدل بمعلومات كافية، فإن رئيس المحكمة بإمكانه حسب الفقرة الثانية من **المادة 548**[3] من مدونة التجارة أن يطلب معلومات من الإدارات والهيآت والأشخاص المتعاملين مع المقاولة. فباعتبار المرحلة تكتسي أهمية قصوى لأنها تأتي قبل واقعة التوقف عن الدفع أو بمعنى أوضح، عدم القدرة على الدفع، وعملا بمقولة "الوقاية خير من العلاج" قام المشرع بتعزيز صلاحيات رئيس المحكمة وخوله بذلك السلطات اللازمة من أجل تكوين صورة صحيحة عن الوضعية الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمقاولة، فله أن يستمع إلى مراقب الحسابات أو ممثل العمال، وكذلك الإدارات أو الهيآت العمومية أو أي شخص أخر بعبارة المادة السابقة، وحسنا فعل المشرع المغربي عندما مكّن رئيس المحكمة من هذه الصلاحيات وذلك رغم كل تشريع مخالف، وحتى لا تستتر الشركة وراء أساليب الكذب والاحتيال من أجل إعطاء وضع وهمي للشركة[4].

ويلاحظ هنا ظهور إشكالية تتعلق بالوسائل القانونية التي يملكها رئيس المحكمة التجارية لحمل المؤسسات البنكية أو المالية أو الإدارات أو الهيآت العمومية وممثل العمال أو أي شخص أخر على اطلاعه أو تزويده بالمعلومات التي يرغب فيها.

وانسجاما مع الطابع الاستعجالي الذي يميز عمل رئيس المحكمة، وحتى يكون لتدخله في مرحلة الوقاية الأثر المرغوب والفعالية اللازمة، فإن الأوامر التي يصدرها بهذا الشأن تكون مشمولة بالنفاذ المعجل[5].

---

[1] - تنص المادة 548 في فقرتها الأولى من مدونة التجارة الجديدة أنه: "يستدعي رئيس المحكمة رئيس المقاولة في الحالة المنصوص عليها في المادة 547 أو في الحالة التي يتبين من كل عقد أو وثيقة أو إجراء أن شركة تجارية أو مقاولة فردية تجارية أو حرفية تواجه صعوبات من شأنها أن تخل باستمرارية استغلالها، قصد النظر في الإجراءات الكفيلة بتصحيح الوضعية".

[2] - إبراهيم بهماني: "الوقاية الخارجية وسلطات رئيس المحكمة"، مداخلة منشورة بمجلة المحامون، العدد6، 1998، ص228.

[3] - تنص الفقرة الثانية من المادة 548 من مدونة التجارة الجديدة على أنه: "في نهاية هذا الاجتماع، يمكن لرئيس المحكمة، على الرغم من أية مقتضيات تشريعية مخالفة، أن يطلع على معلومات من شأنها إعطاؤه صورة صحيحة عن الوضعية الاقتصادية والمالية للمدين وذلك عن طريق مراقب الحسابات أو الإدارات أو الهيئات العمومية أو ممثل العمال أو أي شخص آخر".

[4] - رشيد مشقاقة: "تقييم سلطات رئيس المحكمة في معالجة صعوبات المقاولة"، مقالة منشورة في جريدة العلم المغربية، العدد16997، بتاريخ 9 نونبر1996. وتم نشر المقالة أيضا في المجلة التي تصدر عن جامعة محمد الخامس-السويسي، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، وذلك في إطار أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل شعبة القانون الخاص بتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة والصناعة التقليدية يوم 24 ماي1997، سلسلة الندوات رقم2 تحت عنوان: "مستجدات مدونة التجارة وتأثيراتها على المقاولة المغربية"، طبعة 2000، ص115.

[5] - القاسيمي سعد: "خصوصيات نظام صعوبات المقاولة-دراسة مقارنة-"، مرجع سابق، ص39.

وبذلك يتوفر رئيس المحكمة التجارية، حسب درجة الصعوبات التي يتم تشخيصها، والإمكانيات المتاحة للتغلب عليها، على سلطة تقديرية هامة لاتخاذ القرار المناسب، وبالتالي فله إما أن يعيّن وكيل خاص يكون بمقدوره تخفيف الاعتراضات المحتملة للمتعاملين المعتادين مع المقاولة، أو فتح إجراء التسوية الودية وتعيين مصالح من أجل تسهيل سير الشركة[1] والعمل على إبرام اتفاق مع الدائنين[2]. ويمكن أيضا لرئيس المحكمة التجارية -إذا كانت اقتراحات رئيس المقاولة بتعاون مع كل من مراقب الحسابات والمحامي إذا رغب في حضوره غير كافية وغير عملية-، أن يقوم بتعيين خبير لإعداد تقرير عن الوضعية الاقتصادية والاجتماعية والمالية للمقاولة، كما يمكنه طبقا **للمادة 552** من مدونة التجارة[3] أن يطلب معلومات من الإدارات والهيئات والأشخاص المتعاملين مع المقاولة[4]، بالإضافة إلى أن رئيس المحكمة يمكنه أن يأمر بوقف الإجراءات[5] لمدة لا تتجاوز أربعة أشهر بطلب من المصالح، وذلك بعد أن يستدعي الدائنين الرئيسيين ويستمع لرأيهم في هذا الطلب، كما أنه يصادق على الاتفاق الذي يتم إما بين الجميع الدائنين أو مع الدائنين الرئيسيين حسب **المادة 556** من مدونة التجارة. على أنه يمكن لرئيس المحكمة إحالة القضية على هيئة المحكمة أو النيابة العامة من أجل فتح مسطرة المعالجة، وذلك إذا ظهر له أن المقاولة متوقفة أو عاجزة عن دفع ديونها المستحقة.[6]

وبعد أن تناولنا رئيس المحكمة التجارية كمتدخل أساسي في الوقاية الخارجية، سيتم تناول مؤسس الوكيل الخاص كأول تعيين يتم من طرف رئيس المحكمة إذا تبين له أن صعوبات المقاولة قابلة للتذليل بفضل تدخل هذا الوكيل، فمن هو هذا الوكيل الخاص؟ وما هي مهامه؟ وما هو الدور الذي يمكن أن يقوم به في عدم وصول المقاولة إلى مرحلة التوقف عن الدفع؟ كل ذلك ستتم معالجته من خلال الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: مؤسسة الوكيل الخاص، ودوره في الوقاية الخارجية

تعتبر مؤسسة الوكيل الخاص من مستجدات مدونة التجارة الجديدة، فهي وسيلة من وسائل الوقاية من الصعوبات التي تهدّد كيان المؤسسة التجارية، وهذا الوكيل الخاص يتدخل في إطار محاولة تذليل هذه الصعوبات وذلك بتخفيف الاعتراضات المحتملة من المتعاملين المعتادين مع هذه المؤسسة التجارية. ونجد المشرع المغربي قد تناول الوكيل الخاص في مادة واحدة من مدونة التجارة، وهي **المادة 549**[7]، والتي انطلاقا منها، يمكن أن نحدد مؤسسة الوكيل الخاص فيما يلي:

أ- هو شخص محايد لا ينتمي لا إلى المقاولة ولا إلى المتعاملين معها.

ب- يعينه رئيس المحكمة إذا تبين أن تدخله سيؤدي إلى تذليل الصعوبات التي تواجه المقاولة، وبالتالي فلا يتم تكليفه من طرفي العلاقة التجارية.

ت- لم يحدد المشرع مهام الوكيل الخاص، وبالتالي يمكن اعتبار أن المشرع ترك أمر تحديدها إلى رئيس المحكمة.

ث- لم يحدد المشرع أيضا أجل إنجاز الوكيل الخاص لمهامه، وبالتالي فالذي يمكن أن يحدد هذا الأجل هو رئيس المحكمة وذلك حسب تقديره.

---

[1] - نجد أن المشرع استعمل في المادة 554 م.ت مصطلح "الشركة" عوض مصطلح "المقاولة" الذي يمكن اعتباره أكثر شمولية.

[2] - سيتم تناول كلا من مؤسسة الوكيل الخاص والمصالح بعد الفقرة الحالية.

[3] - تنص المادة 552 من مدونة التجارة الجديدة على أنه: "علاوة على السلطات المخولة لرئيس المحكمة بمقتضى المادة 548، يمكنه تكليف خبير لإعداد تقرير عن الوضعية الاقتصادية والاجتماعية والمالية للمقاولة والحصول من المؤسسات البنكية أو المالية، على الرغم من أية مقتضيات تشريعية مخالفة، على كل المعلومات التي من شأنها أن تعطي صورة صحيحة عن الوضعية الاقتصادية والمالية للمقاولة.".

[4] - ومن هذه الجهات يمكن أن نذكر الأبناك التي تتعامل معها المقاولة لمعرفة وضعية حساباتها، وأيضا يمكن طلب المعلومات من إدارة الضرائب لمعرفة الوضعية الضريبية للمقاولة، وأيضا من الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي. .

[5] - ومعنى وقف الإجراءات، وقف الإجراءات في الملفات الرائجة بالمحكمة خلال تلك المدة بما فيها ملفات التنفيذ، ومنع إقامة أي دعوى خلال المدة المحددة للوقف من طرف الدائنين الذين لهم دين سابق على الأمر. أنظر المادة 555 من مدونة التجارة.

[6] - يقتضي معيار التوقف عن الدفع، إذا تبث، انتقال المقاولة إلى مرحلة جديدة تتمثل في التسوية أو التصفية القضائية حسب الأحوال، بحيث يلاحظ هنا خروج الاختصاص من يد الرئيس إلى قضاة الموضوع.

[7] - تنص المادة 549 من مدونة التجارة على أنه: " إذا تبين أن صعوبات المقاولة قابلة للتذليل بفضل تدخل أحد الأغيار يكون بمقدوره تخفيف الاعتراضات المحتملة للمتعاملين المعتادين مع المقاولة، عينه رئيس المحكمة بصفة وكيل خاص وكلفه بمهمة وحدد له أجلا لإنجازها".

ج- أن الوكيل الخاص يعتبر من الأشخاص والآليات التي يستعين بها رئيس المحكمة في المرحلة الأولى من وقاية المقاولة من الصعوبات التي تهدد وجودها، وأن دوره ينحصر في المهمة التي يحددها له الرئيس، والتي لخصتها المادة السابقة في العمل على تخفيف الاعتراضات المحتملة من المعتادين مع المقاولة[1].

ويتبين كذلك من المادة أعلاه، أن رئيس المحكمة التجارية يملك سلطة تقديرية كاملة لتعيين الوكيل الخاص، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المقاول، كما يمكن له أن يرفض هذا التعيين حتى وإن تقدّم رئيس المقاولة بطلبه، وذلك حتى يفوّت على هذا الأخير مجرد الرغبة في التماطل وضياع الوقت في محاولات لإنقاذ مقاولة متوقفة عن دفع ديونها أو يستحيل إنقاذها بواسطة مسطرة الوقاية الخارجية. بالإضافة إلى أن النهج الذي اتبعه التشريع يتبين منه منح سلطة تقديرية كاملة لرئيس المحكمة التجارية لاختيار الوكيل الخاص المناسب للمهمة المناسبة، خصوصا وأن التشريع لم يذكر المؤهلات العلمية والعملية والتقنية والخبرة التي ينبغي توفرها في هذا الوكيل الخاص لإنجاز مهمته على الوجه الأكمل، ولم يضع من شرط إلاّ أن يكون بمقدوره تخفيف الاعتراضات المحتملة للمتعاملين مع المقاولة، وبالتالي فإن الاختيار الممنوح لرئيس المحكمة يتنوع بتنوع المهمة وأيضا حسب نوع الصعوبات التي قد تكون إما اقتصادية أو مالية أو اجتماعية أو قانونية، حيث تفرض تعيين ذوي الاختصاص القادرين على إيجاد الحلول الملائمة[2]، ويبقى تحديد ومعرفة المتعاملين مع المقاولة هو الذي سيسمح بتحديد نوعية الصعوبات الممكنة الحدوث، وبالتالي الوقوف على المهمة التي يقتضيه تجاوزها، والمؤهل للقيام بها[3].

يتبين من خلال تحليل **المادة 549** أعلاه أن **دور الوكيل الخاص** لا يبرز إلا في مرحلة الوقاية من الخارج، وذلك عبر تعيينه من طرف رئيس المحكمة التجارية. فالظاهر أن المادة أعلاه تتحدث عن الحالة التي لا تكون فيها المقاولة في وضعية التوقف عن الدفع، ولذلك يقوم رئيس المحكمة بعد جمع المعلومات المشار إليها في **المادة 548** من مدونة التجارة، بتعيين شخص ذوي كفاءة لتخفيف الاعتراضات المحتملة للمتعاملين مع المقاولة، وهذا الشخص حسب ظاهر **المادة 549** أعلاه ينبغي أن يحظى بموافقة رئيس المقاولة وأن يكون مقبولا من طرف المتعاملين المعتادين مع المقاولة.

ولما كان المتعاملون مع المقاولة يتنوعون بين الأبناك والموردين والعمال والإدارات والمؤسسات والزبناء، فإن مهمة الوكيل الخاص من خلال الوقاية الخارجية من الصعوبات قد تتجسد في جدولة ديون المقاولة أو حصولها على ديون جديدة، وقد تتمثل أيضا في طمأنة الموردين واقتناعهم بالاستمرار في تزويد المقاولة بالموارد الأولية، أو في إنهاء نزاع اجتماعي أو فض إضراب، وقد يتمكن من تخفيض نسبة الضرائب أو إنهاء خلاف مع إدارة أو مؤسسة معينة أو في الحصول على رخصة إدارية[4] أو غير ذلك من المهام التي يمكن أن يضطلع بها الوكيل الخاص في محاولة منه تذليل الصعوبات التي تعاني منها المقاولة، وبالتالي فإن رئيس المحكمة التجارية هو الذي يحدد له مهمته حسب نوع الصعوبات، ولا يكتفي رئيس المحكمة بذلك بل يجب عليه أن يحدد له أجلا لإنجاز المهمة، وذلك دائما حسب **المادة 549** من مدونة التجارة.

ويمكن أن نقول بأن مهمة الوكيل الخاص لا تخرج عن صور ثلاث: تتمثل الأولى في البحث والتحقيق استنادا إلى الأمر الصادر عن رئيس المحكمة، والصورة الثانية تتمثل في المصالحة والتوفيق، هذه المهمة التي تنحصر في مساعدة المسير للتفاوض مع الأغيار، أو مهمة التسيير المؤقت كصورة ثالثة، هذه الحالة التي تكون جد هامة، والتي تعتبر فيها الاختصاصات المسندة إليه من طرف السلطة القضائية جد واسعة، وذلك على اعتبار أنه يتولى مهمة التسيير المؤقت[5]، ويعطي للقائم بهذه المهمة الأخيرة الحق في تمثيل المقاولة عوض مسيرها القانوني.

---

[1] - الزرقتي العيادي "دور الوكيل الخاص والمصالح في مسطرة التسوية الودية"، مساهمة في الندوة الجهوية الثامنة احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، طنجة21-22 يونيو 2007، تحت عنوان: "صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007، ص110-111.

[2] - أحمد شكري السباعي، المرجع السابق، ص242.

[3] - عبد الرحيم القريشي "الوقاية الخارجية من صعوبات المقاولة بين إشكاليات التطبيق واقتضاب التنظيم"، مساهمة منشورة بمجلة الملحق القضائي، العدد 37، مطبعة دار السلام الرباط، ص155.

[4] - عبد الرحيم القريشي "الوقاية الخارجية من صعوبات المقاولة بين إشكاليات التطبيق واقتضاب التنظيم"، مرجع سابق، ص155.

[5] - يلاحظ هنا أن تعيين المسير المؤقت يعتبر إجراءا خطيرا يمس المقاولة في العمق، إذ يخلق جهازا جديدا للتسيير لا علم للمتعاملين مع المقاولة به، ولهذا السبب يجب أن يشار إلى هذا التعيين بالسجل التجاري للمقاولة حتى يعلم به الكافة وحتى يظهر هذا التعيين واضحا في مستخرجات السجل التجاري الخاص بالمقاولة.

بالإضافة إلى أن رئيس المحكمة التجارية هو الذي يحدد أجرة الوكيل الخاص، بالرغم من سكوت المشرع، حيث أنه يعمل تحت سلطة وإشراف رئيس المحكمة، وبذلك يتولى رئيس المقاولة دفع أجرة الوكيل الخاص إلى جانب المصاريف والأتعاب التي يتطلبها إنجاز المهمة الموكولة له.

هذا وقد يكون الوكيل الخاص عبارة عن مكتب متخصص في الدراسات الاقتصادية والمالية، وذلك إذا كانت الصعوبات تخص النشاط التجاري أو الجوانب التي لها ارتباط بالمديونية والسيولة النقدية، كما يمكن أن يكون من الخبراء الحيسوبيين إذا تعلق الأمر بتعقيدات وتقنيات حسابية تهم موازنة المؤسسة. أما إذا كانت المشاكل التي تعترض المقاولة تتعلق بالعقود والنزاعات الاجتماعية، فإن الالتجاء إلى رجل القانون يكون أفضل لحل هذه القضايا.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مهمة الوكيل الخاص تقتصر على مساعدة المقاول على إنقاذ المقاولة وتصحيح وضعيتها المالية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو القانونية، دون أن يتدخل في شؤون الإدارة أو التسيير الذي يبقى من حق المقاول وحده، وبالتالي فلا يحق للوكيل الخاص أن يحل محل المقاول، وإنما يتعاون معه ويساعده على التغلب على الصعوبات التي تعترض المقاولة المتعثرة[1].

المطلب الثاني: أدوار باقي الأطراف المتدخلة في مرحلة الوقاية من الصعوبات.

إضافة لرئيس المقاولة الذي يملك وحده الحق في تحريك مرحلة التسوية الودية، نجد أن هناك العديد من الفاعلين والمتعاملين الذين يلعبون أدوارا تختلف حسب كل واحد منهم. حيث نجد أنه يمكن لرئيس المحكمة التجارية بعد أن يتقدم رئيس المقاولة بطلب يعرض فيه وضعيتها المالية والاقتصادية والاجتماعية والحاجات التمويلية وكذا وسائل مواجهتها[2]، من تعيين **خبير** لإعداد تقرير عن وضعية المقاولة، على أنه عندما يطّلع رئيس المحكمة على تقرير الخبير واقتراحات رئيس المقاولة ويتبين له أنه من الممكن تصحيح وضعية المقولة فإنه يقوم بفتح مسطرة التسوية الودية وتعيين **مصالح** لمدة لا يمكن أن تزيد عن أربعة أشهر-الفقرة الأولى-.

على أنه يجب ألا ننسى أن هناك فاعلون يمكن أن يتأثروا أو يؤثروا في سير مرحلة الوقاية من الخارج، وخاصة ونحن نتحدث هنا عن الحد الفاصل بين مرحلة الوقاية ومرحلة المعالجة، نتحدث هنا عن مرحلة التسوية الودية، ونقصد هنا كل من **الدائنون** الذين يلعبون دورا بارزا خصوصا عند إعداد الحل الودّي، **والأجراء** من حيث وضعيتهم داخل المقاولة-الفقرة الثانية-.

الفقرة الأولى: الخبير والمصالح كجهازين في المرحلة الوقائية

يلعب كل من الخبير والمصالح أدوارا تختلف حسب وضع كل واحد منهما داخل المسطرة الوقائية، مع تشابههما من حيث أن رئيس المحكمة التجارية هو الذي يتول تعيينهما. ومن هنا نتساءل عن إمكانية اللجوء إلى رأي **ذوي الخبرة**، كخيار ثالث متاح أمام رئيس المحكمة التجارية المرفوع لها طلب فتح مسطرة التسوية الودية، من أجل الوقوف على حقيقة المركز المالي للمقاولة؟، حيث يكون رأي الخبير مفيدا في تشخيص مكامن الخلل بالنسبة للمقاولة المتعثرة.

ونجد أن رئيس المحكمة التجارية بمجرد إصداره القرار القاضي بافتتاح إجراءات التسوية الودية في مواجهة المقاولة التي تعترضها صعوبات من شأنها أن تخل باستمرارية استغلالها، يقوم في ذات القرار بتعيين **مصالح** يتولى العمل على تسهيل تسيير المقاولة، ومحاولة إبرام اتفاق ودي بين رئيس المقاولة والدائنين، كمحاولة لإخراج المقاولة من المأزق الذي تعيشه. فمن هو هذا المصالح؟ وماهو الدور الذي يمكن أن يلعبه في المرحلة التي يظهر فيها، أي مرحلة التسوية الودية التي تأتي قبل واقعة التوقف عن الدفع المبرر بدوره فتح مساطر المعالجة.

أولا: اللجوء إلى رأي ذوي الخبرة

إذا تبين من محضر الاستماع لرئيس المقاولة والمعلومات التي تم جمعها عن المقاولة أن البيانات غير كافية والاقتراحات غير عملية يعيّن رئيس المحكمة خبيرا لإعداد تقرير عن الوضعية الاقتصادية والاجتماعية والمالية للمقاولة[3]، وحسب مدلول **المادة 552** من مدونة التجارة

[1] - أحمد شكري السباعي "الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها" الجزء الأول، المرجع السابق، ص242.

[2] - المادة 550 من مدونة التجارة الجديدة.

[3] - ويمكن أن يكون اللجوء إلى الخبرة أمر مفروض على رئيس المحكمة التجارية، وبالخصوص عندما يجد نفسه مثلا أمام محاسبة غير صحيحة أو غير منتظمة.

الجديدة نجد أنها تنص على أن هذا الخبير يقوم بجمع المعلومات والحصول عليها من المؤسسات البنكية أو المالية على الرغم من أي مقتضيات تشريعية مخالفة، ولا يمكن للأبناك والمؤسسات المالية أن تمتنع عن إعطاء معلومات بدعوى المحافظة على السر المهني.

ويتبين أن الخبير عليه أن يتقيد بالمسائل الواردة في قرار تعيينه، هذه المسائل التي لن تخرج عن إنجاز فحص شامل للوضعية المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاولة، مع تركيز جهوده على البحث عن مكامن الخلل داخل المقاولة، وبالتالي فهذه الخبرة يجب أن تنصب على تشخيص الوضعية المالية والاقتصادية والاجتماعية الراهنة التي توجد عليها المقاولة، مما يقضي العمل على جمع المعلومات الأولية عن المقاولة ونشاطها ومن تم تحليلها.[1]

وتظهر هنا إشكالية حول الطبيعة القانونية للخبرة التي يأمر بها رئيس المحكمة، هل هي خبرة ودية أم قضائية خاضعة لقانون المسطرة المدنية والقانون المحدث للمحاكم التجارية؟

ويبدو أن إناطة هذه المهمة بخبير جد مهمة نظرا للطابع التقني الذي يتعذر معه على رئيس المحكمة اتخاذ الإجراء المناسب في مواجهة الصعوبات التي تعترض المقاولة، ويظهر هنا أيضا تساؤل حول إمكانية الأمر بإجراء خبرة من طرف رئيس المحكمة، وذلك بمجرد الإخبار من طرف رئيس المقاولة أو المراقب في إطار **المادة 548** من مدونة التجارة، فمن باب الاستحسان يمكن أن يكون له ذلك طالما أن مقتضيات المادة السالفة تحث الرئيس على الاطلاع على كافة المعلومات من أية جهة، وبالتالي فالاستعانة بخبير في هذه المرحلة جد مهم لاسيما وأن الإجراء يكون متبوع بتعيين الوكيل الخاص عند الاقتضاء[2].

وبالتالي فالجانب المالي للخبرة مثلا يجب أن يتضمن جردا للوضعية المالية للمقاولة يشمل مكونات رأس المال والسيولة النقدية المتوفرة والمداخيل والنفقات[3]، وتحليل الوثائق المحاسبية مثل القوائم التركيبية وعناصر الميزانية. أما الجانب الاقتصادي للخبرة فيمكن أن يتركز على العناصر المتعلقة بإنتاج وتسويق منتجات المقاولة مثل طرق التسويق وجودة الإنتاج والخدمات والمركز التنافسي للمقاولة. أما الجانب الاجتماعي للخبرة فيهم علاقة الشغل داخل المقاولة وحجم الأجور ومدى تطبيق التشريع والاتفاقيات الجماعية، وغيرها من الأمور التي يجب أن تكون في شكل تدقيق شامل لوضعية المقاولة، فمن جهة يتصل بالتحليل الكافي للوضع المالي والاقتصادي والاجتماعي الذي توجد فيه المقاولة، ومن جهة أخرى إبداء الخبير لملاحظاته حول آفاق وحظوظ نجاح مخطط التقويم المقترح من المدين في تسوية وضعية المقاولة، بالإضافة إلى اقتراح التدابير التي يراها كفيلة بتمكين هذه الأخيرة من تجاوز الصعوبات التي تعترضها.

ويتعين على الخبير بعد أن يتمكن من إنجاز مهمته، أن يقوم بإعداد تقرير مفصل يرفعه لرئيس المحكمة التجارية داخل الأجل المحدد، يتضمن مصدر، طبيعة وأهمية الصعوبات التي تعترض المقاولة، بالشكل الذي يوفر الضمانات الكافية للدائنين ومختلف المتعاملين مع هذه المقاولة، بالإضافة للمقترحات والتدابير التي يرى أنها كفيلة بتذليل هذه الصعوبات وتأمين استمرارية الاستغلال.

على أنه في حالة تعدد الخبراء يمكن تقديم تقرير واحد من طرفهم، وعند اختلافهم يتم توضيح رأي كل واحد منهم مع توقيعه من طرفهم جميعا.

وتجدر الإشارة إلى أن مدونة التجارة أضفت نوعا من السرية على تقرير الخبرة المأمور بها في إطار تحقيق طلب فتح مسطرة التسوية الودية، وذلك تطبيقا لما جاء في **المادة 559** من هذه المدونة، فالتقرير الذي ينجزه الخبير يقتصر تبليغه فقط للسلطة القضائية، ولا يسمح بالاطلاع عليه سوى من قبل رئيس المقاولة المعنية بالأمر، وعند الاقتضاء المصالح الذي يعين من أجل الإشراف على تسهيل سير المسطرة والعمل

[1] - زكرياء العماري: "التسوية الودية كآلية للوقاية من صعوبات المقاولة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال والمقاولات، جامعة محمد الخامس السويسي -كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية– الرباط، السنة الجامعية 2008/2007، ص110.

[2] - رشيد مشقاقة: "تقييم سلطات رئيس المحكمة في معالجة صعوبات المقاولة"، مقالة منشورة في المجلة التي تصدر عن جامعة محمد الخامس-السويسي، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، وذلك في إطار أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل شعبة القانون الخاص بتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة والصناعة التقليدية يوم 24 ماي1997، سلسلة الندوات رقم2 تحت عنوان: "مستجدات مدونة التجارة وتأثيراتها على المقاولة المغربية"، طبعة 2000، ص115.

[3] - أحمد شكري السباعي: "الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة، ومساطر معالجتها"، الجزء الثاني، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى 2000، ص369.

على إبرام اتفاق مع الدائنين، وذلك متى تراءى لرئيس المحكمة أن من شأن السماح بهذا الاطلاع أن يمكن الخبير من أداء مهمته على أحسن وجه[1].

ونجد أن المشرع المغربي لم يحدد أية قواعد خاصة تهم الأجر المستحق للخبير المعين من أجل إنجاز تقرير عن الوضعية المالية والاقتصادية والقانونية للمقاولة، مما يجعله خاضعا للقواعد العامة المطبقة بشأن مستحقات الخبراء والتي تترك تحديد أتعاب الخبير للقاضي الذي يبث في النازلة.

ثانيا: المصالح كوسيط في عدم وصول المقاولة إلى مرحلة التوقف عن الدفع

بمجرد إصداره القرار القاضي بافتتاح إجراءات التسوية الودية في مواجهة المقاولة التي تعترضها صعوبات مالية أو اقتصادية أو قانونية من شأنها أن تخل باستمرارية استغلالها، يقوم رئيس المحكمة التجارية في ذات القرار بتعيين مصالح[2]. وبالتالي فإن هذا الأخير يتدخل في إطار وقاية المقاولة من الصعوبات التي تهددها، ويمكن إيجاد تعريف بسيط له بكونه هو الوسيط الذي يعينه رئيس المحكمة التجارية من الأغيار للقيام بمهمة تسهيل سير المقاولة وإنجاز إبرام اتفاق بين المقاولة والدائنين.

وعلى خلاف الوكيل الخاص، نجد المشرع المغربي أولى أهمية خاصة للمصالح، وتناوله بالتالي في سبع مواد من **المادة 553 إلى المادة 559** من مدونة التجارة. ويمكن تلخيص القواعد التي تنظم المصالح فيما يلي:

- المصالح يبرز دوره مثل الوكيل الخاص في مرحلة واحدة من مراحل الصعوبة التي تمر بها المقاولة هي مرحلة الوقاية من الخارج في إطار الطريقة الثانية من هذه المرحلة، طريقة التسوية الودية التي تمارس قبل توقف المقاولة عن الدفع.

– أن المشرع لم يحدد صفة المصالح، هل يجب أن يكون شخصا طبيعيا أم يمكن أن يكون شخصا اعتباريا كمؤسسة بنكية مثلا، ولم يحدد أيضا المواصفات المستلزمة في المرشح لأداء هذه المهمة، على أنه من الأكيد يجب أن يكون محايدا.

إن الرئيس حرّ في اختيار المصالح من بين الأشخاص ذوي الكفاءة العالية والسمعة الطيبة في المجالات التي يعملون فيها، وقد يكون المصالح خبيرا حيسوبيا، أو محاميا متخصصا في قانون الأعمال، أو أستاذا جامعيا وحتى بعض المسيرين المشهود لهم بالكفاءة والسلوك الحسن. وما هو جدير بالذكر، أن الشخص الذي يتم تعيينه كمصالح بهدف تسهيل سير المقاولة والتوصل إلى إبرام اتفاق ودي مع الدائنين، يعدّ وكيلا قضائياMandataire Judiciaire مأجورا، بحكم أن تعيينه يتم من قبل رئيس المحكمة الذي يعتبر سلطة قضائية من أجل القيام بمهمة معينة لقاء أجر محدد، حيث يخضع في ممارسته لهذه المهمة للقواعد العامة المتعلقة بالوكالة المأجورة التي تقضي بأن تراعى التزامات الوكيل بشكل أكثر صرامة عندما تكون الوكالة بأجر[3].

ونجد أن قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية التونسي[4] ينص في **الفصل 10** منه على أنه يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية مرجع النظر أن يتولى بنفسه مهمة التوفيق بين المدين ودائنيه، كما يمكن أن يعين مصالحا ممن تتوفر فيهم الخبرة في شؤون المؤسسات والقدرة على الإقناع، والهدف من ذلك هو جلب طرفي التسوية لإبرام اتفاق يضمن للمؤسسة مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن الشغل التي توفرها والوفاء بديونها[5]. أما المشرع الفرنسي فقد عمل بمقتضى **القانون الجديد رقم 845-2005** على إقرار عدة قيود على سلطة

---

[1] - وذلك تطبيقا لما تضمنته بهذا الخصوص الفقرة الثانية من المادة 554 من مدونة التجارة.

أما بالنسبة للقانون التونسي فإن رئيس المحكمة الابتدائية يكون ملزما بأن يحيل نسخة من تقرير الخبرة على لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية ليأخذ رأيها وجوبا، يمكن الرجوع في ذلك إلى الفقرة الثانية من الفصل 10 من قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية الصادر سنة 1995.

[2] - تنص المادة 553 من مدونة التجارة على أنه: "إذا تبين لرئيس المحكمة أن اقتراحات رئيس المقاولة من شأنها أن تسهل تصحيح وضعية المقاولة، فتح إجراء التسوية الودية وعين مصالحا لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر قابلة للتمديد شهرا على الأكثر بطلب من هذا الأخير.".

[3] - زكرياء العماري: "التسوية الودية كآلية للوقاية من صعوبات المقاولة"، مرجع سابق، ص131.

[4] - القانون عدد34 لسنة 1995 المؤرخ في17 أبريل 1959، والمنقح بمقتضى القانون عدد63 لسنة 1999 المؤرخ في 15يوليوز 1999 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية.

[5] - صالح الذهيبي: "دور المصالح في إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية"، مقالة منشورة في مجلة القضاء والتشريع –التونسية-العدد7، جويلية 2002، ص145.

رئيس المحكمة التجارية أو المحكمة الابتدائية الكبرى بحسب الحالة، في اختيار وتعيين المصالح، وذلك من أجل تفادي كل ما من شأنه أن يؤثر على استقلالية وحياد هذا المصالح[1].

وتبعا لذلك، فبالإضافة إلى تخويل المدين الحق في أن يقترح على رئيس المحكمة الشخص الممكن تعيينه كمصالح، فإنه لا يمكن أن يتم إسناد مهمة المصالح لكل شخص يكون خلال الأربعة والعشرين شهرا السابقة على افتتاح مسطرة المصالحة، قد تلقى أجرا أو أي أداء من جانب المدين أو دائنيه، وكذا الشخص الذي يتولى مراقبة المقاولة أو يخضع لمراقبتها، والحالة التي تستثنى من ذلك هي التي يكون فيها الشخص تلقى هذه الأجور نتيجة القيام بمهمة أسندت إليه بمقتضى أمر قضائي[2]، كما يمنع أيضا من مزاولة مهمة المصالح كل قاض سواء كان ما يزال يمارس وظيفته أو استقال منها، وذلك إلى بعد انصرام أجل **5 سنوات** على الأقل على تخليه عن وظيفته[3]. ويلزم المصالح المعين في هذه الحالة بأن يقدم تصريحا بالشرف إلى رئيس المحكمة بكونه لا يقع تحت طائلة إحدى حالات المنع التي سبق ذكرها أعلاه[4].

وبمجرد إصداره للقرار القاضي بإخضاع إحدى المقاولات التي تواجهها صعوبات مالية لمسطرة التسوية الودية وتعيين مصالح يتولى الإشراف على سير إجراءات هذه المسطرة، يقوم رئيس المحكمة في ذات القرار بتحديد الاختصاصات والمهام الموكولة للمصالح الذي وقع الاختيار عليه، هذه الوظائف التي تتمثل أهمها في دعوته إلى القيام مباشرة بعد تعيينه حسب ما ألزمته به الفقرة الأولى من **المادة 554** من مدونة التجارة المغربية[5]، حيث يتعين عليه بموجب المقتضيات الواردة في هذه الفقرة أن يعمل على تذليل كافة الصعوبات التي تعترض السير العادي للمقاولة، والعمل على التوصل إلى إبرام اتفاق مع الدائنين، وذلك بالموازاة مع بذل الجهود اللازمة من أجل التوصل إلى إبرام اتفاق مع الدائنين يكون كفيلا بإخراج المقاولة المتعثرة من المأزق المالي الذي تعيشه. وإذا كان الإطار الذي يمارس بمقتضاه المصالح مهمته، محددا قانونا فإنه يقع على عاتق رئيس المحكمة تحديد كيفية وطريقة ممارسة هذه المهمة.

فرئيس المحكمة لا يكتفي في الأمر الصادر بتعيين المصالح بتحديد أجل الثلاثة أشهر لإنجاز مهمته، بل أنه يقوم بتحديد هذه المهمة بدقة متناهية تساعد المصالح على وضع يده على مواطن الخلل مباشرة والعمل على تجاوزها.

ويرمي المشرع من وراء استعمال مفهوم تسهيل تسيير المقاولة، إلى تخويل المصالح سلطة القيام ببعض المبادرات التي من شأنها إزالة كافة العوائق والعراقيل التي من شأنها الإخلال بالسير العادي للمقاولة، كحالة وجود نزاع بين أعضاء مجلس الإدارة أو النزاعات التي يمكن أن تقع بين المتصرفين والمساهمين، أو وجود نزاعات جماعية بين الأجراء ورئيس المقاولة.

وبالتالي فمفهوم تسهيل تسيير المقاولة لا ينبغي أن يتم التوسع في تفسيره إلى درجة الاعتراف للمصالح بالتدخل في تسيير نشاط المدين، فهذا الأخير يبقى مشرفا على إدارة وتسيير مقاولته بالرغم من وجود المصالح، حيث يبقى محتفظا بكامل سلطاته في تدبير مشروعه التجاري، والقيام بجميع التصرفات القانونية على أموال المقاولة ماعدا في حالة صدور أمر بالوقف المؤقت للإجراءات[6].

وبالإضافة إلى تسهيل تسيير المقاولة، يكون المصالح مدعوا إلى العمل على اتخاذ جميع المبادرات التي من شأنها تسهيل التوصل إلى إبرام اتفاق ودي بين المدين ودائنيه، يكون كفيلا بتمكين المقاولة من تجاوز الصعوبات التي تحدق بها. فدور المصالح في إبرام الاتفاق منحصر فقط في التوفيق بين الأطراف المعنية وتقريب وجهات النظر المتباينة خلال سير المفاوضات، وأيضا إقناع الدائنين بالمشاركة بمنح تخفيضات في حجم الديون وآجال جديدة للأداء، دون أن يتعدى ذلك إلى فرض حلول معينة على الأطراف مهما كانت طبيعة هذه الحلول[7].

---

[1] - Jacquemont Andre : "Procédure de conciliation et concordat amiable" –Juris. Classeur périodique 2007 – commercial – procédures collectives –, p8.

[2] - كما لو تعلق الأمر بمزاولة بعض المهام، كمهمة وكيل خاص أو مصالح أو مدير مؤقت أو متصرف قضائي.

[3] - أنظر المادةL611-13 من القانون رقم 845-2005 الصادر بتاريخ 26 يوليوز 2005.

[4] - الفقرة الأولى من المادةL611-13 من القانون رقم845-2005 الصادر بتاريخ26 يوليوز 2005.

[5] - تنص الفقرة الأولى من المادة554 من مدونة التجارة على أنه: "يحدد رئيس المحكمة مهمة المصالح التي تتمثل في تسهيل سير الشركة والعمل على إبرام اتفاق مع الدائنين.".

[6] - والذي يبرر ذلك أن المشرع لم يعمل على وضع أي قواعد بشأن تنظيم العلاقة بين المدين والمصالح ورسم حدود الاختصاصات المخولة لكل واحد من هؤلاء لتفادي التضارب الذي يقع بشأن سلطة كل واحد منهم في إدارة وتسيير المقاولة.

[7] - Marie Laure Coquelet : "Entreprises en difficulté, instruments de paiements et de crédit", édit. Dalloz, Paris 2003, p26.

ويقوم المصالح بالعمل على التحضير للمفاوضات بجمع المعلومات عن المدين وتحليلها، والتي يقوم على ضوئها بمساعدة المدين في إعداد مخطط لتقويم وضعية المقاولة بشكل أرضية للتفاوض بين المدين ودائنيه، وبعد الانتقال إلى مرحلة الإجراء الفعلي للمفاوضات يقوم المصالح بالاجتماع بكل من المدين والدائنين الرئيسيين الذين تم اختيارهم للمشاركة في المفاوضات، ويتم تحديد مصير المقاولة من خلال هذه الاجتماعات وذلك إما بموافقة الدائنين على مخطط التقويم، أو برفضهم إياه وإعلان فشل المفاوضات.

أما فيما يتعلق بأجر المصالح، فبالرغم من عدم إشارة مدونة التجارة صراحة إلى مدى استحقاق المصالح المعين، لقاء المجهودات التي قام بها في سبيل تسهيل تسيير المقاولة والتوصل إلى اتفاق ودي مع الدائنين من أجل تفادي الانهيار الذي يتهدد هذه الأخيرة، فإن ذلك لا يعني عدم استحقاق هذا الأخير لأي تعويض مقابل التضحيات التي قدمها، فالمدين ملزم بأداء أجر للمصالح الذي يعينه رئيس المحكمة بصرف النظر عن التوصل لاتفاق من عدمه على أساس عدم جواز الإثراء على حساب الغير حيث أن المدين يتلافى الخسارة التي كان سيتحملها بفعل التوقف عن الدفع لولا مجهودات المصالح.

وبما أن القانون التجاري المغربي لم يضع أي قواعد بشأن كيفية تحديد الأجر المستحق للمصالح نتيجة قيامه بالمهام المسندة إليه من قبل رئيس المحكمة التجارية في إطار إجراءات التسوية الودية، فذلك لم يمنع رؤساء المحاكم التجارية بالمغرب من إرساء قواعد خاصة لكيفية تحديد الأتعاب المستحقة للمصالح المعين، فحسب ما جرى عليه عمل القضاء المغربي[1] هو أن يتم تحديد هذا الأجر من قبل رئيس المحكمة المقدم إليه طلب فتح إجراء التسوية الودية، وذلك باتفاق مع المدين الذي يهمه الأمر بشكل جزافي وحسب أهمية المقاولة المدينة وحجم الصعوبات التي تواجهها.

ومما تجب الإشارة إليه أن **القانون الفرنسي الجديد ل 26 يوليوز 2005** قد وضع قواعد أكثر وضوحا فيما يتعلق بكيفية تحديد أجر المصالح، وبالتالي فإن رئيس المحكمة الابتدائية الكبرى بحسب الأحوال، يقوم باتفاق كتابي مع المدين بتحديد شروط أجر المصالح بالقدر الضروري لإنجاز مهمته، هذا التحديد الذي يتضمن المبلغ الأقصى للأجر، وأساس احتسابه والمبلغ المؤقت، ويلحق مع الموافقة الكتابية للمدين والأمر القاضي بتعيين المصالح[2]، ويتم تحديد ضوابط جديدة للأجر إذا تبين لهذا الأخير أثناء قيامه بمهامه أن المبلغ الأقصى للأجر المحدد غير كاف، وذلك بعد إخبار رئيس المحكمة الذي يتولى باتفاق مع المدين تحديد هذه الضوابط الجديدة، على أنه يضع حدا لمهمة المصالح إذا تعذر التوصل إلى اتفاق بخصوص هذا التعديل للمبلغ الأقصى للأجر[3]. ويتم حصر المبلغ النهائي الذي يستحقه المصالح بعد الانتهاء من إجراءات المصالحة، بواسطة أمر يصدره رئيس المحكمة[4]، على أنه وفقا **للمادة 43 من المرسوم رقم 1677-2005** يقبل الأمر الصادر بهذا الخصوص الطعن بالاستئناف من قبل المدين والمصالح وفق القواعد العامة الواردة في **المواد من 714 إلى 718** من قانون المسطرة المدنية الفرنسي.

الفقرة الثانية: دور الدائنين والأجراء في مرحلة الوقاية من الصعوبات

يعتبر من الأطراف الفاعلة خصوصا في مرحلة إعداد الاتفاق الودي **الدائنون** الذين قد تكون لهم حقوق مترتبة في ذمة المقاولة الخاضعة لإجراءات التسوية الودية، وبالتالي إشراكهم في مساطر الوقاية. ونجد أن المشرع قد استثنى **الأجراء** من الخضوع لأمر وقف المتابعات الفردية فيما يخص المطالبة بالديون المستحقة لهم عن الفترة السابقة لصدور الأمر المذكور.

أولا: إشراك الدائنين في مساطر الوقاية من الصعوبات

تميز نظام الوقاية إلى جانب نظام المعالجة من الصعوبات التي تعترض المقاولة بميزة تتجسد في إشراك الدائنين في مساطر الوقاية من الصعوبات، إشراكا يعود بالنفع على هؤلاء الدائنين الذين يهمهم مصير هذه المساطر ومصير المقاولة الذي يتوقف عليه استيفاء ديونهم،

[1] - وذلك حسب ما تمت الإشارة إليه من طرف الكتابة الخاصة لرئيس المحكمة التجارية بالرباط.

[2] - وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 41 من المرسوم رقم 1677-2005 الصادر من أجل تطبيق القانون رقم 845-2005، بتاريخ 26 يوليوز2005.

[3] - وذلك وفقا لما جاء في المادة 42 من المرسوم رقم 1677-2005.

[4] - وفقا للمادة L611-13 من القانون الجديد رقم 845-2005 المتعلق بحماية المقاولة، الصادر في 26 يوليوز2005.

بالإضافة إلى أن مشاركتهم الفعلية في هذه المساطر تحقق نوعا من التوازن بين مصالح المقاول المدين والدائنين، مما يجعلها تحقق نوعا من المصداقية والشفافية.

فعلى الرغم من الانتكاسة التي أصابت الدائنين نتيجة لتفكك كتلة الدائنين أو تشتتها، فالتشريع قدم مع ذلك كثيرا من الضمانات[1] للدائنين لا يمكن الاستهانة بها والتي قد تمكنهم من إسماع صوتهم والتدخل في مسطرتي الوقاية والمعالجة ومراقبتهما دفاعا عن مصالحهم واستيفاء لديونهم، فأثر مساطر الوقاية من الصعوبات، سواء تعلق الأمر بالوقاية الداخلية(**المادتان 546 و547**) أو الوقاية الخارجية(**المواد 548 إلى 559**)، تشمل فائدته أيضا الدائنين إلى جانب المساهمين والشركاء، حيث يمكن المقاولة من القدرة على الوفاء بالتزاماتها وأداء ديونها عند الحلول، ويبعث الطمأنينة في نفوس المقرضين والممولين، فهم يطمئنون إلى آليات المراقبة الذي وضعها التشريع في يد مراقبي الحسابات والشركاء(في الوقاية الداخلية)، ورئيس المحكمة التجارية(في الوقاية الخارجية)[2].

ونجد أن الدائنون يعدون من الأطراف الفاعلة في إعداد الاتفاق الودي الذين قد تكون لهم حقوق مترتبة في ذمة المقاولة الخاضعة لإجراءات التسوية الودية، فعلى خلاف ما كان معمولا به في النظام القديم **لسنة 1913** فإن صحة إجراءات التسوية الودية لا تتوقف عل ضرورة استدعاء جميع الدائنين لحضور المفاوضات التي يتم إطلاقها بين المدين ودائنيه تحت إشراف المصالح من أجل التوصل لاتفاق ودي يكون كفيلا بتقويم وضعية المقاولة، على أن على المقاول أن يقوم بأداء ديون الرافضين للتسوية في الآجال الواردة في النصوص الجاري بها العمل[3]، وبذلك فهذه الطريقة تحفظ كما سبق ذكره حقوق الدائنين المعارضين للتسوية الودية، بالإضافة إلى أنها لا تهدر حقوق الدائنين الرئيسيين المؤيدين لها، على خلاف النظام السابق، حيث أنه في نظام الإفلاس القديم يجري الصلح تجاه المؤيدين والمعارضين في آن واحد.

ولما كان من الراجح حصر لائحة الدائنين المشاركين في مفاوضات التسوية الودية على عدد محدود منهم، فإنه يجب مراعاة اختيار الذين تعتبر مشاركتهم في إجراء التسوية الودية ضرورية لإنجاح مهمة المصالح.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم يعد يكتف فقط بمفهوم الدائن الرئيس كأساس لتحديد الأشخاص الذين يعول على مشاركتهم في الاتفاق الودي، وإنما أضاف إلى ذلك أيضا المتعاملين المعتادين مع المقاولة بمقتضى **المادة L611.7 من القانون رقم 2005/845 المؤرخ في 26 يوليوز 2005** المتعلق بحماية المقاولة.

ونشير أيضا أن مجرد افتتاح مسطرة التسوية الودية لا يشل حق الدائنين في اتخاذ كافة الوسائل التي من شأنها أن تمكنهم من تحصيل ديونهم في آجال استحقاقها، وبالتالي يجوز لهم تأسيسا على ذلك القيام بجميع المبادرات الفردية الرامية إلى الحفاظ على حقوقهم تجاه المدين[4]، غير أن هذا الوضع قد يتغير، وذلك راجع إلى الإمكانية التي يملكها المصالح إذا رأى أن وقف الدائنين لمتابعاتهم الفردية ضد المقاولة الخاضعة لإجراءات التسوية الودية من شأنه أن يسهل التوصل إلى إبرام اتفاق ودي، وبالتالي يحق له تطبيق لمقتضيات **المادة 555** من مدونة التجارة أن يقدم طلب إلى رئيس المحكمة التجارية المفتوحة أمامها المسطرة من أجل إصدار أمر بالوقف المؤقت للإجراءات بعد استشارة الدائنين الرئيسيين.

ولما كان الدائنون تعد أطراف فاعلة في نظام صعوبات المقاولة، وخصوصا مرحلة التسوية الودية، فماذا عن الأجراء، ماهو الدور الذي يمكن أن يلعبوه في هذه المساطر؟

---

[1] - وتجدر الإشارة إلى أن للدائنين الحق في تحريك عدد من الدعاوي في صعوبات المقاولة، كدعوى فتح مساطر المعالجة كيف ما كانت ديونهم، تجارية أم مدنية (المادة 563 ف.1 م.ت)، ولهم أيضا طلب فسخ اتفاق التسوية الودية لعدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن الاتفاق (المادة 558 ف.2 م.ت)، ويجب على رئيس المحكمة التجارية الاستماع إلى رأي الدائنين الرئيسيين حول الوقف المؤقت للإجراءات قصد تسهيل إبرام اتفاق التسوية الودية (المادة 555).

[2] - أحمد شكري السباعي، المرجع السابق، ص125.

[3] - تنص المادة 556 من مدونة التجارة الجديدة على أنه: "عند إبرام اتفاق مع جميع الدائنين، يصادق عليه رئيس المحكمة ويودع لدى كتابة الضبط. إذا تم إبرام اتفاق مع الدائنين الرئيسيين، أمكن لرئيس المحكمة أن يصادق عليه أيضا وأن يمنح للمدين آجال الأداء الواردة في النصوص الجاري بها العمل فيما يخص الديون التي لم يشملها الاتفاق."

[4] - مثل اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى ضد المدين لأداء مبلغ من المال، أو فسخ عقد بسبب عدم أداء مبلغ من المال، أو سلوك طرق التنفيذ على أموال المقاولة مهما كانت طريقة التنفيذ، سواء كانت حجزا تحفظيا أو حجزا تنفيذيا أو حجز لدى الغير.

ثانيا: تدخل الأجراء في مراحل الوقاية

يشكل العنصر البشري ركيزة هامة من ركائز المقاولة، إلى جانب رأس المال، فهو يعد المحرك والدماغ الأساسي في المقاولة المنظمة والحديثة، إلا أن المأجورين غالبا ما يكونون الضحايا الأوائل لتوقف المقاولة عن استمرارية نشاطها، هذا ما حدا بالمشرع إلى وضع وسائل وآليات حديثة وهامة لضمان حماية أكثر لهذه الفئة من المجتمع، وتتجلى هذه المستجدات وضمانات حماية الطبقة العاملة في سن مسطرة الوقاية الداخلية والوقاية الخارجية، إلى جانب مسطرة التسوية القضائية، وبذلك نجد أن لممثل العمال الحق في أن يطلع رئيس المحكمة على معلومات من شأنها إعطاؤه صورة صحيحة عن وضعية المدين تطبيقا لنص الفقرة الثانية من **المادة 548** من مدونة التجارة.

وأكثر ما يلاحظ بخصوص وضعية العمال أو الأجراء، فإذا سبق وأن رأينا أن وضع باقي الدائنين قد يتغير نتيجة صدور أمر بوقف المتابعات الفردية، حيث يترتب عليهم وقف جميع إجراءاتهم الفردية، فإن المشرع قد استثنى الأجراء من الخضوع لهذا الوقف فيما يخص المطالبة بالديون المستحقة لهم عن الفترة السابقة لصدور الأمر المذكور.

وبما أن الأجراء مستثنين من الخضوع لقاعدة وقف المتابعات الفردية والمنع من أداء الديون الناشئة ما قبل دخول الأمر بالوقف المؤقت حيز التنفيذ، فإنه من النادر أن يقوم هؤلاء إلى الدخول في مفاوضات مع مشغلهم من أجل الحصول على مستحقاتهم المتخلدة في ذمته، وبالتالي فهم يفضلون الاستمرار في مقاضاة مشغلهم إلى أن يقوم بإبراء ذمته من الدين المستحق لهم، على أن استثناء الديون الناجمة عن عقد الشغل من الخضوع للوقف المؤقت للإجراءات، لا يحول دون مشاركة الأجراء في المفاوضات المتعلقة بالاتفاق الودي، حيث أن الأجير يبقى حرّاً من أجل الدخول في المفاوضات من عدمه كلما كانت له ديون على المشغل[1]، وبالتالي يمكنه أن يقدم تضحيات بخصوصها كمنح آجال جديدة للأداء أو تخفيضات في حجمها[2].

ونشير هنا إلى أن منع السداد الكامل أو الجزئي-تحت طائلة البطلان -لأي دين سابق عن الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات، تسهيلا لإبرام اتفاق التسوية الودية، لا يطبق على الديون الناجمة عن عقد العمل، سواء تعلقت هذه الديون بالأجور أو التعويضات، يشكل أهم المزايا التي يمكن اعتبارها خطوة إيجابية قررت لفائدة المأجورين في القسم المتعلق بالوقاية من الصعوبات، على أن معظم هذه المزايا تم إقرارها في القسم المتعلق بالمعالجة في الكتاب الخامس من مدونة التجارة .

ويلاحظ وجود فرضية تدخل الأجير كدائن في الاتفاق الودي، وبالتالي فمن الوارد أن يتضمن مخطط التقويم الذي يتم تقديمه من قبل المدين من أجل استمالة الدائنين لقبول منح تخفيضات في حجم الديون وآجال جديدة بشأنها والعديد من المقترحات التي ترمي إلى استعادة التوازن المالي للمقاولة، مثل إعادة هيكلة المقاولة؛ أو تحسين آليات اشتغالها وإغلاق بعض الفروع غير المنتجة؛ وتسريح جماعي للعمال، أو تخفيض أجور العمال وإلغاء امتيازات مخولة لهم، وتقليص ساعات العمل..، وغيرها من الأمور التي تخضع حسب الحالة إما إلى وجوب استشارة الأجراء بشأنها أو الحصول على موافقتهم.

وفي ختام هذا البحث، وإذا كان هؤلاء هم المتدخلون في مرحلة الوقاية، حيث تعرّفنا على مختلف الأدوار التي يمكن أن تلعبها هذه الأجهزة حسب ما نصت عليه مدونة التجارة الجديدة، ونخص بالذكر هنا الكتاب الخامس الذي يتعلق بنظام صعوبات المقاولة، وخاصة مرحلة ما قبل التوقف عن الدفع، فتبعا لذلك نتساءل عن مدى فعالية هذه الأدوار المختلفة حسب كل مرحلة من مراحل الوقاية؟ ومدى مساهمتها في وقاية المقاولة، وعدم وصولها إلى مرحلة التوقف عن الدفع المبرر للانتقال إلى مرحلة المعالجة. وهل المشروع الجديد لتعديل بعض مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة سيتمكن من تجاوز مختلف سلبيات النصوص الحالية؟ ذلك ما نتمنى أن نراه في المستقبل القريب.

[1] - مثل تراكم الأجور غير المؤداة، أو وجود تعويضات عن الأمراض المهنية أو حوادث الشغل لم يتم استخلاصها بعد.

[2] - ويلاحظ هنا أن الأجير يساهم في تمكين المقاولة من تجاوز الصعوبات التي تهدد بشل قدرتها على الوفاء بديونها في آجال استحقاقها واستعادة توازنها المالي، وهذا ما يؤدي تبعا إلى تحقيق مصلحة الأجير في استمرار عقد شغله مع المقاولة. -زكرياء العماري: "التسوية الودية كآلية للوقاية من صعوبات المقاولة"، مرجع سابق، ص163.

هجرة الكفاءات وتدهور البحث العلمي في العالم العربي: المغرب نموذجا

محمد الحاجي الدريسي
أستاذ باحث بجامعة القاضي عياض
باحث ومتخصص في شؤون الهجرة

المقدمة

تعتبر هجرة الكفاءات ظاهرة عالمية، تتسع باستمرار وتؤثر في تشكيل مختلف الكيانات المجتمعية سواء الكبرى منها أو الصغرى. وتؤثر على البنى العالمية والإقليمية والوطنية ، سياسيا واقتصاديا واجتماعيا وقيميا؛ كما أنها تحدد طبيعة العلاقات بين هذه الكيانات. وبما أن هذه الظاهرة ترتبط بضوابط ومحددات متعددة، فإن المتغيرات المؤثرة فيها تتخذ أشكالا متنوعة، وتخضع لطبيعة النظم التي تمر بها الدول في مختلف المراحل التاريخية. إن هذه الظاهرة تمتاز بكونها أكثر دينامية وتعقيدا حيث تتشابك خيوطها مع مختلف الظواهر الأخرى بطرق شتى، مما يجعلها مفتوحة على أي شكل من أشكال المناولة والتحليل.

ونظرا لكون الدول المستقبلة تركز في كل فترة زمنية على نوعية المهاجرين الذين يحتاجهم سوق العمل، فإن التطورات المتسارعة التي شهدها العالم في الربع الأخير من القرن الماضي والعقد الأول من هذا القرن أدت بشكل أو بآخر إلى تغيير جذري في الآليات الانتقائية للمهاجرين حيث لم تعد الرغبة ملحة في استقطاب اليد العاملة غير المؤهلة، بل أصبح سوق العمل في أمس الحاجة إلى الأفراد ذوي مهارة عالية للتناغم مع اقتصاد المعرفة الذي أصبح السمة الأساس للنظام العالمي الجديد المؤسَّس على القوة التكنولوجية - المعرفية.

كل ذلك تطلب نهج سياسة جلب الباحثين الذين يزودون البلدان المتقدمة بمختلف المعارف الثمينة التي تساعد على حل الإشكالات المعقدة في عالمنا المعاصر.

مصطلحات البحث:

بالتركيز على هجرة الكفاءات فإننا سندخل ضمن نطاق مجموعة من المفاهيم الأخرى التي تتداخل معها بشكل كبير أو ترادفها بشكل أو بآخر، ومن أهمها "هجرة النخب" و"هجرة الأشخاص ذوي المهارات العالية" و"هجرة الأدمغة" و"هجرة العمال المؤهلين" و"هجرة العمال الماهرين" و"هجرة العقول" الخ. كما تحمل عبارات أخرى نفس الدلالة رغم غياب كلمة هجرة من داخلها، والتي من أهمها "النقل العكسي للتكنولوجيا" الذي تم اقتراحه من طرف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية سنة 1972.[1] وبالتالي، فمن الطبيعي أن تجد مصطلحات متباينة المبنى في مواضع تحتمل نفس المعنى.

وباستجلاء تقرير الجامعة العربية حول الهجرة لسنة 2008، نجد أن مفهوم الكفاءات المهاجرة ينسحب على كل فرد مهاجر يتوفر على مستوى دراسي جامعي، وهذا ما يُستنتج من العرض الإحصائي للكفاءات.

أهداف البحث

[1] Jacques Gaillard et Jean-Baptiste Meyer: Le brain drain revisité: De l'exode au réseau, in: Les sciences hors d'Occident au xx° siècle, Vlume 7, Paris, ORSTOM Éditions, 1996, p.331/341

تتجلى أهم أهداف هذه الدراسة في إبراز:

- حجم هجرة الكفاءات القادرة على البحث
- كيف تتسبب هجرة الكفاءات في هشاشة المنظومة البحثية العربية عامة والمغربية خاصة
- مدى تأجيج هجرة الكفاءات من خلال القنوات البحثية والمؤسسات الجامعية.

أهمية البحث

مما لا شك فيه أن أحد أسباب طرد الكفاءات يتجلى في فصلها عن واقعها. وهذا الفصل لا يمكن أن يتم إلا بأمر واحد ووحيد يتمثل في إلغاء أي دور فعال يمكنها من تغيير هذا الواقع في الاتجاه المطلوب تنمويا واقتصاديا، مع العلم أن أهم الأدوار المنوطة بالكفاءات هي التجديد والابتكار والإبداع. ولن يكون ذلك إلا بالبحث العلمي الهادف والرصين، الذي يستلزم توفر المراكز المؤهلة لذلك والمرتبطة بالمؤسسات الإنتاجية والإدارية الواعية بمقاصد وجودها، ووسائل تحقيق أهدافها.

لكن مع غياب كل ذلك وإسناد حل المشاكل الطارئة إلى المؤسسات الأجنبية التي لن تعي أبعادها محليا، والاستغناء بل وإهمال الحلول المقدمة من قبل العقول الوطنية، فإن هذه العقول ستلجأ حتما إلى خارج الوطن بحثا عمن يثق بها قصد تحقيق الذات.

ومن ثم تبقى مراكز البحث والجامعات مجرد أطلال، خالية من أي فعالية، تسهم بشكل أو بآخر في تهجير الباحثين إلى حيث يتمكنون من تحقيق مبتغاهم.

هذا الواقع دفعني إلى كتابة هذا البحث المتواضع لتسليط الضوء على هذه الظاهرة التي تسهم في تدهور المنظومة العلمية العربية.

مشكلة البحث

إن الإشكال المركزي لهذا البحث يتمحور حول الإجابة عن السؤال التالي: ما علاقة هجرة الكفاءات المغربية بالبحث العلمي؟ والإجابة عن هذا السؤال تدفع الباحث إلى محاولة ضبط نظام هجرة الكفاءات المغربية في علاقته بالبحث العلمي. والنظام يتضمن مجموعة من المدخلات والمخرجات التي تكتنف تطور وحركية ظاهرة معينة.

كل ذلك يساعد على إعطاء صورة تقريبية وشمولية لنسق هجرة الكفاءات المغربية في علاقته بالبحث العلمي، ويتطلب منهجية تتماشى مع هذا المعطى.

فروض البحث

تتمثل فروض البحث في ما يلي:

- تتسم هجرة الكفاءات المغربية بضخامتها بما فيها الكفاءات البحثية
- تتأثر المنظومة البحثية المغربية سلبا بهذه الهجرة
- يؤدي ضعف النظام التعليمي والبحثي إلى نزوح الكفاءات المغربية

منهج البحث

يتطلب تناول مثل هذا الموضوع الارتكاز بشكل أساس على نظرية النظم لكونها نظرية تحليلية بامتياز. إن النظرة التفاعلية لظاهرة هجرة الكفاءات تستوجب الأخذ بعين الاعتبار النسق الذي يتحرك من داخله المهاجرون، والعناصر التي يتفاعلون معها -وأعني الدول وغيرها-، وطبيعة التفاعل، هل هو استنزافي أم طردي أم استقطابي الخ. مع الأخذ بعين الاعتبار لمخرجات هذا التفاعل على مختلف المستويات البحثية والعلمية. كل ذلك يتم في بيئات يتصل بعضها ببعض، والمقصود هنا البيئات المهنية والوطنية؛ أو يضم بعضها البعض الآخر كالبيئة الدولية التي تضم نظيرتها الإقليمية والوطنية، والتي كان نظامها ثنائيا قطبيا وأصبح فيما بعد أحاديا.

إذن، بما أننا بصدد التحليل عبر نظرية النظم فإن المنطقة الزمكانية يجب أن تشمل البيئة المغربية إقليميا ودوليا كلما اقتضى التحليل ذلك، لاسيما عندما تتماثل المعطيات أو الآثار والأسباب. كما تتجسد الفئة المستهدفة في الكفاءات المغربية المهاجرة.

أولا: هجرة الكفاءات المغربية: حجمها وتطورها

اتسمت هجرة النخب المغربية بخضوعها للواقع الإقليمي الذي صدرت منه فإذا كانت البيئة العربية تتميز بكونها منبعا للعديد من الكفاءات المهاجرة من أجل إيجاد واقع أفضل، فإن الواقع نفسه تعيشه الكفاءات الوطنية.

أ- هجرة الكفاءات المغربية قبل سقوط الاتحاد السوفياتي

عرفت هجرة الكفاءات المغربية والإقليمية انخفاضا ملحوظا قبل سياسات التقويم الهيكلي مقارنة مع المراحل الزمنية التالية، فالحاجة كانت ماسة "لعضلات" دول الضفة المتوسطية الجنوبية أكثر من "مادتها الرمادية"، ولذلك فأغلب الذين كانوا يغادرون المغرب من الكفاءات ويستقرون بالبلاد الأجنبية تلقوا أهم تكويناتهم وأعلاها في بلاد الاستقبال، والحجة في ذلك هو عدد الباحثين المغاربة بالخارج خلال سنة 1984.[1] فالمغرب احتل الرتبة الأولى عربيا على مستوى عدد الباحثين في السلك الثالث والمتواجدين بالخارج إلى حدود سنة 1984، وذلك بـ31464 باحث،[2] مع العلم أن العالم العربي كان يعرف تواجد 171355 فقط من هذه الفئة بالخارج خلال السنة نفسها.[3] وهذا ما يمثل حوالي خمس الباحثين العرب بدول الاستقبال.

لذلك، تعتبر هذه الفترة بحق مؤسِّسة لواقع هجراتي جديد، ليس فقط على مستوى هجرة العمالة غير المؤهلة، ولكن على مستوى هجرة الكفاءات أيضا. فالحركية التي بدأ يعرفها العالم سياسيا وتكنولوجيا واقتصاديا وجيواستراتيجيا منذ صعود الرئيس ريغان إلى سدة الرئاسة الأمريكية وما استتبعها من مشاريع تكنو-عسكرية عملاقة كالدرع الصاروخي، أدت إلى تدفق الهجرات وبمختلف أنواعها في هذا الاتجاه أو ذاك. في نفس الوقت اتسمت هذه المرحلة بهشاشة الأوضاع الاقتصادية والسياسية والاجتماعية ببلدان الانطلاق التي اندرج العديد منها في حروب الوكالة كالمغرب والجزائر مثلا.

إذن، عرفت هذه المرحلة بناء النواة الأولى والجنينية لجالية كفاءات مغربية، حيث رُسمت ملامحها الأولى في ظل الواقع المأزوم الذي عاشته اليد العاملة غير المؤهلة والتي سخرت جزءا مهما من طاقتها في بناء جيل الأبناء-الكفاءات حيث سيكون الأداة الرئيسة قصد تحرير المهاجرين من منطق الاستعباد الذي فرض عليهم في عقدي الستينات والسبعينات، لكن هذا الجيل سيخضع لمنطق التميز بدل الاستعباد الذي عرفه الآباء بالأمس.

[1] Voir: Dr. Abdalla bubatana: L'exode des cerveaux arabes, Traduit par: May Barakbi, UNEDBAS, Amman, Jordan, February 1988, p. 24

[2] Dr. Abdalla bubatana, op.cit, p.24

[3] Ibid., p. 23

شرع واقع الهجرة في التغيير، وأصبح مجال الهجرة غير المؤهلة يضيق لصالح هجرة الكفاءات. ففي دراسة لصندوق النقد الدولي، لتحديد المهاجرين حسب المستوى الدراسي لسنة 1990، تم استنتاج المؤشرات التالية:

- كان التدفق الكلي لهجرة الأدمغة من البلدان النامية نحو دول منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية يناهز 12.9 مليون فرد، من بينها 7 ملايين تتحرك اتجاه الولايات المتحدة الأمريكية و5.9 نحو باقي دول منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، بما فيها أوروبا،[1] بينما وصل عدد الكفاءات المغربية إلى أكثر من ثمانين ألف كفاءة.[2] توجه منها 74 % إلى الديار الأوروبية.[3]

- يشكل الأشخاص الذين يملكون مستوى تكوين جامعيا عاليا الفئة الأكثر حركية وتنقلا على المستوى الدولي، فمعدل الهجرة من داخل فئة الأشخاص ذوي التكوين الجامعي هو الأعلى نسبة في الدول النامية بحيث يشكل حوالي 30%[4]، بينما بلغ معدل الهجرة المغربية من داخل الفئات المتوفرة على مستويات دراسية عالية حوالي 22%[5]. وهذا ما يمثل طاقة بحثية مهمة يمكن أن تنتج حلولا استراتيجية للمشاكل المعقدة التي يعيشها الوطن.

- قُدر التدفق المتراكم لهجرة الأدمغة، خلال سنة 1990، بحسب المناطق ب: 15% في أمريكا الوسطى، و6% في إفريقيا، و3% في أمريكا الجنوبية، و5% في آسيا[6]. كما قدرت المصالح الإحصائية الأمريكية عدد المقيمين الأجانب والمؤهلين تأهيلا عاليا سنة 1990 بأكثر من مليونين ونصف المليون فرد[7]. الجدير بالذكر أن القارة الأمريكية كانت تضم في السنة نفسها حوالي خمس الكفاءات المغربية المهاجرة والتي تقارب العشرين ألف كفاءة[8].

في هذا الإطار، عرف المغرب استمرار توافد أعداد هائلة من نخبه إلى الخارج، فالتجاذب بين القطبين أتاح الفرصة للكفاءات المغربية لكي تجد متنفسا في البلاد الأجنبية، ولم تقتصر هذه الهجرة على أوروبا بل ناهزت الكفاءات المغادرة سنة 1990 إلى أمريكا 19833 كفاءة، وهو ما يمثل حوالي أربعة أضعاف الأدمغة الجزائرية بالقارة نفسها خلال السنة نفسها.[9]

بلغ عدد الكفاءات المتوجهة إلى الدول الرأسمالية الغربية من مجمل الكفاءات المغربية المهاجرة حوالي 78365 كفاءة من بين 80431[10]، وهو ما يمثل حوالي 97.5% من الأدمغة المغربية المهاجرة. إذا كانت الساكنة المغربية لا تمثل سوى 0.46 % من الساكنة

---

[1] Piyasiri Wickramasekara: Les options politiques en réponse à la migration des compétences: Rétention, retour et circulation, in: La mobilité internationale des compétences, Sous la direction de Mihaela Nedelcu, Paris, Harmattan, 2004, p.171

[2] Voir: Frédéric Docquier and Abdeslam Marfouk: International Migration by Educational Attainment (1990-2000) -March 2005, in: http://perso.uclouvain.be/frederic.docquier/filePDF/DM_ozdenschiff.pdf, consulté le : 10/5/2015, 00:30.

[3] Calcul realise à partir de: Ibid.

[4] Piyasiri Wickramasekara , op. cit., p.171

[5] Frédéric Docquier and Abdeslam Marfouk: International Migration by Educational Attainment (1990-2000) -March 2005, in: http://perso.uclouvain.be/frederic.docquier/filePDF/DM_ozdenschiff.pdf, op. cit.

[6] Piyasiri Wickramasekara , op. cit., p.171

[7] Frédéric Docquier & Hillel Rapoport: Migration du travail qualifié et formation du capital humain dans les pays en développement : Un modèle stylisé et une revue de la littérature récente, Économie internationale 104,2005, p.6

[8] Frédéric Docquier and Abdeslam Marfouk: International Migration by Educational Attainment (1990-2000) -March 2005, in: http://perso.uclouvain.be/frederic.docquier/filePDF/DM_ozdenschiff.pdf, op. cit. p.39

[9] Voir: Frédéric Docquier and Abdeslam Marfouk: International Migration by Educational Attainment (1990-2000) -Release 1.1, March 2005, in: http://perso.uclouvain.be/frederic.docquier/filePDF/DM_ozdenschiff.pdf, op. cit., pp.31-39

[10] Voir: Frédéric Docquier and Abdeslam Marfouk: International migration by educational attainment- March 2005, in: perso.uclouvain.be/frederic.docquier/filePDF/DM_Data.xls, consulté le 10 mai 2015 à 00: 05

العالمية سنة 1990[1]، فإن الهجرة الدولية للكفاءات المغربية ساهمت بحوالي 0.65 % من حجم الكفاءات المغادرة لأوطانها في السنة نفسها ، مع العلم أن هذا الرقم يناهز أكثر من خمس الكفاءات المغربية.[2]

اتسمت فترة 1983-1990 باختناق الوضع السوسيواقتصادي دوليا ومغربيا. فدفع هذا الوضع العديد من الباحثين إلى مغادرة أرض الوطن. وهذا الطرد لن يتبين إلا في السنوات الأخيرة للحرب الباردة بفعل ثقل إملاءات المؤسسات المالية الدولية، والتي قامت الكثير من الدول بتطبيقها حرفيا مما أدى إلى أزمات سوسيواقتصادية مست بالأساس الوضع السوسيومهني للكفاءات.

في الوقت نفسه ، وبخصوص الهجرة المتوسطية إلى فرنسا، نجد أن المغرب يتبوأ مراتب متقدمة فيما يتعلق بحملة الشواهد وخصوصا العليا منها.

الجدول (1): الهجرة المتوسطية إلى فرنسا -15 سنة فما فوق - حسب الجنسية والشهادة المحصل عليها إلى حدود سنة 1990 (%)

	باكالوريا أو شهادة مهنية	باكالوريا+ سنتين: مهن اجتماعية أو مهن الصحة	شهادة عليا
المغاربة	4	1.9	3.5
التونسيون	4.7	2.2	3.3
الجزائريون	3.1	1.4	2.1
الإسبان	4.4	1.6	2
الإيطاليون	3.8	1.6	1.9
البرتغاليون	2.1	0.6	0.3
الأتراك	2	70.	90.

Source: Contours et caractères: Les étrangers en France, Paris, INSEE, 1994, p. 55 بتصرف

***يقرأ الجدول كما يلي (مثلا): 3.5 % من المغاربة بفرنسا حاصلين على شهادة عليا.**

فبالإحالة إلى معدل حملة الشواهد العليا داخل كل جالية متوسطية بفرنسا والذين لهم الحق في تبوأ صفة الباحث، يحتل المغاربة الرتبة الأولى. كما يتقدم المغاربيون، بشكل عام، على الجنوب-أوروبيين، والسبب في ذلك كون قسم مهم من المعارف الجامعية في دول المغرب العربي تتم باللغة الفرنسية. ويحتل المهاجرون المغاربة الرتبة الثانية فيما يتعلق بالشواهد المهنية الاجتماعية والصحية الممنوحة بعد الباكالوريا، بينما يتموقعون في الرتبة الثالثة بخصوص شواهد الباكالوريا والشواهد المهنية، فكلما تقهقر موقع الشهادة نوعاً تراجعت معها رتبة المغرب، وكلما علت القيمة العلمية للشواهد تقدم ترتيب المغرب، مما يدل على أن النخبة المغربية مستهدفة على مستوى الهجرة أكثر من غيرها. بالإضافة إلى ذلك فهذا الواقع يدل على أن الجالية المغربية أكثر كفاءة ونوعا من باقي الجاليات المتوسطية في فرنسا رغم ضعف كم المغاربة إلى حدود سنة 1990 مقارنة بنظرائهم الجزائريين والبرتغاليين حيث كانوا يناهزون 368 ألف و490 ألف و543 ألف على التوالي[3].

[1] Calculs réalisés à partir de: PNUD: Rapport mondial sur le développement humain 2009: Lever les barrières: Mobilité et développement humains, Danemark, Pheonix Design Aid, 2009, pp. 211-212

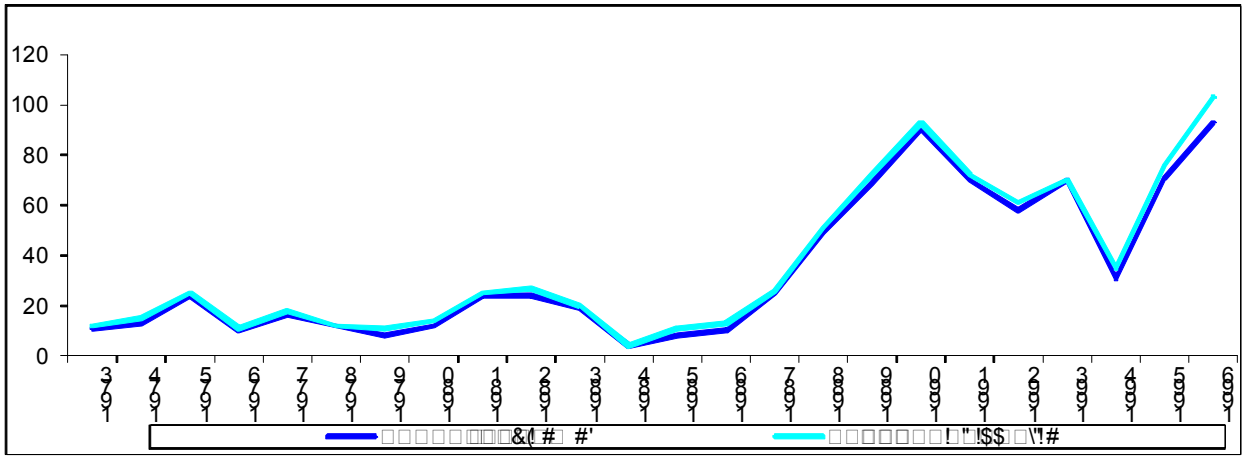
[2] Calculs réalisés à partir de: Frédéric Docquier and Abdeslam Marfouk: International migration by educational attainment- March 2005, in: perso.uclouvain.be/frederic.docquier/filePDF/DM_Data.xls, op. cit.

[3] Voir: INSEE: Contours et caractères: Les étrangers en France, INSEE, France, 1994, p.55

في الاتجاه نفسه ، يبرز المبيان (الشكل1) هجرة الكوادر البحثية المغربية إلى كندا منذ البدايات الأولى لسياسة التقويم الهيكلي إلى نهاية الحرب الباردة. خيث شهدت هجرة أصحاب المهن البحثية المهمة والمؤثرة في التقدم العلمي والتنموي للمغرب ارتفاعا مهولا، مما يوحي بأن الدول المتقدمة تستهدف صفوة كفاءات دول الجنوب. لكن الملاحظ هو الاهتمام بالباحثين في العلوم الاجتماعية، مما يدل على عدم استغناء الدول الغربية عن كوادر هذا الاختصاص كما هو الشأن بالنسبة للعلوم الحقة والدقيقة التي هي في حاجة ماسة إليها.

في اتجاه آخر، أبرزت المعطيات المتوفرة فكرة مفادها أن الدول الرأسمالية كانت تقوم خلال هذه الفترة بمجهودات جبارة لاستقطاب الكفاءات العربية، بينما كانت الدول الاشتراكية تمثل دور الغائب الأكبر في هذا المضمار. وهذا الواقع لا ينطبق على الكفاءات المغربية فحسب، بل يشمل الكفاءات العربية الأخرى كذلك. والسبب في ذلك يعود إلى حداثة العلاقة بين الدول العربية ونظيراتها الاشتراكية، بل وفتورها على مستوى عدة بلدان عربية، والتي ترتبط بشكل وثيق بالغرب.

الشكل (1): تطور حجم هجرة الباحثين إلى كندا من سنة 1973 إلى سنة 1996



المرجع: محمد الحاجي الدريسي: هجرة الكفاءات المغربية إلى الخارج،أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق بفاس، 2011، ص 167.

ب- نزوح الكفاءات المغربية في ظل الأحادية القطبية

انطلاقا من تحديد المهاجرين النشيطين والمولودين ببلد أجنبي والمقيمين في إحدى بلدان منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، وانطلاقا من حصر المهاجرين عالي المهارة في أولئك الحاصلين على شهادة جامعية أو ما يعادلها، قصد مقارنة هجرتي الكفاءات الدولية والمغربية يمكن استخلاص ما يلي:

- تسارع وتيرة الهجرات: فقد ارتفع حجم المهاجرين عالي الكفاءة بدول منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (التي تضم حوالي 90% من الأدمغة المهاجرة في العالم) وذلك بحوالي ثمانمائة ألف فرد سنويا ما بين 1990 و2000[1]. أما المغرب فتطورت وتيرة هجرة كفاءاته بـ 28134 كفاءة سنويا خلال الفترة نفسها[2]. وهو رقم جعل المغرب يسهم بـ3.51% سنويا على مستوى الهجرة الدولية للكفاءات.

[1] A. Vinokur : De la mobilité des cerveaux, Formation-Emploi. n° 103, juillet-septembre 2006, p.1/2
IN: http://netx.u-paris10.fr/foreduc/publications/mobilite_cerveaux.pdf, consulté le: 13/6/2010, 13 :30

[2] Calculs réalisés à partir de:
1) Rupa Chanda: The Skilled South Asian Diaspora and its Role in Source Economies, Working Paper, No. 34 –22 January 2008, the Institute of South Asian Studies, National University of Singapore, p. 7

- تطورت حصة الأفراد عالي المهارة من بين المهاجرين من 29.8% سنة 1990، إلى 34.6% سنة 2000، بينما لا نجد سوى 11.3% من القوة العاملة العالمية التي تتوفر على تكوين عال.[1] خلافا لذلك ناهزت نسبة المتوفرين على تكوين عال ضمن الفئة المغربية النشيطة بالخارج سنة 2000 حوالي 64.6%[2]، وهذا ما يمثل ضعف معدل الكفاءات التي تدخل ضمن الفئة النشيطة المهاجرة على المستوى العالمي.

- بخصوص التوزيع الجغرافي للكفاءات: يعيش أكثر من 85% من بين 20.4 مليون مهاجر عالي المهارة بدول منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في ستة بلدان مستقبلة، بينما يعيش النصف في الولايات المتحدة الأمريكية.[3] خلافا لذلك يتنوع توزيع الأدمغة المغربية في العالم. فحتى فرنسا -المستعمر التقليدي للمغرب-تتجسد حصتها من الأدمغة المغربية المهاجرة في أقل من الثلث،[4] وتنفرد دول منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بأكثر من 361 ألف كفاءة مغربية إلى حدود سنة 2001.[5]

إذن، عرفت هذه المرحلة ارتفاع حجم الكفاءات المغربية بالخارج. ففي كيبك، مر المغرب من المرتبة الثانية عشرة، من حيث دول الانطلاق سنة 1994 إلى المرتبة الثامنة سنة 1999[6] بحيث نجد أن أكثر من 70 % من المهاجرين المغاربة بكيبك من الأطر.[7] ولم يقتصر احتلال هذه الرتبة المتقدمة من قبل المغرب على كيبك، بل تجاوزها إلى كندا حيث يعتبر المغرب ثامن دولة عالميا تزود كندا بالعمالة المؤهلة.[8]

وحسب التقارير المشتركة للتنمية الإنسانية العربية بين الجامعة العربية ومؤسسة العمل العربية والأمم المتحدة، فمن بين 31 في المائة من النسبة العامة لهجرة العقول -التي أصابت المجتمعات النامية -تشكل حصة الدول العربية من هذه النسبة "الثلث تقريباً"، وهي بمثابة حصة الأسد من هذه النسبة العامة وحسب المصادر نفسها فإن مليون و450 ألف خبير واختصاصي عربي من حملة الشهادات العليا أو التقنيين هم من المهاجرين ويعملون في الدول المتقدمة.[9]

وعند نهاية القرن العشرين قُدر أن ما يناهز المليون مهني عربي يعملون في بلدان منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وهذا عَكَس الزيادات الحاصلة في هجرة الكفاءات العربية في الربع الأخير من القرن العشرين مقارنة بالأعداد التي ذكرت في مراجع عديدة لفترة ستينيات وسبعينيات القرن المنصرم. وبالرغم من الدراسات التحذيرية المقدمة في مجال هجرة الكفاءات العربية إلا أنه من المتوقع ازدياد معدلات الهجرة عن مستوياتها التي ظهرت عليها مع اشتداد العولمة في حماية مصالح الدول المتقدمة صناعيا والمهيمنة على النظام العالمي الجديد.[10]

---

2) Frédéric Docquier and Abdeslam Marfouk: International migration by educational attainment- March 2005, inperso.uclouvain.be/frederic.docquier/filePDF/DM_Data.xls, op.cit.

[1] A. Vinokur, op. cit., p.2

[2] Calculs réalisés à partir de: Richard H. Adams, Jr, op.cit., p.28

[3] A. Vinokur, op.cit., p.2

[4] Calculs réalisés à partir de:

1) Rupa Chanda, op. cit., p. 7
2) Michael A. Clemens: A first look at the consequences of African health professional emigration, in: G-20 Workshop on Demographic Challenges and Migration, 27-28 August 2005, Commonwealth of Australia, 2006, p.219

[5] Voir: Rupa Chanda, op. cit., p. 7

[6] Mohamed Khachani: Les Marocains d'ailleurs: la question migratoire à l'épreuve du partenariat euro-marocain, Rabat, Association marocaine d'études et de recherches sur les migrations, 2004, p. 68.

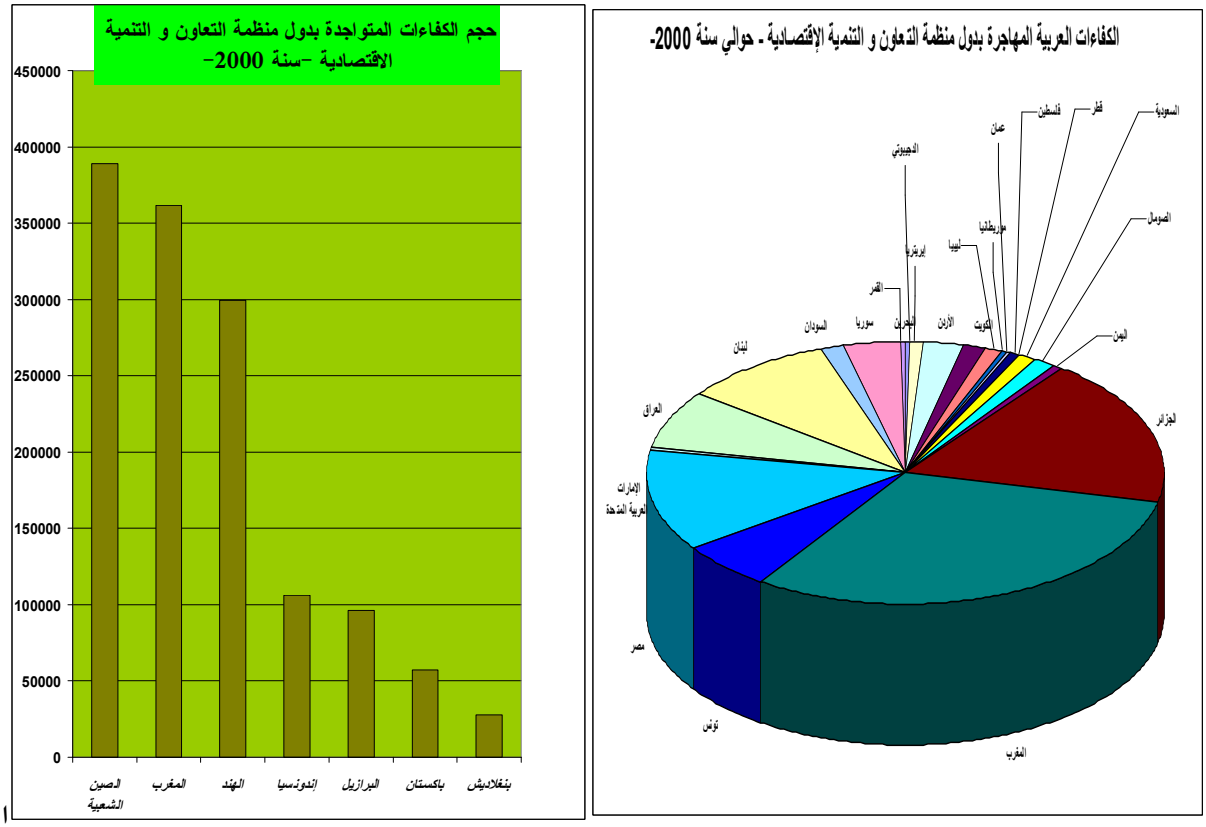
[7] محمد الحاجي الدريسي، هجرة الكفاءات المغربية إلى الخارج،أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق بفاس، 2011 ص. 70

[8] نفس المرجع، ص 169

[9] عبد الناصر احمد عبد السلام البدراني: هجرة الكفاءات العربية: الأسباب والنتائج (العراق أنموذجا)، رسالة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاقتصادية، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، كلية الإدارة والاقتصاد .قسم الاقتصاد، الدراسات العليا، الدانمارك .كوبنهاكن، آذار – 2009م، ص. 166

[10] عبدالناصر احمد عبدالسلام البدراني، المرجع السابق ، ص. 82

الشكل (2)



المرجع: محمد الحاجي الدريسي: هجرة الكفاءات المغربية إلى الخارج،أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق بفاس، 2011، ص 67-73

ففي سنة 2000، وبمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية التي تضم أغلبية الدول المستقبلة للمهاجرين، يحوم معدل المهاجرين ذوي المهارات العالية حول الثلث من مجمل المهاجرين الوافدين إليها.[1] لكن أسوأ من هذا الواقع عاشته كذلك الهجرة المغربية، حيث نجد أن أكثر من ثلثي الفئة النشيطة المغربية بهذه المنظمة تتوفر على الأقل على مستوى دراسي جامعي.[2] تبرز هنا سمة أخرى وتتمثل في كون معدل الكفاءات من داخل الهجرة المغربية يضاعف نظيره من داخل الهجرة الدولية، وذلك في ظل هجرة مغربية تستهدف أكثر من 10 بالمائة من الساكنة المغربية، بينما لا تستهدف الهجرة الدولية سوى 3 بالمائة من الساكنة العالمية.[3]

شهدت معدلات هجرة الكفاءات العربية إلى دول منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ارتفاعا بنحو 8.9 % سنويا خلال الفترة 1990-2000.[4] لكن المغرب شذ عن ذلك بدلالة الفارق الكبير ما بين حجم الكفاءات المغربية المهاجرة سنة 1990 ونظيرتها المتواجدة بديار المهجر سنة 2000. فقد تطورت هجرة الكفاءات المغربية إلى الخارج بمعدل 16.22% سنويا[5] خلال الفترة نفسها ، وذلك خلافا

[1] Voir: Philippe Moguéro: La mobilité internationale des docteurs, in: Matinée ANDÉS: Expatriation des docteurs : un choix de carrière, Institut de l'ENS, Paris, 10 Novembre 2007, p. 6. بتصرف

[2] Calculs réalisés à partir de Richard H. Adams, Jr.: International Migration, Remittances, and the Brain Drain: A Study of 24 Labor-Exporting Countries, Policy Research Working Paper 3 069, The World Bank, June 2003, P. 28.

[3] Voir: Philippe Moguéro, op. cit., p. 4

[4] أنظر: د.خالد السيد حسن: تقديرات نزيف العقول العربية وعوامل الطرد الإجتماعية-الاقتصادية المرتبطة به، في: التقرير الإقليمي لهجرة العمل العربية: هجرة الكفاءات العربية نزيف أم فرص؟ جامعة الدول العربية، إدارة السياسات السكانية والهجرة، القطاع الاجتماعي، القاهرة، 2008، ص. 35

[5] تم حساب واستنتاج معدل تطور هجرة الكفاءات انطلاقا من الأرقام المتوفر علها في:

- Richard H. Adams, Jr., op.cit., p. 28

لتطور هجرة الكفاءات العربية. وتبلغ نسبة الكفاءات المغربية من بين الكفاءات المهاجرة عالميا حوالي 2 % (1.83 %).[1] وتعتبر هذه النسبة مرتفعة جدا بالنظر إلى حجم ونسبة سكان المغرب من بين الساكنة العالمية حيث لا تبلغ معدل 0.5 %.[2]

الجدول(2):الفئة المغربية النشيطة بأوروبا حسب المستوى الدراسي الجامعي-سنة **2005**-

الفئة العمرية	نسبتها داخل الجالية	من لهم مستوى جامعي
20-24	**10.4**	**39.9**
25-29	**10.2**	**36.3**
30-34	**9**	**27.2**
35-39	**8.1**	**23.9**
40-44	**6.8**	**19.9**
45-49	**6**	**11.6**
50-54	**5**	**4.8**
55-59	**3.4**	**3.6**
60-64	**1.8**	**2.1**

Source: Réalisé à partir de:

Mohamed Mghari: Profil démographique et mobilité géographique des Marocains résidant à l'étranger, in: Les Marocains résidants à l'étranger, Enquête de 2005 sur l'insertion socio-économique dans les pays d'accueil: Analyse des résultats, Rabat, Haut-Commissariat au Plan, Centre d'études et de recherches démographiques, 2007, pp. 26-43

*** يُقرأ الجدول كما يلي: تُشكل الفئة العمرية ما بين 20-24 سنة ما يناهز 10.4 بالمائة من الجالية المغربية بأوروبا، 39.9 بالمائة من هذه الفئة العمرية يتوفرون على مستوى جامعي.**

وقد أشار تقرير برنامج الأمم المتحدة للتنمية لسنة 2001 إلى أن أكثر من 21 ألف طبيب نيجيري يعملون بالولايات المتحدة الأمريكية،[3] واختار 20 % من الأطباء الأفارقة الاستقرار بالبلاد الغنية، ووصل هذا الرقم إلى 28% بالنسبة لأطباء إفريقيا جنوب الصحراء،[4] فإن حوالي ثلث الأطباء المغاربة كانوا يستقرون إلى حدود سنة 2000 ببلاد الاستقبال.[1]

- Frédéric Docquier and Abdeslam Marfouk : International Migration by Educational Attainment (1990-2000) - Release 1.1, March 2005, in: http://perso.uclouvain.be/frederic.docquier/filePDF/DM_ozdenschiff.pdf, op. cit., p. 32

[1] تم حساب واستنتاج معدل تطور هجرة الكفاءات انطلاقا من الأرقام المتوفر علها في:

1- جامعة الدول العربية: التقرير الإقليمي لهجرة العمل العربية: هجرة الكفاءات العربية نزيف أم فرص؟ إدارة السياسات السكانية والهجرة، القطاع الاجتماعي، القاهرة، 2008، ص.ت

2- Richard H. Adams, Jr., op.cit., p. 28

[2] Calculs réalisés à partir de: PNUD, op. cit., pp. 211-212

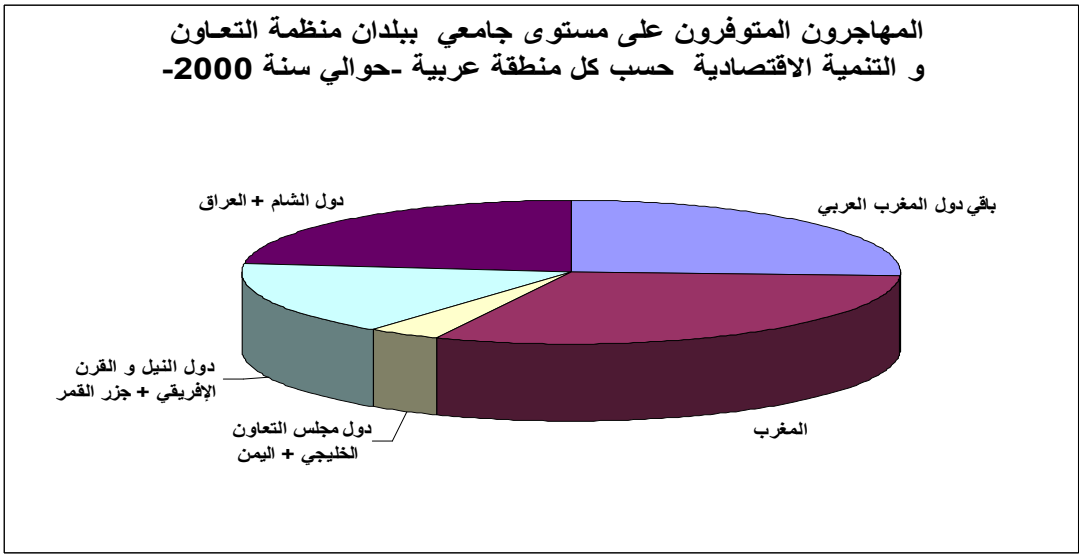
[3] هجرة الأدمغة المغاربية: استنزاف للقدرات وهدر للثروة، في: أسبوعية المتوسط ، العدد 17، السنة الأولى، 4-7-2009، ص. 2، في:

http ://www.mutawassit.com/pdf/17/P02.pdf, consulté le: 30/9/2010, 01:39.

[4] Samuel Kingue: Migration des personnels de santé: Données actuelles, proposition de solutions, in: http://www.fmsb.uninet.cm/media/download/MIGRATION%20DES%20PERSONNELS%20DE%20LA%20SANTE.pdf, consulté le: 10/05/2010, 12:35.

بالإضافة إلى ذلك، ينتمي إلى البلاد الإفريقية ما بين 10 % و12 % من المهاجرين القادمين إلى كندا خلال الفترة 2005-2007، خلافا لنهاية الثمانينات حيث كانت النسبة تتراوح ما بين 4 % و5 %. والجدير بالذكر أنه في السنوات القليلة الماضية، شكل المغرب والجزائر البلدان الإفريقيان الرئيسان للمهاجرين الأكثر قبولا في كندا.[2]لكن المغرب يفوق الجزائر بالنصف على مستوى حجم الأدمغة المغادرة إلى هذا البلد،[3] رغم تقدم الجزائر على المغرب فيما يخص حجم المهاجرين الوافدين إلى كندا سنة 2001.[4]

الشكل (3)



Source: Les calculs réalisés à partir de:

1) OECD: Population 15+ by nationality, country of birth (detailed countries) and educational attainment, in: http://www.oecd.org/dataoecd/18/24/34792388.xls, consulté le: 1/10/2008, 16:30.
2) Richard H. Adams, Jr.: International Migration, Remittances, and the Brain Drain: A Study of 24 Labor-Exporting Countries, Policy Research Working Paper 3 069, The World Bank, June 2003, p. 28

ثانيا: آثار هجرة الكفاءات العربية: تدهور المنظومة البحثية

تعتبر هجرة الأدمغة ظاهرة كونية[5]، لذلك تتسم آثارها بالشمولية، وتتداخل مع جميع الظواهر الأخرى من حيث التأثير والتأثر، مما يجعل التقسيم المنهجي لعرض النتائج المترتبة عن هذه الهجرة صعبا للغاية، لاندماج بعضها مع بعض، بل ولتوحدها في العديد من المستويات.

---

[1] Voir: Michael A. Clemens and Gunilla Pettersson: Medical Leave: A New Database of Health Professional Emigration from Africa, Working Paper Number 95, The Center for Global Development, August 2006, p. 12.

[2] Statistics Canada: Current demographic situation in Canada, 2005 and 2006, in: http://www.statcan.gc.ca/pub/91-209-x/2004000/part1/international-eng.htm, consulté le: 16/12/2009, 12 :50.

[3] إذا كانت نسبة الجزائريين من الأدمغة المهاجرة إلى كندا إلى حدود سنة 2005 قد بلغت 2% فإن نسبة المغاربة ناهزت 3%. أنظر:

Tatiana-Roxana Nae: Migration, restrictions and the impact on labour market, in: Romanian Journal of Economic Forecasting – 3/2009, p. 179

[4] Citizenship and Immigration Canada: Facts and Figures 2006: Immigration Overview-Permanent and Temporary Residents , p. 33, in: http://www.cic.gc.ca/english/pdf/pub/facts2006.pdf, consulté le: 16/12/2009,12 :50.

[5] Anne Marie Gaillard et Jacques Gaillard: Les enjeux des migrations scientifiques internationales, Paris, Harmattan, 1999, p. 156

إن للهجرة آثارا كلية على كل من بلاد الانطلاق والاستقبال وكذا على المهاجرين أنفسهم. والفراغ الذي يخلفه هؤلاء في بلدانهم جدير بأن يؤثر سلبا أو إيجابا على الأوطان الأصلية –بلدان الإرسال-. وتختلف درجة هذا التأثير حسب نوعية المهاجرين من جهة، وطبيعة الظروف والعوامل الطاردة من جهة ثانية.

لذلك فإن تداعيات هجرة الكفاءات لن تُماثل، وبأي شكل من الأشكال، تأثيرات هجرة اليد العاملة غير المؤهلة. فإذا كانت هجرة اليد العاملة تسهم في استيعاب الضغط الديمغرافي الذي تعاني منه البلاد النامية، وتُدر على أوطانها تحويلات مالية هامة، تقدر بمليارات الدولارات، فإن الواقع يُصبح مختلفا بالنسبة لنزوح الكفاءات. إذ تمتد تداعيات مغادرة الكفاءات لبلدانها إلى خارج البلد الأصلي حيث تؤدي إلى تغيرات بنيوية وطنية وإقليمية ودولية.

ففي الوقت الذي تمثل فيه هجرة الكفاءات مكسبا لدول الاستقبال، فإنها تشكل خسارة، على الأغلب، بالنسبة للبلدان الأصل سواء على صعيد الاستثمار البشري والبحثي من جهة، أو على صعيد العائد المتعلق بسوق الشغل من جهة ثانية؛ وإن كانت هذه الهجرة تُمثل فوائد مؤقتة بالنسبة للنظام السياسي الذي عرف كيف يتخلص من معارضة الكفاءات المهاجرة، لاسيما العديد من الباحثين لتوجهاته السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

أ) هجرة الباحثين والعلماء: بين ضياع التراكم المعرفي والثقافي وإمكانية تحويل التقنيات

إن وقع غياب الكفاءات عن الساحة الوطنية لن يتجلى بنظرة بسيطة، ولن يتضح بالنظر من زاوية واحدة فقط، بل إن الأمر يتطلب النظر أو على الأقل محاولة النظر من زوايا متعددة حتى تتجلى حيثيات هذا الوقع.

في هذا الإطار، تُستنبط الآثار المدمرة لهجرة الأدمغة المغربية إلى الخارج من خلال الإرادة السياسية للنظام المغربي الحاكم. وذلك من خلال فصل الدولة عن الشعب، مع إفراغ هذا الأخير من رسالته في أرض المغرب بما يحويه من كفاءات بحثية وتقنية، وارتباط ذلك بسياسة المستعمر في استنزاف هذه الكفاءات، حيث يندرج ذلك ضمن سيرورته الاستعمارية التي بدأت بامتصاص الموارد المادية مرورا باستجلاب العضلات وانتهاء باستنزاف الأدمغة.

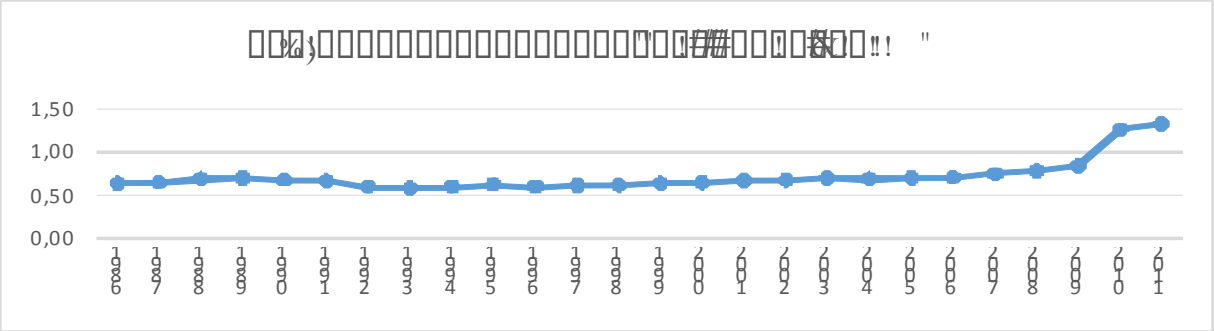
إن أي بناء سياسي أو اقتصادي يحتاج بشكل أو بآخر للكادر البشري الكفيل بهذا البناء، وفي الوقت نفسه يحتاج هذا الكادر للقيادة السياسية القادرة على الحفاظ على المكتسبات العلمية وعلى رأسها العلماء الباحثون الذين يسهرون على إيجاد هذا الكادر. لكن هشاشة الوضع السياسي نتيجة غياب الكفاءات القيادية الضابطة لمنظومة الأولويات لدى الطبقة الحاكمة يؤثر بشكل أو بآخر على الوضع العلمي والتكنولوجي للبلاد، فتصبح المؤسسات العلمية مجرد كيانات مؤسسية مفرغة من أي دور حقيقي.

أدى هذا الواقع، نتيجة للتأثيرات المتبادلة بين مختلف القطاعات، إلى تصدعات في جل الميادين بسبب غياب حلقات الوصل التي تمكن من الاستفادة المتكاملة. فالضعف العلمي والتكنولوجي الذي خلفته هجرة الكفاءات أثر على الوضع الاقتصادي والسياسي للبلاد، كما أن الواقع السياسي المترهل أدى لفراغ علمي وتكنولوجي مهول، لدرجة أن النسق السوسيوسياسي أنتج قيادات لم تفلح يوما في فترة ما بعد الاستعمار المباشر في أن تنقذ العالم العربي من أوكار الجهل، بل كرست هذا الواقع عبر التهجير الممنهج والمرتب للكفاءات المغربية التي سرعان ما حاول بعضها الاندماج في ممارسات عبر وطنية كالمساعدات والاستثمارات والتبادل الثقافي والتدافع السياسي، مع مجموعة من السلوكيات الأخرى المنتجة على المستوى التنموي الدولي،[1] دون نسيان التحويلات المباشرة وغير المباشرة التي تلعب دورا مهما في تحريك عجلة الاقتصاد المغربي، والتي تسهم فيها الكفاءات بنسبة لا يستهان بها، ولو رمزيا.

[1] IOM : World ration 2003: Managing Migration - Challenges and Responses for People on the Move, p. 232, in :http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/books/wmr2003/chap12p215_238.pdf

إن نزيف العلماء والمهندسين والباحثين العرب يعني أن الوطن العربي لن يتمكن من الاستمرار في توثيق تلك الروابط اللازمة بين العلم وبين علماء الغد. وفي ظل هذه الظروف الحرجة، تواجه السياسة العلمية العربية خطر الإخفاق، في تحقيق هدفها الثلاثي الخاص، بدعم التدريس، وتنمية البحوث، وإنشاء الروابط الوثيقة بينها وبين الإنتاج.[1] والدليل على ذلك معدل الإنتاج العلمي العربي من داخل المنظومة العلمية العالمية (أنظر الشكل أسفله).

الشكل (4)



Source: réalisé à partir de: http://data.worldbank.org/indicator/IP.JRN.ARTC.SC, consulté le 25 mai 2014 à 15:05

إن هجرة العلماء والباحثين العلميين في الوطن العربي يضع السياسات العلمية والتكنولوجية في الأقطار العربية وحكوماتها موضع التساؤل. لأن هجرة الكفاءات العلمية قد تحدث آثارا مدمرة ومخربة في المجتمعات والبيئات العلمية العربية. والجدير بالذكر أن المؤسسات العلمية هي التي تتحمل وطأة نزيف العقول العلمية. ولا حاجة بنا إلى التذكير بما للعلم والتكنولوجيا والبحث العلمي من أهمية، ومن ثم ما للسياسة العلمية السليمة من فوائد وثمار وعائدات اقتصادية في التنمية الوطنية والقومية العامة والشاملة. ومن المؤسف للغاية حقا، أن نجد هذا الاستنزاف للطاقات العلمية العربية، في الوقت الذي تحاول الأقطار العربية السعي إلى تنظيم البحث العلمي وإلى تنمية العلوم والتكنولوجيا في السنوات الماضية؛ إذ أنشأت مراكز للبحوث العلمية ومجالس وطنية وقومية للعلوم، ووكالات وطنية للبحث العلمي. كما عقدت هذه الأقطار مؤتمرات وندوات علمية حول دور العلم والتقنية في التطوير والإنماء، ومن ثم في حل قضايا المجتمع .[2]

في الواقع، إن استنزاف الأدمغة من شأنه أن يزيد الثغرة القائمة بين البلدان النامية- ومنها طبعا الأقطار العربية- وبين البلدان المتقدمة. وذلك لأنها تساعد البلدان المتقدمة على توسيع الاحتكار.[3] لكن، خلافا لذلك، يمكن للمغترب أن يسجل حضورا فاعلا عبر الاشتراك في المؤتمرات العلمية التي تخدم وطنه، وعبر الانخراط في الهيئات العلمية، والقيام بزيارات علمية للنظر في وضع تحصيل الطلاب والباحثين المغتربين، والإشراف ولو بشكل جزئي على إسهاماتهم،[4] ومن ثم تحويل الآثار السلبية إلى معطى إيجابي.

لم تعد الهجرة في زماننا هذا انتقالا نهائيا في اتجاه واحد. كما أن الآثار الإيجابية للحركية المتمثلة في التقدم الاقتصادي والاجتماعي جعلت الفرد يفهم بأن تنقل الكفاءات واليد العاملة يمكن أن يكون محركا للتنمية.[5] كذلك، فإن الإيجابيات الكبيرة التي تهبها

consulté le: 21/2/2007, 12 : 30

[1] د.إلياس زين: الجامعات في الوطن العربي وهجرة الأدمغة، في: حرية الثقافة العربية: هجرة الكفاءات العربية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1993، ص. 229

[2] د.إلياس زين، المرجع السابق ، ص. 229

[3] نفس المرجع، ص. 230

[4] دردره أحمد العلي: هجرة العقول العربية: أسبابها وسبل معالجتها بيروت، المنارة، 2003، ص. 134

[5] UNESCO: Fuite des cerveaux: perdre pour gagner? L'éducation -Ajourd'hui, N°18, octobre 2006 – janvier 2007, p. 5

الهجرة الدولية للفرد، في بلد الانطلاق كما في بلد الاستقبال، تتمثل في مفاهيم غنى الكفاءات والتجارب أو تحويل المعارف والتقنيات عبر الشبكات والاتصالات.[1]

ويمكن للكفاءات المغربية بالخارج أن يكون لها دور مهم في ربط الشمال بالجنوب، ونقل المعارف والتكنولوجيا المتطورة إلى المغرب. فقد بدأت الأطر المندمجة بشكل جيد اقتصاديا، والمستقرة اجتماعيا، في تحقيق خطوات خاصة اتجاه تشكيل دياسبورا متحركة عبر ارتباطات تختلف عن أخرى ذات طابع تقليدي أو أبوي. الحجة في ذلك هو أن الأطر المهاجرة تعاود بكثرة الدخول إلى المغرب. حيث أقرت 50 % من هذه الفئة أنها تلج المغرب مرة في السنة.[2] هذا لا يعني أن هذه الحركية تعطي نتائج فعلية حاليا على أرض الواقع المغربي، فنسبة 12 % من الكفاءات المغربية المهاجرة فقط هي التي أقرت بأنها تستثمر أو تنمي مشروعا في بلد الأصل،[3] -أي المغرب-.

إن هجرة العلماء والباحثين لا تعد مجرد انتقال أشخاص عاديين من بلد إلى آخر، وإنما انتقال مواهب مثقفة، تتمثل في حشد الأفكار والآراء والمهارات والخبرات والنظريات والقوانين والمبادئ والمواقف والاتجاهات والمثل والقيم والتقاليد والعادات والأحلام والآمال والتطلعات-كلها-تنتقل مع المهاجر الجامعي. وبذلك تصبح قضية الهجرة والمهاجرين قضية تربوية، لأن المهاجر لا يهاجر بجسده فحسب، بل بكل تلك القيم والمثل والمفاهيم الثقافية والعلمية والاجتماعية. فمن وجهة النظر التربوية، هناك هجرة للمعارف والمهارات والخبرات والقيم الاجتماعية والأفكار. وهنا تكمن الخسائر التي لا يمكن تعويضها بالدولار، كما لا يمكن تعويضها بسهولة،[4] إن المغتربين المغاربة الموجودين بمراكز الأبحاث الغربية كالمركز الوطني للبحث العلمي بفرنسا لا ينتقلون فقط بذاتهم المادية، وإنما يحملون معهم خبرات قرون، وربما آلاف السنين التي استجمعت على الأرض المغربية. فالتاريخ يعيد نفسه، فكما عرفت الحضارة الإسلامية أوج ازدهارها بفعل مجهودات الوافدين من الخارج الذين حملوا زبدة إرثهم الحضاري، فإن الشيء نفسه يمكن أن يُقال بالنسبة للحضارة الغربية اليوم.

ب) ضياع الدور الجامعي: ضعف الإنتاج العلمي والتقني

في الواقع، تُبذل جهود عربية تهدف إلى تنمية الجامعات العلمية، بغية غرس أو إعادة غرس جذور العلوم في الثقافة العربية المعاصرة، وتطبيق نتائج الدراسات والبحوث من أجل خدمة حاجات الأقطار العربية الصارخة إلى التطوير الاجتماعي والإنماء الاقتصادي. ولكن العلماء الذين يوكل إليهم القيام بعمليات التطوير والإنماء في مجتمعنا، هم الذين يهاجرون إلى البلدان المتقدمة حيث يسهمون هناك، ما وراء البحار، في تنميتها وتقدمها. في حين تؤخر هجرة هؤلاء، لعشرات السنين، تنمية الجامعات العربية، كمراكز للامتياز العلمي، ويؤجل أيضا لسنوات عميلة النهوض بتلك البحوث وملاءمتها للحاجات عن طريق هذه الجامعات وغيرها من معاهد العلوم.[5]

فمسألة "هروب الأدمغة" تشكل ضجة حقيقية في الجامعات في كل مكان من العالم، والتي يجب أن تتأقلم مع سوق شغل متحركة ومؤسسة على المنافسة. وذلك لكون الجامعات -في الدول الصناعية-مُجبرة على استقطاب الأشخاص المؤهلين والعلماء المختصين،[6] إذ إن إعطاء القيمة للكفاءات يخول لها الدخول في المنافسة مع مراكز البحث والتنمية الخاصة والصناعية، وذلك عكس الدول العربية.

---

[1] Ibid., p. 6

[2] Driss Ksikes et Taoufiq Benkararche: Les migrants: Une force économique, Attachement et intérêt, Economia, n°6, Juin – Septembre 2009, p. 87

[3] Ibid., p. 88

[4] د.إلياس زين، المرجع السابق، ص.231

[5] د.إلياس زين، المرجع السابق، ص.229

[6] UNESCO (2006), op. cit., p. 6

إن هجرة الكفاءات شوهت الأدوار الرئيسة لمراكز البحث العلمي في المغرب خاصة والعالم العربي عامة، وحولتها من وسيلة للبناء المجتمعي، إلى قناة لتهريب الرأسمال البشري. فإذا كانت للتربية دور بارز في عملية زيادة دخل الفرد، ومن ثم الدخل القومي في الولايات المتحدة وغيرها من البلدان المتقدمة، فإن التعليم في أقطارنا العربية، على العكس من ذلك، صار له دور مضادا للتنمية ولتطوير المجتمع العربي. فبدلا من أن يقود خريجو نظم التعليم العالي والجامعي عملية دفع عجلة التنمية إلى الأمام، بعلومهم ومهاراتهم، فإنهم يستغلون مؤهلاتهم الجامعية كوسيلة للهجرة إلى الخارج. وهذا دليل ساطع على أن نظم التعليم الجامعي الراهنة ليست سبيلا إلى التطوير والإنماء، وإنما هي الطريق المفضي إلى الهجرة. وبكلام آخر فإن التعليم الجامعي، كما هو مجسم في هؤلاء الأفراد، وكما يمثلونه، ليس مدخلا من مدخلات التنمية، وإنما هو الطريق العريض إلى الرفاهية الشخصية والإشباع الفردي. وهذا تشويه واضح لوظيفة التعليم الجامعي في العالم المعاصر، عالم الإنماء.[1] لم تقف هجرة الأدمغة عند جعل التعليم الجامعي يقوم بأدوار طلائعية في الاتجاه السلبي بتنمية بلدان الاستقبال على حساب مجهودات بلدان الانطلاق، وإنما شوهت تصور الكفاءات لبلدانهم وأوطانهم، حيث جعلتهم في حالة احتقار دائم للذات مهما بلغت قوتها وتقدمها.

يعيش المغرب وضعية مشابهة لهذه الوضعية، فالعديد من الأساتذة الجامعيين المغاربة، والذين لهم قيمة علمية رفيعة يوجدون بالخارج. فإلى حدود سنة 1992، كان يوجد بفرنسا وحدها 369[2] أستاذا جامعيا مغربيا. أما اليوم، وبعد حوالي عقدين من الزمن فإنه ومع تجاوز عدد الكفاءات لأكثر من 460 ألف كفاءة فإن عدد الأساتذة الجامعيين المغاربة مرشح للارتفاع من داخل هذه الفئة.

إن الأخطار التي يتعرض لها الوطن العربي، بسبب هجرة الجامعيين، تضع نظم التعليم العالي والجامعي موضع الشك والتساؤل. وهذا يطرح علامات استفهام كبرى حول جدوى فوائد التعليم الجامعي وعائده الإنمائي. إن هجرة الباحثين الجامعيين تحرم المجتمع العربي من الطاقة البشرية العالية المستوى، المتعلمة والمدربة والمؤهلة، التي هي العمود الفقري لكل نمو اقتصادي وتطور اجتماعي، ومن ثم لكل عملية رقي وتقدم وازدهار. وبات من الأمور المسلم بها في الوقت الحاضر، بعد سنوات من الدراسة والبحث والفحص والتحليل، من قبل رجال التربية والاقتصاد والاجتماع والإدارة، أن التعليم عامة عنصر جوهري من عناصر التنمية ومفتاحها الرئيس، والسر الكامن وراء ازدهار المجتمعات في العصر الحديث، إذ هو شرطها المسبق ومحركها الأول والأهم. ثم إن التعليم الجامعي عملية استثمار اقتصادي وإنمائي من الدرجة الأولى. لأنه كلما ارتفع المستوى التعليمي للفرد، ازداد مستوى الدخل بدوره على صعيد الفرد والمجتمع، ومن ثم ازداد الإنتاج والدخل القومي.[3]

ثالثا: عوامل هجرة الكفاءات: تهميش البحث العلمي وتبعية التعليم العالي

إن التركيز على الجانب المادي على مستوى الطبقة السياسية المتحكمة في دواليب الأمور سيطر تبعا لذلك على العلاقات السيكوسوسيولجية للجماعات الرسمية وشبه الرسمية عامة، وعلى المجالات المرتبطة بها والتي تضم في ثناياها عشرات آلاف الكفاءات. فلا تسلك انطلاقا من كل ذلك سوى مناطق العطاء الآني والاستفادة المادية، مما يجعلها تتوق للانتقال إلى المكان الذي تُحقق فيه جزاء أوفى. فتأسس واقع متسم بتهميش البحث العلمي ومن ثم التبعية التكنولوجية

أ) تهميش البحث العلمي

أنجزت عدة دراسات في موضوع هجرة الأدمغة منذ سنة 1967؛ ويكفي هنا التأكيد على أن خلاصة هذه الدراسات، تتطابق على الأقل مع نقطتين مرتبطتين بظاهرة هجرة الكفاءات. أولهما، غياب الإمكانيات والهياكل لتطبيق ما تعلمه الباحثون وأصحاب الكفاءات مع ضعف ميزانية البحث؛ مما يشكل خطر ضياع المعرفة. والسبب الثاني يتعلق بغياب حرية التعبير والقيود التي لا تشجع على

[1] د.إلياس زين، المرجع السابق، ص.227

[2] Voir: Charles Halary: Les exilés du savoir, Paris, Harmattan, 1994, p. 230

[3] د.إلياس زين، المرجع السابق، ص. 227

الخلق والإبداع.[1] يتسبب هذا الواقع في صنع خيوط وعلاقات تقمع كل قضية شريفة في مختلف المؤسسات بدءا بالأسرة النواة وانتهاء بالمؤسسات الكبرى للدولة، التي تعمل على تفعيل مختلف الآليات القمعية تجاه كل ما هو متعلق بالحريات، ومنها بالطبع الحرية الأكاديمية، قصد الحفاظ على استمرارية الحالة الراهنة والتي من تداعيات غيابها:

1) ضآلة وانكماش البحث العلمي،

2) انعدام الابتكار والإبداع- أما الإنتاج النظري والعملي فلا يعدو أن يكون نادرا أو مضطهدا أو مستبعدا،

3) وعدم وجود ارتباط بين خطط التنمية والبحث العلمي الجاد.[2]

في الواقع، ليس هناك في العالم العربي أجهزة علمية للدراسات والتخطيط والإحصاء في مكاتب الملوك والرؤساء العرب، تفي بحاجات البلاد العلمية والتقنية والصناعية، وليس هناك من أجهزة تهتم بجمع ودراسة المعلومات الإحصائية حول الحياة العلمية ومدى ارتباطها بالحياة الاقتصادية العربية[3]؛ كما أن الخبير أو العالم قد لا يجد المختبرات، أو الوسائل والمصادر أو الآلات والأدوات التكنولوجية الحديثة لابتكاراته،[4] وهذا دليل على أن الطبقة السياسية عامة والنخبة الحاكمة خاصة لا تهتم بالأولويات التكنولوجية والعلمية للمحكومين الذين لا يتوفرون على أدنى الحقوق التي تخول للجماعة إمكانية التفاعل المدروس والواقعي والمنتج مع بيئتها.

في الوقت نفسه ، يسود مراكز البحث العلمي العربي أجواء متشابهة من التخبط والتردد، وتحكم البيروقراطية، والافتقار للتراكم والتقدم، والشعور بعدم الجدوى وعدم توفر المناخ الملائم للعمل البحثي، ناهيك عن ضعف المجتمع العلمي الثقاف،ي وأحيانا عزلته عن النشاط الوطني، وقلة الحوافز، والتبعية العلمية للخارج، وضعف البنيات الأساسية؛ وينجم عن ذلك نقص كبير في الإنتاج العلمي من حيث الكمية والنوعية معا.[5] وهنا يجب التأكيد على أن أسباب الهجرة متعددة، وهي ليست بسبب البحث عن ظروف معيشية راقية فقط، بل هي نتيجة لغياب ظروف البحث العلمي وحرية التعبير، خصوصا أن الكثير من الكفاءات العلمية يتم التحكم فيها من قبل عقليات بيروقراطية، والمهدي المنجرة نموذج لهذا الإقصاء الأعمى حيث تم منعه لأكثر من 11 مرة من التواصل مع الجمهور، وهناك مئات من النماذج الأخرى، وكان في السابق ينصح الكفاءات المغربية بالعودة إلى أرض الوطن أما اليوم فيقول لهم أن يقيموا في أي مكان يستطيعون من خلاله تحقيق تراكم معرفي.[6] والدليل على هذا الواقع المتردي هو التدهور الملحوظ لمعدل البحث العلمي والتقني المغربي مقارنة بالبحث العلمي العربي(أنظر الشكل أسفله).

[1] المهدي المنجرة: قيمة القيم، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء.،2007، ص. 133

[2] درده أحمد العلي، المرجع السابق، ص. 42

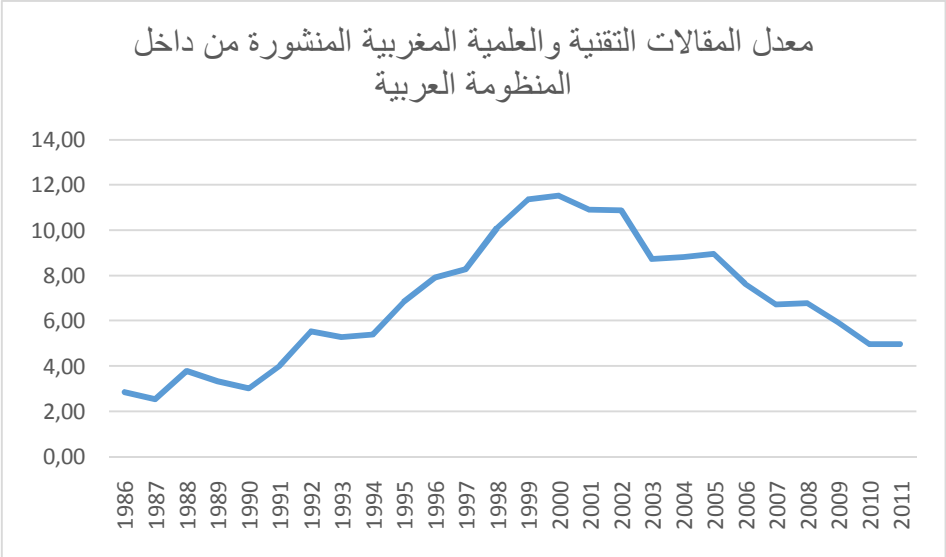
[3] نفس المرجع، ص. 34

[4] نفس المرجع، ص. 32-33

[5] نفس المرجع، ص. 247

[6] أنظر: المهدي المنجرة: عندما تتوفر الديمقراطية ممثلو الشعب سيجيبون عن سؤال الأزمة، جريدة العدالة والتنمية، الاثنين/الثلاثاء 22/21يناير2008، العدد: 72، ص. 9،

الشكل(5)



Source: réalisé à partir de: http://data.worldbank.org/indicator/IP.JRN.ARTC.SC, consulté le 25 mai 2014 à 15:05

بالإضافة إلى ذلك، يتميز المغرب ومعه الدول العربية بضعف الطلب على نتائج البحوث، ويرجع ذلك إلى طبيعة النظام الاقتصادي في الأقطار العربية، وطرق تخطيطه وإدارته وتحديد أولويات التنمية واختياراتها. ففي الدول الرأسمالية المتقدمة للمنافسة دور كبير في دفع المنتجين لتطوير أساليب الإنتاج والمنتجات في محاولة للحد من التكلفة وتوفير مستلزمات الإنتاج والطاقة وتحسين نوعيات ومواصفات السلع في إطار هدف تحقيق الربح الأقصى، وإلا تعرضوا للطرد من الأسواق. وهنا يلجأ المشروع سواء أكان صناعيا أم زراعيا إلى البحث العلمي الذي يتم إما داخل نطاق المنشأة كما يحدث في الشركات الكبرى بالنسبة للأبحاث التطبيقية وأبحاث التطوير، أو تستعين المنشأة عن طريق العقود بمؤسسات البحث المتخصصة في حل مشكلات البحث واستغلالها.[1] خلافا لذلك، نجد أن معظم سكان الدول النامية لا يقدرون مجهودات الباحثين والعلماء، ويعتبرون البحث العلمي من الكماليات وأنه يفرض على الدولة اعتمادات ومصاريف وأجور إضافية مرهقة ومرتفعة جدا .[2]

ويعود تسرب الكفاءات الجامعية إلى الخارج، إلى ذلك التقصير الفادح في ارتباط التعليم العالي والجامعي بالاقتصاد العربي وبالتنمية الوطنية والقومية. فلازال مفهوم الجامعة عندنا تقليديا ورجعيا، أي أنها تزود الطالب بالعلم من أجل العلم ذاته، والثقافة من أجل الثقافة ذاتها. بيد أن العلم والتربية والبحث يجب أن توجه لخدمة المجتمع وإنهاضه وتطويره وإنمائه. ومن المعلوم أن الفشل في ربط نظام التعليم الجامعي باقتصاد البلد ومشاريع إنمائه، يؤدي إلى كثير من مظاهر بطالة الجامعيين، كما يؤدي إلى إحباط آمال الشباب الجامعي وتطلعاته المستقبلية في كل قطر عربي.[3]

يجعل هذا الواقع الاقتصاديات العربية اقتصاديات مادية جامدة، معتمدة على الكم فقط في وقت تم فيه الانتقال من التنافسية المبنية على المردودية والأثمنة وإنتاج الكم إلى التنافسية المؤسسة على الكيف والتجديد وتشخيص المنتوج، فهذه العناصر

[1] د.حسام مندور: الطاقة العلمية العربية بين الكفاءة والتبديد، في: حرية الثقافة العربية: هجرة الكفاءات العربية، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1993، ص. 246

[2] درده أحمد العلي، المرجع السابق، ص. 61

[3] د.إلياس زين، المرجع السابق، ص. 236

أصبحت تمثل أساس النجاح.[1] لذلك، تعطى الأهمية لمن يساهم في تهيئتها وتجسيدها على أرض الواقع. من هنا صارت المجتمعات التي تريد لنفسها التقدم إلى الأمام تركز على إعادة تأهيل العالِم المختص كوكيل للإنتاج في الاتجاه الذي يتحدد فيه نجاح أو فشل أي مشروع عبر القدرة على تجديد وابتكار منتوجات جديدة باستمرار.[2]في ظل هذه الشروط، أصبح العالم المختص هو العنصر المركزي في إستراتيجيات الدول والمقاولات التي تتواجه في السوق العالمية. وتتمثل أحد نتائج هذا التحول في الحركية الدولية الكبيرة لهذا الصنف من الأشخاص.[3] تخضع هذه الحركية لأمرين مهمين هما مدى القوة الاستقطابية لبلد الاستقبال ومدى القوة الطردية لبلد الانطلاق. فهؤلاء يغادرون نحو البلدان التي تسلك هذا الخط التنموي والاقتصادي عبر هذا المنحى الإنتاجي- البحثي- العلمي.

في واقع الأمر، إن البيئة تصبح طاردة بامتياز حينما ينتبه المختص -رغم مجهوده العلمي الشخصي- إلى أن ما يدرسه لا يمكنه من التأقلم مع واقعه لكون الميكانيزمات السوسيوسياسية والإدارية لا تتوفر على الوسائل الممكِّنة من تفعيل المستجدات العلمية التي يأتي بها العلماء والباحثون في مختلف التخصصات، وأن ما يأتون به سيكون عديم الجدوى إن لم تكن لهم علاقات وروابط مع النخبة الحاكمة تمكنهم من المواقع التي يطورون فيها ذواتهم.

ب) ارتباط التعليم العالي بالغرب

بالنظر للتبعية التي عانت منها الكثير من الدول النامية، فقد استمرت هذه الدول بالاعتماد على مؤسساتها التعليمية التي نشأت في عهد الاحتلال لتلبي حاجة الدول المتقدمة. ومن هنا فإن أكثر المناهج التدريسية في الثانويات والكليات هي امتداد للنظام التعليمي الذي أوجد في أيام الاحتلال ولا علاقة له بالاحتياجات الاجتماعية والتنموية للدولة.[4]

رغم ذلك، فالتعليم الجامعي لا يتحمل كامل المسؤولية في إحداث هجرة الخريجين. وإنما العامل التربوي بأبعاده يتحمل مسؤولية كبرى. أي أن النظم الجامعية الراهنة، بطبيعتها وأهدافها ومناهجها وبرامجها، لا تعد الطلاب لكي يكونوا قادة التطوير والإنماء في مجتمعاتهم العربية، الوطنية والقومية. وبكلام آخر فإن التعليم العالي ونظمه، لا يتحملون المسؤولية المباشرة للهجرة العلمية، لأن التعليم بحد ذاته، ليس سببا للهجرة، وإنما التخلف العام في المجتمع العربي- السياسي والاقتصادي والثقافي والحضاري- هو المسؤول الأول عن تخلف الكليات والجامعات ومعاهد البحوث وغيرها.[5]

كذلك، فالتعليم الجامعي بحد ذاته لا يعد الخريجين للهجرة، ولكن غياب المؤسسات الرفيعة المستوى، التي تستطيع أن تستوعب العقول الجامعية، هو الذي يدفع بهؤلاء للهجرة. ويعود السبب في غياب مؤسسات متقدمة إلى المجتمع المتخلف. وعندما يهاجر الجامعيون إلى الدول الغربية ، فإنهم يسافرون إما سعيا وراء مزيد من العلم أو التحصيل العلمي، أو مزيد من التخصص العالي والدقيق المركز، أو طلبا للعمل وللرزق. ولما كان المجتمع الغربي مجتمعا متقدما، فإنه يستطيع أن يستوعب الجامعيين العرب وغيرهم، نظرا لوجود مؤسسات تربوية وعلمية وتقنية واقتصادية واجتماعية رفيعة المستوى أو متقدمة، تستطيع بدورها أن تستوعب العقليات والمواهب الثمينة.[6]

---

[1] Hocine Khelfaoui: Emigration des scientifiques en Algérie: Origine et évolution, in: La migration Sud-Nord: La problématique de l'exode des compétences, Fondation Hassan II pour les marocains résidants à l'étranger, actes du colloque organisé à la faculté de droit-Agdal, Rabat, les 27-28 avril 2001, Salé, ImprimElite, 2002, p. 70

[2] Ibid., p. 71

[3] Ibidem., p.71

[4] د.سلمان رشيد سلمان: نظرة أولية على هجرة الأدمغة العربية، في: حربة الثقافة العربية: هجرة الكفاءات العربية، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1993، ص. 210

[5] د. إلياس زين، المرجع السابق، ص. 231

[6] نفس المرجع، ص.232، بتصرف

ولعل أول ما يلاحظ في النظم الجامعية العربية هو أن البنى الجامعية القائمة حاليا، إما مستوردة، أو مقتبسة من البلدان الغربية الأوروبية أو الأمريكية. ويعود السبب في ذلك إلى أنه بعد أن استفاقت البلاد العربية من سباتها العميق، كغيرها من البلدان النامية، وجدت أمامها بنى جامعية قائمة في البلدان الأوروبية والأمريكية. فما كان من الأقطار العربية إلا أن اقتبست هذه البنى أو قلدتها أو حتى فرضت عليها. ولم يكن نشوء التعليم العالي والجامعي في الأقطار العربية، قائما على أساس دراسات علمية وميدانية لتلبية حاجات هذه الأقطار تلبية مباشرة، وإنما اقتبس اقتباسا أو قلد تقليدا، دون إجراء تغيير يذكر لكي يتواءم وحاجات المجتمع العربي.[1] كل ذلك جعل العديد من الجامعات سواء كانت رسمية أو خاصة بالمغرب وباقي العالم العربي مجرد وسيلة استنزافية للطاقات البشرية لبلاد الانطلاق، بمعنى أنها لا تشكل في أكثر الأحيان سوى قناة رابطة بين العروض البشرية للبلاد النامية ومتطلبات سوق العمل في الدول المتقدمة.

وهناك نوع آخر من المؤسسات في بعض الأقطار العربية، وهي مدارس وكليات وجامعات أجنبية أو ذات ارتباطات أجنبية قوية تعمل على الأرض العربية عامة والمغربية خاصة. وهذه المعاهد معروفة، أبرزها الجامعة الأمريكية في القاهرة،[2] وجامعة الأخوين في إفران.

في الواقع، إن برامج هذه المدارس والكليات، الظاهرة والمستترة، وما تتضمنه من معلومات ومعارف واتجاهات ومواقف، تعد الفرد وتدربه، بحيث يصبح عن قصد أو عن غير قصد، أكثر فهما ودراية وتكيفا مع المجتمعات الصناعية الأوروبية والأمريكية منه، من مجتمعه العربي. ومن هنا يصبح متطلعا أبدا إلى انتهاز فرصة الهجرة، بمجرد أن تسنح له، حيث يجد مجالات خصبة للعمل وتطبيق ما تعلمه وتدرب عليه.[3]

كذلك، فإن الأجواء والمناخات الفكرية والعلمية والأكاديمية والاجتماعية وغيرها- كلها- تساعد الطالب في هذه المعاهد، على الاغتراب الفكري والثقافي والحضاري، ومن ثم الابتعاد عن مجتمعه العربي. ففي الكليات والجامعات الناطقة باللغة الإنجليزية أو الفرنسية، فإنها تستعملها بشكل كلي في تدريس العديد من الشعب وخصوصا العلمية، كما أن اللغتين الإنجليزية والفرنسية هما لغتا غالبية الحلقات الدراسية والمؤتمرات والندوات العلمية والثقافية التي تقع ضمن إطار هذه المعاهد الرسمية والمقررة. كما تتضمن المكتبات ومراكز التوثيق كتبا ومصادر ومراجع ودوريات ومنشورات ومطبوعات غالبيتها باللغة الفرنسية أو باللغة الإنجليزية أو بهما معا. هذا ويخضع الطالب الذي يسعى إلى الدخول والالتحاق بالكلية أو بالجامعة إلى امتحان باللغة الإنجليزية، كي تتأكد إدارة المعهد من توفر الطلاب على مستوى لغوي معين. وما ينطبق على المعاهد الناطقة باللغة الإنجليزية، ينطبق أيضا على المعاهد الناطقة باللغة الفرنسية.[4]

فالطالب المغربي الذي يدرس في هذا النوع من المعاهد حيث الحرية التعليمية على أشدها، أو كاملة، يشعر، بالنتيجة، أنه في محيط أو بيئة "غربية" أو "غربية"- أمريكية أو فرنسية مثلا- في قلب مجتمع أو محيط عربي كبير. فالمعهد يعمل على الأرض العربية، إلا أن أفكاره وبرامجه وتطلعاته، سواء عن قصد أو غير قصد، ترنو إلى الخارج. فهو جسديا أو ماديا هنا، ولكن فكريا ومعنويا وحضاريا، وراء البحار أو عبر الحدود.[5]

يلاحظ بصفة عامة أن نظام التعليم السائد في الوطن العربي لا يتماشى كلية مع احتياجات التنمية لهذا الوطن من القوى البشرية المدربة.(...) فالجامعات تفتقر إلى المكتبات الغنية والمختبرات المجهزة تجهيزا كاملا، ولديها نسبة عالية من خريجي العلوم الإنسانية. وقد أدت الزيادة الكمية السريعة دون النوعية في التعليم، مقرونة بعدم كفايته لتلبية الاحتياجات الاجتماعية والاقتصادية للوطن العربي، إلى العمالة الناقصة وإلى قدر من البطالة بين خريجي الجامعات، مما يؤدي بدوره إلى الهجرة للخارج. ورغم أن عدد

[1] نفس المرجع، ص.234

[2] نفس المرجع والصفحة

[3] نفس المرجع والصفحة، بتصرف

[4] نفس المرجع، ص.235، بتصرف

[5] نفس المرجع والصفحة

الجامعات قد ازداد بشكل ملحوظ في العقدين الأخيرين، فإن طاقتها الاستيعابية لاتزال محدودة نظرا لارتفاع نسبة نمو السكان وارتفاع الطلب على التعليم،[1] مما يدفع العديد من الطلبة إلى الهجرة.

خاتمة:

في الختام تم التوصل للاستنتاجات التالية:

- مثلث البيئة التربوية التعليمية والبحثية بالبلاد العربية أولى البيئات الطاردة بامتياز والتي تزامنت مع نظيرة لها ببلاد الاستقبال لكنها مستقطبة، حيث تشكل القناتان التعليمية والبحثية الممر الرئيس الأول والرابط بين البيئتين. ففي البيئة الأولى تنهار دوافع الارتباط بمسقط الرأس أمام قوة جاذبيات البيئة المستقطبة.
- بخصوص حيثيات الطرد نجد أن للبيئة التربوية والتكنولوجية للبلاد المغربية دورا مهما في هجرة الكفاءات المغربية إلى الخارج، حيث تستغني الدولة عن كفاءاتها عبر الارتباط التكنولوجي بالخارج، كما أن المؤسسات البحثية والجامعية لا تعدو أن تكون في أغلب الأوقات إحدى أهم القنوات التي تمر عبرها الكفاءات إلى الخارج. فمجال التربية والبحث والتكوين يمثل المنطقة الهشة والحرجة التي تشكل البيئة الطاردة لجل الكفاءات ليس فقط المغربية ولكن العربية أيضا، وذلك لكون المنطقة لم تعرف أي انسلاخ عن ثقافة المستعمر ومناهجه التربوية.
- أدت مجموعة من العوامل إلى تغيير المحددات الاستقطابية، ومن أهمها صعود اقتصاد المعرفة الذي يعتمد على التناغم بين التقدم العلمي والتقني من جهة، والتطور الاقتصادي من جهة ثانية، والتنظيم المحكم لسوق الشغل من جهة ثالثة، مما وفر للكفاءات مجالا للإبداع والاندماج المتكامل في بلاد الاستقبال.

- بغياب الفئات الواعية والمنتجة تندثر مقومات الطموح والتقدم الاقتصادي والاجتماعي والأسري. وذلك يعود لغياب الكوادر الكفيلة بقيادة الأمة المغربية على جميع المستويات. إن سوء الظروف الاقتصادية في وطن المهاجر المغربي يدفعه إلى الهجرة، كما أن الاستقرار السياسي والاقتصادي في وطن الجذب، ورخاء وحوافز وفرص العمل الجاد والعادل تجعله يلتحق ببلد الاستقبال.

- تعيش هجرة الكفاءات نوعا من الحلقة المفرغة في المغرب خاصة، والوطن العربي عامة، فأهم الميادين التي كانت منبعا للدوافع هي أول من تعرض للتأثر وأصبح منبعا لعوامل جديدة تماثلت مع الأولى في الشكل وخالفتها في الحيثيات. يحيلنا هذا الأمر دائما إلى اللجوء للمفاهيم نفسها على مستوى الأسباب والآثار.

- يمثل العالم العربي المنطقة الهشة والحرجة التي تشكل البيئة الطاردة لجل الكفاءات، ليس فقط المغربية ولكن العربية أيضا، وذلك لكون المنطقة لم تعرف أي انسلاخ عن ثقافة المستعمر ومناهجه التربوية.
- يتميز الاقتصاد بكونه اقتصادا مبنيا على المعرفة، مما جعل سوق الشغل يتوفر على ما يحفز الكفاءات للالتحاق ببلاد الاستقبال.

- تمتد خسارة المغرب ومعه العالمان العربي والإفريقي من الكيانات الفردية إلى الكيانات الإقليمية والدولية. ويتمثل ذلك في هشاشة الجماعات الصغرى كالأسرة والمؤسسات التعليمية والعلمية، وكذا الكيانات الكبرى كالدول، والتي أصبحت موضوعا من مواضيع النظم التي تنتمي إليها، وليس شخصا من أشخاصها.

[1] د. تيسير عبد الجبار: مشكلة هجرة الكفايات من بلدان المشرق العربي، في: حرية الثقافة العربية: هجرة الكفاءات العربية، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1993، ص.192

- ترغب العديد من الدول في استمرار تبعية مستعمراتها القديمة للدولة الأم. وتتمثل أهم وسيلة لهذا الاستمرار في استقطاب الكفاءات، ولاسيما الباحثين الذين يُمكن بواسطتهم الحفاظ على الوجود الثقافي الاستعماري بدول الجنوب، ومن بينها الوجود الثقافي الفرنكفوني بالمغرب.

تطبيقات المعايير الدولية للمحاكمة العادلة وإشكالية التعارض مع نصوص القانون الأردني والمغربي

علي أحمد يوسف الشبول

قاضي لدى محكمة الجنايات الكبرى الأردنية

المعاهدة وفقاً لما جاءت به اتفاقية فينا لقانون المعاهدات (يقصد بالمعاهدة الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان منفصلتان أو أكثر، ومهما كانت تسميته الخاصة وبالتالي فهي معاهدة ملزمة قانوناً للدول التي وافقت أن تلتزم بأحكامها، ويتضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تنظيم الحقوق الفردية التي تتيح للأفراد المشاركة في الحياة العامة للدولة، ويرتكز هذا العهد على الكرامة الإنسانية والمساواة وعدم التميز، ومن أهم الحقوق التي أقرها هو الحق بالمحاكمة العادلة، ويعد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بالإضافة إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالإضافة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من الركائز الأساسية للحماية الدولية لحقوق الإنسان، فقد حرصت الأمم المتحدة بعد إقرارها للإعلان العالمي لحقوق الإنسان بتاريخ 1948/10/10، على اعتماد اتفاقيات دولية ملزمة تتناول الحقوق المعترف بها في الإعلان ، ومن هذه الاتفاقيات التي جاءت مكملة ومؤكدة على الحقوق في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (الملحق1)[1].

عندما يمثل المرء أمام القاضي متهماً بارتكاب فعل جنائي، فهو يواجه آلية الدولة بعينها، ومن ثم فالطريقة التي يعامل بها عندما يتهم بارتكاب جريمة تدل بدقة على مدى احترام تلك الدولة لحقوق الإنسان الفرد ولحكم القانون، وهو ما يجسد بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقوله (الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة، بشكل أساسي الحرية والعدل والسلام في العالم).

تمثل المعايير الدولية للمحاكمة العادلة ضرباً من ضروب إجماع الرأي بين الأمم بشأن المعايير اللازمة لتقييم الطريقة التي تعامل بها الحكومات من يشتبه بارتكابهم، ومن يوجه إليهم الاتهام بارتكابها، ومن يدانون بذلك.

المبحث الأول: الإطار الدولي المتعلق بالمحاكمة العادلة.

وضع القاضي الجزائي عند تطبيقه النص القانوني المنبثق عن معاهدة او اتفاقية دولية ملزمة على المحك، ومع بروز نصوص قانونية تحمل الصفة الدولية وغير مألوفة أو معهود للقضاء بتطبيقها أحياناً، وتستمد مرجعيتها من المعايير الدولية، مثال ذلك حق المتهم بالصمت أثناء تلاوة التهمة عليه، ومثال آخر إجراء المحاكمة سراً حفاظاً على النظام والأمن العام.

وإذا انتقلنا إلى سير إجراءات المحاكمة الجزائية وإلى القضاء في المغرب والأردن باعتباره المجسد لحركة القانون، لرأينا التطبيقات تعكس واقعه.

إذاً ستتناول في هذا المبحث مرجعية المعايير الدولية في خصوصية المحاكمة العادلة وقابلية تطبيقها في القانون المغربي والأردني في مطلب أول، ثم نتناول الرقابة على تطبيق المعايير الدولية في المحاكمة الجزائية في (مطلب ثاني).

(1) د. محمد خليل الموسى/ العهدان الدوليين الخاصان لحقوق الإنسان – دليل تدريبي- منشورات عدالة- الأردن/الطبعة الأولى / 2009 ص11.

المطلب الأول: مرجعية المعايير الدولية في خصوصية المحاكمة العادلة وقابلية تطبيقها في القوانين الأردنية والمغربية.

يمكن الإطلاع على أهم الأحكام القانونية المتعلقة بالمحاكمة العادلة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة (7) من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والمادة (8) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والمادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

أن جل المواثيق الدولية المتصلة بمسألة الحق في محاكمة جزائية عادلة قابلة للتطبيق في المغرب والأردن باعتبارها طرفاً فيها، حيث صادقت على أغلب الصكوك وأهمها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل والاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب، وكذلك البروتوكولات المتعلقة باختصاص الهيئات الدولية والحق في التظلم الفردي، فالمشرع الجزائي المغربي والأردني أدخلها في التشريعات الوطنية، وهي جزء لا يتجزء منه عند التطبيق.

أن مدى إلزامية القاضي الجزائي المغربي والأردني لتطبيق المعايير الدولية خاصة في حالة تعارضها مع قاعدة قانونية وطنية ينطلق من علوية المعاهدات الدولية على القوانين الوطنية في حالة المصادقة عليها، وكذلك الاحتجاج المباشر بالمعايير الدولية من طرف من له مصلحة، فيمكن للمتقاضي أن يحتج بالمواثيق الدولية في إطار نزاع مباشر أمام القضاء المغربي والأردني[1].

أن العاملون في المجال القضائي يترددون أحياناً في تفعيل القانون الدولي، أما لاعتقادهم خطأً في علوية القانون الوطني على المواثيق الدولية، وبكل بساطة لأنهم يتقنون قواعد القانون الوطني أكثر من غيره ويعتبرونه أكثر ضمانة وأيسر استعمالاً، وقد حمل هذا الأمر بعض رجال القانون على القول بأن توفير دورات تكوينية مخصوصة لمجموع العاملين في المجال القضائي يمثل مرحلة لازمة لتفعيل القانون الدولي أمام المحاكم الوطنية.

الفقرة الأولى: القيمة القانونية للمواثيق الدولية وموقف التشريعات المقارنة منها:

إن مسألة قابلية تطبيق المعايير الدولية في المغرب والأردن تطرح بشكل مخصوص وذلك بالنظر إلى التعديلات التي طرأت على دساتيرها عام 2011، وتختلف مكانة المواثيق الدولية ضمن التشريعات الوطنية باختلاف هذه التشريعات، فبعض الدول تجعل المواثيق الدولية أعلى درجة من دساتيرها، ومن الدول من تجعل المواثيق في درجة الدستور، ومنها من تجعل المواثيق في درجة قوانينها الوطنية، وبعض الدول تتعدد فيها درجات المواثيق الدولية ولا تكون من درجة واحدة، وذلك يقتضي بيان مكانة المعاهدة الدولية وتحديدها في النظام القانوني الفرنسي والمغربي والأردني[2].

الفرع الأول: المواثيق الدولية في التشريع الفرنسي:

لم تنهج المدارس الفقهية مسلك موحد بشأن سمو المواثيق على جميع النظم القانونية الداخلية، لكن فقهاء القانون الدولي المعاصر أكدوا على أساس تمتع القانون بالصفة الإلزامية، وأن قواعده تسمو على جميع النظم القانونية الداخلية، وأساسه قائم على الرضا الصريح والضمني.

وفي فرنسا ورغم أن دستور 1958 وفي المادة (55) قد نص على أن (المعاهدات أو الاتفاقيات المصادق عليها أو الموافق عليها لها من حين نشرها سلطة أعلى من سلطة القوانين، ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي لم يتفق على حل واحد في حال النزاع بين تشريع وطني لاحق ومعاهدة دولية سابقة، فحين ترجح محاكم القضاء العادي التزاماً منها بالدستور المعاهدة على كل تشريع مخالف سابق أو لاحق، ظل مجلس الدولة الفرنسي يرفض ذلك فيما يتعلق بالتشريعات اللاحقة، ثم عدل عن موقفه السابق في 1989/10/20 بمناسبة الفصل في الطعون الانتخابية التي قدمت إليه، في شأن انتخابات ممثلي البرلمان الأوروبي والتي أجريت في 1989/6/10[3].

(1) المبادئ الدولية المتعلقة باستغلال ومسؤولية القضاء والمحامين وممثلي النيابة العامة، دليل المحامين، الطبعة الأولى، جنيف 2007.

(2) د. علي يوسف الشكري/ الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية/ دراسة مقارنة في الدساتير العربية/ مؤسسة الشباب الجامعة/ الإسكندرية 1990 ص17-19.

(3) د. محمد يوسف علوان – القانون الدولي العام (المقدمة والمصادر) - عمان - الأردن 1996 ص115.

لقد نصت المادة (52) من الدستور الفرنسي لعام 1989 على أنه (يبرم رئيس الجمهورية المعاهدات ويصادق عليها ويطلع على جميع المفاوضات التي تستهدف عقد اتفاق دولي غير واضح للتصديق)، كما نصت المادة (55) من الدستور الفرنسي لعام 1958 على (أن المعاهدات المصادق عليها أو الموافق عليها تكون لها سلطة أعلى من القوانين وذلك بمجرد نشرها).

فكلمة القوانين هنا يمكن أن يقصد فيها الدستور والقوانين العادية، بالإضافة إلى ذلك يرى (Dupuy) أنها تطبق على الاتفاقيات الثنائية. وأشارت إلى المعاهدات ولم تشر إلى الأعراف الدولية، ويضيف وكأنه لا يمكن أن ينتج التزام على عاتق الدولة على الساحة الدولية إلا في إطار الاتفاقيات الدولية)[1].

الفرع الثاني: المواثيق الدولية في النظام القانوني الأردني:

تمارس الأردن سيادتها وحقها في إبرام المعاهدات، باعتبارها تعبيراً عن إرادة دولية شارك والتزم الأردن فيها، فهل تقوم المحاكم في الأردن بتطبيق هذه المعاهدات كما تطبق القوانين الوطنية[2].

أن الدستور الأردني أغفل النص على مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي، والنص الوحيد الوارد في الدستور الذي ينظم العلاقة ما بين القانون الأردني والمعاهدات هو نص المادة (33/2) بقولها (المعاهدات والاتفاقيات التي يترتب عليها تحميل خزانة الدولة شيئاً من النفقات أو مساس في حقوق الأردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة ولا يجوز في أي حال أن تكون الشروط السرية في معاهدة أو اتفاق ما مناقضة للشروط العلنية).

والواضح من النص الدستوري السابق له أنه لم ينص صراحةً على أولوية تطبيق المعاهدات على التشريعات الداخلية الأردنية.

وقد تجسد موقف القضاء الأردني، بالاجتهادات القضائية لمحكمة التمييز التي استقرت على تطبيق قواعد القانون الدولي، حتى ولو قام التعارض بينها وبين قواعد القانون الوطني، ويدل ذلك بوضوح على الأخذ بسمو القانون الدولي ومن ضمنها المعاهدات على القانون الداخلي[3].

ومن ذلك قرارات محكمة التمييز الأردنية في اجتهادات لها : (ولا يرد على ذلك أن من القوانين الداخلية ما لا يتفق مع هذا. فالاجتهاد مستقر على أنه في حالة تنازع القوانين الداخلية مع الاتفاقات الدولية تكون الأخيرة هي الأولى بالتطبيق).

(الاتفاقية هي أعلى مرتبة من القانون المحلي وأولى بالتطبيق).

إذاً فالاجتهاد القضائي الأردني استقر على تطبيق المعاهدات الدولية ولو تعارضت مع التشريع الداخلي، ولا شك أن ذلك تكريساً لمبدأ سمو المعاهدات الدولية على التشريعات الوطنية وأن المادة (123) من الدستور الأردني، قد اعتبرت الأحكام القضائية تفسيراً لأي نص قانوني تطبقه.

ويقول الأستاذ الدكتور عادل الحياري: (عملية التفسير من اللوازم الحتمية لتطبيق القانون ولا يمكن أن ينكر على القاضي حقه في ذلك، وعلى هذا يصبح اجتهاد القاضي بمثابة التفسير للقانون)[4].

وعن دور القاضي الوطني في تفسير المعاهدات الدولية، وبما أن المعاهدات تعامل في النظام القانوني الداخلي الأردني معاملة التشريع الوطني، وحيث أن تفسير القانون هو من صميم عمل القضاء، فإن المحاكم تقوم بتفسير المعاهدات في القضايا المعروضة

(1) بدر الدين محمد شبل، الحماية الدولية الجنائية لحقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر، عمان، سنة 2011، ص103 وما بعدها.

(2) محمد يوسف علوان/ القانون الدولي العام/ المقدمة والصادر/ دار وائل/ عمان ط2/ 2000/ ص113.

(3) الشيكلشي حمس، مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية 2000/1999.

(4) د. عادل الحياري، القانون الدستوري والنظام الدستوري.. دراسة مقارنة، 1972 الحقوق محفوظة للمؤلف.

أمامها، طالما كان تطبيقها يستلزم تفسير ما غمض من نصوصها، وقد قام القضاء الأردني بتفسير العديد من نصوص المعاهدات الغامضة التي بحاجة إلى تفسير، فقد جاء بقرار لمحكمة التمييز الأردنية: (من الرجوع لأحكام المادتين الخامسة والسادسة من اتفاقية التعاون الاقتصادي ما بين المملكة الأردنية الهاشمية والجمهورية العربية السورية لعام 1975 يتبين أن الإعفاء من الرسوم الجمركية والرسوم والضرائب الأخرى قد جاء مطلقاً غير مقيد بنوع معين من الرسوم، وأن مستوردات احد البلدين للآخر ما تنطبق عليه شروط الاتفاقية معفاة من الرسوم الجمركية والرسوم والضرائب الأخرى وحتى إجازات الاستيراد والتصدير).

(حيث أن الدولتين الأردنية والأمريكية وقعتا معاهدة بينهما على تسليم المجرمين الفارين لديهما، وأن هذه المعاهدة بالرغم من توقيعها لم يتم المصادقة عليها من قبل مجلس الأمة الأردني استكمالاً لمراحلها الدستورية فإنها لا تكون نافذة، وبالتالي فإن شروط التسليم تكون غير متوافرة بحق المواطن الأردني وفق ما استقر عليه القضاء).

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفها الجزائية رقم 1999/202 تاريخ 1999/4/29 المنشور على الصفحة 640 من عدد المجلة القضائية رقم 4 تاريخ 1999/1/1.

(تقضي المادة 2/33 من الدستور الأردني بأن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحقة والمعاهدات الأخرى التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو نقص في حقوق سيادتها أو تحميل خزانتها شيئاً من النفقات أو المساس بحقوق الأردنيين الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة).

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم 1997/203 تاريخ 1997/6/21 منشورات مركز عدالة.

(عند تعارض الاتفاقية أو المعاهدة مع نص قانوني داخلي تطبق الاتفاقية أو المعاهدة).

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم 1978/69 المنشور على الصفحة 761 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1978/1/1.

الفرع الثالث: المواثيق الدولية في النظام القانوني المغربي[1].

بالرجوع إلى التشريعات المغربية نجد أن الفصل 6، من الدستور المغربي قد نص على (... تعتبر دستورية القواعد القانونية وتراتيبها ووجوب نشرها مبادئ ملزمة).

كما نص الفصل (110) من الدستور المغربي على (لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون).

كما نص الفصل (133) منه (تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور).

كما نص الفصل (10) من مجموعة القانون الجنائي المغربي على (يسري التشريع الجنائي المغربي على كل من يوجد بإقليم المملكة من وطنين وأجانب وعديمي الجنسية، مع مراعاة الاستثناءات المقررة في القانون العام الداخلي والقانون الدولي).

كما نصت المادة (288) من قانون المسطرة الجنائية المغربي على (إذا كان ثبوت الجريمة يتوقف على دليل تسري عليه أحكام القانون المدني أو أحكام خاصة تراعي المحكمة في ذلك الأحكام المذكورة).

(1) لقد جاء في تحفظ المغرب على أحد الإتفاقيات الدولية أن ((المملكة المغربية لا تعتبر نفسها ملزمة بما ورد بالمادة 22 بشأن تسوية النزاعات بين الدول الأطراف بشأن تفسير الإتفاقية أو تطبيقها)). ينظر في هذا المجال: الصكوك الدولية، منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان بمصلحة المعارف الجديدة/ الرباط 2010/ ص30.

كما نصت المادة (713) من قانون المسطرة الجنائية المغربي على (تكون الأولوية للاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية فيما يخص التعاون القضائي مع الدول الأجنبية، لا تطبق مقتضيات هذا الباب، إلا في حالة عدم وجود اتفاقيات أو في حالة خلو تلك الاتفاقيات من الأحكام الواردة به).

أن مشروعية الدول على ملائمة القوانين الدولية بشكل لا يتعارض مع الثوابت الوطنية والدينية والسيادة للدولة والمنصوص عليها في دستورها، ومن هذا التوجه كل القوانين والمواثيق الدولية مقبولة ما دامت لا تتعارض معه، وقد بين الفصل (55) من الدستور المغربي كيفية ولوج القاعدة الدولية إلى حيز النفاذ بالمغرب، بالإضافة إلى الفصل (132) من الدستور المغربي الذي يعالج بشكل ضمني إمكانية مراجعة القضاء الدستوري بالنسبة للمعاهدة الدولية التي يتم المصادقة عليها[1].

وقد سار المشرع المغربي في اتجاه ترجيح الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي، ويمكن لنا استظهار ذلك في التشريع المغربي من خلال تشريعات عديدة، منها ما ورد في المادة (1) من قانون الجنسية والتي جاءت (ان الأحكام المتعلقة بالجنسية المغربية تحدد بموجب القانون، وعند الاقتضاء بمقتضى المعاهدات أو الأوفاق الدولية المتعلقة بالجنسية المصادق عليها والموافق على نشرها والتي ترجح على أحكام القانون الداخلي، كذلك ما ورد في الفصل (741) من قانون المسطرة الجنائية المغربي والذي جاء فيه (يكون التسليم الذي تحصل عليه السلطات المغربية باطلاً إذا تم إجراؤه في غير الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون، ما عدا إذا نصت اتفاقيات دولية نافذة المفعول على مقتضيات مخالفة.

كذلك ما ورد في نص المادة (5) من قانون المحاماة على (أنه يستفاد من الحماية رعايا البلدان المشتركة في كل معاهدة مبرمة في مجال الملكية الصناعية يكون المغرب طرفاً فيها وينص في أحكامها بالنسبة لرعاياه على معاملة لا تقل عن المعاملة التي يستفيد منها بالبلدان المعينة).

وأمام غموض موقف الدستور المغربي من إشكالية أولوية التطبيق، رغم أن المشرع المغربي قد نص صراحة في بعض الحالات على مبدأ ترجيح الاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية، فقد تضارب الاجتهاد القضائي المغربي بين اتجاه يرجح القانون الوطني على القوانين والمواثيق الدولية واتجاه آخر مغاير يجعل القوانين والمواثيق الدولية أسمى من القانون الوطني.

لقد جاء بقرار محكمة النقض المغربية رقم (2162) الصادر بتاريخ 1997/4/9 (إذا كان الفصل 11 من ميثاق الأمم المتحدة المؤرخ بـ1966/12/16 المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية والمصادق عليه في المغرب بتاريخ 1979/11/18 يقضي بعدم جواز سجن إنسان بسبب عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدي فإن القرار لم يحدد مدة الإكراه البدني في حالة امتناع المدين ولم يحدده في حالة عدم استطاعته الأداء وعدم قدرته عليه يكون غير خارق للفصل المذكور).

كما جاء بالحكم الجنائي الصادر عن محكمة النقض المغربية رقم 552 (س12) الصادر بتاريخ 8/مايو/1969 (بمقتضى الفصل 33 من المعاهدة الجزائية المغربية المصادق عليها بتاريخ 14 إبريل 1969 بشأن تسليم المجرمين والتعاون القضائي يمكن تسليم الأشخاص من أجل جنايات أو جنح معاقب عليها بقوانين الطرفين المتعاقدين لسنتين حبساً على الأقل...).

كما جاء بقرار محكمة النقض المغربية عدد 1534 المؤرخ في 2001/4/18 الملف الجنحي عدد (17335) (تكون المحكمة قد عللت قرارها بانعدام الضمان على أساس صحيح، لما صرحت بأن اتفاقية جنيف المؤرخة في 1949/9/19 تحدد مدة صلاحية شهادة

1) محمد مالكي/ الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية/ المطبقة والوارقة الوطنية/ مراكش/ 2010/ ص88-89. ينظر أيضاً إلى محمد الإدريسي العلمي المشيشي/ المسطرة الجنائية والجزء الأول القضائية/ الرباط/ مطبعة المعارف الجديدة/ منشورات المؤسسات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1991/ ص20.

السياحة الدولية في سنة واحدة فقط وأنه على فرض أن المتهم كان يتوفر على شهادة دولية فإن مدة صلاحيتها قد انتهت قبل ارتكاب الحادثة[1].

(1) هناك العديد من الحالات سار فيها القضاء المغربي على ترجيح القانون الوطني على الإتفاقيات الدولية حتى لو كانت البلاد مصادقة أو موقعة أو منظمة إلى تلك المعاهدة ونذكر منها قضية اكربر، حيث جنح المجلس الأعلى إلى ترجيح القانون الوطني على الإتفاقية الدولية بقوله (لكن حيث أن ظهير 20 فبراير 1961، الذي ينظم تحديد الإكراه البدني لا زال ساري المفعول ولم يصدر أي قانون يأمر بإلغائه والمحكمة ملزمة بتطبيق القانون وليس من اختصاصها تعديل للقرار المطعون فيه مرتكز على أساس قانون) قرار غير منشور للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 10 يونيو 1997.

تطور الحماية القانونية للحريات الاقتصادية
على ضوء الدساتير المغربية

مصطفى علوش
طالب باحث في القانون العام
كلية الحقوق السويسي، جامعة محمد الخامس بالرباط

يتطلب تأهيل الاقتصاد وحل الإشكالات والاختلالات المترتبة عن هيمنة القطاع العام الاقتصادي بناء اقتصاد تنافسي يرتكز على قوة المبادرة الخاصة. فالتحولات الاقتصادية العالمية وتنامي انفتاح الاقتصادات العالمية و اتساع رقعة المبادلات التجارية و ما يفرزه ذلك من منافسة شرسة بين الدول، كل ذلك يستوجب توفير كل الشروط المناسبة لتحفيز المبادرة الخاصة المحلية، كما الدولية، باعتبارها أداة للإقلاع الاقتصادي وطنيا و دوليا.[1] فالانسحاب التدريجي للدولة من تدبير الأنشطة الاقتصادية لصالح المبادرة الخاصة وتعزيز النهج الليبرالي، فرض على السلطات العمومية توفير الظروف المناسبة لبلورة الدور الجديد للدولة، [2] من خلال تعزيز الضمانات القانونية الكفيلة بحماية الحريات الاقتصادية.

يفيد المفهوم التقليدي للحريات الاقتصادية أن الأشخاص العامة لا يمكنها التدخل كفاعلين اقتصاديين إلا عندما يتعذر على القطاع الخاص النهوض بمهام تلبية الحاجيات الاجتماعية. كما تعمل على تجنب عرقلة المبادرة الخاصة عبر العديد من التشريعات المختلفة. بيد أن تطبيق هذا المفهوم وفق المنظور التقليدي السالف الذكر يبقى صعبا. فالتدخل الاقتصادي للدولة بالمغرب أخذ أشكالا متنوعة، وهو ما يجعل الحصيلة الفعلية لحرية المبادرة الخاصة وحرية المنافسة تبقى محدودة. [3]

لقد لعب المشرع الدستوري دورا بارزا في تكريس النهج الليبرالي للاقتصاد المغربي منذ أول تجربة دستورية سنة 1962. ولئن تراوحت الممارسة العملية للدور الاقتصادي للدولة بين تدخلية واسعة منذ الاستقلال كانعكاس لجملة من العوامل على رأسها هاجس بناء الدولة وشرعية النظام السياسي، وضعف القطاع الخاص من جهة، وخطاب ليبرالي مصحوب بتراجع بين لهذا الدور خاصة منذ البدء في تطبيق برنامج التقويم الهيكلي بإيعاز من المؤسسات المالية الدولية من جهة أخرى، فإن الوثيقة الدستورية ظلت وفية لروح النهج الليبرالي منذ أول دستور للمملكة سنة 1962. فكيف تساهم الحماية الدستورية للحريات الاقتصادية في تعزيز الانفتاح الاقتصادي بالمغرب وترسيخ مبادئ دولة الحق و القانون الاقتصادي؟

لقد كرست كل الدساتير المغربية حق الملكية كدعامة أساسية لحرية المبادرة الخاصة التي حظيت بدورها بطابع الحماية الدستورية منذ دستور 1996، وهو ما عزز الحماية القانونية للحريات الاقتصادية التي تصب في تكريس الانفتاح الاقتصادي.

ولئن تمت دسترة حق الملكية (المطلب الأول) منذ دستور 1962، فإن حرية المبادرة الخاصة (المطلب الثاني) لم تجد طريقها إلى الدسترة إلا في الإصلاح الدستوري لسنة 1996. بينما عزز دستور 2011 هذه الحرية بإقراره مبدأ التنافس الحر.

---

[1] عبد الحافظ أدمينو : نظام البيروقراطية الإدارية بالمغرب - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية - أكدال الرباط 2001-2002،ص 198.

[2] عبد النبي اضريف : الخوصصة بالمغرب :إصلاحات ،حصيلة و رهانات - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية عين الشق الدار البيضاء 1999-2000 ص 217.

[3] *Abderrahmane ZANANE*: Les libertés économiques au Maroc- Article non publié, p3.

المطلب الأول: حق الملكية كدعامة لحرية المبادرة الخاصة

رغم أن حق الملكية ليس مطلقا ويعرف حدودا (أولا)، فإن أهميته، كحرية اقتصادية، تتجلى في الترابط القائم بينه وبين حرية المبادرة الخاصة (ثانيا).

أولا: حق الملكية وحدوده

تقوم النظريات الليبرالية على تصور مفاده أن الاقتصاد الناجع و المستدام ينبني أساسا على حق الملكية الفردية والتي يتم بناء عليها تخويل حق الحيازة و التصرف للفاعلين الاقتصاديين القادرين على المساهمة في مسلسل التنمية الاقتصادية. فمنطق الملكية الفردية يتسم وفق منظور رواد الفكر الليبرالي، بالقدرة على تحفيز شروط خلق الثروة بواسطة العمل و بضمان انبثاق فئات من المقاولين المبدعين. من هنا تجلت قدرة نظام الملكية الفردية على المساهمة في خلق فرص الشغل، باعتبار هذا النظام أرضية ضرورية لبلورة المسؤولية و المبادرة الخاصة التي تتوقف عليها الاستفادة من القدرات الذاتية للأفراد وتوفير شروط الابتكار وحفز النمو.[1] فضلا عن ذلك، يشكل حق الملكية الفردية شرطا من شروط التحرير الاقتصادي باعتبارها أساسا للحريات الاقتصادية.[2] لكن، وعلى النقيض مما يراه الكثيرون، فالملكية لا تشكل الشق الأهم في الهندسة القانونية للمجتمعات المعاصرة، بقدر ما يحظى العقد بهذه الأسبقية.[3]

إذا كان المشرع الدستوري لم يبادر إلى دسترة حرية المبادرة منذ دستور 1962 و اكتفى بالمقابل بدسترة حق الملكية الفردية فحسب، فإن القاضي الإداري استند على الطابع الدستوري لحق الملكية لاعتبار حق التجارة و الصناعة مبدأ من المبادئ العامة للقانون.[4] وبالتالي فالقاضي الإداري ساهم، من خلال اجتهاده في تفسير القاعدة الدستورية، في تكريس القيمة القانونية لحرية المبادرة الخاصة حتى قبل دسترتها.

شأنها شأن العديد من الدساتير المقارنة، نصت مختلف الدساتير المغربية منذ دستور 1962 على إمكانية الحد من حق الملكية إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة. فالفصل 15 من دستور 1962 نص على أن " حق الملك مضمون. للقانون أن يحد من مداه واستعماله إذا دعت إلى ذلك ضرورة النمو الاقتصادي والاجتماعي المخطط للبلاد. لا يمكن نزع الملكية إلا في الأحوال وحسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون".و الملاحظ أن الفصل 15 من الدستور السالف ذكره لم يصف الملكية موضوع الحماية بالخاصة أو الفردية، و هو ما يفيد أن ملكية باقي الأشخاص العامة تحظى كذلك بذات الحماية.

في هذا السياق، يجدر التنويه أن المجلس الدستوري الفرنسي قد حسم نقاشا سابقا في هذا المضمار عندما اعتبر أن المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لا تقتصر فقط على الملكية الفردية، بل تهم أيضا ملكية أشخاص القانون العام.[5]

وحيث إن حق الملكية لا يمكن الحد منه إلا وفق ما يقتضيه القانون، ومن منطلق كون ملكية الأشخاص العامة لا تشذ عن هذه الحماية التي يضمنها الدستور، فإن الاختصاص الحصري للمشرع بتفويت المنشآت العامة ونقل ملكيتها إلى الخواص يعد نتيجة منطقية لهذين المعطيين. بناء على ذلك، نص دستور 1996 في فصله السادس و الأربعون المحدد لمجال القانون على تخويل البرلمان اختصاص " تأميم المنشآت

[1] محمد المرغدي: المنافسة : أبعادها الاقتصادية والقانونية (الجزء الثاني)- منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة- االعدد 92 ، 2015 ص 245-246.

[2] Sophie NICINSKI : Droit public des affaires, Montchrestien, 2010 p43-Cité par *Abderrahmane ZANANE*: La liberté d'entreprendre –in constitution et gouvernance (sous la direction d'Ahmed ESSOUSSI)-Latrache éditions 2012 P136.

[3] Gérard FARJAT : Pour un droit économique, Presse Universitaire de France, édition 2004,p47.

[4] *Abderrahmane ZANANE*: La liberté d'entreprendre –in constitution et gouvernance (sous la direction d'Ahmed ESSOUSSI)-Latrache éditions 2012 P 135.

[5] Conseil Constitutionnel Français: Décision n° 94-394, 21 juillet 1994, les grandes décisions du Conseil Constitutionnel.cité par :
وليد حيدر جابر :طرق إدارة المرافق العامة : المؤسسة العامة و الخصخصة - منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت لبنان) الطبعة الأولى، 2009، ص111.

ونقلها من القطاع العام إلى القطاع الخاص". وهو نفس المقتضى الذي نص عليه دستور 2011 في فصله الواحد و السبعون تحت مسمى "تأميم المنشآت ونظام الخوصصة ".

وعليه، يمكن القول أنه إذا كان التأميم شكلا من أشكال نزع الملكية الخاصة، فإن الخوصصة تعد مظهرا من مظاهر "نزع الملكية العامة"، و هو ما يعضد فكرة الاختصاص الحصري للبرلمان في مجال التأميم والخوصصة باعتباره اختصاصا قد ينطوي على الحد من مدى حق الملكية.

رغم أهميته في تحفيز النمو و المبادرة، فإن حق الملكية المطلق قد تكون له انعكاسات سلبية على المصلحة العامة. من هذا المنطلق، فإن إقرار هذا الحق في الدساتير يترافق دوما مع التنصيص على إمكانية الحد منه بقانون. وهو الأساس القانوني لحق الدولة في نزع الملكية من أجل المنفعة العامة أو أثناء القيام بعمليات التأميم.

تعد المصلحة العامة قيدًا هاما بالنسبة لحق كل فرد في ملكه الخاص، فلا يستطيع أن يستخدمه بشكل يضر مصلحة المجتمع، أو ينفرد بالتصرف فيه إذا كانت هناك مصلحة عامة تعارض ذلك. ولهذا، فالمصلحة العامة هي قيد على بعض الحقوق الخاصة للأفراد ومن بينها حق الملكية الخاصة.[1] فقد سبق للمحكمة الدستورية العليا بمصر مثلا أن قضت في أحد اجتهاداتها أنه " ولئن كان الدستور قد كفل حق الملكية الخاصة ، وحوطه بسياج من الضمانات التي تصون هذه الملكية وتدرأ كل عدوان عليها، إلا أنه في ذلك كله لم يخرج عن تأكيده على الدور الاجتماعي لحق الملكية ، حيث يجوز تحميلها ببعض القيود التي تقتضيها أو تفرضها ضرورة اجتماعية "[2]

ولئن أقر المشرع الدستوري باحتمال استغلال حق الملكية بشكل تعسفي، وهو ما يستشف من إقراره إمكانية الحد منه، فإنه بتكريسه لحماية حق الملكية الخاصة يجعل من هذا الحق شرطا لليبرالية الاقتصادية ودعامة من دعائم الحريات الاقتصادية التي سيتم تكريسها في وقت لاحق.[3]

ثانيا: ترابط حق الملكية وحرية المبادرة الخاصة

تأسيسا على ما تم بسطه أعلاه، وبناء على الترابط القائم بين حق الملكية وحرية المبادرة الخاصة، والذي شكل مرتكز القاضي القاضي الإداري لتكريس الحماية القضائية لهذه الحرية حتى قبل دسترتها وفق ما تم بيانه سلفا، فإنه يطرح التساؤل التالي: لماذا تأخرت دسترة حرية المبادرة الخاصة إلى حدود 1996 رغم دسترة حق الملكية، الذي يشكل أساسها، منذ دستور 1962؟ ولماذا لم يساير المشرع الدستوري اجتهاد القاضي الإداري وبالتالي دسترة حرية المبادرة الخاصة في الدساتير الموالية لدستور 1962؟

إلى جانب تسجيل ضعف استخدام مفهوم "حرية المبادرة" من لدن صناع القرار المغاربة[4]، يمكن القول أن تأخر دسترة حرية المبادرة يجد تفسيره في الطابع الهجين للتدخل الاقتصادي للدولة الذي زاوج لمدة طويلة بين التدخلية القوية وخطاب الانسحاب وبين التوجيه والتحرير. كما يشكل ذلك انعكاسا لطابع التردد التي اتسم به اعتماد الليبرالية في شقها الاقتصادي من لدن الدولة.

بينما يفسر البعض خلو الدساتير المتعاقبة منذ 1962إلى 1992 من أية إشارة إلى حرية المبادرة الخاصة بما أملته ضرورة نهج الدولة لسياسة تدخلية بفعل ضعف المبادرة الخاصة والقطاع الخاص والمجهودات التنموية التي فرضتها ضرورة تحقيق الاستقلال

---

[1] تامر ريمون : الضمانات الدستورية لحماية الاستثمار، مجلة الدستورية (منشورات المحكمة الدستورية العليا بمصر) العدد الثاني والعشرون- مقال متوفر في الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط :

http://hccourt.gov.eg/Pages/elmglacourt/mkal/22/tamer%2022.htm (consulté le 15/01/2016).

[2] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 68 لسنة 19 ، جلسة 2005/7/31، أورده تامر ريمون: الضمانات الدستورية لحماية الاستثمار،المرجع نفسه.

[3] *Abderrahmane ZANANE : Les libertés économiques au Maroc- op.cit p2.*

[4] Abderrahmane ZANANE : La liberté d'entreprendre, op.cit-p134.

الاقتصادي.[1] فضلا عن ذلك، يمكن القول أن دساتير 1970، 1972 و 1992لم تنعكس إيجابا على الحريات الاقتصادية بحكم جو الاحتقان السياسي وأجواء الصراع بين الملكية والمعارضة والذي تجسد في تعطيل الدستور من خلال إعلان حالة الاستثناء بين 1965 و 1970.

فرغم تبني الدولة للإيديولوجية الليبرالية في شقها الاقتصادي والسياسي على مستوى الخطاب، فإنها ظلت عمليا حبيسة المنطق التدخلي في شتى المجالات كانعكاس للطابع المخزني- التقليدي لبنية الدولة.[2] فبعيد الاستقلال، لم يحل الخطاب الليبرالي للدولة دون مواصلة النهج المتمثل في إجهاض كل مبادرة فردية و ضرب مقوماتها عبر جملة من الوسائل على رأسها البيروقراطية، المنافسة الموازية للمؤسسات والمقاولات العمومية، الحماية الجمركية والضغط الضريبي.[3]

كما أن هذا الوضع يؤشر من منظور البعض لوجود هوة بين السياسي والاقتصادي في الفترة التي عرفت حضورا قويا للدولة (1956-1983). فإذا كان النهج الليبرالي بينا في التوجهات السياسية للدولة، فإن المجال الاقتصادي ظل مطبوعا بتدخلية قوية للدولة لمدة طويلة. فهذا التناقض غير مقبول مما فرض ضرورة تناغم السياسي و الاقتصادي في سياق تحديات العولمة.[4] وهو ما يفسر التعارض الذي سجل أثناء بداية تنفيذ برامج التقويم الهيكلي بناء على توجهات المؤسسات المالية الدولية والنهج التدخلي الذي دأبت عليه الدولة.[5] فالخيار الليبرالي للدولة لا يمكن فصله عن السياق التاريخي الذي رافقه طيلة القرن العشرين.[6]

ومفاد ما تقدم، أن الحماية القانونية لحق الملكية الفردية شكلت دعامة أساسية لحرية المبادرة الخاصة خصوصا من خلال كونها مرتكز القاضي الإداري في اجتهاداته التي كانت تصب في اتجاه حماية حرية التجارة والصناعة، والتي شكلت بدورها اللبنة الأساسية لحث المشرع الدستوري لضمان الحماية القانونية لحرية المبادرة الخاصة.

المطلب الثاني: الحماية القانونية لحرية المبادرة الخاصة ودورها في تعزيز الانفتاح الاقتصادي

جاءت دسترة حرية المبادرة الخاصة بالمغرب (أولا) في سياق سعي الدولة لتعزيز الحريات الاقتصادية باعتبارها ركيزة أساسية لمسلسل الانفتاح الاقتصادي (ثانيا).

أولا: مفهوم حرية المبادرة الخاصة وسياق تطورها في التجربة الدستورية المغربية

يفيد المبدأ الدستوري لحرية المبادرة الخاصة أن القانون لا يحدد سلفا وعلى سبيل الحصر لائحة للأنشطة التجارية والصناعية التي يسمح بممارستها. بل إن الأنشطة التي يمكن مزاولتها تتطور باستمرار. كما لا يمكن للقانون حصر لائحة الأشخاص الذين يسمح لهم بممارسة نشاط معين والحد من حرية الأخرين في ولوج مهن معينة باستثناء ما يتعلق بضرورة توفر الشروط اللازمة لمزاولة بعض المهن والأنشطة.[7] كما لا يمكن، بمقتضى نفس المبدأ، للأشخاص العامة منع ولوج فاعلين خواص إلى أي نشاط اقتصادي بدعوى امتلاك الشخص العام لاحتكار نشاط معين.[8]

---

[1] Mohamed EL YAAGOUBI : La liberté du commerce et de l'industrie ou la liberté d'entreprendre (Article 35,alinéa 3 de la constitution) , Publications de la REMALD , numéro 108 Janvier – Février 2013,p21.

[2] عبد الحافظ أدمينو : نظام البيروقراطية الإدارية بالمغرب - مرجع سابق، ص195.

[3] محمد شقير : تطور الدولة بالمغرب :إشكالية التكون و التمركز و الهيمنة- أفريقيا الشرق طبعة 2002،ص342.

[4] Abdeslam BEKKALI : Processus de libéralisation et réforme de l'Etat au Maroc-Publications de la REMALD N° 57-58 ,2004 p120.

[5] عبد الحافظ أدمينو : نظام البيروقراطية الإدارية بالمغرب - مرجع سابق، ص 196.

[6] *Ahmed BERAKOUCH*: La liberté d'entreprendre dans une économie de concurrence :cas du Maroc- thèse de doctorat en droit public, Université de Perpignan via Domitia ,2009-2010, p38.

[7] Idem p67.

[8] Mohamed EL YAAGOUBI : La liberté du commerce et de l'industrie ou la liberté d'entreprendre (Article 35,alinéa 3 de la constitution) , op.cit p25.

جدير ذكره أن حرية المبادرة كانت مثار نقاش فقهي في أوساط الفقه المقارن (فرنسا أساسا) بين تيارين يرى أحدهما أن حرية المبادرة هي مكون من مكونات حرية التجارة و الصناعة، بينما يرى الاتجاه المخالف عكس ذلك معتبرا أن حرية المبادرة تشمل حرية التجارة والصناعة.[1] وبصرف النظر عن الجدل الفقهي الآنف الذكر، فمبدأ حرية التجارة و الصناعة في التجربة الفرنسية مثلا يستمد جذوره من قانون 2و17 مارس 1791 الذي ينص على حرية ممارسة الأشخاص لأي نشاط اقتصادي أو مهني في احترام للنصوص القانونية الجاري بها العمل.[2] و المبدأ ذاته، والمتسم بقيمة دستورية، مصدره مبدأ الحرية الذي أرساه إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789.[3]

أما بشأن سياق تطور حرية المبادرة الخاصة في التجربة المغربية، فيجدر التنويه أنه بعد التنصيص عليه في بنود اتفاقية الجزيرة الخضراء، لم يبد المغرب المستقل أي رفض لمبدأ حرية التجارة و الصناعة، بل استند عليه المجلس الأعلى في العديد من اجتهاداته. بيد أن الدولة أدخلت عليه بعض التعديلات عبر العديد من النصوص القانونية التي همت مجالات الاقتصاد والانتاج والتجارة والخدمات.[4] إلا أن الواقع العملي في مرحلة معينة والمتسم بقوة تدخل الدولة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية جعلها تكبت كل المبادرات فردية كانت أم جماعية.[5] مع ذلك، وانطلاقا من 1962، بدأ الاجتهاد القضائي يحيل على حماية دستور 1962 لحق الملكية الخاصة في اجتهاداته التي همت حرية التجارة والصناعة.[6]

سعيا لتكريس التوجه الليبرالي للدولة في تدبير القطاع العام الاقتصادي، نص دستور 1996، للمرة الأولى في تاريخ الدساتير المغربية، من خلال مقتضيات الفصل الخامس عشر منه على ضمان حرية المبادرة الخاصة، مع التنصيص على إمكانية الحد منها. ف" حق الملكية وحرية المبادرة الخاصة مضمونان. للقانون أن يحد من مداهما وممارستهما إذا دعت إلى ذلك ضرورة النمو الاقتصادي والاجتماعي للبلاد". وبذلك يكون المشرع الدستوري قد ضمن الحماية القانونية لحرية المبادرة الخاصة التي لا يستقيم واقع اقتصاد السوق القائم على المنافسة دون حمايتها.

فإذا كانت الدساتير اللاحقة على دستور 1962 اقتصرت على دسترة حق الملكية، فإن دستور 1996 شكل قفزة نوعية في اتجاه تكريس حرية التجارة والصناعة وحرية المبادرة الخاصة. ففضلا عن تعزيزه لحماية حقوق الانسان كما هي متعارف عليها عالميا، عزز فصله الخامس عشر حماية الحريات الاقتصادية من خلال تأكيده الصريح على ضمان المشرع الدستوري لحرية المبادرة إلى جانب حق الملكية.[7]

لقد جاء الإصلاح الدستوري لسنة 1996 في سياق وطني مطبوع ببداية الانفراج السياسي و التقارب بين القصر والمعارضة وبداية تشكل شبه إجماع حول الاختيارات الاقتصادية للدولة والتي توجت بمشاركة المعارضة في تدبير الشأن العام.

أما دوليا، فقد شهد العالم مجوعة من المتغيرات دفعت بالفاعلين الحكوميين إلى نهج تحولات اقتصادية تجسدت في إعادة النظر في دور الدولة خصوصا بعد القصور الذي عرفه القطاع العام [8]. كما أن تحرير الاقتصاديات عالميا ترتب عنه خضوع العديد من

---

[1] Ali KAIROUANI : La nouvelle constitution économique du Maroc : étude analytique de droit public économique, publications de la REMALD N° 114, Janvier Février 2014 p56.

[2] Lexique des termes juridiques (dictionnaire), Dalloz 21ème édition 2014, p563.

[3] Didier LINOTTE et Raphaël ROMI : services publics et droit économique, Edition du juris-classeur ,5ème édition 2003,p134.

[4] Michel ROUSSET : Politique administrative et développement économique au Maroc1956-2004, communication présentée au séminaire organisé par l'Union international des Avocats. L'association des Barreaux du Maroc et le bureau de Marrakech à Marrakech les 7 et 8 mai 2004 p4 . Article accessible en ligne sur le lien: http://www.mmsp.gov.ma/concoursena2011/michel_rousset. pdf (consulté le 12/08/2011).

[5] محمد شقير: تطور الدولة بالمغرب :إشكالية التكون و التمركز و الهيمنة- مرجع سابق ص342.

[6] *Abderrahmane ZANANE*: La liberté d'entreprendre- op.cit. p138.

[7] *Ahmed BERAKOUCH*: La liberté d'entreprendre dans une économie de concurrence: cas du Maroc, op.cit p66.

[8] نادية بوضاض : مساهمة في دراسة سياسة الخوصصة في المغرب – أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ،كلية الحقوق أكدال الرباط 2003 ص8.

أنشطة القطاع العام لمنطق المنافسة. وقد صاحب ذلك تنامي خضوع المقاولات العمومية لقواعد القانون العادي على حساب قواعد القانون العام.[1] فضلا عن ذلك، عرفت الآليات القانونية لتدخل الدولة تحولات تجسدت في تنامي حضور آلية التعاقد على حساب الآليات التقليدية المتمثلة في القوانين والمراسيم والدوريات التي يطغى عليها الطابع الانفرادي (L'unilatéralité)، مرد ذلك كون العقد الأداة القانونية المثلى لتجسيد المقاربة التشاركية.[2] يضاف إلى ذلك، كون المجال الإداري ليس بمعزل عن السياق الاقتصادي والاجتماعي، والذي يفرض عليه التكيف مع تحولات المبادئ والآليات المتحكمة في تدخل الدولة. وهو ما يفسر عدم اقتصار الدولة على قواعد القانون العام في تدخلاتها وإقبالها المتزايد على قواعد القانون الخاص وأساليب تدبير القطاع الخاص.[3]

غير أن اتسامها بالقيمة الدستورية لا يجعل حرية المبادرة الخاصة بمنأى عن أي مساس بها متى اقتضت ضرورة المصلحة العامة ذلك. وقد تتخذ القيود على حرية المبادرة الخاصة عدة أشكال من قبيل نظام الترخيص الإداري أو التصريح المسبق أو تحديد شروط الولوج إلى أنشطة معينة وممارستها. [4] فحرية المبادرة الخاصة ليست مطلقة؛ فوفق مقتضيات الفصل 15 من دستور 1996 فإن "حق الملكية و حرية المبادرة الخاصة مضمونان. للقانون أن يحد من مداهما وممارستهما إذا دعت إلى ذلك ضرورة النمو الاقتصادي و الاجتماعي للبلاد. ولا يمكن نزع الملكية إلا في الأحوال و حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون."

ثانيا: دور حرية المبادرة الخاصة في تعزيز الانفتاح الاقتصادي

إذا كانت المنافسة قيمة حقوقية رديفة لحرية المبادرة الخاصة التي يكفل دستور المملكة ممارستها، فإن حق الخواص في مزاولة أنشطتهم لا يجد تطبيقه العملي ما لم تتوفر شروط المنافسة والمساواة في الولوج إلى الأسواق في ظل ضمانات قانونية نافذة،[5] مرد ذلك كون حرية المنافسة تعتبر تجسيدا لمبدأ حرية التجارة و الصناعة (حرية المبادرة) و التي تشكل بدورها فرعا للحرية التعاقدية والتي تترجم قانونيا الليبرالية في شقها السياسي والاقتصادي.[6] فضلا عن ذلك، فالاقتصاد بحاجة إلى بيئة قانونية ملائمة بغية ضمان حماية حقوق الفاعلين الخواص والمصلحة العامة على حد سواء.[7]

رغم أن دستور 1996 نص في الفصل الخامس عشر منه على ضمان حرية المبادرة الخاصة، فإن البعض وصفه بالحياد الاقتصادي (neutralité économique) بدعوى أن الفصل الخامس عشر السالف الذكر هو الفصل الوحيد الذي جاء بمقتضيات تهم النظام الاقتصادي. الأمر الذي وجب تجاوزه في دستور 2011 من خلال تقديم إجابات واضحة حول تصور الدستور لليبرالية الاقتصادية و دور الدولة.[8] بينما يرى رأي مخالف أن الدستور المغربي هو في ذات الوقت دستور سياسي و اقتصادي. فالدستور الاقتصادي هو مجموع المقتضيات المتعلقة بالتنظيم الاقتصادي للدولة لاسيما الحريات الاقتصادية.[9]

والجدير بلفت النظر إليه، أنه يسجل في التجارب الدستورية المقارنة كون " الدساتير في الديموقراطيات الغربية تتميز بأنها محايدة فيما يتعلق بالتنظيم الاقتصادي للدولة ، إذ ليس من موضوعات هذه الدساتير تحديد برنامج اقتصادي ، أو حتى مجرد وضع قيود جوهرية لتوجيه الاختيار بين مختلف السياسات الاقتصادية . إن المشرع هو السلطة المختصة بتحديد أسس النظام الاقتصادي .

---

[1] Jean-Philippe COLSON : Droit public économique, LGDJ 3ème édition 2001-p447.

[2] Mohamed EL YAAGOUBI: La technique contractuelle, nouveau mode de gestion de l'Etat du 21ème siècle - In quel Etat pour le 21ème siècle, édition l'Harmattan 2001,p125.

[3] Abdelah EL MOUTAOUKIL : Les grands services publics, publications de la REMALD collection « manuels et travaux universitaires » 1ère édition 1999,p27.

[4] Gabriel ECKERT : Droit public des affaires, LGDJ Lexenso éditions ,2ème édition 2013, pp107-108.

[5] الجيلالي أمزيد :الحماية القانونية و القضائية للمنافسة في صفقات الدولة- منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية،سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية العدد 79 الطبعة الأولى 2008، ص15.

[6] (M) DRISSI ALAMI MACHICHI : concurrence : droits et obligations des entreprises au Maroc, EDDIF édition 2004 pp 11-12.

[7] (M) DRISSI ALAMI MACHICHI : Environnement juridique de la vie économique-La revue Marocaine de droit économique, N°2 Janvier 2009 p9.

[8] Larbi JAIDI : La constitution économique de l'Etat – La vie économique 11/04/2011 (www.vieeco.com / consulté le 21/02/2012).

[9] Ali KAIROUANI : La nouvelle constitution économique du Maroc : étude analytique de droit public économique, op.cit. p53.

ويعتبر تدخل القانون ضمانة دستورية للتنظيم الاقتصادي للدولة فى الديموقراطيات الحرة".[1] وعلى سبيل المثال لا الحصر، فالدستور الفرنسي لا يتضمن أي تنصيص صريح على حرية المبادرة الخاصة، فوحده القاضي الدستوري يتولى استنباط وجود حرية المبادرة الخاصة من خلال المبادئ العامة. فقد تم تكريس هذه الحرية من خلال القرار الشهير للمجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 16 يناير 1982 بمناسبة بته في مدى دستورية قانون التأميمات [2] فهو دستور "يتميز بالحياد الاقتصادي، ويترك للمشرع تحديد السياسة الاقتصادية. ويكفي أن نشير إلى المادة 34 من الدستور التي تعهد إلى القانون وضع القواعد الخاصة بتأميم المشروعات ونقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص" [3].

أما في المغرب، فتجدر الإشارة إلى أن دستور 1972 هو أول دستور يخول، في فصله الخامس و الأربعون، البرلمان الاختصاص بتأميم المنشآت و نقلها من القطاع العام إلى القطاع الخاص.

على غرار الفصل 15 من دستور 1996، نص الفصل 35 من دستور 2011 على ضمان حق الملكية وحرية المبادرة والمقاولة، مع تعزيز ذلك بالتنافس الحر(Libre concurrence). والملاحظ أن المشرع الدستوري قد عزز حرية المبادرة للتأكيد على توسيع مدى الحريات الاقتصادية ليشمل دسترة التنافس الحر في أفق إرساء دعائم دولة القانون الاقتصادي(Etat de droit économique).

فالتنافس الحر يقوم على "حماية الحريات الاقتصادية و المساواة بين الفاعلين الاقتصاديين، من خلال العمل على تفادي إخلال تدخلات السلطة العامة بالمنافسة وتجنب الممارسات المنافية للمنافسة أو خلق تفاوتات بين الفاعلين الاقتصاديين."[4] غير أن مبدأ التنافس الحر " يتميز عن باقي الحريات الاقتصاديات بكونه ليس له طابع عام و لا يشمل كل مناحي الحياة الاقتصادية، بل يهدف فقط إلى احترام المنافسة الحرة، العادلة و المشروعة."[5]

في ذات السياق، تجدر الإشارة إلى أن الفصل 35 من دستور 2011 يثير ملاحظات يمكن بسطها على النحو التالي:

- أسند الفصل المذكور حماية حق الملكية للقانون، بينما تبقى حماية حرية المبادرة والمقاولة والتنافس الحر من اختصاص الدولة؛
- خلافا لدستور 1996، لم يقرن المشرع الدستوري في دستور 2011 حرية المبادرة بوصف "الخاصة".
- إذا كان الفصل 15 من دستور 1996 يقر إمكانية الحد من مدى حق الملكية وحرية المبادرة معا، فإن دستور 2011 لم يشر في الفصل 35 منه إلى إمكانية الحد من حرية المبادرة واكتفى بالتنصيص على ذلك بالنسبة لحق الملكية.

فضلا عن ذلك، نص الفصل 36 من الدستور على تجريم القانون لمختلف الممارسات المخالفة لمبادئ المنافسة الحرة والمشروعة في العلاقات الاقتصادية. و هو ما جعل أحد الباحثين يصف الفصلين 35 و 36 من دستور 2011 بالمصدر الرئيسي للقانون الدستوري الاقتصادي المغربي.[6] و بذلك تتجلى الإشارات القوية للمشرع الدستوري باعتبار المرجعية الليبرالية في المجال الاقتصادي هي

[1] محمد محمد عبد اللطيف : الدستور و المنافسة ، مجلة الدستورية (منشورات المحكمة الدستورية العليا بمصر) العدد الثالث عشر- مقال متوفر على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط :

http://hccourt.gov.eg/Pages/elmglacourt/mkal/13/abdelatef.htm (consulté le 25/03/2015).

[2] Gabriel ECKERT : Droit public des affaires, LGDJ Lexenso éditions ,2ème édition 2013-p106.

[3] محمد محمد عبد اللطيف : الدستور و المنافسة،مرجع سابق ص 1.

[4] Gabriel ECKERT : Droit public des affaires,op.cit,p114.

[5] Sophie NICINSKI : Droit public des affaires, 3ème édition, Montchrestien, paris 2012, p57 – cité par : Ali KAIROUANI : La nouvelle constitution économique du Maroc : étude analytique de droit public économique, op.cit. p57.

[6] Ali KAIROUANI : La nouvelle constitution économique du Maroc : étude analytique de droit public économique, oo.cit. p53.

الموجهة للسياسة الاقتصادية للدولة.[1] و انسجاما مع ذات التوجه، يجدر التنويه أن دستور 2011 استخدم لفظ " المنافسة" للمرة الأولى عكس دستور 1996 الذي لم يستخدم هذا المفهوم قط .[2] و ينسحب نفس الأمر على الدساتير السابقة.

كما أن دستور 2011 يكرس اعتماد مبادئ اقتصاد السوق في تدبير الحياة الاقتصادية، كوجه من أوجه الانفتاح الذي يشكل خيارا ثابتا للمغرب من خلال تنصيص ديباجة الدستور عليه. في ذات السياق، يجدر وصف توجه المشرع الدستوري بكونه يسعى لتكريس "اقتصاد سوق اجتماعي" (Economie sociale du marché) من خلال حرصه على التوفيق بين ضمان معدل نمو قوي والتحكم في معدلات التضخم والبطالة وضمان حماية اجتماعية ملائمة، وهو ما يلزم الدولة بالسعي نحو الحفاظ على المصلحتين العامة والخاصة على حد سواء.[3]

هذا التوجه زكته دسترة مبدأ التوازن المالي للدولة في الفصل 77 من دستور 2011 والسمو بمجلس المنافسة إلى مصاف المؤسسات الدستورية كضامن للشفافية و الإنصاف في العلاقات الاقتصادية وفق مقتضيات الفصل 166 من ذات الوثيقة الدستورية.

واتساقا مع توجه المشرع الدستوري الرامي لتعزيز مناخ الحريات الاقتصادية عبر تعزيز صلاحيات مجلس المنافسة كمؤسسة دستورية، بادر المشرع العادي بإصدار قانونين هامين في هذا المضمار وهما على التوالي: القانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، والقانون 20.13 المتعلق بمجلس المنافسة. كل ذلك بغية تجاوز نقائص القانون السابق 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

مؤدى ذلك أن، المقتضيات الدستورية ذات صلة بمجال الحريات الاقتصادية تبقى متقدمة، غير أن انعكاسها على أرض الواقع يبقى محدودا. فترتيب المغرب في مؤشر الحرية الاقتصادية[4] يبقى متأخرا؛ حيث احتل سنة 2009 الرتبة 101 عالميا من بين 178 دولة.[5] بينما تراجع سنة 2014 إلى المرتبة 103 بفعل عدة عوامل على رأسها اتساع دور الدولة وضعف مناخ الأعمال بفعل الرشوة و الفساد.[6] كما أن تدبير الاقتصادي بمنطق السياسي قد يحد من فعالية التدابير المتخذة. غير أن ذلك لا ينفي حقيقة المجهودات التي تبذل على مستوى تبسيط المساطر وتحفيز المبادرة الخاصة و تشجيع الاستثمار.

على سبيل الختم، يمكن القول أن المقتضيات الدستورية ذات صلة بالحريات الاقتصادية سعت لتعزيز الانفتاح والتحرير الاقتصادي عبر توفير الضمانات الدستورية لتعزيز حضور المبادرة الخاصة. فبعدما أرسى دستور 1962 اللبنة الأولى للتوجهات الليبرالية للدولة المغربية بعد الاستقلال، شكل دستور 1996 البداية الفعلية لتكريس التوجه الانفتاحي للدولة في تدبير الاقتصاد عبر الدسترة الصريحة لحرية المبادرة. كما رافق هذا الانفتاح الاقتصادي انفتاح سياسي تمثل في إشراك أحزاب المعارضة في تدبير الشأن العام بعد تشكيل حكومة التناوب التوافقي سنة 1998. بينما سعى دستور 2011 نحو تكريس و تعزيز التوجه الانفتاحي للمشرع الدستوري في وضع أسس التدبير الليبرالي للاقتصاد ومن خلال ذلك رسم معالم دور جديد للدولة في الحياة الاقتصادية. مؤدى ذلك أن جملة المقتضيات المتصلة بالحريات الاقتصادية التي جاءت بها مختلف الدساتير المغربية يتأتى معها نفي صفة الحياد الاقتصادي عن الدستور المغربي عكس ما يراه البعض.

---

[1] محمد الأعرج : طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية العدد 101- 2013 ص 55.

[2] Hafid BARKA : Dimension économique de la nouvelle constitution marocaine - Publications de la REMALD, numéro 103 mars– avril 2012,p102.

[3] Centre marocain de conjoncture : Réforme constitutionnelle : quel contenu économique ? N° 37 juin 2011-p6.

[4] ينشر المعهد الأمريكي (The Heritage Foundation) و اليومية الاقتصادية (The wall street journal) تقريرا سنويا حول مؤشر الحرية الاقتصادية، و هو مؤشر يتم قياسه بناء على معدل جملة من المؤشرات الأخرى هي: السياسة التجارية، الجباية، تدخل الدولة في الاقتصاد، السياسة النقدية، الاستثمار، مناخ الأعمال، السياسة المالية، مرونة سوق الشغل، حق الملكية و مستويات الرشوة والفساد.

[5] Ministère de l'économie et des finances (Direction des études et des prévisions financières) : Indice de liberté économique 2009 au niveau mondial et positionnement du Maroc, septembre 2009,p1.

[6] Hicham El Moussaoui : Maroc : la liberté économique confisquée par l'État, article accessible en ligne sur le lien :http://www.libreafrique.org/HichamElMoussaoui-liberte-230114

سبل إصلاح وتحديث المحاكم المالية بالمغرب :
إصلاح المحيط الخارجي

أحمد الطويل
باحث في القانون العام
تخصص: العلاقات الدولية الاقتصادية

مقدمة

إذا كان إصلاح المحيط الداخلي للمحاكم المالية يعد ركيزة أساسية لتطوير أدائها الرقابي والرفع من إنتاجية وفعالية هذه المحاكم ، مما ينعكس إيجابا على مجال حماية الموارد المالية العمومية وترشيد وعقلنة الإنفاق العمومي ، وبالتالي إرساء آلية أساسية من آليات الحكامة والسير نحو تحقيق تنمية مستدامة ، فإن إصلاح المحيط الخارجي لهذه المحاكم يعد مطلبا أساسيا وجوهريا ، بل إنه لا يقل أهمية عن إصلاح المحيط الداخلي .وبالتالي فإن الحديث عن إصلاح النسق الخارجي للمحاكم المالية يقودنا إلى مناقشة عزلة هذه المحاكم ، وانطوائها على نفسها ، وضبابية عملها ، وعدم فعالية تنسيقها مع الأجهزة الرقابية العليا الدولية والإقليمية بالشكل الذي يفعل رقابتها ويحسن أداءها .

ولعل الحلول العملية لهذه الظاهرة السلبية تكمن في ضرورة تعزيز استقلالية المحاكم المالية بما يحقق لها القوة والفعالية والجودة في أداء وظائفها ، وعدم خضوعها للسلطتين التنفيذية والتشريعية ، وهذا يتطلب إصلاحا دستوريا يترجم إلى إصلاح يشمل الترسانة القانونية المتعلقة بمجال الرقابة المالية خصوصا ما تعلق بضمان استقلالية قضاة المحاكم المالية (**المبحث الأول**) ، ثم إصلاح النسق الخارجي المحيط بأجهزة الرقابة العليا على الأموال العمومية ، لاسيما ما يرتبط بإحداث مؤسسات رقابية أخرى وإيجاد آليات للتنسيق والتكامل بين هذه الأجهزة (**المبحث الثاني**) ، إضافة إلى ضرورة انفتاح المحاكم المالية على فعاليات المجتمع المدني والرأي العام وتشجيع البحث العلمي في مجال الرقابة المالية (**المبحث الثالث**) .

المبحث الأول : تعزيز مستلزمات استقلالية المحاكم المالية

إن استقلالية المحاكم المالية يعد شرطا أساسيا لمنح هذه المحاكم الآليات المناسبة واللازمة للقيام بوظيفتها

الرقابية على أكمل وجه ، ولكي تكون هذه الاستقلالية حقيقة لا بد من توفر ضمانات تحمي وتعزز هذه الاستقلالية ، ويأتي على رأس هذه الضمانات التنصيص الدستوري على استقلالية الأجهزة العليا للرقابة، ثم استقلالية أعضائها ، مما يطرح وبإلحاح مسألة إصلاح الإطار الدستوري المغربي للمحاكم المالية (**المطلب الأول**) ، ثم تفعيل هذه الاستقلالية من خلال إرساء علاقة تعاون وتكامل بين هذه المحاكم والسلطتين التنفيذية والتشريعية بالشكل الذي تحتفظ فيه كل مؤسسة باستقلاليتها العضوية والوظيفية عن باقي المؤسسات الأخرى (**المطلب الثاني**) .

المطلب الأول : تعديل الإطار الدستوري والقانوني للمحاكم المالية

إن قياس فعالية أية مؤسسة أو أي جهاز إنما يتم عبر قياس درجة استقلاليتها عن باقي الأجهزة والمؤسسات الأخرى ، وبالتالي عبر الضمانات الممنوحة لها لأداء مهامها والقيام بوظائفها . ويعد التأطير الدستوري أهم هذه الضمانات ، لأن الدستور يعد أسمى قانون لأي دولة ويتربع على قمة هرم تدرج القوانين ، مما يعني احترام القانون الأدنى للقانون الأسمى .

ومن هذا المنطلق ، فإن السند الدستوري لأجهزة الرقابة العليا على الأموال العمومية ، يتيح لهذه الأجهزة التمتع بالاستقلالية المطلوبة في أداء مهامها المنوطة بها ، وبالتالي عدم خضوعها لباقي أجهزة الدولة ومؤسساتها . وفي هذا الإطار نؤكد أن الإطار الدستوري

المتعلق بالمحاكم المالية قد عزز هذه الاستقلالية من خلال تأكيده في فقرته الأولى من الفصل 147 من الدستور المغربي لـ 2011 على أن : " المجلس الأعلى للحسابات هو الهيأة العليا لمراقبة المالية العمومية بالمملكة ، ويضمن الدستور **استقلاله** " [1] ، ولكن هذا غير كاف لأن المقتضيات الدستورية لم تُضْفِ على هذه الأجهزة الرقابية الصبغة القضائية ، على الأقل لما لم تدرجها تحت المنظومة القضائية للمملكة ، وذلك حينما خصص لها المشرع الدستوري بابا خاصا بها وهو الباب العاشر[2] ، فيما خصص للسلطة القضائية الباب السابع[3] ، وكأن بإرادة المشرع الدستوري تميز المحاكم المالية وتخرجها من دائرة السلطة القضائية ، وهذا التمييز من شأنه أن يضعف القيمة الدستورية لهذه المحاكم ، أضف إلى ذلك تأخر إدراج المحاكم المالية في الوثيقة الدستورية ، خصوصا إذا علمنا أن الهندسة الدستورية لها أهميتها ودلالاتها من حيث أن المقتضى اللاحق يجب أن يحترم المقتضى السابق ، في حين أننا نقترح في هذا الباب منح السلطة القضائية . والمحاكم المالية عضو من هذا الجسم . مركز الصدارة وجعله على قمة الهرم المؤسساتي للدولة . ولتحقيق هذا المبتغى لا يكفي ضمان استقلالية الأجهزة العليا للرقابة فقط كمؤسسة بل ينبغي الحرص أكثر على ضمان استقلالية أعضائها [4] ،بالنظر إلى الارتباط الوثيق بينهما ، وبالتالي يجب منح ضمانات كافية لاستقلالية القضاة الماليين أيضا في الوثيقة الدستورية مثل إجراءات العزل من الوظيفة وطريقة التعيين ، لضمان حيادهم ونزاهتهم وحمايتهم من أية ضغوط أو أية إجراءات عقابية كالعزل دون وجه حق . كما أن أعوان أجهزة الرقابة العليا على الأموال العمومية يجب أن يكونوا في منأى عن مثل هذه الضغوط التي يمكن أن تمارس عليهم من قبل الهيئات الخاضعة للرقابة ، ويجب ألا يكونوا تابعين لهذه الهيئات [5] ، وهي المقتضيات التي يخلو منها الدستور المغربي لسنة 2011 ، مما يمكن اعتباره تقصيرا من المشرع الدستوري المغربي ، وترددا في حماية القضاء المالي ورجاله من أي تأثير خارجي يسيء لوظيفتهم النبيلة [6] . في مقابل هذا فإن الدستور المغربي لسنة 2011 أكد على استقلالية قضاة الأحكام وعلى عدم إمكانية عزلهم أو نقلهم إلا بمقتضى القانون [7] ، كما جعله في منأى عن أية ضغوط أو تعليمات [8] ، إضافة إلى أنه خوله حق اللجوء إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية في حالة اعتبار أن استقلاله مهدد ، وأكد على معاقبة كل من حاول التأثير على القاضي بكيفية غير مشروعة [9] . كما نص الدستور المغربي على توفير كافة الضمانات المتعلقة استقلالهم وتعيينهم وترقيتهم [10] .

بالإضافة إلى ضرورة استقلالية قضاة المحاكم المالية ، فإن الاستقلالين المالي والإداري يعدان أيضا من أهم مظاهر استقلالية أجهزة الرقابة المالية العليا ، وبالتالي وجب منح هذه الأجهزة الوسائل المالية والاقتصادية الضرورية ، حتى تضطلع بمهامها على أكمل وجه [11]. الشيء الذي حاولت مدونة المحاكم المالية مسايرته لما نصت على استقلالية ميزانية المحاكم المالية وإدراجها في الميزانية العامة للدولة [12]، ولكن هذا غير منصوص عليه دستوريا ، عكس ما هو عليه الحال بالنسبة لاستقلالية ميزانية المجلس الأعلى للسلطة القضائية حينما نص على ذلك المشرع الدستوري بصراحة [13].

---

[1]. الفقرة الأولى من الفصل 147 من دستور المملكة المغربية لـ 2011 .

[2]. الباب العاشر من دستور المملكة المغربية لـ 2011 يشمل الفصول من 147 إلى 150 تحت عنوان " المجلس الأعلى للحسابات " .

[3]. الباب السابع من دستور المملكة المغربية لـ 2011 يشمل الفصول من 107 إلى 128 تحت عنوان " السلطة القضائية " .

[4]- (S). Flizot : les relations entre les institutions supérieures de contrôle financier et les pouvoirs publics dans les pays de l'union européenne. contribution à la théorie générale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques ,LGDJ, Lyon , 2003 .

[5]. إعلان ليما حول الخطوط التوجيهية للرقابة على المال العام ... ، مرجع سابق ، ص ص : 33 . 34 .

[6]. محمد حركات : المجلس الأعلى للحسابات وإشكالية الرقابة ...، مرجع سابق ، ص : 65 .

[7]. الفصل 108 من الدستور المغربي لسنة 2011 .

[8]. الفصل 109 من الدستور المغربي لسنة 2011 .

[9]. الفصل 108 من الدستور المغربي لسنة 2011 .

[10]. الفصل 113 من الدستور المغربي لسنة 2011 .

[11]. يراجع توصيات منظمة " الأنتوساي" ، مؤتمر هافانا ، كوبا ، 2 . 9 نونبر 1953 .

[12]. كانت ميزانية المحاكم المالية تابعة لميزانية الوزارة الأولى في ظل قانون 12.79 ، مما أثر على استقلاليتها عن الحكومة .

[13]. الفصل 116 من الدستور المغربي لسنة 2011 .

المطلب الثاني : تعزيز استقلالية المحاكم المالية عن السلطتين التنفيذية والتشريعية وتعزيز التعاون بينها

تشتغل المحاكم المالية في تفاعل مع محيطها السياسي،هذا المحيط أثر بشكل سلبي عليها سواء من حيث استقلاليتها كمؤسسة أو من حيث أدائها الرقابي ، خصوصا في تجربة المجلس الأعلى للحسابات سابقا مما تطلب الأمر اعتماد إصلاحات تهم دعم استقلاليتها في علاقتها مع هذا المحيط بالشكل الذي يساهم في تعزيز استقلاليتها من جهة ، ويقوي علاقتها بالسلطة التشريعية (**الفرع الأول**) ، كما يجب أن يطال هذا الإصلاح علاقة هذه المحاكم بالسلطة التنفيذية وتعزيز التعاون بينهما (**الفرع الثاني**) .

الفرع الأول : تفعيل استقلالية المحاكم المالية وتقوية علاقتها بالمؤسسة التشريعية

إن العلاقة بين الأجهزة العليا للرقابة والمؤسسة التشريعية أصبحت من ركائز التدبير الجيد للمال العام ، وهي تقليد تعمل به العيد من الدول ، إلى درجة أن اعتبر البعض أن كلاهما مكمل لبعضهما البعض [1] ، كما أن هذه العلاقة يجب أن تتأسس على دعامة أساسية هي استقلالية الأجهزة العليا للرقابة عن باقي المؤسسات ، إلا أن هذه الاستقلالية لا تمنع من التعاون البناء والمثمر بين هذه المؤسسات والهياكل .

ولضمان هذه الاستقلالية ينبغي تفعيل المقتضيات الدستورية التي نصت على مبدأ استقلالية الأجهزة العليا للرقابة ، وذلك من خلال نصوص قانونية وتنظيمية لتحديد مدى استقلاليتها ، وتقديم التفاصيل في هذا الإطار ، وينبغي بالخصوص إنشاء محكمة عليا تضمن الحماية القانونية المناسبة ضد كل تدخل من شأنه أن يعوق هذه الاستقلالية [2]. ومن ناحية أخرى فإن المنظمات الدولية للرقابة العليا على الأموال العمومية حثت على ضرورة التنسيق بين هذه الأجهزة والمؤسسة التشريعية ، وبنفس الحدة أكدت على ضرورة استقلالية هذه الأجهزة، وحثت على أن هذه العلاقة يجب أن يكون منصوصا عليها في الدستور وفق ظروف ومتطلبات كل بلد [3] .كما أن توصيات الندوة الدولية السادسة حول : " المجالس الجهوية للحسابات والحكامة الجيدة" أكدت على استقلالية المحاكم المالية وكفاءة الفاعلين بها في ممارسة مهامهم و مصداقيتها في الأوساط الإدارية والمجتمع [4] .

إن المغرب في دستور 2011 قد عمل على احترام هذه التوصيات كما هو متعارف عليه في تجارب الدول المتقدمة خصوصا الفرنسية ، مما جعل الحاجة ملحة لإصلاح الترسانة القانونية لمواكبتها المستجدات الدستورية التي حثت على ضرورة تدعيم جسور التعاون والتنسيق بين أجهزة الرقابة العليا والبرلمان ، وتوسيع نطاق مساعدة هذه الأجهزة للمؤسسة النيابية حينما أكد على أن : " يقدم المجلس الأعلى للحسابات مساعدته للبرلمان في المجالات المتعلقة بمراقبة المالية العامة ، ويجيب عن الأسئلة والاستشارات المرتبطة بوظائف البرلمان في التشريع والمراقبة والتقييم المتعلقة بالمالية العامة " [5]، كما يجب أن : " يُقدم الرئيس الأول للمجلس عرضا عن أعمال المجلس الأعلى للحسابات أمام البرلمان،

ويكون متبوعا بمناقشة " [6].ولتفعيل هذه المقتضيات الدستورية نقترح :

. إدخال إصلاحات قانونية وتقنية وتنظيمية ومؤسساتية ، سواء تعلق الأمر بأجهزة الرقابة العليا أو بالمؤسسة التشريعية ، وبالأساس الجانب المتعلق باختصاصات لجنة المالية واللجان الأخرى الدائمة ، إذ أنه واستئناسا ببعض التجارب المقارنة كإسبانيا مثلا التي تتكلف فيها لجنة مختلطة من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ بالعلاقات مع أجهزة الرقابة العليا [7] ، وفي ألمانيا فإن تقارير أجهزة

[1]- (G).Carcassone : La cour des comptes et le parlement , R.F.F.P , n° 59 , p : 130 .

[2]. جمال السليماني : المحاكم المالية بالمغرب ...، مرجع سابق ، ص : 327 .

[3]. إعلان ليما حول الخطوط التوجيهية للرقابة على المال العام ، المجلة المغربية للتدقيق والتنمية ، سلسلة التدبير الاستراتيجي ، عدد : 2 ، 2000 ، ص : 34 .

[4]. توصيات الندوة الدولية السادسة حول : " المجالس الجهوية للحسابات والحكامة الجيدة " ، مرجع سابق ، ص : 31 .

[5]. الفقرة الأولى من الفصل 148 من الدستور المغربي لسنة 2011 .

[6]. الفقرة السادسة من الفصل 148 من الدستور المغربي لسنة 2011 .

[7]- Article 120 de la constitution de 1931 qui rattachait la cour des comptes au parlement .

الرقابة العليا كانت تفحص من قبل لجنة تابعة للجنة الميزانية بـ Rechstag في ظل جمهورية "ويمار"Weimar،أما في بلجيكا فإن هذه اللجنة ذات طابع شكلي ، إذ تتدخل كجهاز يفحص ملاحظات أجهزة الرقابة العليا فقط [1].

. انتماء الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات وبعض القضاة الماليين إلى اللجان البرلمانية ، لإبداء ملاحظات واستنتاجات المجلس الأعلى للحسابات .

. الإجابة على الأسئلة الكتابية الموضوعة من قبل أعضاء اللجان المالية ، بمناسبة فحص مشروع قانون التصفية من خلال تقديم التقرير الخاص بالمقاولات العمومية التي تهم اللجان المالية البرلمانية المختصة.

. الإجابة على البحوث التي يمكن للجان المالية واللجان البرلمانية لتقصي الحقائق والرقابة أن تطلبها من المحاكم المالية حول تسيير مصالح الأجهزة التي تراقبها [2] .

إن هذه الإصلاحات وغيرها من شأنها أن ترفع من الأداء الرقابي للمحاكم المالية ، إذ أن ضعف هذه العلاقة سيؤدي لا محالة إلى إضعاف الرقابة السياسية التي يمارسها البرلمان على الجهاز الحكومي ، وبالتالي لا يمكن لهذه الرقابة أن تحقق أهدافها إلا من خلال مد المؤسسة التشريعية بالمساعدة والمشورة، وتزويدها بالمعلومات اللازمة التي تخص مختلف المؤسسات الإدارية والمقاولات العمومية الخاضعة لتسيير الجهاز التنفيذي (الحكومة) [3] .

الفرع الثاني :تعزيز التعاون والتنسيق بين المحاكم المالية والجهاز التنفيذي في مجال حماية المال العام

إن تحقق الجودة في أعمال المحاكم المالية التي تتميز عن باقي الأجهزة القضائية الأخرى بعدم خضوعها لسلطة وزير العدل ، يظل مشروطا بضمان استقلاليتها وممارستها لاختصاصاتها في إطار من الشفافية التامة تجاه الأشخاص الخاضعين لسلطتها وتجاه المواطنين على حد سواء ، بعيدا عن أي تأثيرات أو اعتبارات كيفما كان نوعها أو مصدرها.

إلا أن هذه الاستقلالية لا تمنع من إيجاد آليات للتنسيق والتعاون بين مكونات القضاء المالي وبينالسلطة التنفيذية ، ووضع وسائل لتسهيل هذا التنسيق ، وهذا ما ترجمه الدستور المغربي لسنة 2011 حينما أكد على أن " يقدم المجلس الأعلى للحسابات مساعدته للحكومة ، في الميادين التي تدخل في نطاق اختصاصاته بمقتضى القانون " [4]. إن هذا التنسيق والتعاون من شأنه تفادي هدر الوقت والإمكانيات وكذا تفادي حصول تناقض في النتائج المتوصل إليها أثناء إجراء عملية المراقبة المالية والتدقيق ، ويمكن تحقيق هذا التعاون والتنسيق من خلال استفادة المحاكم المالية من أعمال التفتيش والتحقيق التي يتم إنجازها من قبل الأجهزة المكلفة بالمراقبة والتفتيش والتدقيق التابعة مثلا لوزارة المالية ، وذلك بالنظر إلى الخبرة التي راكمتها هذه الأجهزة عبر السنين مقارنة بحداثة تجربة الأجهزة العليا للرقابة على الأموال العمومية ، كما يمكن أن يكون هذا التعاون والتنسيق من خلال تبادل المعلومات والمعطيات المتعلقة بالمالية العمومية . وفي هذا الإطار أكدت المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة " **الأنتوساي**" عبر توصيات مؤتمر ليما [5] أن الأجهزة العليا للرقابة المالية يمكن أن تضع معلوماتها الدقيقة المتخصصة رهن إشارة البرلمان والإدارة في شكل خبرات ، بما في ذلك مواقفها من مشاريع قوانين المالية وغيرها من اللوائح المالية ، على أن تكون السلطات الإدارية مسؤولة وحدها عن قبول أو رفض مثل هذه الآراء .ونذكر في هذا الصدد التجربة الفرنسية والتي تعرف تطورا كبيرا في مجال التعاون بين محكمة الحسابات الفرنسية والجهاز الحكومي ، إذ أن المحكمة تبعث بتقارير إلى الوزراء المعنيين حول المقاولات العمومية التي تراقبها المحكمة ، وتنطوي هذه التقارير على

[1]- (D).Lachak , La fonction publique en Grande Bretagne , Puf , 1972 , p : 10 .

[2]. جمال السليماني : المحاكم المالية بالمغرب ...، مرجع سابق ، ص : 327 .

[3]-Dr.(A).mdarhri : Droit et gestion des entreprises publiques au Maroc ,Collection de La Faculté de Droit, Casablanca , 1985 , p : 23 .

[4].الفقرة الثالثة من الفصل 148 من الدستور المغربي لسنة 2011 .

[5]- Déclaration de Lima sur les lignes directrices du contrôle des finances publiques , R.E.M.A.D „ série « management stratégique » , N° 1 , Rabat , 1999 , p : 22 .

تبيان رأي المحكمة حول نوعية التسيير وحول سلامة ومشروعية الحسابات واقتراح حلول حول كيفية معالجتها حسب الفصل 21 من قانون 22 يونيو 1967 المعدل [1] . كما أصدرت المنظمات الدولية لأجهزة الرقابة العليا وأهمها منظمة "الأنتوساي" توصياتها بضرورة تدعيم جسور التواصل والتعاون بين الأجهزة الرقابة العليا والأجهزة التنفيذية ، حيث نصت على أن : " يتولى الجهاز الأعلى للرقابة ، مراقبة أنشطة الحكومة وسلطاتها الإدارية وغيرها من الأجهزة التابعة لها ، ولكن هذا لا يعني أن الحكومة تخضع للجهاز الأعلى للرقابة ، بل يجب التأكيد على أن الحكومة تتحمل كامل المسؤولية فيما تقوم به من أعمال وفيما يحدث من نسيان ، ولا يمكن لها أن تحل نفسها من ذلك بالإحالة إلى النتائج الرقابية . إلا إذا كانت هذه النتائج قد صدرت باعتبارها أحكاما نافذة وسارية قانونا . اعتمادا على الآراء الخبيرة للأجهزة العليا للرقابة " [2].ومن هذا المنطلق فإن العلاقة بين الأجهزة العليا للرقابة والجهاز الحكومي يجب أن تبنى لا على أساس الصراع وتجاهل الآخر ، بل تتأسس على التعاون [3] والتنسيق والتكامل والاحترام المتبادل والشفافية وكذا المواطنة ، وتقبل الرقابة الممارسة على أعمال الحكومة وأعمال المؤسسات الإدارية التابعة لها ، والحرص على فحص ملاحظات أجهزة الرقابة العليا والسهر على تنفيذها على أرض الواقع، دون المس بمبدأ استقلاليتها .

أما في ما يتعلق بعلاقة المحاكم المالية بالملك باعتباره رئيس السلطة التنفيذية بالمغرب ، فهي علاقة مسؤولية أمام جلالته ، وبالتالي فإن أنشطتها وأعمالها توجد تحت رقابة المؤسسة الملكية ، وفي تقديرنا فإن مبدأ المراقبة يجب أن يكون مزدوجا ، بحيث إن إيفاد المحاكم المالية لتقاريرها إلى الملك يخول له محاسبة المسؤولين عن هذه الأجهزة في حالة تقصيرهم عن أداء مهامهم المنوطة بهم .

وفي ختام هذا المطلب نؤكد مرة أخرى على ضرورة بناء علاقة بين الأجهزة العليا للرقابة أساسها التعاون المشترك والمثمر والذي يرمي إلى الدفع بعجلة التنمية إلى الأمام ، وبشكل يحفظ لهذه الأجهزة استقلاليتها عن الجهاز التنفيذي ، ضمانا للحياد والموضوعية ، وحتى تبقى في مأمن من تأثيرات وتدخلات المعطيات السياسية والإيديولوجية ، وهذا يتطلب إصلاحات قانونية وتنظيمية ومؤسساتية تواكب التعديلات الدستورية التي عرفها دستور 2011 .

المطلب الثالث : تشجيع البحث العلمي في مجال القضاء المالي

إذا كان تطور الأمم يقاس بما حققته على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي ، فإنه يمكن أن يقاس أيضا بما حققته في مجال بحثها العلمي ، فقوة الدول أصبحت رهينة بما توليه هذه الأخيرة للبحث العلمي من أهمية ،وهذا عكس منحى الدول المتخلفة التي صنفتهضمن إشغالاتها الثانوية، فكان ذلك سببا في تكريس طابع التخلف والتبعية في مجتمعاتها . لذا أضحى البحث العلمي ابتداء من القرن المنصرم محط اهتمامات الدول الساعية إلى التميز والتفوق على جميع الأصعدة فكان الرهان عليه من أولوياتها فجندت لذلك كل طاقاتها وقدراتها للنهوض بالبحث العلمي ، فاستقطبت الأدمغة المتميزة من دول أخرى ، وخصصت أموالا باهظة من دخلها القومي لتطوير هذا المجال . وعلم المالية عموما والقضاء المالي خصوصا لا يجب أن يخرج عن هذا السياق ، إذ يجب أن يكون البحث العلمي في ميدان المالية العامة بجميع فروعها وعلى الخصوص الرقابة المالية القضائية مستمرا ومتطورا ، وذلك بالقيام بالدراسات والأبحاث حول هذه الميادين ، وتنظيم أيام دراسية وعقد ندوات ومؤتمرات ، وإصدار كتب ومجلات ودوريات ، والتوفر على شبكة من الاتصالات على المستوى الوطني أو الدولي ، بغرض الإسهام الحقيقي في إصلاح وتحديث المالية العامة بالمغرب ، ووضع حد للدراسات العشوائية وغير الأكاديمية التي تهم هذا الجانب . وفي هذا السياق يدعو بعض الباحثين إلى ضرورة تأسيس مركز وطني للدراسات والبحث والتكوين يتكلف بجمع الوثائق والإحصائيات ،الملاصق ، المراجع ، الكتب والمجلات وباقي الإصدارات ذات الطابع القانوني والتقني والاقتصادي ،والتي لها علاقة بأنشطة أجهزة الرقابة [4].

[1] - - (A) Paysant : finances publiques , Masson ,5ème Édition, Dalloz-Sirey, Paris , 1999 , p : 348 .

[2]. إعلان ليما حول الخطوط التوجيهية للرقابة على المال العام ...، مرجع سابق ، ص : 34 .

[3]. الفقرة الثالثة من الفصل 148 من الدستور المغربي لسنة 2011 .

[4]. جمال السليماني : المحاكم المالية بالمغرب ...، مرجع سابق ، ص : 374 .

إن هذا المركز سيكون من مهامه تأطير الموارد البشرية المالية والباحثين في هذا المجال ، بما يضمن تطوير وتحديث علم المالية العامة ، وفق منهج تشاركي ، تعمل الدولة على مد يد المساعدة والدعم المادي والمعنوي والتقني لهذا المركز حتى يحقق الأهداف المنوطة به ، وخاصة دعم القطاعات المعنية مثل وزارة المالية ، الخزينة العامة للمملكة، بنك المغرب ، البرلمان المغربي ، المحاكم المالية... كما أن هذا المركز سيكون مجالا خصبا للأطر والباحثين في مجال المالية العامة والرقابة المالية والقضاء المالي ، ووجهة لهم من أجل تلقي تكوينهم الأساسي والنظري والتطبيقي . ونحيل هنا على التجارب الأجنبية عموما ، وعلى التجربة الفرنسية على الخصوص في هذا المجال ، حيث تتوفر كل مؤسسة مالية على مدارس متعددة تشمل كل واحدة منها تخصصا معينا من الاختصاصات ذات العلاقة بمهنها [1] . كما ينبغي أن ينفتح هذا المركز على مختلف فعاليات المجتمع المدني والرأي العام وعلى كل الباحثين المغاربة والأجانب وعلى الجامعات ومعاهد البحث العلمي ، خصوصا الذين لهم ارتباط بالمالية العامة والرقابة المالية والقضاء المالي ، وإشراكهم في أعمال البحث والدراسة والمناقشة العلمية، ومدهم بجميع أنواع الدعم ، وإشراكهم في مسلسل التنمية .إضافة إلى أن هذا المركز مدعو للانفتاح على المواطنين ومطالب بالعمل على إشراكهم في مسلسل التنمية من خلال إسهامهم في النقاش العمومي حول الميدانين المالي والرقابي في جو يسوده الهدوء والحوار البناء والشفافية ودافع المصلحة العامة .

لهذه الأسباب وغيرها ، فإنه يكون من الضروري الإسراع إلى تأسيس مركز وطني للدراسات والأبحاث والتكوين في المجال المالي والرقابي ، إذ يمكن أن يكون هذا المركز قبلة لكل من له علاقة بالرقابة المالية ، وهنا نذكر على الخصوص السادة البرلمانيين خصوصا أعضاء اللجنة المالية بالبرلمان، والذين لهم مهمة الرقابة على تنفيذ قانون المالية ، دون امتلاكهم لآليات ممارسة هذه الصلاحية ، نظرا لضعف تأطيرهم .إن هذا المركز ولا شك سيساهم في تحديث المنظومة الرقابية وإصلاحها بما يتماشى والتطورات المتسارعة في جميع الميادين وعلى الخصوص الميدانين المالي والرقابي .

المبحث الثاني : إصلاح البيئة المؤسساتية لمنظومة الرقابة المالية في شموليتها

تعد الرقابة على الأموال العمومية واحدة من أهم الركائز التي تقوم عليها الدولة الحديثة ، والتي تسعى إلى تحقيق التنمية المستدامة بكل أبعادها ، مما جعل كل الدول تهتم بهذا المجال وتوليه عناية كبيرة سواء من خلال إيجاد آليات قانونية أو من حيث إنشاء أجهزة وهياكل تعمل على القيام بهذه الوظيفة ، أي

وظيفة الرقابة على الأموال العمومية .وفي هذا الإطار عمل المغرب على مسايرة التطورات التي تعرفها منظومة الرقابة المالية ، فحاول إنشاء مؤسسات رقابية حديثة إلى جانب المؤسسات التقليدية . هذا الوضع أدى إلى عدم التنسيق أحيانا بين هذه الأجهزة مما خلف نتائج وخيمة وآثارا سلبية على مجال حماية المال العام ، وهذا ما يتطلب من جهة إنشاء أجهزة أخرى للرقابة المالية من أجل تحقيق نوع من التخصص (**المطلب الأول**)، والتنسيق بين هذه الأجهزة من جهة أخرى (**المطلب الثاني**) .

المطلب الأول:إحداث مؤسسات رقابية أخرى لحماية المال العام وتفعيل المؤسسات القائمة

تباشر المحاكم المالية أعمالها ومهامها في غياب مؤسسات أخرى يمكن أن تساعدها في القيام بأعباء الرقابة المالية ، كما أن تشعب هذه المهام المنوطة بها في مجالات متعددة كمراقبة الحسابات الإدارية للآمرين بالصرف للجماعات المحلية والعمالات والأقاليم والمؤسسات العمومية والمقاولات العمومية وكذا الحسابات التدبيرية لجميع محاسبي الدولة ،بالإضافة إلى مهمة التأديب والتقويم ومراقبة تنفيذ قانون المالية ،ثم مراقبة وتتبع التصريح بالممتلكات،وتدقيق حسابات الأحزاب السياسية،وفحص النفقات المتعلقة بالعمليات الانتخابية [2] ... كل هذا يؤدي لا محالة بهذه المحاكم إلى عدم إتقان عملها وعدم ضمان الفعالية والجودة المطلوبتين في مهامها ، وهذا الوضع يمكن أن يؤدي إلى جعل المال العام عرضة للهدر والنهب في ظل ضعف الرقابة وتعدد المهام المنوطة بالمحاكم المالية ، مما

[1]. فالخزينة العامة مثلا تتوفر على المدرسة الوطنية للخزينة ، يتلقى فيها أطر الخزينة العامة تكوينا نظريا مهما يتبع بتكوين علمي ، ويشارك أطر مالية أجنبية ومنها أطر الخزينة العامة للمملكة المغربية في هذا التكوين ، ويحظى بسمعة جيدة نظرا لجدية برامج تكوينه وفعاليتها .

[2]. الفقرة الرابعة من الفصل 147 من الدستور المغربي لسنة 2011.

قد يفقد هذه المحاكم معنى وجودها وغاية إنشائها . بخلاف هذا نجد أن التجربة الفرنسية مثلا انتبهت إلى هذه الإشكالية وحاولت تجاوزها ، وذلك بإنشاء هيئات أخرى تعمل إلى جانب محكمة الحسابات الفرنسية في مجال الرقابة العليا على الأموال العمومية،فتم تأسيس **محكمة التأديب المالي** سنة 1948،والتي تنظر في قضايا المخالفات المحالة إليها بواسطة النائب العام لمحكمة الحسابات وإيقاع الجزاء على كل مخالفة لقواعد الإنفاق العمومي من الأموال العامة ،التي لم ترتكب من طرف موظف مدني أو عسكري . كما تم إنشاء **مجلس الضرائب** سنة1971الذي يهتم بالميدان الجبائي،ويبحث في مظاهر الضغط الجبائي وقياس تطوره،فيما تتكلف **اللجنة المركزية للتقصي** بمراقبة تكاليف ومردودية المصالح العمومية.كل هذه الهيئات تعد امتدادا وتكملة للعمل الذي تقوم به محكمة الحسابات الفرنسية في ميدان الرقابة المالية العليا[1].

إن التجربة الفرنسية في مجال الرقابة العليا على الأموال العمومية تتسم بمزيد من التخصص ، وهذا ربما كان نتيجة للتجارب المهمة والأشواط الكبيرة التي قطعتها الرقابة المالية العليا بفرنسا،كما أنها وليدة حاجة وظروف مرتبطة بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والقانونية وبالحياة السياسية التي تعيشها فرنسا .ونحن بذكرنا للنموذج الفرنسي لا نطلب استنساخ هذا النموذج ، بل فقط من أجل الاستفادة منه وإيجاد صيغة تتناسب مع الوضعية الاقتصادية والمالية والثقافية والسياسية والقانونية للمغرب .

المطلب الثاني : تعزيز التعاون والتنسيق بين أجهزة الرقابة المالية

تعد عملية حماية المال العام إحدى المتطلبات التي يستلزمها تدبير الشأن العام وتخليق الحياة العامة. ولعل مهام الرقابة والتتبع من أبرز المهام الموكولة للإدارة العمومية بكل روافدها ومكوناتها .وأعتقد أن الشروط الذاتية والموضوعية تستدعي الوقوف عند المنظومة الرقابية التي تتحكم في حماية المال وتحدد مجالات تدخلاتها . والواقع أن وظيفة الرقابة والاختصاص المالي والتدقيق تتوزعها السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية ، إلا أنه وبالرغم من تعددها وتنوعها فإنها تتميز بالضعف والقصور المتجلي أساسا في ضعف التنسيق والتواصل فيما بينها والتباطؤ في تطبيق القواعد القانونية .

إن الرقابة على المال العام رهينة بمدى تفعلها وترجمتها إلى واقع ملموس وهو ما يتطلب الانتقال إلى أجهزة رقابية فاعلة ومؤثرة على التدبير المالي ومساهمة في حسن تدبير الشأن العام . ولتحقيق هذه الأهداف يستوجب من كل هذه الهيئات العمل في جو يسوده التنسيق والتعاون والتكامل ، إذ في غياب التنسيق ، قد تضيع جهود وتبدد أوقات سواء بسبب تكرار العمليات الرقابية أو بسبب الصراع الذي يكون أحيانا بين هذه الأجهزة . هذه المظاهر السلبية من شأنها إضاعة موارد مالية مهمة على مالية الدولة بسبب سوء المراقبة وضعف حماية الأموال العمومية .

إن التوجه يقتضي إعادة النظر في منظومة الرقابة في كليتها، قصد الاستجابة لمتطلبات حماية المال العام في كل أبعاده الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، بغية تخليق الحياة العامة ، وتهذيبها حيث لم تعد حماية المال العام وصونه من العبث والتلاعب والفساد وقفا على الإدارة العمومية ومؤسسات الدولة بقدر ما أصبحت مسؤولية الجميع . وفي هذا الإطار يقترح أحد المتخصصين في مجال الرقابة المالية العليا ، وهو الأستاذ الدكتور محمد حركات ضرورة اللجوء إلى إصلاح عميق وشامل وإحداث جهة عليا، تكون عبارة عن هيئة مخضرمة مشكلة من قضاة المجلس الأعلى للحسابات ونواب برلمانيين ومحاسبين ومراقبين للالتزامات بنفقات الدولة ومفتشي وزارة المالية بالإضافة إلى خبراء في مجال المراقبة من القطاعين العام والخاص متمرسين في الفحص والتدقيق ، وسيكون من مهام هذه الهيئة الإشراف على التنسيق ومد الجسور بين مؤسسات المراقبة الموجودة ، وهذا على عكس ما جاء في مدونة المحاكم المالية التي تخضع مراقبي الالتزامات بنفقات الدولة لمراقبة المجلس الأعلى للحسابات حيث أصبح المراقِب نفسه مراقَبا .إن خلق مثل هذه الهيئات سيساهم في تحديد مجموعة من الضوابط والأخلاقيات لمهنة المراقبة،وتسهيل مأمورية المراقبة المالية لدى جميع الأجهزة والمؤسسات المهتمة بهذا المجال فيإطار من التكامل والتشاور والتناسق .

[1]- احميدوشمدني ، مرجع سابق ، ص : 133 – 134.

آثار حق الاختيار والمسؤولية الملقاة على عاتق السنديك.

كمال اليوسفي
طالب بحاث في سلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة محمد الاول وجدة

يجب على المتعاقد مع المقاولة أن يفي بالتزاماته رغم عدم وفاء المقاولة بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة وذلك قبل أن يمارس السنديك حق الاختيار الممنوح له. وذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 573 من م.ت "يجب على المتعاقد أن يفي بالتزاماته رغم عدم وفاء المقاولة بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة، ولا يترتب عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات سوى منح الدائنين حق التصريح بها في قائمة الخصوم" فإن هذه الفقرة أضافت أنه لا يترتب عن عدم تنفيذ المقاولة لالتزاماتها سوى منح الدائنين التصريح بها في قائمة الخصوم.

أما إذا كانت عقود جديدة قد أبرمت بعد صدور الحكم بالتسوية القضائية لا يطرح أية مشاكل بخصوص الآثار المترتبة عنها مادامت الأطراف المتعاقدة مع رئيس المقاولة أو السنديك تعلم جيدا الوضعية المالية والاقتصادية للمقاولة المتعاقدة معها وتعلم جيدا أن المقاولة خاضعة لمساطر المعالجة من الصعوبات إلا أن وضعية أصحاب العقود الجارية التنفيذ مختلفة تماما لأن عقودهم أبرمت من قبل الحكم بالتسوية القضائية، لكن آثارها لازالت جارية بعد هذا الحكم. ونعلم جميعا الدور الأساسي الذي يلعبه السنديك في مرحلة التسوية القضائية إلا أن هذا الدور قد تشوبه بعض الأخطاء أو تتخلله بعض الهفوات خاصة في تقرير حق الاختيار بشأن العقود الجارية التنفيذ وبالتالي تصبح مصالح هذه العقود معرضة للضرر مما يرتب مسؤولية المدنية كما يمكن أن تثار مسؤوليته الجنائية.

وعلى هذا الأساس سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

نخصص (المطلب الأول) للنتائج المترتبة عن مواصلة العقود الجارية في تاريخ فتح مسطرة المعالجة وفي (المطلب الثاني) المسؤولية المترتبة عن السنديك في حالة ارتكابه للأخطاء.

المطلب الأول : النتائج المترتبة عن ممارسة حق الاختيار.

إن إمكانية مواصلة العقود الجارية التنفيذ في تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة المعالجة المخولة للسنديك وحده الذي له الخيار في أن يطالب بالاستمرار في تنفيذ العقد أو لا يطالب بذلك وفي كلتا الحالتين فإن الموقف الذي يتخذه السنديك من هذه العقود يرتب نتائج تختلف بحسب الاختيار الذي سلكه هذا الأخير([1])

لذا سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين تتناول في (الفقرة الأولى) حالة اختيار السنديك مواصلة تنفيذ العقد وفي (الفقرة الثانية) حالة اختيار السنديك عدم مواصلة تنفيذ العقد.

[1]- محمد الفروجي : وضعية الدائنين في مساطر صعوبة المقاولة مقال شارك به في الندوة الجهوية الثامنة "صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى دار النشر مطبعة الأمنية الرباط 2007 ص 309.

الفقرة الأولى : حالة اختيار السنديك مواصلة تنفيذ العقد.

يختار السنديك مواصلة تنفيذ العقد، وبذلك يحل محل رئيس المقاولة في تنفيذ جميع الالتزامات المتعاقد بشأنها، فالمشرع لم يمنح للسنديك أية إمكانية لتغيير الرابطة العقدية بين الطرفين وهذا ما يفرض عليه احترام مقتضيات العقد المقرر استمراره (أولا) وتنفيذه (ثانيا)

أولا : احترام مقتضيات العقد.

يجب على السنديك أن يختار تنفيذ العقود الجارية أو في طور التنفيذ أن يحترم سائر الشروط المتعاقد عليها، وألا يدخل عليها أية تعديلات وأن يقدم الخدمة المتفق عليها في التاريخ المحدد لها إما يوما بيوم أو شهرا بشهر أو سنة بسنة أو أكثر حسب ما هو متفق عليه وهي الالتزامات ذاتها التي يتوجب على المتعاقد هو الآخر احترامها والوفاء بها([1]) ولا يمكنه أن يمدد أو يقلص من الأجل المتفق عليه بين المتعاقدين وإن كان فيه إجحاف للمقاولة الخاضعة لمساطر المعالجة.

إضافة إلى ذلك فإنه إذا كان هناك شرط مضمن بالعقد يقضي بالزيادة في التزامات المدين في حالة خضوعه للتسوية القضائية، فإن هذا الشرط يعتبر كأنه لم يكن لأنه يمس بمبدأ المساواة بين الدائنين الذي يعتبر من النظام العام.([2])

كما يكون السنديك ملزما بتنفيذ هذا العقد برمته بجميع مقتضياته وشروطه والالتزام بالآجال المحددة فيه وأن يقدم إلى المتعاقد مع المقاولة المفتوحة ضدها مسطرة المعالجة الخدمة المتعاقد بشأنها كتقديم بضاعة في الوقت المتفق عليه أو الأداء الفوري للدين المستحق على المقاولة ما لم يوافق المتعاقد المعني بالأمر على منح المقاولة أجلا للأداء([3]) على اعتبار أن الدين في هذه الحالة تحكمه مقتضيات المادة 575 من مدونة التجارة التي تنص على أنه "يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية بالأسبقية على كل ديون أخرى سواء كانت مقرونة أو لا بامتيازات أو بضمانات.

ومقابل ذلك فإنه إذا تم تحصيل مبالغ مالية من مواصلة العقود الجارية التنفيذ فإنها تدرج في الحسابات البنكية للمقاولة لكي تستخدم في مواجهة المتطلبات التي يستلزمها الاستمرار في نشاطها خلال فترة إعداد الحل الكفيل بتسوية وضعيتها، خصوصا وأنه بإمكان السنديك طبقا للمادة 577 التي تنص أنه " يمكن في جميع الأحوال للسنديك أن يستعمل حسابات المقاولة البنكية أو البريدية لما فيه مصلحة المقاولة.

مما يلزم السنديك على احترام لكل المقتضيات والشروط التي يتضمنها العقد الجاري التنفيذ فإن المتعاقد مع المقاولة ملزم هو الآخر باحترام وتنفيذ كل هذه المقتضيات وإلا فإنه بإمكان السنديك أن يجبره على الوفاء بالتزاماته هذه عن طريق كل المقتضيات التي يمنحها له القانون في هذا الإطار وذلك باعتباره يحل محل رئيس المقاولة في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق هذا الأخير وكذا في الحرص على تنفيذ المتعاقد لجميع الالتزامات المقابلة لها.

ثانيا : تنفيذ العقد.

لا يمكن تنفيذ العقود المراد الاستمرار فيها وتحقيق الأهداف المتوخاة من التسوية القضائية إلا بتنفيذ كلا المتعاقدين وهذا التنفيذ ينبغي أن يتم بحسن نية وطبقا للمقتضيات التي يتضمنها هذا العقد ولضمان تنفيذ العقد أقر المشرع المغربي في الفقرة الأخيرة من المادة 573 من م.ت مبدأ عدم جواز دفع المتعاقد مع المقاولة بعد صدور الحكم بالتسوية القضائية بعدم تجزئة العقد أو الالتزام ، وأن هذه القاعدة من النظام العام يعمل بها بالرغم من كل المقتضى قانوني أو شرط تعاقدي وبمعنى آخر إن كل شرط يدرج في العقد يكون من شأنه الدفع بعدم تجزئة الالتزام أو إلغائه أو فسخه عند عدم الوفاء بالالتزامات السابقة عند الحكم بالتسوية القضائية بعد

[1]- احمد شكري السباعي : الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها الطبعة الثانية مرجع سابق ص 319.

[2]- امحمد الفروجي : صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها دار النشر مطبعة النجاح الجديدة فبراير 2000 ص 316.

[3]- فاطمة بنسي: تعليق على القرار الاستئنائي عدد 391 / 2001 بتاريخ 2001/02/16 بشأن ممارسة دعوى الاسترداد بالنسبة للعقود الجارية مرجع سابق ص 95.

كأن لم يكن لأنه يخالف النظام العام([1]). وفي حالة عدم وفاء المقاولة بالتزاماتها السابقة لفتح مسطرة التسوية القضائية واختيار السنديك الاستمرار في تنفيذ العقود الجارية، فإن المتعاقد مع المقاولة ملزم أن يفي بالتزاماته رغم عدم وفاء المقاولة بالتزاماتها ولا يمكن أن يترتب عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات سوى منح المتعاقد حق التصريح بما في قائمة الخصوم طبقا لما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 573 من م.ت.

لكن إذا تقاعست المقاولة عن تنفيذ التزاماتها المضمنة بالعقد قرر السنديك الاستمرار في تنفيذه بعد صدور حكم التسوية القضائية، فإن المتعاقد مع المقاولة في تنفيذ التزاماتها المضمنة بالعقد مع المقاولة يكون من حقه أن يطالب بالوفاء بهذه الالتزامات في تاريخ استحقاقها مادام السنديك ملزم بتقديم الخدمة المتعاقد بشأنها عندما يقرر الاستمرار في تنفيذ العقد، فكلا المتعاقدين ملزمين بتنفيذ التزاماتهما التعاقدية في التواريخ المحددة لها في العقد، ويكون من حق المتعاقد مع المقاولة في هذه الحالة أن يدفع بعدم تنفيذ المقاولة لالتزاماتها، كما يثبت له أيضا الحق في أن يطالب بفسخ العقد مع التعويض وذلك طبقا للمادة 573 من م.ت. التي تتحدث فقط عن عدم وفاء المقاولة بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة دون الالتزامات اللاحقة لذلك الحكم كما يمكن له أن يطالب بفسخ العقد بقوة القانون بناء على شرط فاسخ صريح مضمن في العقد لنفس السبب فالمصير الذي يحدده القانون المدني للعقد نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام يجد طريقه للتطبيق بدون تمييز بحسب ما إذا كان الفسخ قضائيا أو بقوة القانون.([2]) كما أنه لايمكن للسنديك أو لرئيس المقاولة أن يدفع ضد المتعاقد بسقوط الدعاوى الفردية المنصوص عليها.في المادة 653 من م.ت لأن مجال تطبيق هذه المادة يتعلق بأصحاب الديون الناشئة قبل صدور حكم مسطرة التسوية القضائية لا بالديون اللاحقة لهذا الحكم والمترتبة عن العقود الجارية.

منح المشرع المغربي للسنديك من خلال مقتضيات المادة 657 من مدنة التجارة ([3]) أن يستأذن من القاضي المنتدب بأداء الديون السابقة للحكم وذلك لفك رهن أو لاسترجاع شيء محبوس إذا كان يستلزمه نشاط المقاولة فإن هذه الإمكانية يمكن أن يستعملها السنديك لتنفيذ التزامات المقاولة السابقة بحكم التسوية القضائية، وذلك من أجل ضمان تنفيذ عقد فعال بالنسبة للمقاولة أقر السنديك استمراريته.

إضافة إلى ذلك فإن ديون المتعاقد الناشئة عن الاستمرار في تنفيذ العقود الجارية تحظى بحق الأولوية المنصوص عليه في المادة 575 من م.ت أي أن هذه الديون ينبغي أن تؤدى في تاريخ استحقاقها عند متابعة المقاولة نشاطها، أما إذا توقف هذا النشاط وتحولت التسوية القضائية إلى التصفية القضائية، فإن هذه الديون ينبغي أن تؤدى بالأسبقية على كل ديون أخرى سواء أكانت مقرونة بامتيازات أو بضمانات أو لا([4]). وعموما فإن الآثار المترتبة في حالة استمرارية العقود الجارية، تفرض على كل من السنديك والمتعاقد مع المقاولة احترام وتطبيق جميع مقتضيات العقد المبرم وكذا تنفيذ هذا الأخير على أحسن وجه مع احتفاظ المتعاقد بكل حقوقه التي يستلزمها الدفاع عن مصالحه لكن التساؤل يثور بخصوص مدى تأثر هذه المصالح في حالة اختيار السنديك عدم مواصلة العقود الجارية التنفيذ.

الفقرة الثانية: حالة اختيار السنديك عدم مواصلة تنفيذ العقد.

إذا اختار السنديك عدم مواصلة العقد فإن هذا الأخير يفسخ بقوة القانون (أولا) كما أن المشرع منح للمتعاقد مع المقاولة إمكانية الحصول على تعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم متابعة تنفيذ هذه العقود (ثانيا).

---

[1]- احمد شكري السباعي : الوسيط في مساطر الوقاية التي تفرض المقاولة ومساطر معالجتها "مرجع سابق ص 321.

[2]- عبد الحق بوكبيش: استمرار نشاط المقاولة الخاضعة للتسوية القضائية: أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2004 – 2005 ص 180.

[3]- تنص المادة 657 في فقرتها الثانية "يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن للسنديك بأداء الديون السابقة للحكم وذلك لفك الرهن أو لاسترجاع شيء محبوس قانونيا إذا كان يستلزمه متابعة نشاط المقاولة".

[4]- احمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها م.س ص 331.

أولا : فسخ العقد.

إذا عبر السنديك صراحة عن قراره عدم مواصلة العقود الجارية التنفيذ وأبلغ المتعاقد مع المقاولة بهذا القرار فإن العقد يفسخ بقوة القانون ولا ينتج أي أثر بعد ذلك أما الديون التي تبقى في ذمة المقاولة والناتجة عن تنفيذ المتعاقد التزاماته قبل تعبير السنديك عن اختياره فإنها تدرج في قائمة الخصوم.

أما إذا لم يستعمل السنديك الحق المخول له بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 573 من م.ت.([1]) فإن هذا العقد يفسخ بقوة القانون أيضا بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل دون جواب لمدة تفوق شهرا وقد أضاف المشرع الفرنسي بموجب قانون 18 دجنبر 2008 حالة ثانية يفسخ فيها العقد بقوة القانون عبر مقتضيات المادة L.622 -13,III ,1 التي نصت "بفسخ العقد الجاري بقوة القانون

1- بعد تزجيه إنذار الى المتصرف لاستمرارية العقد مرسل من طرف المتعاقد يظل دون جواب لمدة تفوق الشهر قبل انصرام هذا الأجل يمكن للقاضي المنتدب منح مهلة قصيرة للمتصرف أو تنديد لا يتجاوز شهرين باتخاذ قراره.

2- في حالة عدم الأداء طبق للئروط السالفة الذكر في الفقرة II.

وفي هذا الصدد أقرت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ 7 نونبر 2006 أن الفسخ بقوة القانون في حالة عدم أداء مبلغ من المال يفترض أن المتصرف اختار صراحة أو ضمنيا استمرار العقد[2].

إذا فمبرر أجل الشهر بدون جواب بعد توجيه الإنذار إلى السنديك فإن مصير العقد سيكون هو الفسخ بقوة القانون سواء أكان هذا العقد مستمر أو فوري التنفيذ.

ومن أهم الآثار التي تترتب عن فسخ العقود الجارية التنفيذ حق المتعاقد في استرداد المنقولات موضوع العقد المفسوخ ولا يمكن المطالبة باستردادها إلا بعد توجيه إنذار إلى السنديك يبقى دون جواب لمدة تفوق شهرا، وفي هذه الحالة يفسخ العقد بقوة القانون ويمكن لصاحب المنقولات المطالبة باستردادها داخل أجل الثلاثة أشهر التالية لانتهاء أجل الشهر اللاحق لتوجيه الإنذار الى السنديك ([3]).

وهذا ما أكدته المادة 667 من م.ت ([4]) التي قيدت طلب الاسترداد هذا بضرورة ممارسته داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ نشر الحكم القاضي بفتح التسوية أو التصفية القضائية، وبالنسبة للعقود الجارية التنفيذ فقد نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه "يسري الأجل بالنسبة للأموال موضوع عقد جار يوم فتح المسطرة ابتداء من تاريخ فسخ العقد أو انتهائه".

ثانيا : التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم متابعة تنفيذ العقد.

تنص الفقرة الثالثة من المادة 573 من م.ت. "عندما لا يختار السنديك متابعة تنفيذ العقد، يمكن أن يؤدي ذلك إلى دعوى للتعويض عن الأضرار يدرج مبلغه في قائمة الخصوم، غير أنه يمكن للطرف الآخر تأجيل إرجاع المبالغ الزائدة التي دفعتها المقاولة تنفيذا للعقد حتى يتم البت في دعوى التعويض عن الأضرار."

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي قد منح للمتعاقد مع المقاولة إمكانية رفع دعوى للتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء عدم متابعة العقود الجارية مادام أن خضوع المقاولة لمساطر المعالجة من الصعوبات مسؤولياتها التعاقدية الناتجة عن عدم تنفيذ التزاماتها التعاقدية.

---

[1]- تنص الفقرة الأولى من المادة 573 من م.ت "...يفسخ العقد بقوة القانون بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل دون جواب لمدة تفوق شهرا"

[2] - Cass.com , 7 Novembre 2006 Ball, Civ n°217 , D 2006 Cité Par Alain limenhoud, Procedures collectives, Ed Delmas, 3ème Ed 2009 , N° 935 P 238.

[3]- فاطمة بنسي : تعليق على القرار الاستئنافي عدد 2001/391 بتاريخ 2001/02/16 بشأن ممارسة دعوى الاسترداد بالنسبة للعقود الجارية، مرجع سابق ص 96.

[4]- تنص المادة 667 من م.ت. على ما يلي "لا يمكن استرداد المنقول إلا في أجل الثلاثة أشهر التالية لنشر الحكم القاضي بفتح التسوية أو التصفية القضائية، يسري الأجل بالنسبة للأموال موضوع عقد جار يوم فتح المسطرة ابتداء من تاريخ فسخ هذا العقد أو انتهائه.

وحسب مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 573 من م.ت. فإن مبلغ التعويض المحكوم به يدرج في قائمة الخصوم حفاظا على مبدأ المساواة بين الدائنين: فالمشرع المغربي لم يجعل مبلغ التعويض المحكوم به مضمونا بحق الأولوية المنصوص عليه في المادة 575 من م.ت. التي تنص على أنه يتم سداد الديون النائشة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية بالأسبقية على كل ديون أخرى سواء أكانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات وحرمان المتعاقد مع المقاولة من حق الأولوية. مما جعل بعض الفقه المغربي يقر بأن المشرع لم ينصف المتعاقد مع المقاولة المحكوم له بالتعويض مادام أنه ورغم أن العقد المفسوخ بقوة القانون سابق لصدور الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية، فإن الواقعة المبررة للتعويض وهي فسخ العقد لاحقه لصدور الحكم ([1]) لكن الملاحظ هو أن مقتضيات المادة 575 من م.ت. تخص فقط الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية القضائية مما يحتم استبعاد التعويض المحكوم به للمتعاقد من مقتضيات هذه المادة ، بل الأكثر من ذلك نلاحظ أن المشرع المغربي وحماية منه لمصالح هذا المتعاقد منح لهذا الأخير حق تأجيل إرجاع المبالغ الزائدة التي دفعتها المقاولة تنفيذا للعقد حتى يتم البت في دعوى التعويض عن الأضرار والغاية من ذلك هي إتاحة الفرصة للمتعاقد لإجراء مقاصة بين المبالغ التي دفعت له زائدة وبين التعويض المحكوم له بها.([2])

لكن الملاحظ هو أن مقتضيات المادة 575 من م.ت تخص فقط الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية القضائية، مما يحتم استبعاد التعويض المحكوم به للمتعاقد من مقتضيات هذه المادة، بل الأكثر من ذلك نلاحظ أن المشرع المغربي وحماية منه لمصالح هذا المتعاقد منح لهذا الأخير حق تأجيل إرجاع المبالغ الزائدة التي دفعتها المقاولة تنفيذا للعقد حتى يتم البت في دعوى التعويض عن الأضرار والغاية من ذلك هي إتاحة الفرصة للمتعاقد لإجراء مقاصة بين المبالغ التي دفعت له زائدة وبين التعويضات المجكوم له بها.

المطلب الثاني : مسؤولية السنديك عن ممارسة حق الاختيار.

يعتبر السنديك حجر الزاوية في نظام معالجة الصعوبات وخصوصا مرحلة التسوية القضائية، وقد تمتد إلى أبعد من ذلك ([3]) إلا أن المهام المنوطة به قد تشوبها بعض الأخطاء أو تتخللها بعض الهفوات سيما في تقرير حق الاختيار بشأن العقود الجارية التنفيذ، وبالتالي تصبح مصالح أصحاب هذه العقود بعرضة للضرر مما يرتب مسؤوليته المدنية، كما يمكن أن تثار مسؤوليته الجنائية في حالة إتيانه لأفعال معاقب عليها بمقتضى مجموعة القانون الجنائي.

وذلك أثناء أو بمناسبة قيامه بالمهام المسندة إليه بمقتضى القانون وعلى هذا الأساس سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين نخصص (الفقرة الأولى) للمسؤولية المدنية للسنديك أما في (الفقرة الثانية) المسؤولية الجنائية للسنديك.

الفقرة الأولى: المسؤولية المدنية للسنديك.

تنص الفقرة الأخيرة من المادة 568 من م.ت على أنه "تزاول مهام السنديك من طرف كاتب الضبط ويمكن للمحكمة عند الاقتضاء أن تسندها للغير"

ويستفاد من أحكام هذه المادة أن طبيعة مسؤولية السنديك تختلف حسب ما إذا كان معينا بين كتاب الضبط بالمحكمة التجارية التي أصدرت الحكم القاضي بفتح المسطرة، أم وقع اختياره من الغير.

ففي الحالة التي يكون فيها السنديك معينا من بين كتاب الضبط، فإنه يمارس المهام المسندة إليه بوصفه موظفا، ويخضع للمسؤولية الإدارية التي تنظمها أحكام الفصلين 79 و 80 من ق.ل.ع اللذين ينظمان مسؤولية الدولة والبلديات عن الأضرار الناجمة عن سير مصالحها أو عن الأخطاء التي يرتكبها مستخدموها([4]).

---

[1]- محمد الفروجي : صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها" مرجع سابق ص 317.

[2]- محمد الفروجي: مرجع سابق ص 318.

[3]- أحمد شكري السباعي: الطبعة الأولى 2000 الجزء الثاني مرجع سابق ص 321.

[4]- محمد البعدوي: دور السنديك في إدارة المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 3 شتنبر 2003 ص 45.

إلا أن إسناد مهمة السنديك لكاتب الضبط من طرف المحكمة، لا يعني فصله من إطاره الوظيفي، بل يظل مرتبطا بإدارته ويستمر في تقاضي مرتبه بصفة منتظمة من خزينة الدولة([1]).

فالسنديك إذا ما تجاوز الصلاحيات المخولة له اتجاه أصحاب العقود الجارية، يمكن متابعته أمام المحكمة وإثارة مسؤوليته المدنية طبقا للفصول 79 و 80 من ق.ل.ع.

فمسؤولية السنديك المعين من بين كتاب الضبط تبقى مسؤولية إدارية تكون فيها الدولة هي المتحملة للأخطاء التي يرتكبها إضرارا بالمدين أو بالدائنين أو بالغير. وهذا ما نصت عليه المادة 79 من ق.ل.ع.([2]) وكذا المادة 80 من ق.ل.ع.([3])وبالرجوع الى هاتين المادتين يمكن التفريق بين الأخطاء الإدارية أي الأخطاء الناجمة عن سير الإدارة وبعبارة أخرى الأخطاء المصلحية التي تتصل بممارسة الوظيفة والتي لا يسأل عنها الموظف، وإنما تسأل عنها الدولة وحدها تجاه المتضرر من الخطإ ويتحمل تعويضه عما لحقه من ضرر بسبب هذا الخطإ المصلحي وبين الأخطاء الشخصية التي يسأل عنها السنديك شخصيا.

وهكذا فإن العمل الذي يقوم به السنديك ككاتب ضبط لفائدة المسطرة المفتوحة ، تعتبر من قبل الاختصاصات المخولة إليه كموظف عمومي تربطه بإدارته علاقة نظامية، وأن انقطاعه عن القيام بوظيفته بالمحكمة التي أسندت إليه مهمة السنديك، إما بسبب عزله من وظيفته الإدارية، أو إحالته على التقاعد، يؤدي حتما إلى توقفه عن مزاولته لمهمته السنديك. وتأسيسا على ذلك تكون مسؤولية السنديك ككاتب الضبط عن الأخطاء التي قد يرتكبها إضارا بالمدين أو الدائنين أو بالغير مسؤولية إدارية([4]) وتعتبر هذه المسؤولية من نوع المسؤولية المبنية على أساس الخطأ الذي يجب على المتضرر طالب التعويض إثباته وفق قواعد المسؤولية الشخصية أما في الحالة التي يكون فيها الخطأ المرتكب من طرف السنديك ككاتب ضبط شخصيا ومنفصلا عن ممارسة الوظيفة، فإن السنديك هو الذي يسأل عنه شخصيا تجاه المتضرر، ما عدا إذا أثبت إعساره([5]).

وخلافا لهذه الأحكام والمبادئ التي تحدد مسؤولية السنديك، كاتب الضبط، فإن السنديك الذي يتم اختياره من الغير يخضع لأحكام المسؤولية الخاصة بالوكيل المأجور الفصلان 903 و 901 من ق.ل.ع.([6]) وذلك في علاقته بالمدينين رئيس المقاولة أو بالدائنين الذين نشأت ديونهم قبل تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة في مواجهة المقاولة المتوقفة عن دفع ديونها المستحقة، أما الدائنون الذين نشأت ديونهم بعد حكم فتح المسطرة فإن مسؤولية السنديك المعين من الغير اتجاههم تعتبر عقدية. لاسيما في الحالات التي يكون المتعاقد مع هؤلاء الدائنين قد تم من طرف هذا السنديك وعلى العكس من ذلك، تكون مسؤولية السنديك المعين من الغير تجاه غير المدين وهؤلاء المدينين خاضعة لنظام المسؤولية عن العمل الشخصي أو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية لانعدام أية رابطة قانونية بين السنديك وبين الغير الذي ينفرد من أعماله الشخصية التي تكتسي طلبع الخطأ والتقصير أو الإهمال.

عموما إن المسؤولية المدنية للسنديك لا تقرر في حقه إلا بعد ارتكابه لأخطاء قد تكون من بينها سوء الاختيار بين العقود جارية التنفيذ في تاريخ فتح مسطرة التسوية القضائية، وتلحق ضررا بالمتعاقد مع المقاولة وقد تتعداها إلى إثارة مسؤوليته الجنائية.

---

[1]- امحمد الفروجي: صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها مرجع سابق ص 235.

[2]- ينص الفصل 79 من قانون الإلتزامات والعقود على أن "الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدمها".

[3]- تنص المادة 80 من ق.ل.ع. على أن "مستخدموا الدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم، ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها"

[4]- امحمد الفروجي: صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها مرجع سابق ص 234.

[5]- محمد البعدوي: دور السنديك في إدارة المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية، مرجع سابق ص 57.

6- الفصل 901 من ق.ل.ع. ينص على :"الوكيل مسؤول عمن يوكل تحت يده. غير أنه إذا رخص له في أن يوكل تحت يده شخصا آخر دون أن يعين هذا الشخص، فانه لا يكون مسؤولا إلا إذا اختار لذلك شخصا لا تتوفر فيه الصفات المطلوبة لإنجاز الوكالة أو إذا كان قد أحسن الاختيار ولكنه أعطى لمن وكله تحت يده تعليمات كانت هي السبب في حدوث الضرر، أو إذا كان لم يراقبه مع أن مراقبته كانت ضرورية وفقا لمقتضيات ظروف الحال".

الفقرة الثانية: المسؤولية الجنائية للسنديك.

لا شك أن المشرع يهدف من وراء تدخله كما فرض بعض العقوبات على مسيري المقاولات إلى حماية الاستثمار الائتمان وحقوق الدائنين والمحافظة على أصول المقاولة التي تشكل الضمان العام.

مما جعل المشرع المغربي يجرم الأفعال التي يرتكبها السنديك أثناء وبمناسبة قيامه بالمهام الموكولة إليه كأحد الأجهزة المسطرة، أنه يرمي إلى ردعه عن الإتيان بأعمال متنافية مع القانون والتي قد تسيء إلى حقوق الأطراف المرتبطة بالمقاولة، إلى جانب إخلاله بالالتزامات الملقاة عليه بوصفه أمينا على هذه الحقوق والمحافظة عليها في إطار إدارة ومراقبة المقاولة الخاضعة لمسطرة المعالجة([1]) وهكذا بالإضافة إلى تحمل السنديك للمسؤولية المدنية الناتجة عن أخطائه خلال مزاولته لمهامه، كما سبق بيانه فيمكن مساءلته جنائيا، إذا ارتكب أحد الأفعال أثناء قيامه بوظيفته، والتي تشكل إحدى الجرائم المعاقب عليها في إطار مجموعة القانون الجنائي المغربي، أو بإحدى الجرائم الخاصة المنصوص عليها في م.ت.([2]) وعلى هذا الأساس يمكن متابعته جنائيا سواء كان معينا من كتاب الضبط أو من الغير، وفي كلتا الحالتين يبقى محتفظا بصفته موظف عمومي حسب مفهوم الوارد في المادة 224 من القانون الجنائي التي تنص على أنه "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، ويساهم بذلك في خدمة الدولة أو المصالح العمومية، أو الهيئات البلدية، أو المؤسسات العمومية أو مصلحة دات نفع عام".

ومن بين الأفعال الجرمية التي يمكن أن يقترفها السنديك بهذه الصفة جريمة خيانة الأمانة، والسرقة والاختلاس والاحتيال والنصب وتعاطي الرشوة، واستغلال النفوذ، والتزوير...الخ([3])

ويسأل كذلك مسؤولية خاصة عن الأفعال التي يرتكبها والمعاقب عليها في مدونة التجارة حسب ما تنص عليه المادة 722.عن الأفعال التي قد يرتكبها السنديك والمنصوص عليها في المادة 724 من نفس القانون، إذ قررت المادة الأولى عقوبة حبسية تتراوح بين ستة وخمس سنوات وغرامة تتراوح بين 10000,00 درهم إلى 100000,00 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، أما المادة الثانية فقد حددت الأفعال الإجرامية المعاقب عليها، فإذا ثبت في حقه فعلا يكون جريمة فإنه يعاقب بنفس عقوبات التفالس([4]) سواء كان السنديك فاعلا أصليا أو مشاركا. ومن الجرائم الأكثر وقوعا من طرف السنديك هو استعمال أو اقتناء أصول المدين بشكل غير مشروع.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا ما تمت إدانة السنديك بإحدى العقوبات المنصوص عليها في المادة 724، فإنه يتعرض لسقوط الأهلية التجارية كعقوبة إضافية وفق الأحكام الواردة في المواد 711 إلى 720 من م.ت كما يتعرض للحرمان من ممارسة أية وظيفة عمومية انتخابية، وذلك عملا بالمقتضيات المنصوص عليها في المادة 718 من مدونة التجارة وينبغي الإشارة إلى أنه إذا تعارضت نصوص القانون الجنائي مع نصوص مدونة التجارة التي عدلت ونسخت بعض نصوص القانون الجنائي بحكم أن النص اللاحق ينسخ النص السابق.

ويتضح أن المشرع خول للنيابة العامة الحق في تحريك الدعوى العمومية ضد السنديك في الجرائم التي يرتكبها هذا الأخير وعرضها أمام القضاءالزجري لمعاقبته على الأفعال التي تعد في نظر القانون جريمة غير أن طريقة تحريك الدعوى الجنائية الواردة في

---

[1]- محمد البعدوي: دور السنديك في إدارة المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية مرجع سابق ص 47.

[2]- امحمد الفروجي: صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها مرجع سابق ص 239.

[3]- محمد البعدوي: دور السنديك في إدارة المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية، سلسلة القانون والممارسة القضائية" مساطر صعوبات المقاولة بين القانون والعمل القضائي مطبعة النجاح الدار البيضاء – العدد الخامس سنة 2005 ص 58.

[4]- حيث نصت المادة 724 من م.ت. على أن السنديك يسأل على الأفعال التالية

- الإضرار عمدا وبسوء نية بمصالح الدائنين، إما باستعماله لأغراض شخصية أموالا تلقائية بمناسبة قيامه بمهمته وإما بإعطائه منافع للغير يعلم أنها غير مستحقة له.

- الاستعمال اللامشروع للسلط المخولة له قانونيا، في غير ما أعدت له، وبشكل معاكس لصالح المدين أو الدائنين.

- استغلال السلط المخولة له من أجل استعمال أو اقتناء يخص أموال المدين لنفسه سواء قام بذلك شخصيا أو بواسطة الغير

المادة 708 من م.ت من طرف السنديك مقصورة على الجرائم التي يرتكبها مسيروا المقاولة والمنصوص عليها في المادة 704 و 706 من م.ت. دون جرائم التفالس الذي يجب على السنديك خلالها أن ينصب طرفا مدنيا.

ومما لا شك فيه أن الحديث عن دور السنديك في معالجة صعوبات المقاولة مسألة في غاية الأهمية، لا يمكن حسمها ببساطة ، ومن هنا يتضح مما سبق أنه لكي يقوم السنديك بأداء مهامه بأمانة وإخلاص ونزاهة يتعين تدريب وتكوين سنادكة وجعل مهمتهم حرة، وأن يتم تحديد أتعاب هؤلاء على أساس الأعمال المتنوعة التي يقومون بها، وخصوصا في مرحلة التسوية القضائية عبر اختيار العقود الجارية التنفيذ التي تساهم بشكل أو بآخر في إخراج المقاولة من الصعوبات التي تتخبط فيها([1]).

[1]- محمد العروصي : مصير العقود جارية التنفيذ في تاريخ فتح مسطرة التسوية القضائية دراسة مقارنة مرجع سابق ص 167.

ممارسة حق الإضراب على ضوء مدونة الشغل و مشروع القانون التنظيمي للإضراب

الميلودي زلماط

استاذ بكلية الحقوق- سطات

مقدمة :

إن مدونة الشغل كانت ثمرة تشاور وتوافق تام مع مختلف الأطراف المعنية (الحكومة والفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين) وهي ترمي إلى تنشيط سوق الشغل وإلى التحفيز على الاستثمار,وتوفير الإنتاج داخل المقاولة في جو يسوده الوضوح والشفافية, إن التطبيق السليم للمدونة الجديدة للشغل يجب أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المقاولة بكل مكوناتها من عمال وأرباب عمل والمؤسسات التمثيلية للأجراء,وحسنًا فعل المشرع المغربي عندما اعتمد المبادئ الأساسية التي اعتمدها مؤتمر العمل الدولي في دورته السادسة والثمانين في جونيف 1998 وهذه المبادئ لها صلة بحقوق العمل,وهي الحرية النقابية والإقرار الفعلي بحق المفاوضة الجماعية والقضاء على جميع أشكال العمل الجبري أو الإلزامي,ومنع عمل الأطفال,ثم القضاء على التميز في العمل وهكذا ,فقد أحدثت مدونة الشغل الجديدة آليات جديدة للحوار والتفاوض كمجلس المفاوضة الجماعية[1] ولجنة المقاولة[2] ولجنة

السلامة وحفظ الصحة[3] ومؤسسة الممثلون النقابيون[4] وفي هذا المجال نصت المدونة الجديدة على عدة مقتضيات تحت سلوك المساطر التصالحية[5].

إذا كانت قواعد واختيارات مدونة الشغل قد جاءت وفية للمبادئ الأساسية لدستور المملكة المغربية ومستجيبة للمعايير الدولية كما تتضمنها الاتفاقيات الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية للشغل,إيمانا من الدولة وعالم الشغل بكل مكوناته.

ان العمل يعد أهم وسائل التنمية وصيانة كرامة الإنسان والرفع من مستوى المعيشي باستقرار الشغل والأجر, في مناخ تسوده الحرية النقابية والمفاوضة الجماعية كحق أساسي في العمل وتوفير الحماية لكل مكونات المقاولة وإحاطة عقد الشغل منذ إبرامه ثم تنفيذه وإنهائه بقواعد حمائية لجميع الأطراف.

مما سبق يتضح أن أخذ المشرع المغربي بالمبادئ السابقة الذكر وإحداث المؤسسات الآنفة الذكر ان دل على شيء فإنما يدل على رغبة المشرع في استمرارية عقد الشغل,إلا أنه وكما نعلم أن هذا قد تعترضه عوارض أثناء مسيرته,توقف سيره وهذه العوارض هي ما يسمى بحالات توقف عقد الشغل.

وقد تعرض المشرع المغربي لحالات توقف عقد الشغل في المادة 32 والتي جاء فيها:"يتوقف عقد الشغل مؤقتا أثناء :

1. فترة الخدمة العسكرية الإجبارية.
2. تغيب الأجير لمرض أو إصابة يثبتها طبيب إثباتا قانونيا.
3. فترة ما قبل وضع الحامل حملها,وبعده وفق الشروط المنصوص عليها, في المادتين 154,156 أدناه.
4. فترة العجز المؤقت والناتج عن حادثة شغل أو مرض مهني.

---

[1] أنظر مرسوم رقم 2.04.425 صادرة 16 ذي القعدة 1425 (29/12/04) بتحديد عدد أعضاء مجلس المفاوضة الجماعية وكيفية تعيينهم وطريقة تسيير المجلس.الجريدة الرسمية عدد 5279 بتاريخ 2005.

[2] أنظر المادة 465 من مدونة الشغل الجديدة.

[3] أنظر المواد من 336 إلى المادة 344 من مدونة الشغل الجديدة.

[4] أنظر المواد من 470 إلى 474 من مدونة الشغل الجديدة.

[5] أنظر المادة 549 وما بعدها.

5. فترات تغيب الأجير المنصوص عليها في المواد 247 . 275 و277.
6. مدة الإضراب.
7. الإغلاق القانوني للمقاولة.

وهكذا نلاحظ أن مشرع مدونة الشغل قد تعرض للإضراب كحالة من حالات توقف عقد الشغل وتجدر الإشارة إلى أن ذكر هذه الحالة من ضمن الحالات التي تؤدي إلى توقف عقد الشغل يعني أنه لا يجوز للمؤاجر فصل الأجير عند ممارسته لهذا هذا الحق الدستوري وفي ظل غياب القانون التنظيمي المومأ إليه في الفصل 14 من دستور المملكة,تصبح ممارسة الحق في الإضراب مسألة تحيط بها الكثير من الإشكاليات بالنظر إلى التفسيرات والتأويلات التي يسوقها الأطراف.

لذلك يبدو من الضروري الوقوف على ما خصصه القانون المغربي من حيز للحق في الإضراب سواء من خلال مشروع القانون التنظيمي للإضراب (المبحث الأول) أو من خلال مدونة الشغل الجديدة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تنظيم حق ممارسة الإضراب في مشروع القانون التنظيمي للإضراب.

يعتبر الإضراب في المغرب من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 14 من دستور المملكة المغربية لسنة 1996 الذي يؤكد على "أن حق الإضراب مضمون وسيحدد قانون تنظيمي الشروط والإجراءات اللازمة التي يمكن معها ممارسة هذا الحق".ويأتي تكريس الإضراب حقا دستوريا كجزء لا يتجزأ من إيمان المغرب وتمسكه بمبادئ وحقوق الإنسان بشكل عام والحقوق الاقتصادية والاجتماعية بشكل خاص,تلك الحقوق التي أقرتها المواثيق الدولية المختلفة وأعلنت ديباجة الدستور على تشبث المغرب بها إلا أن أهم ما يثيره الفصل 14 من الدستور من الملاحظات أنه أشار بعد تأكيده على ضمان حق ممارسة الإضراب إلى القانون التنظيمي الذي سيصدر لتحديد شروط وشكليات ممارسته,بمعنى أن توفر الشروط والشكليات هي التي ستضفي الشرعية على هذا الحق,وتجعل حرية اللجوء إليه ميسرة بالنسبة للأجراء.كما أنها ستمكن من الحفاظ على حقوق الأغيار التي تتقاطع أحيانا مع الحق في الإضراب وهي على الخصوص الحق في حرمة الممتلكات بالنسبة للمشغلين والحق في الشغل بالنسبة للأجراء غير الراغبين في المشاركة في الإضراب,

ويلاحظ في الآونة الأخيرة أن الحكومة تسعى جاهدة إلى إخراج لحيز الوجود مشروع قانون تنظيمي حول شروط ممارسة حق الإضراب ,أعدته الوزارة المكلفة بالشغل[1] وقد تم عرض المشروع الذي يتكون من 56 فصلا على الفرقاء الاجتماعيين للتداول وأهم ما جاء به هذا المشروع أنه عرف في فصله الثاني,الإضراب بأنه "وقف كلي وجماعي للعمل تدبره وتقرره طائفة من العمال, تحقيقا للمطالب المهنية المباشرة لتلك الجماعة من الأجراء ويمارس خارج أمكنة العمل".

ويثير التعريف المذكور جملة من الملاحظات.

الملاحظة ا :

إن المشروع,اعتبر الإضراب أنه من جهة وقف كلي بحيث استبعد كل أشكال الإضراب الأخرى كالإضراب المبرقع أو الإضراب البطيء,اللذان لا يؤديان إلى توقف تام عن العمل,بل يتم الاستمرار في إنجاز العمل ولكن ليس على الوجه المطلوب,ومن جهة أخرى اعتبر أن الإضراب وقف جماعي وبالتالي يعتبر الإضراب الدائر غير مشروع وقد ذهب الاجتهاد الفرنسي في نفس الاتجاه عندما اعتبر أن الحق في الإضراب لا يسمح للأجراء بالقيام بعملهم بشروط غير تلك المنصوص عليها في عقد الشغل أو المتعارف عليها في المهنة ويترتب عن ذلك أن الإضراب المبرقع الذي يهدف إلى تقليص وثيرة الإنتاج دون توقف حقيقي عن العمل لا يمكن اعتباره ممارسة حقيقية للإضراب واستنادا لذلك,كيَّف القضاء الفرنسي كل تقليص إرادي لوثيرة الإنتاج من طرف أجير باتفاق مع أجراء آخرين أنه خطأ جسيم[2] ويلاحظ أن المقتضيات السابقة لا تتلاءم مع ما ذهبت إليه لجنة الخبراء عندما اعتبرت أن التقييدات الواردة على اشكال الإضراب المختلفة "بطيء . متقطع, مبرقع ,دائر" ليس لها ما يبررها إلا إذا افتقد الإضراب طابعه السلمي,فواضع المشروع استبعد هذه الأشكال من نطاق الإضراب

[1] أنظر مشروع القانون التنظيمي الملحق بهذه الدراسة.

[2] social 22 Avril 1964 bull.CIV IV n° 320 JCP 1964 B.A.SOC.IS.18 Fevrier 1960 bull.CiV n° 320 1960.

المشروع بحيث أن حركات العمال التي لا تأخذ شكل إضراب كامل فيها مخالفة واضحة لبنود العقد التي تقضي قيام الأجير بعمله بحسن نية تحت إدارة وإشراف المشغل.

الملاحظة II :

إن الجهة التي عهد إليها بإعلان الإضراب هي طائفة من العمال,قد تكون منتمية لنقابة معينة أو غير منتمية وبذلك فقد وسع المشروع من إمكانية اللجوء إلى ممارسة الحق في الإضراب متى توافرت شروطه إلى كافة الأجراء بغض النظر عن إشراف نقابة معينة على الإضراب أم لا.

وينتج عن هذا المقتضى.

- أن الحق في الإضراب مكفول لعمال مقاولة لا تتميز بتواجد نقابة.
- أنه من حق أجراء مؤسسة بها تواجد نقابي,اللجوء إلى الإضراب رغم عدم رغبة النقابة في القيام بالإضراب.

ويلاحظ أن في المقتضى المذكور تلاؤمًا وتناغمًا مع المادة 549 من مدونة الشغل الجديدة[1] الذي لم يجعل أعمال مسطرة تسوية نزاعات الشغل حكرًا على النقابات بل كذلك إلى الجماعة العمالية,رغم أنه حرمها من حق المشاركة في إدارة التفاوض الذي قصره على النقابة الأكثر تمثيلاً.

الملاحظة III :

يشير الفصل المذكور إلى أن الإضراب يمكن تقريره,تحقيقا للمطالب المهنية المباشرة لتلك الجماعة,وبذلك يسعى المشروع إلى اعتبار الإضرابات التضامنية والإضرابات السياسية غير مشروعة وفي ذلك تضييق لدائرة هذا الحق الدستوري سيما وأن لجنة الحرية النقابية سبق لها وأن أشارت إلى منع الإضرابات التضامنية يمكن أن يكون تعسفيا.جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء رقم 29 بتاريخ 06 يناير 1984 أنه ".... لكن حيث أن ما سماه رب الشركة بإفساد جو العمل ما هو في الحقيقة إلا مطالب مادية ومهنية تقدم بها عمال الشركة و حاولوا تحقيقها في إطار نقابي وبوسيلة مشروعة ألا وهي الإضراب يعترف به أسمى قانون في البلاد (الفصل 14 من الدستور) ....

وحيث إن توقف المدعي وزملائه عن العمل يمكن وصفه بأنه إضراب تضامني وهو إضراب مشروع ما دام أنه لا يخرج عن نطاق المؤسسة أولا, وما دام أنه يرمي ثانيا إلى حماية والحفاظ على أحد مكتسباتهم الحيوية والمهنية,واستمرارية النشاط النقابي,وما رفضهم لإقصاء الكاتب العام من منصبه ومن عمله بين بقية العمال إلا دليل على ذلك....

الملاحظة VI :

يمارس الإضراب بناء على التعريف الفصل الثاني من المشروع خارج أمكنة العمل,وفي ذلك استبعاد لإمكانية شن إضراب مصاحب باعتصام داخل المؤسسة هذا الأمر الذي طالما اعتبره المشغل احتلالا لملك الغير.

وبذلك يمكن القول أن تعريف الإضراب الوارد في الفصل الثاني من مشروع القانون التنظيمي قد أخرج كافة الأشكال من دائرة الإضراب وأبقى على الشكل التقليدي للإضراب بما هو توقف جماعي وتام عن العمل للضغط على المؤاجر وذلك من أجل الاستجابة لمطالب العمال المضربين.

الملاحظة V :

نص الفصل الثامن من المشروع على أن حرية العمل تبقى مضمونة للعمال الذين لا يشاركون في الإضراب بحيث يمكن أن يكون من بين العمال من لا يوافق على قرار النقابة أو جماعة العمال ويستمر بالعمل لعدم اقتناعهم بوجاهة الإضراب أو نظرية

[1] نزاعات الشغل الجماعية هي كل الخلافات الناشئة بسبب الشغل والتي يكون أحد أطرافها منظمة نقابية للأجراء ويكون هدفها الدفاع عن مصالح جماعية,مهنية,كهؤلاء الأجراء.

إعلانه,كما أن بعض العمال وأثناء تنفيذ الإضراب قد يتراجعون عن المشاركة فيه لإعتقادهم بعدم إمكانية تحقيقه لأغراضه غير أن المشرع لم ينص على حق النقابة أو الجماعة العمالية الداعية للإضراب في مراقبة تنفيذ الإضراب سلميًا وذلك عبر حث أعضائها للعمال على الانضمام إلى الحركة الإضرابية وتشجيع المترددين من المضربين[1] وفي مجال الضمانات التي قررها المشروع لفائدة العمال المضربين وفق الشروط المنصوص عليها.

- لا يمكن للمشغل تشغيل أجراء جدد أثناء مدة الإضراب.
- لا يمكن معاقبة الأجير المضرب على مشاركته في الإضراب (ف10).
- يبطل كل اتفاق والتزام مشروط يتنازل فيه العامل عن حقه في ممارسة الإضراب (ف11).

بالمقابل كفل المشروع في فصله الثاني عشر للمشغل الحق في إغلاق مؤسسته في مواجهة التصرفات التي تلحق الضرر بتلك في الأحوال التالية:

- عند احتلال مكان الشغل أثناء الإضراب,
- عند تعمد العمال المضربين القيام بأعمال تخريبية,غير أن المشغل ملزم بإتباع مسطرة اللجوء إلى الإغلاق وفق الفصل 14 من مشروع القانون التنظيمي للإضراب[2] وبذلك يلاحظ أن مشروع القانون التنظيمي يسعى إلى تنظيم وسائل القوة التي يلجأ أطراف النزاع للدفاع عن مصالحهم.وفي هذا الإطار يلاحظ أن المشروع يتطابق من هذه الناحية مع ما ذهب إليه رأي لجنة الحرية النقابية أن إعلان الإضراب لا يتلاءم مع مقتضيات الإتفاقية رقم 87.

المبحث الثاني: تنظيم حق ممارسة الإضراب ي مدونة الشغل:

في ظل الغياب المزمن للقانون التنظيمي للإضراب حاولت مدونة الشغل الجديدة أن تكرس قواعد تتضمن في جوهرها أحكاما تنظيمية لممارسة حق الإضراب.

يلاحظ في البداية أن المدونة نصت في باب أحكام عامة على منع تسخير الأجراء لأداء الشغل قهرًا أو جبرًا وبذلك سعت المدونة إلى ملائمة التشريع الوطني مع مقتضيات الاتفاقية رقم 105 حول إلغاء العمل الإجباري لسنة 1957 التي يعتبر المغرب عضوًا فيها والتي منعت إلزام الشخص بالقيام بعمل دون إرادته مهما كانت أهدافه وكيفما كانت أشكاله ومنها فرض القيام بعمل كإجراء عقابي على المشاركة في الإضراب.

ومن جهة ثانية نصت المدونة كما رأينا في المادة 32 المتعلقة بتوقف عقد الشغل على أن من الأسباب الموجبة لذلك نشوب إضراب بالمؤسسة,ويتمثل ذلك تطورا مهمًا في نظرة المشرع إلى الإضراب كحق لا يترتب عنه فسخ عقد الشغل وإنما تعليقه بكافة عناصره المتمثلة أساسا في الأجر والعمل وعلاقة التبعية وأثناء ذلك يمنع المشغل من اللجوء إلى تشغيل عمال جدد ينتمون إلى مقاولات التشغيل المؤقت بناء على المادة 496 من مدونة الشغل كما أن المادة 16 من م.ش والمتعلقة بحالات إبرام عقد الشغل محدد المدة تمنع على المشغل كذلك إحلال أجير محل آخر عند توقف عقد شغله الناتج عن الإضراب ,ويلاحظ من منطوق المادتين أن المشرع اتجه نحو محاصرة أحد أهم أسباب تفاقم أسباب النزاع بين المؤسسة وأجراءها ألا وهو تعويض المضربين بعمال جدد.

وفي باب معالجة نزاعات الشغل الجماعية أشارت المدونة في مادتها 549 إلى إمكانية أن يكون أحد طرفي نزاعات الشغل الجماعية جماعة من الأجراء وفي ذلك إضفاء لطابع الشرعية على الإضرابات العفوية غير المؤطرة بواسطة النقابات

---

[1] مكتب العمل الدولي,المقاولة الجماعية جنيف 1959 ص 132.

[2] ينص الفصل 14 من مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالإضراب على ما يلي:على المشغل أن يبلغ العمال أو ممثلهم قرار إغلاق المقاولة متضمنا أخطارا لا تقل مدته سبعة أيام كاملة وأن يفصل فيه الأسباب التي حملته على اتخاذ ذلك القرار ..ويتعين عليه أن يتوجه قبل الإغلاق بسبعة أيام كاملة على الأخذ نسخة من ذلك القرار إلى المندوبية المكلفة بالشغل لدى العمالة والأقاليم.

إذا من كل ما سبق يلاحظ أن المدونة ذهبت من خلال المقتضيات المذكورة إلى توسيع نطاق مشروعية حق الإضراب,وذلك موقف إيجابي يحسب لمشرع مدونة الشغل الجديدة,وإن كان التساؤل يظل معلقا حول إمكانية تعويض تشريع عادي للقانون التنظيمي المشار إليه في الفصل 14 من الدستور فيما يخص تنظيم الحق في الإضراب.

غير أنه بدون الخوض في هذه الإشكاليات يمكن القول أن اتجاه توسيع نطاق مشروعية الإضراب لم يضع على امتداد فصول المدونة إذ تضمنت هذه الأخيرة بعض مظاهر التضييق من دائرة مشروعية الإضراب ففي المادة 39 صنفت عرقلة حرية العمل ضمن الأخطاء الجسيمة التي تبرر حق المشغل,اللجوء إلى فصل الأجير المرتكب للخطأ وإن كان المشرع قد أحاط ذلك بضرورة معاينة مفتش الشغل لعرقلة حرية العمل وتحرير محضر بشأنها ويتبين من خلال ذلك أن مدونة الشغل تسعى إلى وضع حد وفاصل بين الحق في الإضراب والحق في العمل الذي يعتبر هو الآخر حقًا دستوريًا

وفي الكتاب السادس المتعلق بنزاعات الشغل عندما حاولت المدونة التعريف نزاعات الشغل الجماعية,نلاحظ أنه ربط هدفها بالدفاع عن المصالح الجماعية المهنية,وفي ذلك محاولة من المشرع لإستبعاد الإضرابات التضامنية والسياسية التي تعتبر إحدى مظهرات خلافات الشغل الجماعية من نطاق الإضرابات المشروعة,الشيء الذي يتعارض تماما مع ما ذهب إليه الاجتهاد الدولي للجنة الحرية النقابية التابعة لمنظمة العمل الدولية الذي اعتبر غير ما مرة أنه يمكن للأجراء اللجوء إلى الإضرابات التضامنية شريطة أن تكون الإضرابات السائدة مشروعة.

وذلك في اتجاه التضييق من دائرة مشروعية الحق في الإضراب قررت مدونة الشغل استثناء حالة الإضراب من حالات توقف عقد الشغل التي تدخل ضمن الشغل الفعلي والذي يقدر على أساسه مبلغ تعويض عن الفصل (المادة 53) وكدا مدة العطلة السنوية المؤدى عنها كما أن المدونة ومن خلال المادة 45 أخرجت مدة الإضراب من الأسباب الموقفة لأجل الأخطار في عقود الشغل غير محددة المدة.

ولذلك يمكن التساؤل هل حسنا فعلت المدونة عندما أقحمت مجالا غير مأمون الجانب وحاولت سد ثغرة هائلة في جسد التشريع الاجتماعي المغربي للشغل ؟ أم كان علها أن تلتزم التراتبية الدستورية وتدع أمر تنظيم الحق في الإضراب للقانون التنظيمي الموعود به؟ خاصة وأن النواة الأولى لهذا القانون بدأت تتحرك داخل هياكل السلطة المكلفة بالشغل منذ أمد طويل.

الخاتمة:

تلك إذن هي أهم مظاهر تنظيم حق ممارسة الإضراب في مشروع القانون التنظيمي الموعود به وفي مدونة الشغل التي يتضح من خلالها نظرة واضع المدونة المتحفظة للحق في الإضراب بحيث يبدو وكأنه شروعًا مع وقف التنفيذ ومحاطا بجملة من المقتضيات التي تنقص من مشروعيته.

الصلح والتصالح في القانون الفلسطيني وعلاقته بالتحكيم في المسائل الجزائية
" دراسة تحليلية مقارنة "

د. حسام الدين محمود الدن
أستاذ القانون الخاص المساعد
كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية - غزة

د. نزار حمدي إبراهيم قشطة
أستاذ القانون العام المساعد
كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية- غزة

مقدمة

لقد أدى تطور الحياة وسعة آفاقها إلى زيادة أعباء المجتمعات، وكان من أبرز ما تعانيه هذه المجتمعات هو زيادة عدد الجرائم والمنازعات المالية كماً ونوعاً. وما لبثت هذه الزيادة أن انعكست على الجهاز القضائي وزادت من العبء الملقى على كاهل المحاكم. ولاشك أن ذلك التطور والتزايد في القضايا المدنية والجزائية أفضى إلى كثير من التراكم والتعطيل، فأصبح تأجيل نظرها إلى جلسات متعددة هو السمة الغالبة على عمل المحاكم.

وترتيباً على ذلك-وتحت ضغط حاجة المجتمعات- ظهرت الوسائل البديلة لحل المنازعات، في حلتها المعاصرة، ولاسيما من خلال إعطاء دور أكبر لأطراف الدعوى ممثلةً في المدعي والمدعى عليه في القضايا المدنية، والمجني عليه والنيابة العامة أو الجاني في القضايا الجزائية، لتسويتها بالطرق التصالحية نتيجة لعدم فاعلية الجهاز القضائي التقليدي في حسمها، وكثرة المُعيقات الموضوعية والشكلية، وهذا ما شجع على سطوع نجم ما يعرف "بالوسائل البديلة لحل النزاعات" وعلى رأسها التحكيم والصلح وغيرها.

ويعاني مجتمعنا الفلسطيني من ظاهرتين هامتين **أولاهما:** زيادة عدد المنازعات والجرائم. **وثانيهما:** كثرة فسخ وبطلان أحكام التحكيم المحلية، بالرغم من كثرة اللجوء لهذا الطرق البديلة عن القضاء لحل النزاعات.

ونظراً للتحول في أسلوب المجتمعات في آلية حل النزاعات ذهب البعض(1) إلى القول بأن المنظومة القضائية بما ترمز إليه وتسهر على تطبيقه من عدل وإنصاف، قد أصبح في حاجة لمن ينصفه.

فضلاً عما تقدم، ظهرت مشكلة ما يُعرف ببطء العدالة وتكدس القضايا، أو ما يعرف بأزمة العدالة الجنائية أو العدالة بصفة عامة. وعلى الرغم من الجهود والمحاولات المضنية المبذولة من الدولة لتخفيف العبء عن كاهل القضاة عن طريق زيادة أعدادهم، فإن هذه الزيادة لا تتناسب مع الزيادة المتضاعفة لكم القضايا التي تعرض على المحاكم كل يوم(2). كما أن زيادة عدد القضاة كحل جزئي لمشكلة شمولية عجزت عن احتواء هذا الكم الهائل من المشكلات والخلافات(3).

أضف إلى ذلك، أن توفير العدد اللازم من القضاة أمر فيه من الصعوبة بمكان، لكونه يتطلب أعباء مالية كبيرة لا تتمكن الدولة من توفيرها في ظل ظروفها الاقتصادية الراهنة، سيما في ظل واقعنا الفلسطيني، وما تمر به المنطقة من أزمات اقتصادية وسياسية واجتماعية وغيرها.

---

(1) د.عمر سالم ، **نحو تيسير الإجراءات الجنائية**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،القاهرة،1997، ص29.

(2) د.عاشور مبروك، **نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص4.

(3) ومن الجدير بالذكر أن بعض الدول المتقدمة كفرنسا تتراوح المدة من وقت وقوع الجريمة إلى صدور الحكم البات بشأنها بين سنتين وثلاث سنوات... حيث أصبحت ست عشر شهراً ونصف في سنة 1999. بينما بلغ عدد القضايا الجنائية التي عرضت أمام المحاكمة المصرية خلال عام 2002 ما يقارب 12 مليون قضية، وهذا هو حال كافة الدول. أنظر د. شريف سيد كامل، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، بند 2، ص 11 وما بعدها.

كما أن الأمر لا يتوقف على تذليل الصعوبات الاقتصادية وحدها، بل إن الأمر يتطلب أبعد من ذلك، فتوفير القضاة يتطلب توافر شروط معينة فيمن يُسند إليهم القيام بتلك المهمة الجليلة، سواءً من ناحية الخبرة العملية أم القانونية أم التحلي بالقيم الأخلاقية. وهذه الأمور ليست بالهيّنة(1)، فمن ولِّي مهمة القضاء فقد ذُبح بغير سكين(2).

ومن جانب آخر، فإن النظم البديلة لحل النزاعات كالتحكيم والصلح على سبيل المثال لا الحصر، أضحت تُغرقها المشاكل والعقبات التشريعية من ضعف ونقص، وعقبات عملية وإجرائية تتمثل في سوء التطبيق والممارسة لتلك الأنظمة البديلة، وقلة خبرة وتأهيل القائمين عليها، وبالتالي كثرة فسخ وإبطال أحكام التحكيم، مما أجهد القضاء – من الناحية العملية- في أمور أكبر مما كان يتحملها لو نظر هذه النزاعات ابتداء .

أولاً - أهمية البحث :

تكتسب هذه الدراسة أهميتها الخاصة لأن الوسائل البديلة لحل النزاعات وعلى رأسها التحكيم والصلح وُجدت لتلعب دوراً هاماً في النزاعات عموماً، والمسائل الجنائية خصوصاً. ومن ثم فإن الكثيرين ممن يتعاملون بها ومعها، في حاجة لمعرفة هذه البدائل شكلاً ومضموناً، ولاسيما في ظل ظهور نظم حديثة تعمل على تسوية الخصومات المدنية، والقضايا الجزائية بصورة رضائية بين أطراف الدعوى الجزائية.

فضلاً على أن موضوع الوسائل البديلة لحل النزاعات -كأصل عام- يمس حاجة رجل العدالة أو القاضي سواء المدني أم الجنائي في مسيرته العملية والتطبيقية، لأنها تعتبر من أفضل الوسائل التي تُعينه على حسم أكبر عدد من الدعاوى المعروضة عليه، أو تحول دون تكدس القضايا أمامه، وأهمها التحكيم والصلح والتصالح وغيرها من نُظم التوفيق والوساطة، وواقع المحاكم الفلسطينية يُعضد هذا الأمر ويؤكد هذه الوجهة.

كما تكتسب هذه الدراسة أهميتها من حيث اعتبارها باكورة للتوسع في الدراسات القانونية في مجال الأنظمة التصالحية فلسطينياً، على ضوء التطور في السياسة الجنائية الدولية المعاصرة بهذا الخصوص، وجنوحها لوسائل التسوية والتصالح أو التحكيم، بما يتوافق مع مجريات العمل الفعلي الواقعي في فلسطين، دون أن يواكب ذلك نضوج العمل التشريعي أو تطوره في سبيل تنظيم هذه المسألة، مما يثير اهتمام الباحثان الحريصان على التطبيق الصحيح للقانون، وتطوير المنظومة القانونية أو التشريعية في فلسطين وإصلاحها. فضلاً عن حث المشرع الفلسطيني على تبني ما هو جديد، ومعالجة كل نقص وقصور اعترى النظام القانوني الفلسطيني من قصور بهذا الشأن.

ثانياً: أهداف البحث

1- الخروج من الحلقة المفرغة المتمثلة في تحديد نطاق ما يجوز فيه التصالح أو الصلح، بناءً على المبدأ الذي ينادي بجواز الصلح فيما يجوز فيه التحكيم، في ظل ربط جواز مباشرتهما بشرط عدم مخالفة النظام العام. بيد أنه لا يوجد حتى الآن مفهوم واضح ومحدد للنظام العام على الصعيد الوطني أو الدولي. وهو أمر غير مبرر من حيث ربط نظام التحكيم- وهو نظام معلوم- بنظام غير معلوم وغير محدد نطاقاً وهو النظام العام. فلا يوجد حصر أو بيان للجرائم والنزاعات التي لا يخالف التحكيم فيها أو التصالح بشأنها للنظام العام على الصعيد الفلسطيني، خلافاً للتوجهات التشريعية الدولية المقارنة في هذا المجال.

2- الحد من الطعن على أحكام التحكيم المحلية في فلسطين، والحيلولة دون فسخها وإبطالها إما للخطأ في الإجراء أو الخطأ في التقدير من قبل المحكمين. وإما لفض نزاعات لا يجوز فيها التحكيم أصلاً لتعلقها بالنظام العام. دون إغفال لآخر المستجدات الوطنية والدولية في مجال التحكيم في المسائل الجزائية - رغم اعتبارات النظام العام- والذي يحظر قانون التحكيم الفلسطيني بدوره التحكيم بصددها، سيما نص المادة الرابعة منه، والمادة الثانية من لائحته التنفيذية(3).

---

(1) د.أحمد الصاوي، **الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**، معدلاً بالقانون رقم 23 لسنة 1992 والقانون رقم 81 لسنة 1996 والقانون رقم 18 لسنة 1999، بدون دار نشر، القاهرة، 2004، ص85.

(2) حديث شريف، رواه أحمد وأهل السنن.

(3) المادة الرابعة من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 والتي تنص على أنه " لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية : 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين. 2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً. 3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية" . كما تنص المادة(2) من اللائحة التنفيذية لقانون

3- تدعيم الوسائل البديلة في فض المنازعات وتقييمها، ومواكبة التطورات والمرونة التشريعية المُتبعة للتوسع بنظام التصالح في الكثير من الجرائم البسيطة والمتوسطة. وبالتالي امتداد وتوسع نطاق نظام التحكيم في المسائل الجزائية إلى ما كان يحظر عليه نظره سابقاً، لاتساع نظام التصالح في بعض الجرائم حديثاً. فضلاً على موائمة الواقع الفلسطيني أو الممارسة الفعلية للتحكيم على الأرض، بالواقع التشريعي القانوني أو الإطار المنظم لهذا الطريق لفض الخصومة، ولاسيما في ضوء التوجه الدولي لتوسيع نطاق التصالح في بعض الجرائم، ومن ثم يجوز التحكيم فيما جاز فيه الصلح.

4- التخلص من مشكلة التحكيم غير القانوني المتمثل في التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام التي كثرت في مجتمعنا الفلسطيني، دون أن تجد هذه الممارسة الغطاء القانوني أو التشريعي لها، رغم فعالية هذه الوسائل البديلة في حل النزاعات في فلسطين، بل وأصبحت سمة من سمات المجتمع الفلسطيني ورافداً من روافد تحقيق الأمن والاستقرار والسلم الأهلي. ولا يتأتى ذلك إلا بمعرفة أمور هامة متمثلة في دور جميع أطراف النزاع ومؤسسات المجتمع المدني والقضاء ورجال الإصلاح والمحكمين في تسوية الخصومات الجنائية وغيرها بصورة رضائية. أي بيان نطاق ما يجوز فيه التصالح أو الصلح، حتى ينصرف بدوره إلى إجازة التحكيم بالتبعية، وخروجه من طريقه الأصيل إلى الطريق الاستثنائي لفض الخصومة، ولاسيما من خلال بيان الجرائم المشمولة بنظام التصالح، فينصرف ذلك إلى التحكيم، دون الاصطدام بمخالفة ذلك للتشريع الفلسطيني.

5- تهدف الدراسة أخيراً إلى الوصول إلى غاية شرعية ونبيلة، تتمثل في موافقة القانون الوضعي الفلسطيني للشريعة الإسلامية، التي تجيز التحكيم والصلح عموماً في جميع المسائل باستثناء الحدود والأمور المتعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى، ولاسيما في ظل مفارقة غريبة تتمثل في لجوء الدول الغربية المتطورة لهذا التوجه المتمثل في التوسع في الصلح والتحكيم في المسائل الجزائية – بل وبعض الدول العربية الشقيقة- بما يصب في مجرى التوافق مع الشريعة الإسلامية، وخصوصاً بعد أزمات أعيت هذه البلدان جعلتها تسن تشريعات وقوانين تتوافق مع الشريعة الإسلامية بغير قصد ديني منها وصولاً إلى حل مشاكلها. ولعل تخفيض نسبة الفائدة(الربا) إلى صفر في البلدان التي تعاني من الأزمات والركود الاقتصادي حالياً، والعودة إلى ما كانت تُقره الشريعة في جواز التصالح والتحكيم في المسائل الجزائية منذ القدم خير دليلين على ذلك .

ثالثاً : منهج البحث اعتمد الباحثان في المنهجي التحليلي المقارن لنصوص التشريعات وآراء الفقهاء،وعلى ضوء أحكام محكمة النقض المصرية وصولاً إلى أهم التوصيات والأهداف المبتغاة من الدراسة.

رابعاً : خطة البحث تعرض الباحثان لموضوع الدراسة من خلال ثلاثة مباحث، فتناول في المبحث الأول فلسفة الوسائل البديلة لحل النزاعات، ثم تعرض في المبحث الثاني للتحكيم والصلح في الشريعة الإسلامية ونطاقه، وأخيراً تناول أهم التطبيقات الحديثة للمبدأ التوسعي للصلح والتحكيم في المسائل الجزائية في مبحث ثالث.

المبحث الأول:فلسفة الوسائل البديلة لحل النزاعات

لقد أدى تطور الحياة وسعة آفاقها إلى تشعب العلاقات بين أفراد المجتمع، وهذا أدى بدوره إلى تشابك المصالح الشخصية لكل فرد تجاه الآخر، مما دعا المنظومة الاجتماعية والقانونية وتحت ضغط الحاجة إلى فض المنازعات، أن تسعى إلى إيجاد سبل ووسائل تُجيز وتحقق ذلك الغرض بطرق متعددة وبمسميات مختلفة. فوجدت أن من أفضل السبل والطرق التي يتم فيها حسم النزاع، الأسلوب الرضائي الودي لفض الخصومة في المسائل المالية وبعض المسائل الجزائية بين الخصوم، لكون ذلك الطريق الذي يحظى بموافقة وقبول ورضى جميع الأطراف .

التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 بتاريخ2004/4/12 على أنه " لا يجوز التحكيم في المسائل التي تتعلق بالنظام العام والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانونا كالعقوبات والمنازعات المتعلقة بالجنسية، وكل ما هو متعلق بالأحوال الشخصية كالطلاق والنسب والإرث والنفقة، علي أنه يجوز أن يكون موضوعا للتحكيم تقديرا لنفقة واجبة أو تقديرا لمهر أو أية دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية ".

وبناء عليه فقد سطع نجم التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات، كنتاج لعدم فاعلية الجهاز القضائي التقليدي في حسم العديد من القضايا، والرغبة الودية التصالحية في حل النزاعات.

ونظام التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات عموماً تهدف إلى معالجة أسباب النزاع، وبذل الجهود للقضاء على مسبباته في المستقبل من خلال الأنظمة الحديثة، مثل نظام الصلح والتوفيق والتسوية أو الوساطة الجنائية وما إلى غير ذلك من الوسائل القانونية الحديثة والواعدة في هذا المجال.

ولا يخفى على أحد أن من أهداف هذه البدائل هو تخفيف العبء عن كاهل أجهزة العدالة القضائية، بل تعتبر الوسائل التصالحية وسيلة عملية وفعالة لفض النزاعات المالية بشكل عام والجزائية بشكل خاص، لما تتميز به من قلة شكلياتها ومحدودية الخصومة فيها، وغلبة الجانب التعاقدي عليها. وبذلك فهي تتشكل اليوم من جملة من الإجراءات المستحدثة المتميزة والمختلفة عن الإجراءات التقليدية. وهذا قول ليس بغريب عن مضمون التحكيم وماهيته، فالتحكيم نظام قانوني استثنائي من حيث الأصل، يقوم بمقتضاه أطرف علاقة قانونية عقدية كانت أم غير عقدية، بالاتفاق كتابةً على أن يتم الفصل في نزاع نشأ بينهما، أو قد ينشأ في المستقبل، بواسطة محكم أو أكثر أو هيئة تحكيم دائمة، وفق القانون والإجراءات التي يختارها الأطراف للوصول إلى حكمٍ ملزمٍ بينهم(1).

المطلب الأول:السياسة العقابية في التشريعات الوطنية

لقد تبلورت سياسات سلطة الدولة في العقاب منذ بداية العصر الإسلامي، بل وبدأ التحول في إيجاد الوسائل البديلة لحل النزاعات منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم. وهذا يعطي للشريعة الإسلامية الغراء فضل السبق في هذا المضمار، ولعل قول عمر رضي الله عنه" ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن"(2)، خير شاهد على ذلك، من حيث سعي الشريعة الإسلامية لما يُصلح شأن المجتمع، بغض النظر عن جمود مبدأ سيادة الدول. فالشريعة الإسلامية منذ فجر ظهورها- كما أسلفنا- قد أجازت الصلح في بعض الجرائم وحرمته في بعضها، وتركت لولي الأمر التصرف في الجرائم الأخرى .

وعلى صعيدٍ آخر، نجد أن التشريعات اتجهت لهذا السبيل من واقع عملي، فقد لوحظ أن لبعض القضايا طبيعة خاصة، حيث تطول فيها الإجراءات والآجال، مما يترتب عليه أن تتكبد الدولة نفقات باهظة، وجهود مضنية تستنفد جهود الجهات القضائية المختصة إلى حد كبير، كما يتحمل أطراف الدعوى أعباء كبيرة من وقت ومصاريف ورسوم وغيرها(3). فكان من أهم معالم التطور القانوني هو بدائل الخصومة القضائية للنظر في المنازعات بغير الإجراءات التقليدية(كالتصالح أو الصلح أو التحكيم)، بما يُمكّن رجال القضاء والعدالة –بما في ذلك المحكمين-من التغلب على مشكلة بطء الإجراءات وعرقلة سير العدالة، لكون العدالة البطيئة تعتبر صورة من صور الظلم.

ومن الجدير بالذكر، أن غالبية التشريعات قد حددت على سبيل الحصر الجرائم التي لا يجوز تحريكها إلا بناءً على شكوى من المجني عليه(4)، كالسرقة بين الأزواج وبين الأصول والفروع، حيث يخشى المشرع أن يكون أضرار الإجراءات الجنائية بهذه الصلات وبالمجتمع أكثر من الفائدة التي يمكن أن يحققها، فيترك للمجني عليه المقارنة بين الوجهتين وتقدير أيهما أجدر بالرعاية(5).

ولما كان المشرع الجنائي-كنموذج- قد ترك للمجني عليه في الجرائم التي قيّد تحريك الدعوى فيها بقيد الشكوى، ملائمة تحريك الدعوى الجزائية من عدمه، فإنه يكون من المعقول والمنطقي أن يمنحه الحق في التنازل عن الشكوى بعد تقديمها. وهذا الأمر ليس

(1) د. حسام الدين محمود الدن، **طرق الطعن في حكم التحكيم**، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2013، ص 23.

(2)العلامة/ محمد بن أبي بكر الزرعي(ابن قيم الجوزية)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، دار الكتب العلمية، سنة النشر1411هـ/1991م ، ط1، ج1، ص 84.

(3) د.حمدي رجب عطية، **بدائل الدعوى الجنائية**، مجلة المحاماة، مصر،عدد(5،6)، سنة 1991، ص 103.

(4) انظر نص المادة (4) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والمادة (3) من قانون الإجراءات الجنائية المصري والمادة(3/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي والمادة(18) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي والمادة(10) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي والمادة(11) من نظام الإجراءات الجزائية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والمادة (109) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي والمادة(9) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني والمادة (3) من قانون الإجراءات الجنائية القطري والمادة(4) من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

(5) د. يس عمر يوسف، **شرح قانون الإجراءات الجنائية**، س1991، ط2، دار ومكتبة الهلال، بيروت، 1996، ص100.

غريباً، فالتصالح عبارة عن تصرف قانوني يُرتب أثراً في مجال الإجراءات الجنائية، وهو إنهاء الدعوى الجزائية، يتم بمحض إرادة المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً، ولا يقتصر على عرض من سلطة التحقيق أو المحكمة(1).

وفي نفس السياق، نجد أن المشرع المصري قد تساهل في الأخذ بنظام التصالح في العديد من الجرائم المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية، بل ووسع في نطاقه، وذلك بمقتضى القانون رقم 174 لسنة 1998م بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية بموجب المادة (18) مكرراً (2).

كما وسع المشرع المصري في تعديلات قانون الإجراءات الجنائية لعام 2006 من الحالات أو الجرائم التي يجوز فيها التصالح، رغبة منه في مواجهة مشكلة تفاقم الجرائم وما يتعلق بها من أزمات من خلال إعطاء أطراف الدعوى الجنائية المتهم والمجني عليه مُكنة إنهاء الخصومة الجزائية بدون حكم.

وترتيباً على ذلك يُعد هذا النص تطبيقاً للاتجاهات الحديثة في التشريعات الجنائية المعاصرة التي تعطى للمجني عليه دوراً ملحوظاً في إنهاء الدعوى الجنائية بالنسبة لبعض الجرائم(3)، وأهمها تلك الجرائم الواقعة على الأفراد والتي توصف بأنها قليلة أو متوسطة الخطورة، والتي تقع على المجني عليه بمناسبة علاقاته الاجتماعية بالمتعاملين معه، دون أن يتعارض هذا التصالح أو الصلح في تلك الأحوال مع النظام العام أو مقتضيات الحفاظ على المصلحة العامة(4).

وبهذا الصدد قررت محكمة النقض المصرية بأنه "من المقرر أن الصلح عقد ينحسم به النزاع بين الطرفين في أمر معين وبشروط معينة ولهذا وُجب ألا يُتوسع في تأويله وأن يقتصر تفسيره على موضوع النزاع على أن ذلك لا يحول بين قاضى النزاع وبين حقه في أن يستخلص من عبارات الصلح ومن الظروف التي تم فيها نية الطرفين والنتائج المبتغاة من الصلح ويحدد نطاق النزاع الذي أراد الطرفان وضع حد له باتفاقهما عليه - شأنه في ذلك شأن باقي العقود - إذ أن ذلك من سلطته وله رقابة عليه فيه مادامت عبارات العقد والملابسات التي تم فيها تحتمل ما استخلصه منها وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من عبارات التصالح الواردة في محضر جمع الاستدلالات على لسان المجني عليه أنها لا تحمل معنى التنازل عن حقه في التعويض وكان استخلاصه سائغاً في العقل تحمله عبارات التصالح وملابساته فإن ما انتهى إليه الحكم من رفض الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية لسبق تنازل المدعى بالحقوق المدنية عن حقه يكون قد اقترن بالصواب"(5).

وانسجاماً مع التحول التشريعي في مصر حديثاً في هذا الأمر، أصدر النائب العام المصري الكتاب الدوري رقم(10) لسنة 2006 بشأن الأحكام المستحدثة في نظام التصالح في بعض الجرائم المنصوص عليها في المادة (18 مكرر) من قانون الإجراءات الجنائية المصري الذي يكرس التوسع في هذا النظام، وكما سنرى مضمونه تفصيلاً فيما بعد.

إلا أنه رغم ما سقناه وسنسوقه من مزايا يحققها نظام التحكيم والصلح أو التصالح ، إلا أنه يجب علينا الإشارة إلى بعض المثالب التي تعتريه بهدف تلافيها. فلم يسلم التوجه الجديد من سهام النقد على أساس أن هذا النظام فيه خلط بين حق الدولة في العقاب، وحق المتضرر من الجريمة في التعويض. كما أنه يهدم سلطة النيابة العامة في تقرير ملائمة رفع الدعوى الجزائية من عدمه، فضلاً على أن التصالح قد يتم عن طريق الترغيب أو الترهيب أو الإكراه على المجني عليه.

وعلاوةً على ذلك، فإن اعتماد هذا النظام يجعل من الجرائم مجرد أفعال ضارة لا يُطلب فيها سوى التعويض. كما ويفتقر إلى مبدأ تحقيق الردع الخاص أو العام، وتحديداً في مجال الجريمة الاقتصادية، فالردع الخاص يستلزم أن يقف المتهم علناً في موقف الاتهام، وأن يصدر ضده حكم يتم تسجيله في صحيفة السوابق أو الحالة الجنائية.

---

(1) د. محمد السيد عرفة، **التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي**، ط1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006، ص246.

(2) د. مأمون محمد سلامة، **الإجراءات الجنائية في التشريع المصري**، الجزء الأول، سنة 2001، ص 322.

(3) المرجع السابق، ص 325.

(4) د. شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 117 و ما بعدها.

(5) محكمة النقض المصرية، نقض جنائي ، الطعن رقم 29348 لسنة 59 ق ، جلسة 1996/5/2م.

أما الردع العام، فإنه لا يتحقق نظراً لانقضاء الدعوى وحل النزاع بشكل سري – في معظم الأحيان- أي يتم بعيداً عن أعين الناس وسمعهم، مما يجعل المتهم في النهاية يستهين بهذه الجرائم التي يجوز فيها التصالح(1).

إلا أن الأمر – وبحق- ليس بهذه البساطة، فالغاية من تبني التشريعات للأنظمة البديلة لحل النزاعات، هي تبسيط وتيسير الإجراءات الجنائية، وتخفيف العبء عن كاهل القضاء، وفض النزاع على نحو تهدأ به النفوس وتستقر المعاملات ويتحقق السلم الأهلي.

كما أن تعارض نظام التحكيم في المسائل الجزائية مع الردع بنوعيه هو في حقيقته تعارض شكلي غير موضوعي، لأن نظام الصلح لا يُطبق بصفة عامة إلا على الجرائم البسيطة قليلة الأهمية التي لا تسبب ضرراً جسيماً فادحاً بالمجني عليه أو بالمجتمع، ومن ثم بات النفع من هذا التقنين أعظم من ضرره.

المطلب الثاني:موقف التشريعات الأجنبية من المنهج التوسعي في التصالح والتحكيم في المسائل الجزائية

لقد ذهبت بعض التشريعات الغربية الحديثة بعيداً في هذا الأمر، ومنها قانون تحقيق الجنايات البلجيكي، والذي اعتمد بدوره الوساطة الجنائية في المخالفات والجنح والجنايات المعاقب عليها بالأشغال الشاقة لمدة لا تزيد على عشرين سنة(2)، فيما إذا رأت النيابة العامة أن طبيعة الجناية في الحالة الواقعية المعروضة يجب أن يعاقب عليها بعقوبة الحبس لمدة سنتين أو أكثر بعد تطبيق الظروف المخففة. وبالتالي يُطبق التصالح أو الوساطة الجنائية على مثل هذه الجناية في مثل هذه الحالة(3).

وقد عُرفت في بعض المقاطعات البلجيكية بعض نظم الوساطة الجنائية، وهي أنواع متعددة ومختلفة من وسائل التصالح والوساطة، وهي حقيقةً على جانب من الأهمية(4)، علماً بأن القانون البلجيكي قد أعطى للنيابة العامة حصرياً سلطة تقدير ملائمة اللجوء إلى إجراء الوساطة الجنائية(5).

وقد تبنى المشرع البلجيكي نظام المصالحة الجنائية، وأشترط لتطبيقها إثبات الجرمية وعدم إثارة الدعوى العمومية، وعدم طلب التحقيق أو رفع دعوى أمام القضاء، كما يشترط في الجريمة موضوع المصالحة أن تكون عقوبتها الغرامة أو السجن لمدة لا تتعدى خمس سنوات أو الاثنين معاً[6].

ونادى بعض الفقه العربي(7) صراحةً بتبني هذا النظام الرضائي البديل، وخاصة في علاج القضايا العائلية أو محيط الجيران. ولا مراء في أن نظام الوساطة صالح للتطبيق في المجتمع العربي، عن طريق تبني نظام قانون يسمح بإحالة بعض القضايا ذات الطابع العائلي أو في محيط الجيران أو الأسرة إلى لجان إصلاح، بشرط رضا كافة أطراف الدعوى الجزائية، وفي جرائم خاصة وجنح محددة ذات

(1) د. محمود محمود مصطفى، **الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن**، ج1، الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، ط2، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1979، ص220.

(1) Henri D. Bosly et Christin De valkeneer, **La célérité dans La procédure pénale en droit Belge**, R.I.D.P. 1995, p. 440.

(2) Alain De Nauw, **Les modes alternatifs de réglement de conflits en droit pénal Belge médiation pénale et de la procédure accélerée**, R.D.P.C. 1998, p. 653.

(4) وأهمها ما يعرف بوساطة التعويض: وهي نوع من الوساطة يضطلع به مدير الشرطة في الجرائم غير الخطيرة عن طريق انتقاء ملفات يحولها إلى الوسيط الذي يسعى لإجراء الوساطة الهادفة إما إلى تعويض جزئي أو كلي للضرر، مراعياً في ذلك بعض المعايير المحددة من طرف النيابة العامة. وعلى جميع الأحوال فالنائب العام هو الذي يملك الحق لإقرار المتابعة من عدمها.

ووساطة الحي: وهي التي يعهد بها إلى وسطاء ينتمون إلى نفس الحي الذي وقعت فيه الجريمة من طرف النائب العام الذي يعود له الأمر في أجراء المتابعة من عدمه. وهي تكون في الجرائم غير الخطيرة كتخريب الآثار والسرقات الصغرى وعلى وجه الخصوص نزاعات الجوار.

ووساطة الإصلاح: وهي التي يقوم بها النائب العام حيث يقترح وساطة بين المتهم والمجني عليه، وهي تكون في القضايا المعروضة أمام محاكم الجنح، وتكون بعد الاستدعاء للمثول أمام المحكمة أو بعد وضع الملف في التحقيق، وهي تمكن من إصلاح الأضرار بالإضافة إلى أنها تسمح للقاضي بإصدار قرار مراعياً في ذلك الحل المسبق.راجع: السيد عبد الجليل الفيداني، بدائل الدعوى العمومية وبدائل العقوبة السالبة للحرية، ط1، 2004، ص75-77.

(1) Christophe mincke, **vers un nouveau typte d útilisation du ministrére public, Léxemple de la médiation pénale et de la procédure accélerée**, R.D.P.C. 1998, p. 653.

[6]- voir:arret de la cour europeenne du 27 fevrier 1980.(affaire dever) serie a. volume.35.

(7) د. أشرف رمضان عبد الحميد، **الوساطة الجنائية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 154؛ د. مدحت عبد الحليم رمضان، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية في ضوء التعديلات قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 165.

الطابع المذكور، وخلال مدة محددة، بحيث يترتب عليها إنهاء الدعوى الجزائية حين تنفيذ بنود الوساطة، سواء باعتذار الجاني وإنهاء الاضطراب الجنائي الذي أحدثته الجريمة، أو بالتعويض المادي للمجني عليه(1).

كما استحدث المشرّع الفرنسي بدوره بدائل تصالحية للدعاوى الجزائية كمبدأ جديد ومستحدث تمثل بالقانون رقم (99-515) الصادر في 23 حزيران سنة 1999م بشأن تدعيم فعالية الإجراءات الجزائية، ثم عدله بالقانون رقم (399-2006) الصادر في 4 نيسان سنة 2006م. علماً بأنه يُشترط في الجريمة التي تجوز فيها إجراء التسوية الجزائية أن تكون مما نصت عليه المادتين (2/41) و(3/41) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي. وهي الجرائم الموصوفة بالجنحة التي يعاقب عليها– كعقوبة أصلية – بالغرامة أو بعقوبة الحبس لمدة لا تزيد على خمس سنوات، وكذلك الجرائم الموصوفة بالمخالفة. واستثنيت تلك الجرائم التي تقع بواسطة الصحف وجرائم القتل الخطأ والجرائم السياسية(2).

وقد شهد القانون الفرنسي هذا التطور الذي يقوم على الاتفاق بين إرادة النيابة العامة وإرادة المتهم لتحقيق العدالة الجنائية حتى أطلق البعض(3) على هذا الاتفاق بأنه ينطوي على خصخصة للإجراءات الجزائية، وبذا يكون هذا الفكر اقترب من الفلسفة القانونية المتمثلة في خصخصة القضاء، ولا سيما من خلال نظام التحكيم الذي هو قضاء خاص، بل قضاء أصيل في المسائل التجارية الدولية (4).

وعودٌ على بدء، فقد تأسس هذا التطور والتحول الذي طرأ على السلطة التي تتمتع بها النيابة العامة، واعتبارات الملائمة في مباشرة الدعوى الجنائية من عدمها، وفى هذا الإطار عرف القانون الفرنسي عدة نظم مختلفة في سبيل الوصول إلى هذه الغاية(5).

المطلب الثالث: تطور السياسة الجنائية الوطنية عبر إنشاء بدائل الدعوى العمومية

الفرع الأول-الوسائل التي نظمها قانون الإجراءات الجزائية المصري :

أولاً - ترك الدعوى الجنائية :

نصت المادة (260/ 2) إجراءات المعدلة بالقانون رقم (174) لسنة 1998(6) على أنه "يترتب على ترك الدعوى المدنية أو اعتبار المدعى بالحق المدني تاركاً لها بعد أن أقامها بالإدعاء المباشر, الحكم بترك الدعوى الجنائية ما لم تطلب النيابة العامة نظرها". وهو يوافق ما سار عليه قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في المادة (425) منه . ولا يعد ترك الدعوى الجنائية انقضاء لها, فما زال حق النيابة العامة في إقامتها ومتوافراً حتى تنقضي المدة بالتقادم، حتى ولو لم تطلب النيابة العامة نظرها منذ ترك المدعى المدني دعواه في الدعوى المباشرة، لأن ترك الدعوى لا يفيد انقضائها طالما بقى الحق في إقامتها.

ثانياً :التصالح :

---

(1) كلمة ملقاة من وزير العدل المغربي بصدد ندوة بعنوان (**الوسائل البديلة لحل المنازعات بالمغرب**)، والمنشورة على الرابط الإلكتروني: http://www.justice.gov.ma/ar/Actualites/Actualite.aspx?actualite.

(4) Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc, **Procédure pénale,** 16 éd, Dalloz, Paris, 1996, p. 529.

(3) د. أسامة حسنين عبيد، **الصلح في قانون الإجراءات الجنائية**، ماهيته والنظم المرتبطة به، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ،2005، ص10.

(4) د.أبو زيد رضوان، **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي** ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981 ، ص 33.

(5) أولاً - التوفيق للإصلاح : الذي يجيز للنيابة العامة قبل اتخاذها قراراتها بشأن الدعوى الجنائية أن تقوم مباشرة أو من خلال ندب أحد مأموري الضبط القضائي، اتخاذ عدة إجراءات للصلح بين مرتكب الجريمة والمجني عليه، ويترتب على هذا التوفيق للإصلاح وقف تقادم الدعوى الجنائية .

ثانياً - نظام التصالح العقابي : ووفقاً لهذا النظام يجوز للنيابة العامة طالما لم تقم بتحريك الدعوى الجنائية، أن تقترح التصالح العقابي مع متهم بالغ يُقر بارتكاب إحدى أو بعض الجنح المنصوص عليها في قائمة معينة في بعض مواد قانون العقوبات، مما يعاقب عليه القانون بالغرامة أو بالحبس مدة لا تزيد عن خمس سنوات. وكذلك الحال بالنسبة لإحدى أو بعض المخالفات المرتبطة بها التي يقرر لها القانون عقوبة أو تدابير منصوص عليها في المادة (41-2) إجراءات فرنسي .

ثالثاً- نظام الإقرار بالتهمة قبل المثول أمام القضاء : وقد أخذ بهذا النظام المشرع الفرنسي في خضم تعديل قانون الإجراءات الجنائية في المواد (7/495 إلى 16/495). ومقتضي هذا النظام أنه في الجنح المعاقب عليها بصفة أصلية بعقوبة الغرامة أو بعقوبة الحبس لمدة لا تزيد على خمس سنوات، يجوز للنيابة العامة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب صاحب الشأن أو محاميه، طلب إجراء الحضور أمام المحكمة بناء على الإقرار السابق بالمسئولية عن الجريمة وإقراره بالوقائع المنسوبة إليه. ويمكن لممثل النيابة العامة أن يقترح على الشخص المُعترف تنفيذ أحد أو بعض العقوبات الأصلية أو التكميلية في حدود ما نصت عليه المادة (24/132) من قانون العقوبات الفرنسي. فإذا قبل الشخص في حضور محاميه العقوبة المقترحة يحال إلى رئيس المحكمة الابتدائية أو إلى القاضي المفوض منه لكي يتخذ قراره بشأن اقتراح ممثل النيابة العامة بقرار مسبب علني.

(6) قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل رقم 174 لسنة 1998 .

أجاز قانون الإجراءات الجنائية المصري **ابتداءً** بموجب نص المادة (18) مكرر منه "التصالح في مواد المخالفات، وكذلك في مواد الجنح التي يعاقب القانون عليها بالغرامة فقط- وهذا موقف المشرع الفلسطيني حتى الآن- وفي هذه الحالة يكون عرض التصالح بواسطة مأمور الضبط القضائي المختص على المتهم أو وكيله, ويكون عرض التصالح في الجنح من النيابة العامة.

وقد حددت هذه المادة قيمة التصالح بربع الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة أو قيمة الحد الأدنى المقرر لها أيهما أكثر، مع وجوب أن يتم التنفيذ خلال خمسة عشر يوماً من اليوم التالي لعرض التصالح. فإذا انقضت هذه المدة دون تنفيذ التصالح لا يسقط حقه في التصالح إذا دفع مبلغاً يعادل الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة، أو قيمة الحد الأدنى المقرر لهما أيهما أكثر. كما يسري ذات الحكم القانوني عند التوافق على التصالح حتى بعد إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة. ويترتب على دفع مبلغ التصالح انقضاء الدعوى الجزائية ولو كانت مرفوعة بطريق الإدعاء المباشر, ولا يكون له تأثير على الدعوى المدنية.

إلا أن الأمر ما لبث وأن تغير و توسع، ولا سيما في ظل التعديلات التي جرت على قانون الإجراءات الجنائية لعام 2006م في هذا الشأن، حيث أصبح يجوز الصلح في العديد من الجرائم التي تعتبر من الجنح البسيطة أو المتوسطة، أو التي يعاقب عليها بالغرامات والحبس، بل وبعض حالات تصل إلى جريمة القتل الخطأ وغيرها من الجرائم، وكما سنرى في البند الثالث-لاحقاً- والمتعلق بالصلح.

ثالثاً :الصلح :

من خلال الاطلاع على القوانين الوطنية نجد أنها لم تحدد مفهوم الصلح بشكل جامع مانع، ، ولكننا نجد أن القضاء الفرنسي قام بتعريف الصلح بأنه" نزول الهيئة عن حقوقها مقابل الفعل الذي قام عليه الصلح، ويحدث أثرة بقوة القانون"، كما قامت محكمة النقض المصرية بتعريف الصلح الجنائي بأنه " نزول من الهيئة الاجتماعية عن حقها في الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذي قام عليه الصلح"1.

ويعرفه بعض الفقه بأنه" نزول الهيئة الاجتماعية عن حقها في الدعوى الجنائية مقابل مبلغ التصالح الذي حدده المشرع"2.

نستنتج من خلال التعريفات السابقة أن الصلح عبارة عن تصرف قانوني يرتب أثر في مجال الإجراءات الجنائية، ولا يترك للأفراد تحديده.

في نفس السياق نجد أن المشرع المصري قد عدل القانون رقم 145 لسنة 2006 ووسع من نطاق الصلح في المادة (18/أ) المعدلة والتي أجازت للمجني عليه أو كيله الخاص ولورثته أو وكيلهم الخاص أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة حسب الأحوال عما إذا كانت تحدد له جلسة أن يثبت صلحه مع المتهم، وذلك في الجنح والمخالفات المنصوص عليها في قانون العقوبات المصري(3).

ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الإدعاء المباشر، ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة، وهو ما **أكدته أحكام محكمة النقض المصرية**(4).

1- أشار إلية د. سليمان العجاجي، أحكام التصالح الجنائي، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم الجنائي في جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2013، ص: 4.

2- د. عمرو عيسى الفقي، الوجيز في الصلح والتصالح، دار الكتب القانونية، 2002، ص: 12.

(3) ويمكن إجمال هذه المواد فيما يلي : (238 ف/1/2) و(241 ف/1/2) و(ف/1/2/3) و(ف/2/1) و(265و321مكررا) و(323 ،323 مكررا) و(323 مكررا "أولا") و(324 مكررا و(340،336،360،358،354،342،341) و(361 ف/1/2) و(373،370،371،369) و(377 البند 9)و(378 البنود(6،7،9) و(379البند4) من ق. العقوبات،وفي الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون.

(4) وقد جاء في حيثيات هذا الحكم بأنه " لما كان القانون رقم 174 لسنة 1998 بتعديل بعض أحكام قانوني الإجراءات الجنائية والعقوبات والمستبدلة بالقانون رقم 145 لسنة 2006 قد صدر بعد الحكم بإدانة الطاعن ونص في مادته الثانية على إضافة مادة جديدة برقم 18 مكرر (أ) إلى قانون الإجراءات الجنائية أجازت للمجني عليه ولوكيله الخاص في الجنحة التي أُدين بها الطاعن أن يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم ونصت في فقرتها الثانية على أنه "يترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة". لما كان ذلك، وكانت الفقرة الثانية من المادة (5) من قانون العقوبات تنص على أنه "إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره" وإذ كان الثابت من محضر جلسة المعارضة الابتدائية ومن مدونات الحكم الصادر فيها بجلسة 24 من مايو سنة 1997 أن الطاعن تصالح مع المجني عليه، فإن القانون الجديد يكون الأصلح للمتهم وقد صدر بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه بحكم بات، ولمحكمة النقض أن تنقض الحكم المطعون فيه لمصلحة المتهم

ومن جانب آخر، فإن مدلول مصطلح الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون بشأن أثر الصلح في انقضاء الدعوى الجنائية- سواء في القانون القديم أم المعدل- يفتح الباب لدخول جرائم جديدة لنظامي الصلح والتحكيم، وعلى رأسها الحالة التي نصت عليها المادة (534) من قانون التجارة المصري (1)، والتي تنص على أنه "يترتب على الصلح في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة والمتعلقة بإصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف، انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الإدعاء المباشر"، وقد سايره المشرع الفلسطيني في هذا الأمر في ظل صدور قانون التجارة الفلسطيني الجديد كما سنرى.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل نصت على وقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح في أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً. بيد أننا نجد هنا أن الصلح الذي يتم بعد أن يصبح الحكم باتاً يصيب الحق في تنفيذ العقوبة، دون أن يصيب الحق في الدعوى الجزائية التي تمت مباشرته حتى قُفل باب الدعوى بلا رجعة بصدور الحكم المتصالح عليه.

ومن الجدير بالذكر، أن مصطلح " الصلح الجنائي " كان ينصرف إلى الصلح بين المجني عليه والمتهم إلى طائفة معينة من الجرائم، حددتها المادة 18 مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية المصري قبل تعديلها بالمادة الأولى من القانون رقم 145 لسنة 2006، حيث كانت في مجملها من الجنح التي يعاقب عليها القانون بالحبس والغرامة التي يزيد حدها الأقصى على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين حتى صدور التعديل(2).

ويرى الباحثان بأنه يجدر بالمشرع الفلسطيني تحديد بعض الجرائم التي يجوز فيها التصالح أو الصلح ومن ثم التحكيم، أسوةً بالقانون المصري والفرنسي اللذيّن كانا أكثر وضوحاً وتنظيماً في هذه المسألة.

ومن ناحيةً أخرى، تختلف آلية معالجة المشرع المصري في تحديد الجرائم محل الصلح بين المجني عليه والمتهم، عن تلك التي ينتهجها المشرع الفرنسي في تحديد الجرائم محل الصلح أو الوساطة الجنائية التي بموجبها ستُصبح محلاً للتحكيم. فبينما نجد أن الأول عمد إلى وضع قائمة بالجرائم التي يُطبق بشأنها الصلح مع إمكانية إضافة غيرها.إذ بالثاني يرغب عن سلوك هذا المنهج تاركاً لرئيس النيابة أمر تحديد هذه الجرائم في حدود ما تتمتع به من سلطة تقديرية.

عملاً بما هو مخول بمقتضي المادة (35) من القانون رقم 57 لسنة 1959 في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض، **فإنه يتعين القضاء بنقض الحكم المطعون فيه وإلغاء الحكم المستأنف وبانقضاء الدعوى الجنائية بالصلح"**. محكمة النقض المصرية، نقض جنائي، الطعن رقم 29010 لسنة 67 ق ، جلسة 21 / 03 / 2007.

(1) قانون التجارة المصري رقم(17) لسنة 1999، المنشور في الجريدة الرسمية العدد(19مكرر) بتاريخ 1999/5/17م.

(2) وتنقسم هذه الجرائم إلى طائفتين تتعلق أولاهما بجرائم الأشخاص، وتتصل الأخرى بجرائم الأموال، **وتشمل الطائفة الأولى :**1 - جرائم الضرب أو الجرح الذي ينشأ عنه المرض أو العجز عن الأشغال الشخصية لمدة تزيد على عشرين يوماً (م241/ 1عقوبات) .2- جرائم الضرب والجرح المشار إليها أن ارتكبت مع سبق الإصرار أو الترصد (3/242) أو استعمال أية أسلحة أو عصيّ أو آلات أو أدوات أخرى (3/242).3 -جرائم الجرح والاعتداء غير العمدي (م1/244).4-جريمة إعطاء المواد الضارة غير القاتلة التي ينشأ عنها مرض أو عجز وقتي عن العمل(م265).

أما الطائفة الثانية فتشمل : 1- عدم رد الشيء أو الحيوان الفاقد لصاحبه (م321مكرر) .2- اختلاس الأشياء المحجوز عليها قضائياً أو إدارياً (م323).3-اختلاس الأشياء المنقولة ممن رهنها ضمان لدين عليه أو على آخر (323مكرر4- الاستيلاء بغير حق وبدون نية التملك على سيارة مملوكة للغير (م323مكرر/ أولاً).

5- تناول أطعمة أو شراب في محل معد لذلك، ولو كان مقيم فيه أو شغل غرفة أو أكثر في فندق أو نحوه , أو استئجار سيارة معدة للإيجار مع علم الجاني بأنه يستحيل عليه دفع الثمن أو الأجرة أو الامتناع بغير مبرر عن دفع ما استحق من ذلك أو الفرار دون الوفاء (م324مكرر).6- خيانة الأمانة (م341).7- اختلاس الحارس للأشياء المحجوز عليها قضائياً أو إدارياً (م342) 8- كسر أو تخريب الآلات الزراعية أو زرائب المواشي وعشش الخفراء (م354) .9- إتلاف كل أو بعض محيط متخذ من أشجار أو يابسة أو غير ذلك أو نقل أو إزالة حد, أو علامات مجهولة حداً لأملاك أو جهات مستغلة (358/ 1) وإذا ارتكب شيء من ذلك بقصد اغتصاب أرض(2/358).10 – الحريق الناشئ عن عدم تنظيف أو ترميم الأفران أو المداخن أو المحلات الأخرى التي توقد فيها النار أو من النار الموقدة في بيوت أو مبان أو غابات أو كروم أو غيطان أو بساتين بالقرب من كيمان تبن أو حشيش يابس, وكذا الحريق الناشئ عن إشعال صوراخ في جهة من جهات البلدة أو بسبب إهمال آخر (1/360) والحريق الناشئ من تدخين أو نار موقدة, في محطات لخدمة وتموين السيارات أو محطات الغاز الطبيعي أو مركز لبيع أسطوانات البوتاجاز أو مستودعات للمنتجات البترولية أو مخازن مشتعلة على مواد الوقود أو أي مواد قابلة للاشتعال (م2/360).

11- تخريب أو إتلاف مواد ثابتة أو منقولة عمداً لا يمتلكها الجاني غير صالحة للاستعمال أو تعطيلها بأية طريقة (م1/361) وكذلك إذا ترتب على الفعل ضرر مالي قيمته خمسون جنيهاً أو أكثر (م2/361).

12- انتهاك حرمة ملك الغير بقصد منع حيازته أو بقصد ارتكاب جريمة فيه أو كان قد دخله بوجه قانوني وبقي فيه بقصد ارتكاب شيء مما ذكر (م369).13– في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون. ويلاحظ على هذه الجرائم بصفة عامة أنها تنطوي على مساس بمصالح مختلفة شخصية أو مالية , ومع ذلك يجمع بينهما قاسم مشترك هو انتهاكها بصفة أساسية لإرادة المجني عليه.

فالمشرع المصري يسمح للمجني عليه بالتصالح مع المتهم في جرائم محددة, مما يعني أن الجرائم الواردة في القانون المصري قد وردت على سبيل الحصر. ومع ذلك, فإنه يجوز التوسع في التفسير, باستخدام القياس، استناداً إلى حظر الأخير-القياس- في مواد التجريم والعقاب وجوازه فيما عدا ذلك. مع ما قد يحمله هذا التوجه من خطورة لكون التصالح في ذاته محض استثناء على القاعدة العامة في اختصاص النيابة العامة بتحريك ومباشرة الدعوى الجنائية.

ولما كان ذلك فقد وجب الحذر في تطبيق النص المشار إليه، بحيث لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه, لأنه " لا صلح بغير نص" حسب فلسفة التشريع المصري، كما أن المشرع قد أردف الجرائم محل الصلح بعبارة " وفي الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون. ومن ثم يكون جائزاً إضافة جرائم جديدة بقوانين خاصة تالية في صدورها لتاريخ العمل بالقانون رقم 174 لسنة 1998, كما تأكد ذلك بصدور قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999 الذي ينص على انقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح أو الصلح بين المجني عليه والمتهم في الجرائم الوارد في المادة (534) منه(1)، وكذلك بصدور تعديلات قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 145 لسنة 2006، الذي أضاف سلسلة جديدة من الجرائم التصالحية.

واستيضاحاً للتعديلات المذكورة وتحديداً لمفهومها، فقد سار الكتاب الدوري الصادر عن النيابة العامة المصرية-المشار إليه- مكملاً ومنسجماً مع قانون الإجراءات الجزائية المصري، حيث أنه استقى نظامه التوسعي الجديد للصلح من نصوص وروح تعديلات قانون رقم 145 لسنة 2006م- سالف الذكر- ولاسيما التعديل المتعلق بالمادة(18/أ) المعدلة بالمادة الأولى من هذا القانون. وقد حدد الكتاب الدوري الصادر عن النائب العام حصرياً الجرائم التي أضحى يجوز فيها التصالح والصلح والتحكيم(2).

الفرع الثاني: التحكيم و التصالح في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001

في الواقع لقد استقر قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على حاله في هذه الجزئية منذ صدوره، رغم تقدم الواقع العملي والممارسة الفعلية لنظامي التحكيم والتصالح على أرض الواقع. فقد اقتصر تنظيم القانون المذكور لما يجوز فيه التصالح والتحكيم في ثلاثة مواد قانونية فقط هي (16،17،18)[3].

وعلى ذلك فقد اقتصر نص المادة (16) منه على جواز التصالح في مواد المخالفات والجنح المعاقب عليها بالغرامة فقط، وبالتالي فالمبدأ العام أن ما يجوز فيه التصالح يجوز فيه التحكيم - كما أسلفنا- فيكون التحكيم في المسائل الجزائية مقصوراً على مواد الجنح والمخالفات المعاقب عليها مالياً بالغرامة فقط.

---

(1) السيد عبد الهادي، **الصلح الجنائي في القانون الجنائي المصري والشريعة الإسلامية**، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، مصر، موقع-http://www.f-law.net/law/threads بتاريخ2013/11/15م.

(2) النيابة العامة/ مكتب النائب العام المساعد / كتاب دوري رقم (12) لسنة 2006 بشأن نظام الصلح في بعض الجرائم / أولاً : الجنح

1-القتل الخطأ (المادة 238 " الفقرتان الأولى والثانية ")

2-النصب (المادة 336

3-خيانة الأمانة في ورقة ممضاة على بياض (المادة 340)

4-انتهاء حرمة ملك الغير (المواد373،371،370)

ثانياً : المخالفات

1-المشاجرة أو الإيذاء الخفيف (المادة 377 البند " 9 ")

2-إتلاف منقول بإهمال (المادة 378 البند "6")

3-التسبب في موت البهائم والدواب بإهمال (المادة 378 البند " 7 ")

4-السب غير العلني (المادة 378 البند " 9")

5- الدخول والمرور في الأراضي المزروعة (المادة 378 الند "4")

6- سريان الصلح على جريمة الإصابة الخطأ المنصوص عليها في المادة (244) من قانون العقوبات بظروفها المشددة للعقوبة والمنصوص عليها في الفقرة الثانية منها. علماً بأن هذه الجرائم تعتبر إضافة لما كان يجوز فيه الصلح والتحكيم قبل تعديل القانون والتي تمت الإشارة إليها سابقاً.

3- الجدير بالذكر أن الصلح المنصوص عليه في القانون المصري يختلف عن التصالح المنصوص عليه في القانون الفلسطيني، حيث أن الصلح يعقد بين المتهم والمجني عليه، كما يتقدم المجني عليه أو وكيله الخاص بالصلح إلى النيابة العامة أو المحكمة على حسب الأحوال طالباً إثبات حكمه مع المتهم، وتقوم النيابة العامة أو المحكمة بفحص الصلح من حيث شروطه، ومتى توفرت تقوم بأعمال أثاره القانونية.

وفضلاً على ذلك فقد أوجب قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على مأمور الضبط القضائي المختص عند تحرير المحضر أن يعرض التصالح على المتهم أو وكيله في المخالفات ويثبت ذلك في محضره، ويكون عرض التصالح في الجنح من النيابة العامة[1].

وقد فرض القانون المذكور على المتهم الذي يقبل التصالح أن يدفع خلال خمسة عشر يوماً من اليوم التالي لقبول التصالح، مبلغاً يعادل ربع الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة أو قيمة الحد الأدنى المقرر لها -إن وجد- أيهما أقل، وذلك بموجب المادة (17) منه.

كما قرر صراحةً انقضاء الدعوى الجزائية بدفع مبلغ التصالح، ولا يكون لذلك تأثير على الدعوى المدنية، وفقاً لنص المادة(18) منه. مما يعتبره الباحثان-وبحق- جمود وقصور وجب على المشرع الفلسطيني تداركه أسوة بالتعديلات التشريعية المقارنة، وعلى رأسها قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي والمصري، الذي لم يوقف نطاق التصالح عند حد الجرائم التي يكون معاقباً عليها بالغرامات المالية فقط، بل تعدى ذلك إلى إجازة التصالح بنص صريح في القانون،

ومن ثم، كل ما جاز فيه التصالح والصلح يجوز فيه التحكيم. وواقع ما تعج به هيئات ومحاكم التحكيم الفلسطينية من نظر نزاعات غير مالية بكل ما تحمله الكلمة من معنى وتوسع، دون تغير الواقع القانوني الفلسطيني في هذا الأمر رغم الدور الهام الذي تلعبه هيئات التحكيم ولجان الإصلاح في مجتمعنا الفلسطيني من تحقيق الأمن والسلم الأهلي والمجتمعي، رغم خروجها عن قواعد الاختصاص الأصيل للقضاء الوطني في كثير من القضايا إلى حد كبير.

وفي نفس السياق، يجب ألا يسوقنا هذا الأمر إلى إغفال ملاحظة دقيقة **وبالغة الأهمية** في هذا المضمار لابد من توضيحها بعد هذه المعالجة أو المقارنة، وهي أن التحكيم لا يكون بصدد إثبات مسئولية الجاني أو إدانته أو تبرئته، ولاسيما في الأنظمة التي تماهت مع التصالح والتوسع في نظام التحكيم في المسائل الجنائية، لأن هذا الاختصاص وبحق يُعتبر من النظام العام ولا يمكن تجاوزه برأي الباحثان.

بينما يزول اللُبس في هذه المسألة عندما تتبين لنا وظيفة التصالح أو الصلح الذي بُني على جوازه جواز التحكيم. فلا يمكن أن يقوم التصالح بين شخص غير مُقر بجريمته أو بخطئه. وهذا أمر بديهي فهل يتصالح شخص على أمر أو فعل يشكل جرماً قد يثبت أنه بريء منه، أو لم يفعله؟ دون أن يقر بفعلته؟! لا شك أن مثل هذا الأمر غير منطقي وغير متصور. وبالتالي لابد أن يكون التصالح على أمر قد وقع من الجاني فعلاً وأقر به واتجهت إرادة الخصوم إلى التصالح بدل من العقوبة، مقابل تعويض مادي أو معنوي- كما سيأتي في التطبيق على جريمة إصدار شيك بدون رصيد لاحقاً- ومن هنا تأتي ثمار التحكيم في المسائل الجزائية التي يجوز فيها التصالح أُكلها، وتكتمل الحلقة الناقصة في هذه المسألة.

المبحث الثاني:التحكيم والصلح في الشريعة الإسلامية ونطاقه

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من نظام الصلح و التحكيم :

تعتبر الشريعة الإسلامية السباقة في إقرار نظام الصلح ، قبل 1400 سنة، وجعلته من الأسباب الموجبة لحفظ الدعاوى ، ولقد وردت آيات قرآنية عديدة تدل على إجازة الصلح منها قوله تعالى، "الصلح خير" [2]، وقوله تعالى : "اتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم" [3]، وقد أجازته السنة النبوية الشريفة في الحديث الشريف (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) [4]، وبالتالي يمكن

1- الجدير بالذكر أن المجلس التشريعي الفلسطيني يناقش مشروع قانون معدل لقانون الإجراءات الجزائية رقم (3) للعام 2001، وبموجب هذا التعديل المقترح يتمكن المحكوم عليه بحكم بات بإحدى الجرائم التي تقع على النفس أو سلامة البدن من الأثر المخفف للعقوبة الذي يترتب على وقوع الصلح، في الحالة التي يقع فيها الصلح بعد صدور الحكم البات.

[2]- سورة النساء: الآية 128.

[3]- سورة الأنفال: الآية الأولى.

[4]- أبو داود سلمان بن الأشعث، سنن أبي داود، دار أحياء السنة النبوية، ج 3، ص: 304.

القول أن الصلح يعد أحد المعالم الأساسية للنظام الإسلامي الجنائي وتحت وطأة أزمة العدالة الجنائية، التي تعاني منها الدول اتجهت السياسة الجنائية الحديثة إلى نظام الصلح الجنائي، بعد أن فشل العقاب التقليدي في مكافحة الظاهرة الإجرامية[1].

وفي الحقيقة، عُرف التحكيم في المسائل الجزائية والمالية قبل ظهور القضاء، لأن هذا الأخير يستمد سلطاته من الدولة ، لذا كان من المنطقي ظهور التحكيم في النظام القبلي أو العشائري. فقد كانت الجريمة رد فعل اجتماعي إزاء الجريمة، حيث كان جلب الحق المسلوب أو التعويض عنه، يتم بالنفس- نظام العدالة الخاص- ممن وقع عليه الاعتداء. وفي بدايات العهد الإسلامي كان يُسند أمر إنزال العقوبة إلى رب الأسرة، ثم رب القبيلة، وكانت القبائل حريصة على أداء العدالة، وعلى نزاهة المحكم الذي يحكم في كافة المنازعات وفي إحقاق الحق. وقد اعتمد العرب في تحكيمهم على اتباع العرف وسنن من قبلهم والاحتكام لذوى الرأي والخبرة والفطنة، وكان الحكم لازم التنفيذ.

كذلك عرف العرب بعد الإسلام التحكيم في الدماء، وقد شيد الإسلام نظام قضاء كامل حمل الكثير من مظاهر التحكيم السابق لظهوره. ومازالت حتى يومنا هذا تعقد الجلسات التحكيمية في القبائل العربية دون اللجوء للقضاء لحسم المنازعات كافة، ومنها المنازعات الجزائية. كما أن التحكيم في المسائل الجزائية منتشر اليوم في العشائر والعائلات العربية عموماً والفلسطينية خصوصاً، وهو ملزم مادياً وأدبيا للمجني عليه دون حاجه إلى وضع الصيغة التنفيذية من القضاء على الحكم في بعض الأحيان.

وغنيً عن البيان، أن الشريعة الإسلامية بدورها عرّفت الجريمة بأنها " فعل ما حرم الله أو امتناع أمر به معاقب عليه بعقوبة عينها الشارع الإلهي أو ترك تحديدها لتقدير ولي الأمر". وتتعدد الجرائم والعقوبات التي يمكن أن تكون محلاً للصلح بين المجني عليه والمتهم، ويحيلها فقهاء الشريعة الإسلامية, عند دراسة نطاق تطبيق الصلح, إلى القواعد المقررة للعفو عن العقوبة من المجني عليه أو وليه.

ومع ذلك، فثمة اختلاف جوهري بين العفو والصلح يتمثل في كون الأول محض عمل صادر عن الإرادة المنفردة بغير مقابل, بينما تكون للثاني صفته التعاقدية التبادلية، ويكون فيها المقابل ركناً أصيلاً. وتجيز التشريعات الجنائية المعاصرة بدورها الصلح في بعض جرائم الأشخاص والأموال، حيث تهدف تلك التشريعات من تلك الإجازة إلى محاولة تخطي أزمات أعيت منظومة العدالة، والتي نجمت عن ظاهرة التضخم العقابي نتاجاً للثورة المعلوماتية والتكنولوجية التي عمت القرية الكونية، وقد بدا مصطلح الصلح بمثابة المنقذ في سماء التشريعات الجنائية المعاصرة(2).

إلا أن الأمر المطروح في هذا المقام، هو مدى إلزامية وتنفيذ حكم التحكيم الصادر قانوناً، وهي إشكالية تقلل من نجاعة التحكيم – وبحق- في واقعنا الفلسطيني من حيث الحجية أولاً، وهذا لا تتسع هذه الدراسة لمناقشته. ومن حيث نطاق الاختصاص أو مدى إلزامية الأحكام التي تصدر في فلسطين بصدد المسائل الجزائية ثانياً. الأمر الذي يسوقنا إلى الكيفية التي يمكن من خلالها أن نُحد أو نقلل من إجراءات التناحر والتنازع والتقاضي، على ضوء وجود الآلاف من القضايا التي تعُج بها ساحات المحاكم كل يوم، والتي يمكن اختصارها إلى حد بعيد بمبادرات اجتماعية عرفية وإنسانية، تُرسي العدل والحق دون اللجوء إلى أحكام قضائية تُخلّف الأحقاد أو الضغائن بين المتخاصمين، وبما يجنبهم مشاعر الجفاء والضغينة والفرقة والجروح التي لا تضمدها الأحكام القضائية مهما طالت الأيام.

ومن خلال استقراء الأنظمة التشريعية المقارنة والواقع الاجتماعي الفلسطيني، يرى الباحثان ويؤيدا جواز التحكيم في المسائل الجزائية، مع وضع بعض المعايير التي توازن بين حق المجتمع الذي تمثله النيابة العامة، وبين إرادة الجاني والمجني عليه من جانب، والمحافظة على عنصر الردع والأمن وتحقيق السلم الأهلي، ومصلحة المجتمع الفلسطيني من جانب آخر.

المطلب الثاني : الرأي المعارض لما تبنته الشريعة الإسلامية بشأن جواز التحكيم في المسائل الجزائية

رغم ما سيق من إيجابيات بشأن التحكيم في المسائل الجنائية في الشريعة والقانون نجد بعض المبررات التي ساقها البعض(3) لرفض التحكيم في المسائل الجزائية وأهمها :

---

[1]- سعادي عارف محمد صوافطة ، الصلح في الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، 2010، ص:6.

(2)أ. ماهر انطون، **التحكيم في الأحوال الجنائية**، بحث منشور على موقع الأكاديمية الدولية للتحكيم، بتاريخ 2013/11/15.

(3) المرجع والمكان السابقان.

1- أن المسائل الجزائية تتعلق بالنظام العام.

2- أن القواعد القانونية الجزائية في شقيها الموضوعي والإجرائي قواعد آمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وذلك لارتباطها بالحد الأدنى من ضوابط السلوك الإنساني، ولضمان السلامة الاجتماعية المحمية من قبل الدولة من خلال سن تلك القواعد القانونية وفرض عقوبات على مخالفتها.

3- أن عدم تطبيق الجزاء المشروع لمخالفة القاعدة القانونية الجزائية يهدر أحد أهم أهدافها التي تتحقق بتطبيقها ألا وهو الردع العام والردع الخاص، فمن المعلوم أن تلك الأهداف هي التي تحافظ على العدالة الجنائية التي تمحي الضرر الذي أحدثه انتهاك القاعدة الجزائية للمجتمع والمجني عليه أو المضرور من الجريمة .

4- كما أن التحكيم عمل إرادي يتعلق بمعاملات خاصة بين أطراف المعاملة، فيكون دور حماية تلك المعاملات بتطبيق القوانين المنظمة لها، إذا ما لجأ أحد الأطراف للقضاء للمطالبة باسترداد حقه أو ثبوته أو التعويض ضرر لحقه أثر تلك المعاملات، وعليه يكون التعامل اختيارياً ويكون اللجوء إلى التحكيم إرادياً من الطرفين. وهذا على خلاف القواعد الجزائية، فإذا ما ارتأى أطراف المعاملات المدنية والتجارية فض ما بينهما من منازعات نشأت أو ستنشأ بطريق ودي سواء بالتوفيق أو بالصلح أو الوساطة أو اللجوء إلى التحكيم لإصدار حكم ملزم لكليهما، فتعتبر إرادتهما قد اتجهت إلى ذلك، وارتضيا الحكم مسبقاً بلجوئهما إلى ذلك الطريق كبديل عن القضاء، بدافع الحصول على مميزات التحكيم والمتمثلة بإبقاء العلاقة الودية قائمة، ووصولاً إلى سرعة الفصل في المنازعة من قبل قضاة متخصصون في المسألة محل النزاع دون الحاجة إلى اللجوء إلى الخبرة.

بينما القاعدة القانونية الجزائية إذا ما تم المساس بها فلا يقتصر الأمر على مجرد مخالفة تلك القاعدة، فقد لا يتم الإبلاغ عنها من قبل المجني عليه ويرتضي كليهما الصلح السابق عن العلم العام بالجرم أو المساس بالقاعدة الجزائية.

وهو ما استقرت عليه التشريعات الجزائية والعقابية وتشريعات التحكيم بشأن الصلح وذلك بنصها على أنه "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام**(1)** وإذا كانت النيابة العامة هي المخول إليها القصاص من منتهك القاعدة القانونية ممثلة عن الجاني والمجتمع، فلا يحق لها عقد اتفاق تحكيم أو توفيق أو وساطة فيما بينهما لمخالفة قانون الإجراءات الجزائية. فالنيابة العامة وإن كانت ممثله للمجتمع فهي جزء من مرفق العدالة، والذي هو جزء من مظاهر سلطة الدولة الحقيقية في فرض النظام والأمن والسكينة على المجتمع، والقول خلاف ذلك أو بتدخل آخرين قد يُفشي الظلم والفساد في المجتمع.

وإذ نصت بعض التشريعات الإجرائية الجزائية والعقابية على جواز الصلح بها، فيكون المشرع هنا اعتبر أن حق الدولة والمجتمع والمجني عليه مضمون في هذه الحالة.

بيد أن المجني عليه إذا ارتضى الصلح فيجوز له ذلك، فاعتبر المشرع أن مصلحة المجني عليه قد تكون متحققة في الصلح أو التصالح، بصورة أفضل من تحققها في عقاب الجاني من حيث الروابط الاجتماعية ودرء الضرر بصورة فعالة وسريعة.

فضلاً عن عدم تأثر المجتمع والعدالة العامة بتلك المصالحة، والذي لا يعدو أن يكون محلاً لجريمة أشبه بالشخصية مع المجني عليه. وبعبارة أخرى تتحقق إيجابيات من اللجوء إلى التصالح أكبر من تحققها بالردع العام والخاص عند مخالفة قاعدة قانونية جزائية. وبالتالي يمكننا القول، بأنه على الرغم من أن للنيابة العامة حق القصاص من الجاني مفوضة من المجتمع، فإن المشرع قد منعها من تحريك بعض الجرائم بإذن أو شكوى أو طلب المجني عليه أو المضرور.

كما أن النيابة العامة لا تملك خياراً في رفض التصالح أو الصلح الذي سنه المشرع لبعض الجرائم، ومن ثم أوكل التصرف في الدعوى الجزائية إلى إرادة المجني عليه أو المضرور من الجريمة دون إرادة المجتمع، ومن ثم جاز الاتفاق على مخالفة القاعدة العقابية الخاصة بإهدار القاعدة القانونية السلوكية التي تشكل النموذج الإجرامي، وباتت لا تتعلق بالنظام العام.

(1) نص المادة الرابعة من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000والمادة (11) من قانون التحكيم المصري.

كما أن حق النيابة العامة في الدعوى الجزائية مشروط بالإبلاغ عن السلوك المخالف أو الجريمة إذا لم يتم اكتشافها، وهو أمر عائد لإرادة الجاني، فقد يلجأ إلى الطرق البديلة بإرادته دون تدخل النيابة العامة، وتنتهي على أرض الواقع الجريمة بالتحكيم والتراضي بين الطرفين على ذلك(1).

أضف إلى ما تقدم، أن المشرع ذاته الذي يرفض التحكيم في المسائل الجزائية هو الذي أجاز التصالح والصلح في المسائل الجزائية، وهو الذي سمح بالتحكيم في الجرائم الاقتصادية كالتهرب الجمركي والضريبي(2)، وإصدار شيكات بدون رصيد وغيرها، وهي في طبيعتها جرائم جزائية. وترتيباً على ذلك لا يجوز التمسك بقاعدة تتعلق بالنظام العام، ثم يستثنى عليها جملة من الاستثناءات باتت تهدد الأصل. فالنظام العام كلٌ لا يتجزأ.

وكان جدير **بالمشرع الفلسطيني** إجازة التحكيم في الجرائم الشخصية التي لا يُضار منها المجتمع بصورة مباشرة والتي يجوز فيها الصلح والتصالح، والنص صراحةً على ذلك، وعدم اقتصارها على الجرائم البسيطة أو بمعنى أدق (الجنح والمخالفات) المعاقب عليها بالغرامة فقط.

ولعل أهم النتائج والتوصيات الصادرة عن ندوة التحكيم المقامة في جامعة الأمير نايف للعلوم الأمنية، بالمملكة العربية السعودية بتاريخ 5/ مايو/ أيار 2013م تُعبر في فحواها على تطوّر الشريعة الإسلامية وسموها عن القوانين والوضعية رغم حداثة هذه القوانين، بما لها في ذلك من فضل السبق أولاً، وإمعاناً في صحة التوجه المعاصر للتحكيم في بعض المسائل الجزائية ثانياً. ونقتصر على ذكر أهم هذه النتائج والتوصيات المتعلقة مباشرةً بموضوع هذه الدراسة، **وهي على النحو الآتي:**

1- التحكيم من وسائل فض المنازعات، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

2- وجود العديد من المطالبات بين الفقهاء القانونين للسماح للمحكمين أن يحكموا في الجنايات، وقد سبقت الشريعة الإسلامية هذه الأنظمة وسمحت أن يُحكّم في المسائل الجزائية.

3-الأصل في التحكيم أن يكون اتفاقاً رضائياً، وهو مجموعة حريات وليس تحكيماً بالإذعان.

4- الرقابة القضائية على التحكيم أوسع من الرقابة القضائية على الصلح.

5- لا يتم الصلح إلا إذا قبله أطراف النزاع، بينما التحكيم لا يشترط ذلك.

6- من الاختصاصات الخارجة عن التحكيم : أ-جميع المسائل المخالفة للشريعة الإسلاميـة ، ب- أن لا يخالف التحكيم النظام العام، ج- المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، د-المنازعات الإدارية والدستورية، هـ- ما خرج عن اتفاق التحكيم .

المبحث الثالث:أحد التطبيقات المعاصرة للمذهب التوسعي للصلح والتحكيم في المسائل الجزائية

المطلب الأول : جريمة إصدار شيك بدون رصيد:

تُعد جريمة إصدار شيك بدون رصيد على رأس الأولوية في دراستنا لما لها من الأهمية والانتشار على الصعيد المدني والتجاري والجزائي، فهي تتعلق بثلاثة فروع مختلفة من فروع القانون، وبالتالي فهي تُعتبر من أوضح الأمثلة – برأي الباحثان- وأشهرها لبيان وتوضيح فلسفة المنهج التوسعي للصلح والتصالح والتحكيم في بعض الجرائم. فعلى الصعيد التشريعي المصري لاسيما بعد صدور قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 الذي أجاز التصالح في جريمة إصدار الشيك بدو رصيد، وهو الأمر الذي لم يكن موجوداً قبل صدور هذا القانون، فقد نصت المادة (4/534) منه على أنه " للمجني عليه ولوكيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة حسب الأحوال وفي أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر وتأمر النيابة العامة وقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد

(1) ماهر أنطون، المرجع والمكان السابقان.

(2) حيث نص المشرع الفلسطيني على جواز الصلح في قانون ضريبة الدخل رقم(17) لسنة 2004، في الفقرة الثالثة من المادة (40)، كما قرر المشرع في قانون الجمارك الأردني المطبق في الأراضي الفلسطينية، رقم(1) للعام 1962، في المادة (164) انقضاء الدعوى العمومية بالصلح. للمزيد راجع سعادي عارف صوافطة، الصلح في الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010، ص 13 وما بعدها.

صيرورة الحكم باتا ". ويبدو جلياً من هذا النص أن المشرع المصري في قانون التجارة لسنة 1999 قد أجاز التصالح في الشيك أمام المحكمة، بل وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

والأثر الذي يؤديه هذا التصالح هو وقف تنفيذ العقوبة حتى ولو أصبح الحكم بها باتا، والواقع أن حق النيابة العامة بصفتها الأمينة على الدعوى لم يبقى على حاله كما هو الشأن في كافة الجرائم، حيث أننا أصبحنا بموجب نص القانون عند الحديث عن الحق في التصالح أمام حق خاص بالمستفيد يستطيع أن يتنازل عنه وتنقضي به الدعوى ، وبالتالي نكون قد اقتربنا إلى حد كبير من الدعوى المدنية. ومن ثم يكون من حق المدعي في الدعوى الجزائية أو للمستفيد أن يتصالح بشأن قيمة الشيك(1). وهذا ما أيده قضاء محكمة النقض المصرية(2).

وهنا كان من الواجب ابتداءً التطرق لفكرة النظام العام وما طرأ عليها من تطور، فلم تعد تلك الفكرة كما كانت من قبل، تقضي بأن كل قاعدة آمرة تعد من النظام العام ولا يجوز مخالفتها. فبات يُنظر للنظام العام على أنه يشمل الأسس الجوهرية للمجتمع, مثل كون اللغة العربية هي اللغة الرسمية وأن نظام الدولة هو النظام الجمهوري وغير ذلك من أسس المجتمع الرئيسة(3).

أما غيرها فيجب النظر إلى مدى تعلق القاعدة بالنظام العام من عدمه من منظور الحق الذي تحميه، فإذا كان هذا الحق يجوز التنازل عنه أو التصالح أي حقاً شخصياً فنكون في حل من مخالفة النظام العام. ولما كانت المسائل المتعلقة بالمنفعة العامة لا تتصل كلها بالنظام العام، فإن ما لا يتصل منها بالنظام العام يجوز التحكيم بصدده. لذلك فلا يجوز التحكيم في الدعوى المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة لاتصالها بالنظام العام. كما لا يجوز التحكيم لذات السبب فيما يتعلق بأعمال السيادة أو في المنازعات المتعلقة بملكية الأموال العامة إذا آلت للدولة بطريق مشروع.

وغني عن البيان أن بعض المنازعات التي لا تُقبل أمام القضاء تكون لسبب متصل بالنظام العام، وهو يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية التي تتصل بالمجتمع، باعتباره مجتمعاً منظماً تعلو مصلحته على مصلحة الأفراد(4).

وفي سياق متصل، فإن المفهوم المتدحرج للنظام العام- رغم الصعوبات في وضع تعريف ثابت له- بدأ يتبلور حديثاً من خلال التوجهات التحررية في مجال التحكيم في الدول المتقدمة، ولاسيما الولايات المتحدة الأمريكية وغيرها، والتي سمحت بالتحكيم في مجالات عديدة، وتم صدور أحكام تحكيم عملياً والإقرار بصحتها في العديد من المجالات التي لم يكن يجوز فيها التحكيم قبل وقت قريب(5). وعلى رأس هذه المسائل الأمور المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية وغيرها(6).

---

(1) د. رضا السيد عبد الحميد، **التحكيم في الشيك في ضوء أحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999** ، بحث منشور في مجلة المحاماة العدد الثاني ، بتاريخ 2004/5/29م.

(2) فقد ورد في أحد أحكامها بأنه " لما كانت الدعوى الجنائية قد أقيمت قبل المطعون ضده بطريق الادعاء المباشر بتهمة إعطاء شيك بدون رصيد المعاقب عليها بالمادتين (336، 337) من قانون العقوبات، وقضى عليه بالعقوبة آنفة البيان بجلسة 1999/6/5 وكان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن القانون رقم 17 لسنة 1999 بإصدار قانون التجارة وهو أصلح للمتهم من مادتي قانون العقوبات المشار إليهما لما نص عليه بالمادة (4/534) منه من أنه يترتب على الصلح بين المجني عليه والمتهم انقضاء الدعوى الجنائية وأن نص هذه المادة واجب التطبيق من تاريخ صدوره في1999/5/17، وكان البين من الإطلاع على محضر الجلسة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ومدوناته أن وكيل المدعي بالحقوق المدنية- المجني عليه- بموجب توكيل يبيح له الصلح والإقرار، أقر بتخالص الأخير مع الطاعن عن قيمة الشيك موضوع الدعوى وتنازله عن دعواه المدنية. لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه إذا صدر بعد صدور القانون الأصلح للمتهم دون أن يعمل أثره يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ومن ثم فإنه يتعين نقضه وتصحيحه بانقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح إعمالا لنص(35م) من قانون إجراءات الطعن أمام محكمة النقض. محكمة النقض المصرية، نقض جنائي، الطعن رقم 37435 - لسنة 69 ق ، جلسة 13 / 11 /2006.

(3) وقد ورد في أحد أحكام محكمة النقض المصرية بأن " النظام العام يشمل القواعد التي ترقى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد أو التي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي أو المعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد ". نقض مدني مصري، الطعن رقم 132 لسنة 73 ق " أحوال شخصية " ، جلسة 2005/3/7.

(4) د. عبد الله عيسى الرمح ، **حكم التحكيم** ، دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 455.

(3) Y. Derains, **l'order public et le droit applicable au ford du litige international**, Rev. arb. 1986, p.375.

(6) وعلى الرغم من ذلك نجد أن بعض الأنظمة القانونية مثل النظام القانوني الكويتي لا زال يتحفظ على مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية ، راجع الفتوى رقم 1800-95/150/2 في 29 يوليو 1995 ، والفتوى 1179-95/151/2 في أول أكتوبر 1995، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع الكويتية ، في الفترة من يناير 1990 حتى ديسمبر 2002 ، ج.الأول ، يناير 2005 ، ص 399 وما بعدها.

فضلاً على إجازة التحكيم في العديد المسائل الجزائية التي أُجيز فيها الصلح أو التصالح، وهذا يُبين مرونة فكرة النظام العام وتغيرها، ليس فقط من دولة إلى دولة، بل من زمن إلى زمن، داخل حدود الدولة الواحدة. ومن ثم أصبحت القاعدة رغم أنها من ضمن قواعد القانون الجزائي إلا أنها غير متعلقة بالنظام العام تأسيساً على ذلك، وبالتالي يجب النظر إلى مسألة التحكيم في المسائل الجنائية بنظرة مختلفة. فإذا كان الحق الذي تحميه القاعدة الجزائية حق خاص ويجوز التصالح بشأنه من قبل صاحبه، فإن هذا الحق يجوز أن يكون محلاً للتحكيم. وتلك القاعدة يمكن تطبيقها على كل جريمة يجوز التصالح فيها، لأن هذا التصالح حولها إلى حق خاص محض، و من ثم لا يوجد فيه أي صفة للحق العام.

ولا شك أن هذا القول ينطبق تماماً على جريمة الشيك بدون رصيد، فطالما أن المشرع قد أجاز التصالح بشأنها أمام المحكمة، وفي أي حالة كانت عليها الدعوى، وقضى بأن التصالح يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية، فإن هذا من شأنه جعل هذه الدعوى حقاً خالصاً للمجني عليه وهو المستفيد هنا في الجريمة محل البحث، الأمر الذي يُمكّننا من اعتبار أن الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عن الشيك أيضاً يغلق طريق القضاء الجزائي، ومن ثم لا يجوز للمجني عليه أي المستفيد من الشيك أن يقيم جنحة شيك بدون رصيد سواء بالادعاء المباشر أم عن طريق النيابة العامة.

وعلاوة على ذلك، فإن غلق الطريق الجزائي بموجب اتفاق التحكيم لا يرتبط بمصير الدعوى المنظورة أمام هيئة التحكيم، أي أنه لو قُضى في هذه الدعوى بأحقية المستفيد من الشيك فلا يجوز له بموجب هذا الحكم أن يلجأ إلى الطريق الجزائي، حيث أنه منذ أن وافق على طرح كافة منازعات الشيك على هيئة التحكيم، فيعتبر أنه قد تنازل وبرضاه عن اللجوء إلى القضاء سواء المدني أم الجزائي.

وترتيباً على ذلك كان لابد من ذكر مسألة عملية هامة تتمثل في ذكر الشيكات بأرقامها وقِيَمها ضمن العقد المتضمن شرط التحكيم. لأن ذكر هذه الشيكات في العقد يُخضع الخصومة إلى التحكيم دون القضاء، وعليه فستتحقق مصلحة مباشرة للساحب في أن يُضمن العقد تلك الشيكات، لأنه يتلافى بذلك أن ترفع ضده جنحة شيك بدون رصيد من قبل المستفيد. وفي المقابل فإن ورود ذكر الشيكات في العقد يعد ذا أثر سلبي على المستفيد لأنه سيفقد وسيلة حمائية من وسائل حماية الشيك وهي الحماية الجزائية، ولذلك فإن الحذر والحيطة مفروض ومطلوب في مثل هذه الحالة سواء من قبل المستفيد أم من قبل الساحب (1).

ولقد واكب المشرع الفلسطيني-حديثاً- نظيره المصري فيما يتعلق بجريمة إصدار شيك بدون رصيد، لاسيما بعد صدور قانون التجارة الفلسطيني الجديد رقم 2 لسنة 2014، الذي أجاز الصلح بين طرفي النزاع، والذي يترتب عليه انقضاء الدعوى الجنائية، حيث جاء في الفقرة الرابعة من نص المادة (566) على أن " للمجني عليه ولوكيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفي أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صدور الحكم[2].

المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بإجازة التصالح في جريمة إصدار الشيك بدون رصيد أو إدراج شرط تحكيم

من المسلم به أن الالتزام الوارد في الشيك يعتبر التزام مجرد عن سببه، والشيك ورقة مستقلة عن علاقة الأساس التي صدرت بمناسبتها، ولكن إذا ما وضعت تلك الشيكات ضمن العقد بقيمها وأرقامها واتفق في هذا العقد على أن هذه الشيكات ومنازعاتها تخضع للتحكيم، فهل من شأن ذلك أن يفقد الشيك لمبدأ استقلاله عن علاقة الأساس؟ أي أن ورود شرط التحكيم في هذا العقد وتضمين العقد لتلك الشيكات يعني اتفاق الأطراف على الربط ما بين علاقة الأساس وهي العقد وبين الشيك ؟ وبتعبير أخر هل هذا الاتفاق من قبل الأطراف على وضع الشيكات في العقد والاتفاق بشأنها على التحكيم يعني التفاهم على جعل الالتزام الوارد في الشيك مسبباً وليس

(1) د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع والمكان السابقان.

(2)- منشور في العدد الواحد والتسعون في جريدة (الوقائع الفلسطينية)، حزيران (يونيو) 2014م، ص: 23 وما بعدها.

مجردا عن سببه؟، بحيث يُعد عقد الأساس في هذه الحالة هو سبب الالتزام بدفع قيمة الشيك, أم أن مبدأ الاستقلال هذا متعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته على ضوء التطور الذي لحق بفكرة النظام العام في الآونة الأخيرة؟.

إن مبدأ تجرد الالتزام الوارد في الشيك عن سببه ومبدأ استقلال الشيك عن علاقة الأساس، إنما هي مبادئ تقررت لصالح المستفيد من الشيك حتى يكون الشيك أداة وفاء, ومن ثم فإذا تنازل المستفيد عن هذا الحق الخالص له ووافق على إدراج تلك الشيكات في العقد وضُمّن هذا العقد شرط تحكيم، فإنه بذلك يكون قد تنازل عن حق منحه له القانون, وهذا الحق لا يتعلق بالنظام العام ويجوز الاتفاق على مخالفته(1).

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بخصوص حجية حكم التحكيم ونطاق هذه الحجية في أحد أحكامها بقولها : " وحيث أن الموضوع في الدعويين إنما يتعلق بمحل واحد هو الشيك المتنازع عليه فالحكم الصادر من المحكمة الجنائية ينصب على تحرير هذا الشك بغير رصيد، وحكم هيئة التحكيم يقضي برد ذات الشيك إلى مصدره، ومن ثم فقد تعامد الحكمان على محل واحد وتناقضا مما يتعذر معه تنفيذهما معا. وحيث أن البين من الأوراق أن رحى النزاع قد احتدمت بين الطرفين حول أحقية المدعي عليه الثالث في الاحتفاظ بالشيك رقم 678144 المشار إليه واتخاذ إجراءات صرفة عند حلول أجل استحقاقه مما حدا بالمدعي إلى إقامة طلب التحكيم لبراءة ذمته من مقابل الوفاء به، فواجهه المدعي عليه الثالث بالادعاء المباشر موضوع الجنحة رقم 8484 لسنة 1994 قصر النيل طالباً عقابه جنائياً فضلاً عن إلزامه بالتعويض المؤقت. ولما كان ذلك وكان الفصل في طلب براءة الذمة من الدين استصحابا للأصل فيها ولو كان هذا الدين يمثل مقابل الوفاء في ورقة تجارة ورد سند الدين إلى محرره هو من اختصاص هيئة التحكيم التي ارتضاها الطرفين للفصل فيما يثور بينهما من منازعات، فإن جهة القضاء العادي إذ عادت وهي بصدد الفصل في الادعاء المباشر إلى بحث انشغال ذمة المدعي بمقابل وفاء الشيك رقم 678144 محل الدين ذاته, بعد صدور قضاء نهائي من الجهة المختصة برد ذلك الشيك إلى صاحبه وصيرورة يد المستفيد عليه يدا عارضة بما لا يبيح له التقدم لصرف قيمته في ميعاد استحقاقه، تكون قد سلبت اختصاصاً محجوزا لهيئة التحكيم برضاء طرفي مشارطته وفي حدود القانون, ومن ثم فإن قضاء هيئة التحكيم – دون الحكم الصادر من جهة القضاء العادي – يكون هو الأحق بالتنفيذ. **فلهذه الأسباب: حكمت المحكمة بالاعتداد بالقضاء الصادر من هيئة التحكيم المشكلة بالاتحاد العام للغرف التجارية وغرفتي القاهرة والإسكندرية في طلب التحكيم رقم 4 لسنة 1994**"(2).

وصفوة وختام القول، فإن جريمة إصدار شيك بدون رصيد رغم أهميتها ووضوحها في التعبير عن فكرة النظام العام وما حل به من تغيير ومرونة من جانب، وعن مستجدات ما يجوز فيه الصلح والتصالح والتحكيم من جانب آخر، إلا أنها لا تعدو أن تكون إلا إحدى التطبيقات التي آثر الباحثان سوقها **كمثال واضح** للنقلة التشريعية التي تمثل التوجهات الحديثة للتوسع في التحكيم والتصالح في المسائل الجزائية. فهي تُعتبر جريمة ونموذج على سبيل المثال لا الحصر –كما ذكرنا- تضاف إلى قائمة طويلة لما أصبح يجوز فيه التصالح والتحكيم على الصعيدين المالي والجزائي، بما يُعبر- وبحق- عن توجهات الأنظمة القانونية والتشريعية المقارنة "التوسعية" لإجازة الصلح والتحكيم في المسائل الجزائية، على حساب النظام العام واعتباراته، نظراً لما استقرئته تلك النظم المذكورة من عوامل النفع والاستقرار الاجتماعي لهذا النوع من التحكيم، والحد من النزاعات واللدديه في الخصومة، والحد من التكلف الإجرائي في التقاضي من خلال نظامي المصالحة والتحكيم في المسائل الجزائية . وهو ما يوافق منهج الشريعة الإسلامية الغراء بما لها من فضل السبق، والمتمثل في إجازة التحكيم في المسائل الجزائية وفق حدود وضوابط معينة منذ فجر ظهورها.

(1) المستشار/إبراهيم خليل، **التحكيم في الشيك**، بحث منشور موقع المنتدى القانوني للجميع ، الرابط :http://www.law4-all.net/vb/showthread.php بتاريخ 2013/11/27.

(2) **حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، الصادر في القضية** رقم 8 لسنة 22 ق "تنازع " ، بتاريخ 2001/8/4.

الخاتمة

توصل الباحثان من خلال هذه الدراسة وبالتحليل والمقارنة إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً : النتائج

1- لقد اتضح من خلال دراسة التشريعات المقارنة العربية والأوروبية مدى إدراجها لكافة الوسائل البديلة لحل النزاعات في المسائل الجزائية والمالية، وعلى رأسها نظامي المصالحة والتحكيم، لتخفيف الضغط والكم الهائل من القضايا الذي تواجهه المحاكم يومياً وتفصل فيه، فكان الصلح والتحكيم من أهم البدائل التي اتخذتها الدول المتقدمة في إطار سياساتها القانونية المعاصرة، وخاصة أن ركيزتها في ذلك رضا أطراف الخصومة على وسيلة إنهائها، وبذا يتحقق بفعل الإنهاء الرضائي للدعوى الجزائية بعدما أن كانت ملكاً للدولة لا يجوز التنازل عنها أو التفاوض بخصوصها، ومن المحرمات التي لا يجوز الاقتراب منها، وأضحى التصالح والتحكيم في المسائل الجزائية من الحاجات والمُيسّرات لا من المحظورات.

2- كما أن لهذه النظم البديلة لحل النزاعات دورها في تبسيط وتيسير إجراءات التقاضي، وهذا ما يؤكده هذا التوسع الذي يتبعه المشرعون في الأخذ بهذه النظم في عدة مجالات من خلال النص على جواز الصلح والتصالح في طائفة جديدة من المخالفات والجنح، ومن ثم خضوعها للتحكيم، تخفيفاً عن المحاكم واحتراماً لإرادة الخصوم، وتلبية لحاجة المجتمع للاستقرار والأمن والسلم الأهلي من خلال إعادة توطيد العلاقات الاجتماعية التي تُعتبر غايتها، ودون إغفال مبدأ جبر الضرر والمعاناة التي سببتها الجريمة، بحيث يُعمد إلى حل النزاعات بطريقة ودية لا تقوم على الخصومة، مع الاحتفاظ بخيار اللجوء إلى الإجراءات القضائية التقليدية في حال فشل الصلح أو التحكيم.

3- ذهبت أغلبية التشريعات المقارنة إلى الإقرار بالصلح الجنائي وما شاكله من الأنظمة التصالحية كالتحكيم واعتباره سبباً اختيارياً في انقضاء الدعوى الجزائية في المخالفات والجنح البسيطة والمتوسطة، وفي بعض الجرائم الاقتصادية، بل ويمكن التصالح بشأنها بعد صدور الحكم النهائي. وهو ما أقرته غالبية قوانين الإجراءات الجنائية الحديثة، ولعل جرائم التهرب الضريبي والجمركي وجنحة إصدار شيك بدون رصيد وغيرها خير مثال على ذلك.

4- إن اللجوء إلى بدائل حل النزاعات المدنية والجزائية كالتحكيم والمصالحة أصبح أمراً لابد منه، ولاسيما في ظل الانتقال الإصلاحي الذي يشهده العالم وخصوصاً في المجال القضائي والتشريعي، وحتى تساير تشريعاتنا الجزائية والمدنية وعلى رأسها تشريعات التحكيم التشريعات الحديثة، وتنسجم مع روح الشريعة ونصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في مجال التصالح والتسوية الجنائية، ووسائل العقاب الحديثة، وطرق حل النزاعات البديلة، ولاسيما في ظل رواج نظام التحكيم كحاجة اجتماعية وقانونية وتجارية،وسطوع نجمه على الصعيدين الوطني والدولي على حد سواءً.

ثانياً: التوصيات

1- يجب على المشرع الفلسطيني اعتماد الأساليب الحديثة في تسوية الدعاوى الجزائية كمبدأ عام، والاسترشاد بما توصل إليه قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والمصري كنظام التصالح والوساطة الجنائية ونظام التسوية، بما يستتبعه ذلك بالضرورة من توسيع نطاق ما يجوز فيه التحكيم في ظل تواتر العمل بنظام التحكيم في مجتمعنا الفلسطيني على الصعيد الجزائي والمالي. علماً بأن هذا الأمر يواكب مناشدة المؤتمر العاشر لهيئة الأمم المتحدة المنعقد في فيينا عام 2000م، والذي أهاب بالدول لإيجاد طرق وآليات فاعلة للعدالة التصالحية خارج الإطار التقليدي للقضاء الجزائي للمساهمة في حل النزاعات والتخفيف على كاهل المحاكم بأنواعها، بما يتطلبه ذلك من إصدار قوانين وأنظمة تنظم هذه البدائل باعتبارها وسائل هامة لتسوية المنازعات في الوقت الحاضر، مع ضرورة وضع ضوابط لها بما يكفل تحقيق الأهداف المبتغاة منها.

2- ضرورة النص صراحةً، وتحديد ما يجوز فيه المصالحة والتحكيم، إما حصراً بموجب تشريع – الأسلوب المصري- وإما بتحديد آلية من خلالها يمكن التمييز بين الحد الفاصل بين النظام العام، وبين ما يجوز الاتفاق على التحكيم بصدده أو التصالح عليه "الأسلوب الفرنسي ".

3- يوصي الباحثان بضرورة تعديل نص المادة(16) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001 والذي لا يجيز التحكيم سوى في الجرائم والمخالفات المعاقب عليها بالغرامة فقط، وتوسيع نطاق ما يجوز فيه المصالحة والتحكيم، على نحو يواكب التعديلات التشريعية المقارنة لهذه المسألة، ومراعاة حاجة المجتمع الفلسطيني لهذا النظام، من خلال تنظيم هذه المسألة تشريعياً، على اعتبار أن التشريعات والقوانين هي حاجة إنسانية واجتماعية.

4- نؤكد على ضرورة التوفيق، وإزالة التعارض بين الشريعة الإسلامية الغراء وبين القوانين الوضعية وعلى رأسها قانون الإجراءات الجزائية وقانون التحكيم وغيرهما، ولاسيما على ضوء التوجه التشريعي الدولي الحديث لتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية بشكل غير مباشر في قوانينها الوضعية في مجاليّ المصالحة والتحكيم وغيرها، والتماهي مع مبدأ جواز التحكيم والتصالح في المسائل الجزائية.

5- إبراز وتأكيد على ضرورة تثقيف وتدريب المحكمين في جميع المجالات، وتأهيل الكادر القادر على الفصل في أمور الناس وفق الشريعة والقانون معاً، وفي جميع المجالات وعلى مستوى الطموح، تحقيقاً للعدالة، وللتفاني في حل المنازعات، والحد من الطعون على أحكام التحكيم المحلية وفسخها.

6-ضرورة الحد من إمكانية الطعن على أحكام التحكيم وتعدد وسائله، وضبط هذه المسألة تشريعياً، والحيلولة دون ذهاب أحكام التحكيم هباءً دون تنفيذ بعد فترة إجراءات وخصومة طويلة، وصدور أحكام تحكيم منهية للنزاع، لكثرة الضوابط الإجرائية الموجبة لتصديقها وتنفيذها من جانب، وكثرة والطعون الممكنة عليها من جانب آخر.

إدارة العلاقة مع أصحاب المصالح من طرف المقاولة المسؤولة اجتماعيا، الاتجاه نحو تحقيق التنمية المستدامة.

محمد القواق

باحث في صف الدكتوراه، جامعة محمد الخامس،
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،
مختبر البحث حول البيئة والتنمية المستدامة،
الرباط السويسي، المغرب.

مقدمة:

تتناول النظرية التقليدية المقاولة على أنها ملك لملاكها والمساهمين فيها بحيث يتميزون بالأولوية في الاستفادة منها ، بيد أن المسؤولية الاجتماعية للمقاولة فرضت مفهوم أصحاب المصالح كبديل عن المساهمين والملاك ، أخذا بمبدأ أن المقاولة ينبغي أن تستفيد منها أعدادا كبيرة من الأطراف الداخلية والخارجية. لذلك فالمدراء مطالبون باستخدام آلية الحوار قصد تحليل أصحاب المصلحة ومعرفة موقفهم من المقاولة وسلوكهم تجاه إستراتيجيتها ، على اعتبار أن المقاولة الناجحة هي التي يتجه المسئولون التنفيذيون إلى ضمان حقوق ومصالح من ليسوا بحملة الأسهم فيها.

وقد أضحى موضوع المسؤولية الاجتماعية للمقاولة يفرض نفسه اليوم بإلحاح في عالم الأعمال وكذلك على المستوى الأكاديمي ، سيما بعد تزايد الضغوط الشعبية والكوارث والفضائح الأخلاقية والتطورات التكنولوجية المتسارعة، وتفشي وتنوع المخاطر المهددة للبيئة وتهيش الأبعاد الاجتماعية ، مما مهد الطريق لتنامي الأزمات الدولية على الرغم من تواجد كثير من الاتفاقيات الأممية التي تهدف إلى حفظ كرامة العمال أثناء القيام بواجبهم داخل المقاولة؛ وهذا بسبب تطبيق السياسات الاقتصادية الليبرالية التي تهدف الحصول على الربح دون الاكتراث بالجوانب الأخلاقية والاجتماعية.

مما جعل العديد من الشركات والمقاولات تسعى إلى تبني برامج فعالة للمسؤولية الاجتماعية للمقاولة تأخذ بالحسبان ظروف المجتمع والتحديات التي تواجهه.كما أصبح الاهتمام بالمسؤولية الاجتماعية مطلبا أساسيا للحد من الفقر من خلال التزام المؤسسات الاقتصادية من شركات محلية أو مؤسسات دولية بتوفير البيئة المناسبة للعمل ، وعدم تبديد الموارد ، والقيام بعمليات التوظيف والتدريب ورفع القدرات البشرية ، ومساندة الفئات الأكثر احتياجا. لكن كون المقاولة مسؤولة اجتماعيا ليس معناه فقط الوفاء تماما بالالتزامات الجاري بها العمل بل تتجاوز ذلك إلى الاستثمار أكثر في الرأسمال البشري والبيئة والعلاقات مع أصحاب المصالح.[1]

من جانب آخر باتت المقاولة اليوم مطالبة بوضع استراتيجيات محكمة لإدارة العلاقة مع أصحاب المصالح، تقوم على مبادئ الإنصاف والعدالة والاستجابة المجتمعية، للحد من تضارب المصالح بين المعنيين بنشاط المقاولة والذين توسعت دائرتهم في العقود الأخيرة بسب التطورات الكبيرة التي أضحى يعرفها عالم الأعمال؛ فمن بين العراقيل التي تقف كحجر عثرة في وجه تقدم المقاولة؛ عجز هاته الأخيرة عن تبني إستراتيجية واضحة المعالم لإدارة علاقاتها مع الأطراف ذات المصلحة التي تحيط بها من الداخل والخارج؛ وعجزها

[1] G. Gloukoviezoff, « la responsabilité sociale des banques au défi de l'exclusion bancaire des particuliers », Revue Scientifique Semestrielle n°2, L'HARMATTAN, 2006, P 33.

عن تحديد أدوارهم ومدى تأثيرهم ومساهمتهم في تعزيز التنمية المستدامة، ووضع خارطة طريق تقوم من خلالها بدمجهم في خططها المستقبلية.

وقد أسال موضوع إدارة العلاقة مع أصحاب المصلحة الكثير من المداد من طرف الباحثين، وعرف زخما كبيرا من الكتابات وكان محل دراسة الكثير من المفكرين، ولعل السبب في ذلك من منظورنا هو تركيز المؤسسات الاقتصادية على المساهمين وتعظيم ثروتهم غير آبهين بتضرر مصالح الأطراف المعنية الأخرى. وهذا الأمر يتماشى مع ما كان يدعو إليه الخبير الاقتصادي ميلتون فريدمان، في سبعينيات القرن الماضي الذي ذهب للقول: إنّه توجد مسؤولية اجتماعية واحدة ووحيدة للشركات، وهي استخدام مواردها والانخراط في أنشطةٍ مصمّمة لزيادة أرباحها طالما تبقى ضمن قواعد اللعبة، ما يعني المشاركة في منافسةٍ مفتوحةٍ وحرّة من دون غشٍّ أو خداع. وهو ما يعرف بنموذج "shareholders". لكن اليوم بات الانتقال إلى نموذج "stakeholders " الأكثر إنصافا لأنه يهتم بتطلعات جميع أصحاب المصلحة من دون أي استثناء بما في ذلك حفظ مصلحة الأجيال القادمة تنفيذا للمبادئ التي تمليها التنمية المستدامة.

وتهدف هذه الورقة البحثية إلى التعريف بأصحاب المصالح وتصنيفهم ورفع الغموض الذي يكتنفهم، بالإضافة إلى اختبار العلاقة بين تبني المقاولة المسؤولية اجتماعيا، الحفاظ على حقوق المساهمين وأصحاب المصالح مع بعضهما البعض دون التركيز على المساهمين فقط، وبين تحقيق التنمية المستدامة. زيادة على تبيان مزايا التزام الشركات بمسؤولياتها تجاه أصحاب المصالح والمجتمع ككل.

وتنبع أهمية الموضوع في كونه يعالج أحد المواضيع الراهنة ، ويركز على الاهتمامات الاجتماعية والبيئية التي تعتبر المعايير الأساسية في تحقيق التنافسية والاستدامة ، والزيادة في المكاسب بالنسبة للشركات ، ويحتل مرتبة مهمة ضمن الأولويات التي تشغل بال الرأي العالمي خصوصا بعد تنامي وتزايد المخاطر المهددة للبيئة ، بسبب السياسات الاقتصادية التي تجري وراء الربح المادي ، دون الالتفات للجوانب البيئية والاجتماعية. بالإضافة إلى أن الاهتمام المتزايد بإدارة العلاقة مع أصحاب المصلحة من طرف المؤسسة الاقتصادية يعد ركيزة أساسية لتحقيق التنمية المستدامة. بالنظر إلى التوجه العالمي نحو تبني أهداف وأسس التنمية المستدامة..

هذا ما يجعلنا نثير الإشكاليات التالية: ما مدى مساهمة إدارة العلاقة مع أصحاب المصلحة من طرف المقاولة المسؤولة اجتماعيا في تفعيل أبعاد التنمية المستدامة؟ هل يمكن للمقاولة أن تعزز من فرص التنمية المستدامة دون الاهتمام بأصحاب المصلحة المحيطين بها؟ ما المقصود بالمسؤولية الاجتماعية للشركات وما المقصود بأصحاب المصالح؟

لذا فإن اهتمامنا سينصب من خلال هذه الورقة التي تسعى إلى تحديد دور إدارة العلاقة مع أصحاب المصلحة في إسقاط أبعاد التنمية المستدامة على مستوى المقاولة، إلى رفع اللبس عن موضوع أصحاب المصالح من حيث مفاهيمه وتصنيفاته والتيارات الفكرية بخصوصه في ضوء ما أسفرت عنه أبحاث ومحاولات المفكرين عبر اعتماد المنهج الوصفي التحليلي.

وعليه سنخصص المبحث الأول للحديث عن الإطار النظري للمسؤولية الاجتماعية والتنمية المستدامة، وبعد ذلك نخص بالدراسة والتحليل في مبحث ثان؛ مفهوم أصحاب المصالح وتصنيفاته والمنظورات المتبعة بخصوصه .

أولا: الإطار النظري للمسؤولية الاجتماعية للمقاولة والتنمية المستدامة.

1- مفهوم المسؤولية الاجتماعية للمقاولة.

تنبغي الإشارة في البداية إلى انه لا يوجد اتفاق عام لدى الأطراف المعنية بالمسؤولية الاجتماعية على تحديد تعريف واضح ومحدد لها، وكيفية قياسها من حيث التكاليف المترتبة عليها والعوائد الاجتماعية. وهكذا اختلفت تعريفات المسؤولية الاجتماعية من هيئة إلى أخرى؛فقد عرفتها اللجنة الأوربية في كتابها الأخضر كما يلي:

" مفهوم المسؤولية الاجتماعية للمقاولة يعني أساسا أنها قررت طواعية بمحض إرادتها المساهمة في تنمية المجتمع وتحقيق بيئة أنظف (...) يتم التعبير عن هذه المسؤولية تجاه العاملين وبشكل اعم إزاء جميع أصحاب المصلحة المعنيين بالمقاولة والذين يتأثرون

بنجاحها (...) على الرغم من أن المسؤولية الأولى للمقاولة هي توليد الأرباح ، فانه يمكنها في نفس الوقت أن تساهم في تحقيق الأهداف الاجتماعية وحماية البيئة بإدماج المسؤولية الاجتماعية كاستثمار استراتيجي في قلب استراتيجياتها التجارية وأدواتها الإدارية وكذلك في أعمالها التجارية وأنشطتها.[1]

وهكذا يبدو بأن اللجنة الأوربية تجعل من البعد ذي الطابع الطوعي أساسيا في مفهوم المسؤولية الاجتماعية للمقاولة؛ فالأمر هنا لا يتعلق فقط بتعظيم الأرباح واحترام القوانين بل يتجاوز ذلك إلى تحسين العلاقات مع الزبائن والمستهلكين وكذلك جمعيات المجتمع المدني المهتمة بالبيئة وباقي المنظمات غير الحكومية. فيجب إذن على المقاولات أن تنخرط شيئا فشيئا وبشكل طوعي في تبني المقاربات البيئية والاجتماعية من أجل الاستجابة لضغوطات وتطلعات الأطراف المرتبطة بشكل مباشر أو غير مباشر مع محيط المقاولة. وعرف البنك الدولي مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات على أنها التزام أصحاب النشاطات التجارية بالمساهمة في التنمية المستدامة، من خلال العمل مع موظفيهم وعائلاتهم والمجتمع المحلي والمجتمع ككل لتحسين مستوى معيشة الناس بأسلوب يخدم التجارة ويخدم التنمية في آن واحد.[2]

بينما ذهبت اللجنة المشتركة بين الوزارات المعنية بالتنمية المستدامة[3] والتي يتواجد مقرها ببروكسيل إلى تعريف المسؤولية الاجتماعية للمقاولة كما يلي:

"عملية التحسين المستمر في الشركات التي تدمج بطريقة طوعية ومنتظمة ومتماسكة الاعتبارات الاجتماعية البيئية والاقتصادية في التدبير العام للمقاولة وذلك بالتشاور مع أصحاب المصلحة الذين يعتبرون جزء لا يتجزأ من هذه العملية".[4] فمن خلال هذا التعريف والتعريف السابق يمكننا أن نؤكد على أن الطوعية والإدارة المسؤولة هما عنصران أساسيان في فهم المسؤولية الاجتماعية للمقاولات.

أما منظمة العمل الدولية فقد عرفت المسؤولية الاجتماعية للمقاولة كالآتي: "المسؤولية الاجتماعية للمقاولة تترجم الطريقة التي من خلالها تأخذ المقاولات في الاعتبار آثار أنشطتها على المجتمع، وتأكيد مبادئها وقيمها سواء عن طريق تطبيق مناهجها وعملياتها الداخلية أو في علاقتها مع الفاعلين الآخرين، فهي بمثابة مبادرة طوعية تحتل فيها المقاولات تمركزا رئيسيا وتتعلق بأنشطة تتجاوز مجرد احترام القانون". [5]

من خلال هذا التعريف نستنتج أن العناصر التي تميز المسؤولية الاجتماعية للمقاولة هي:

أ) طابع الطوعية ، فالشركات تلتزم طوعا بسلوك المسؤولية الاجتماعية التي تتجاوز التزاماتها القانونية.

ب) الإدماج الكامل ، بحيث تصبح المسؤولية الاجتماعية للمقاولة جزء لا يتجزأ من إدارة الأعمال.

ج) الديمومة والاستمرارية ، فالمسؤولية الاجتماعية هي عمليات ممنهجة دائمة وليست موسمية.

د) علاقتها بالتنمية المستدامة، فالمسؤولية الاجتماعية للمقاولة لها صلة وثيقة مع مفهوم التنمية المستدامة.

---

[1] Livre Vert, Promouvoir un cadre européen pour la RSE, Commission Européenne, Luxembourg, 2001, p 8.

[2] Y. Alzahrani, La responsabilité sociale et environnementale des entreprises en Arabie saoudite : approche de droit international, thèse de doctorat, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, Avignon, 2011, p6.

[3] اللجنة المشتركة بين الوزارات للتنمية المستدامة يشار إليها باسم (CIDD) تم تأسيسها بموجب القانون الصادر في 5 مايو 1997 بشان تنسيق سياسة اتحادية للتنمية المستدامة (الجريدة الرسمية البلجيكية 8 يونيو 1997) وتقوم بتحرير تقارير قبل 31 مارس عن نشاط كل سنة ويتم إرسالها إلى جميع أعضاء الحكومة الاتحادية والدوائر التشريعية والى عموم الناس.

[4] E. BONNEVEAUX, l'intégration des principes de RSE par les dirigeants de PME, la démarche collective innovante d'un réseau professionnel, thèse de doctorat, Université François -Rabelais de Tours. Ecole doctorale sciences de l'homme et de la société, Touraine, 2010, P 39.

[5] T. CLAES, la responsabilité sociale des multinationales lors de licenciements collectifs : le cas de Rio Tinto Alcan à Beauharnois, thèse de doctorat, Université de Montréal, Montréal, 2013, P 96.

عرف المعهد الوطني للإحصاء والدراسات الاقتصادية المسؤولية الاجتماعية على أنها: "المساهمة الطوعية للشركات في رهانات التنمية المستدامة، وذلك في عملياتها التجارية وتفاعلها مع أصحاب المصلحة".[1]

فالمقاولة المسؤولة اجتماعيا لا يجب أن تكتفي فقط بالامتثال للالتزامات القانونية بل يجب عليها أن تذهب أبعد من ذلك بالاستثمار أكثر في الرأسمال البشري وفي علاقاتها مع أصحاب المصالح وتقرير حماية البيئة وللمحيط الذي تشتغل فيه.

وقد حدد المعيار الدولي للمسؤولية الاجتماعية إطارا للمنظمات الراغبة في تبني سلوك مسؤول على المستوى الاجتماعي والبيئي، واشتمل على مجالات الحقوق الاجتماعية والحقوق العمالية وممارسات العمل، وحماية البيئة وحقوق المستهلك والتنمية المجتمعية.. واعتبر منذ فاتح نونبر 2010 تاريخ نشره، المرجع الدولي بخصوص المسؤولية الاجتماعية للمقاولة وقد عمل على تعريفها وفق الكيفية التالية: "مسؤولية المؤسسة مقارنة مع أثار قراراتها وأنشطتها على المجتمع والبيئة، بواسطة سلوك أخلاقي وشفاف والذي:

- يتلاءم مع التنمية المستدامة؛
- يأخذ في الاعتبار تطلعات الأطراف ذات المصلحة؛
- يتطابق مع القانون المطبق والمعايير الدولية للسلوك؛
- يدمج في كامل المؤسسة".[2]

وهكذا يبدو بأن مسؤولية المقاولة هي في حقيقة الأمر مسؤولية قانونية ومسؤولية اجتماعية، على اعتبار أن المسؤولية القانونية وحدها لا تكفي لتلبية الاحتياجات الأساسية للعمال من ترقية مهنية وحماية اجتماعية وتغطية صحية، وضمان استقرارهم في عملهم.[3]

2- مفهوم التنمية المستدامة.

بعد أن أصدرت، اللجنة العالمية للبيئة و التنمية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة في سنة 1987 ، تقرير براندتلاند Brundtland تحت عنوان: "مستقبلنا المشترك"، والذي تم اعتماده كأرضية لمؤتمر الأرض المنعقد سنة 1992. أصبحت التنمية المستدامة هدفا رئيسيا للمقاربات الإستراتيجية الجديدة التي تعتمدها جل بلدان المعمور.

وتعرف هذه اللجنة التنمية المستدامة على أنها التنمية التي تأخذ بعين الاعتبار حاجات المجتمع الراهنة دون المساس بحقوق الأجيال القادمة في الوفاء باحتياجاتها؛ أو هي ضرورة إنجاز الحق في التنمية بحيث تتحقق على نحو متساو الحاجات التنموية والبيئية لأجيال الحاضر والمستقبل.[4]

وتم تعريفها على أنها: «تنمية تلبي حاجيات الحاضر دون الإضرار بقدرة أجيال المستقبل على تلبية حاجياتهم»، وهي تنمية تأخذ بالاعتبار القيود الثلاثة الرئيسية التي تفرضها البيئة على التنمية، والمتمثلة في:

- عدم التبذير في استخدام الموارد القابلة للنضوب؛

[1] EMILIE. ERNST, « la responsabilité sociale des entreprises : une démarche déjà répandue », Institut nationale de la statistique et d'études économiques, N°1421 novembre 2012, http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1421, consulté le 27/07/2016.

[2] A. FUSTIK, « la responsabilité sociale d'entreprise est une source de richesse et de performance pour les PME. Ou comment créer de la richesse en alliant la RSE et le pilotage des actifs immatériels ? », Livre Blanc, Edité par L'agence Lucie et L IFEC, Juillet 2012, P 12.

[3] الحاج الكوري، " المسؤولية الاجتماعية للمقاولة في حالة فصل الأجراء "، مجلة القانون المغربي، العدد 17، 2011، ص 9.

[4] العايب عبد الرحمان، " التحكم في الأداء الشامل للمؤسسة الاقتصادية في الجزائر في ظل تحديات التنمية المستدامة"، رسالة دكتوراه، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر، 2011، ص 12.

- الالتزام في استخدام الموارد المتجددة بحدود قدرتها على تجديد نفسها،
- عدم تجاوز قدرة البيئة على ما يلقى فيها من مخلفات أنشطة التنمية.[1]

وتجدر الإشارة إلى أنه يوجد هناك ترابط بين مفاهيم أصحاب المصلحة وبين المبادئ المتعلّقة بالتنمية المستدامة، ويبدو هذا الترابط واضحا على اعتبار أن كلا منهما ينهض على تبني مبادئ المساواة والإنصاف والعدالة الاجتماعية، والتي تصبو إلى إيجاد التوازن بين حقوق أصحاب المصالح المتضاربة؛ إضافة إلى كون التنمية المستدامة هي في الأصل ترنو الحفاظ على مصالح مجموع أصحاب المصلحة وتلبية احتياجات الأجيال القادمة.

وسيتم بشكل متزايد استخدام حوارات أصحاب المصلحة باعتبارها أداة لتحقيق التنمية المستدامة، خصوصا في مجال التنمية الاقتصادية المستدامة؛ وفي إطار التفاعل بين المؤسسات ومجموعات اهتماماتها تعمل حوارات أصحاب المصلحة على تقديم فرضية منهجية لإتاحة إمكانية التعاون والمشورة في إطار عمليات التغيير المتشابكة لتحقيق الاستدامة؛ وحتى يمكن وضع صياغة محددة لهذه التغيرات وإنجاح هذه العملية يجب إشراك مختلف مجموعات الاهتمامات في العمليات المعنية.

ثانيا: أصحاب المصالح: المفهوم، التصنيفات، والنظريات.

1. مفهوم أصحاب المصالح.

يعد موضوع أصحاب المصالح من أبرز موضوعات الإدارة الإستراتيجية لكونه يمثل بنية علاقات وتفاعلات متشابكة مع البيئة الداخلية والخارجية للمقاولات ، وتعتبر هذه النظرية من بين أهم النظريات الممهدة للتأصيل العلمي لمفهوم المسؤولية الاجتماعية ، وجزءا مهما في حقل الدراسات حول المسؤولية الاجتماعية للمقاولة ؛ على اعتبار أنه بات من الضروري على أرباب المقاولات تبرير أنشطة مؤسساتهم والأعمال التجارية التي يقومون بها أمام الجهات المعنية سواء كانت لها صلة مباشرة أو غير مباشرة مع محيط المقاولة.

ويؤكد المعنيون بالإدارة والاقتصاد إلى أن مصطلح أصحاب المصلحة ليس بحديث النشأة ، بل هو مصطلح دارج بين القدامى من الباحثين ، بيد أن استخدامه يعد جديدا بمفهومه الحالي ضمن الحقل الأكاديمي للعلوم الاجتماعية خصوصا بإدارة الأعمال، ويرون أن هذا المصطلح استخدم لأول مرة في سنة 1708، إذ يعود شيوعه إلى مجالات المراهنات أو الودائع . ويبقى القرن العشرين شاهدا على أغلب التطورات التي جرت بخصوصه ، وعلى وجه التحديد في مرحلة الثمانينات إلى منتصف التسعينات ، والتي بلغت لتكون أفضل مدة للبحث والتقصي عن نظرية متكاملة لأصحاب المصالح ، لأجل أن تحل محل النظرية السابقة التي هيمنت على مدارس الأعمال ، وهي نظرية حملة الأسهم.[2]

ويذهب أحد الباحثين إلى أن مصطلح أصحاب المصالح ذكر لأول مرة في أعمال"أنسوف Ansoff" سنة 1968. وهناك من أرجع جذوره إلى الأعمال التي قام بها الباحث Dodd سنة 1932 وأعمال Barnard سنة 1938.[3]

هذان الباحثان قدما فكرة مفادها أن الشركة يجب عليها أن توازن بين المصالح المتعارضة لمختلف أصحاب المصالح من أجل الحفاظ على التوازن اللازم لتحقيق الأهداف السياسية.

وحسب "فريمان" فإن نظرية أصحاب المصالح تم استعمالها لأول مرة في سنة 1963 من قبل الباحثان Ansoff و Stewart في مذكرة معهد ستانفورد للأبحاث " Stanford research Institute".[4] بحيث تم تعريفهم على أنهم " الجماعات التي بدونها تتوقف المنظمة عن العمل " وبتعبير أدق تلك الجماعات التي تضطلع بدور استراتيجي وحيوي يتحكم في استمرارية الشركة وبقائها لمدة أطول. وأيا كان

[1] أسامة الخولي و مصطفى طلبة، "البيئة و قضايا التنمية والتصنيع"، سلسلة عالم المعرفة، عدد285، 2002، ص 174.

[2] سعد العنزي، محاولة جادة لتأطير نظرية أصحاب المصالح في دراسات إدارة الأعمال، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد 13، عدد 48، 2007، ص 2.

[3] Elise Bonneveux, op.cit, p 68.

[4] François Aurélien, les pratiques de RSE des clubs sportifs professionnels français, vers un nouveau modèle de légitimation ? thèse de doctorat, université Bourgogne, Dijon France, 2012, p 60.

الأمر فإن مفهوم أصحاب المصالح ظهر في الواقع ضمن الأبحاث المركزة على المسؤولية الاجتماعية للمقاولة خصوصا مع نشر كتاب Freeman سنة 1948 والذي يحمل عنوان: "الإدارة الإستراتيجية، نهج أصحاب المصالح". هذا الأخير اعتبر الأب المؤسس لنظرية أصحاب المصالح على اعتبار أنه هو من كرس هذا المفهوم في كتابه الإدارة الإستراتيجية، حيث قام بتحديد تعريف لأصحاب المصلحة كما يلي: أصحاب المصلحة هم كل الجماعات والأفراد الذين يمكنهم أن يؤثروا على المنظمة أو أن يتأثروا من جراء قراراتها.[1] ويتعلق الأمر هنا بالجماعات أو الأفراد التي يمكن أن تؤثر أو تتأثّر بإنجازات المقاولة وبالأهداف المرسومة من طرفها.

فالملاحظ هو أن "فريمان" يبحث من خلال هذا التعريف عن توضيح العلاقة التي تجمع بين المقاولة وأصحاب المصلحة وتبيان الأهداف المنتظرة من جراء تبني هذه العلاقة. وعليه يسمح لنا هذا التعريف بتحديد المجموعات التي تربطها علاقات مباشرة أو غير مباشرة بمحيط المقاولة؛ سيما وأن المقاولات وأصحاب المصالح يجمع بينهما ارتباط عضوي ، مما يجعلهما يتأثران ويؤثران على بعضهما البعض ، فمعرفة المؤسسة لهذه المجموعات من أصحاب المصالح يمكنها من مجاراة مجموع هذه العلاقات، لأن إدارة هذا الجانب بشكل غير مناسب قد يعيق بقاءها واستمرارها.

وقد عرف أحد الباحثين وهو Rhenman أصحاب المصالح كما يلي:

"المجموعات التي تعتمد على الشركات لتحقيق أهدافها الخاصة، والتي تعتمد عليها الشركة بدورها لضمان وجودها". وعرف Clarkson أصحاب المصالح بأنهم: "الأفراد والمكونات التي تسهم بطريقة طوعية أو غير طوعية، في قدرة الشركة على خلق القيمة، والذين يعتبرون المستفيدون الرئيسيون من أنشطتها ويتحملون المخاطر أيضا".[2]

من خلال هذه التعاريف يبدو أن مفهوم أصحاب المصلحة ينظر إليه بمعاني مختلفة. وبسبب تعقيد وتفرد هذه التعاريف المنسوبة إلى أصحاب المصالح، وجد هنالك ارتباط دلالي بين المصطلحات المستخدمة مما أدى إلى ظهور العديد من التيارات النظرية التي تحاول الخوض في هذا المفهوم؛ فأصحاب المصالح هم من لديهم مصالح مالية يطالبون الشركة بها مثل: حملة الأسهم والدائنون والموردون، أو من لهم مصالح غير مالية مثل: الموظفين والعملاء والحكومات وغيرها.[3]

واعتمادا ما على سبق وفي محاولة لوضع تعريف شامل لأصحاب المصلحة يضم كل الأطراف المعنية دون استثناء، نقترح التعريف الآتي: أصحاب المصلحة بالنسبة للمقاولة هم كل الأفراد أو الجماعات طبيعية كانت أو معنوية، خارجية أم داخلية، تربطها صلة مباشرة أو غير مباشرة بالمقاولة، وتمتلك عقودا صريحة أو ضمنية معها، تمارس تأثيرا مباشرا أو غير مباشر على نشاطاتها أو تتأثر هي نفسها نتيجة هذا النشاط.

2. تصنيفات ومنظورات أصحاب المصالح.

إن بقاء الشركة يمر عبر الدعم والتأييد للفئات الاجتماعية التي أشار إليها "فريمان" في تعريفه لأصحاب المصالح؛ على اعتبار أن لها صلاحيات وصلات متعددة تربطها بجماعات أصحاب المصالح المختلفة ، وهذه الشبكة من الروابط هي في نفس الوقت واسعة ويصعب تحديدها؛ واسعة لأن المجموعات التي لها المصلحة والصلة بالشركة كثيرة ومتنوعة، وصعبة التحديد لأن توقعاتها متباينة وغير متجانسة وبالتالي يصعب تحديدها. وتأسيسا عليه فالهدف من هذه النظرية هو فهم طبيعة هذه الروابط التي تجمع بين كل من المقاولة وأصحاب المصالح[4].

[1] Elise Bonneveux, op.cit, p 69.

[2] ibidem.

[3] علاء أحمد حسن الجبوري وعلي سالم شهاب أحمد "قياس رضا بعض أصحاب المصالح، دراسة ميدانية في الشركة العامة لصناعة الأدوية في نينوى" مجلة تنمية الرافدين ، العدد 109، العراق، 2012، ص 237.

[4] Yahya, Alzahrani, la responsabilité sociale et environnementale des entreprises en Arabie saoudite: approche de droit international, thèse de doctorat, université d'Avignon, France, 2011, p 13.

على اعتبار أن المقاولة تعتبر مستهدفة من قبيل العديد من الفاعلين نذكر منهم: الحكومات، جماعات الضغط، العمال، المستثمرين، الزبائن والمستهلكين، النقابات، وسائل الإعلام، المزودين، الجماعات المحلية، المدافعون عن البيئة، المنافسين والمساهمين..

فالأطراف المعنية بنشاط المقاولة هم إما أصحاب مصالح داخلية أو أصحاب مصالح خارجية، يرسلون مطالب مباشرة وغير مباشرة للمقاولات؛ يتعلق الأمر بالإضافة لما سبق بالمزودين والمقاولين من الباطن، والمستثمرين إلى السكان المحليين والسلطات العمومية المحلية والمجتمع بشكل عام؛ فتسجيل مطالب هذه الفئات وأخذها بعين الاعتبار تعتبر المرحلة الأولى في تطبيق المسؤولية الاجتماعية للمقاولات.[1]

ويستند نهج أصحاب المصالح على ثلاث نظريات أساسية:

أولا: استمرار التوتر بين منظمات الأعمال من جهة، والجماعات التي تمثل البيئة الخارجية من جهة أخرى يهدد استمرارية المقاولة ؛ لذلك فالمسؤولية الاجتماعية فرضت مفهوم أصحاب المصالح Stakeholders على رجال الأعمال بدلا بدل التركيز على المساهمين أو الملاك.

ثانيا: درجة التأثير من طرف أصحاب المصلحة تعتمد على تراكم ثلاث صفات وهي: السلطة والشرعية والضرورة الملحة؛

ثالثا: نجاح إستراتيجية المقاولة هي نتيجة جماعية لمجموع القوى التي تمارس من قبل مجموعات أصحاب المصلحة الذين يسعون لتحقيق أهدافهم ومصالحهم.[2]

ومن أجل فهم أفضل لمجموع أصحاب المصالح نرى أنه من الضروري الإشارة إلى التصنيفات التي أشار إليها المفكرون المهتمون بالموضوع؛ فحسب المختصون فإن أصحاب المصالح في إطار البيئة التنظيمية المباشرة للمؤسسة هم الأفراد والجماعات الذين يتأثرون بشكل مباشر بأداء المنظمة، نذكر منهم على سبيل المثال الموظفون، المجهزون، المنافسون، الحكومات، حملة الأسهم، الزبائن والمستهلكين...

وذهب بعض الباحثين إلى استخدام تصنيف آخر يقوم على درجة الأهمية بالنسبة لأصحاب المصالح، حيث عمدوا إلى الحديث عن فئتين أساسيتين من أصحاب المصلحة:

- أصحاب المصالح الأساسية: كالزبائن والمجهزين والموظفين والمستثمرين... وهم الذين يشاركون المقاولة ويتعاملون معها بشكل مباشر؛
- أصحاب المصالح الثانوية: كالمجتمعات والحكومات... وهم الذين ليس لديهم ارتباط مباشر بالمؤسسة ويتأثرون بشكل أقل بنشاطها.

وقد برزت مؤخرا عند مطلع الألفية الثالثة تصنيفات أخرى تنبني على تأثيرات السلطة على أصحاب المصالح وهي في مجملها تتفرع إلى أربعة تقسيمات وهي:

- أصحاب المصالح الداخليين: وهم الذين يمثلون جزء من السلطة التنظيمية مثل المديرين، العاملين وأعضاء مجلس الإدارة، الاتحادات وأصحاب الأسهم؛
- أصحاب المصالح الخارجيين: أو ما يسمون بالاقتصاديين والمقاولين؛

[1] Anne, Peeters, RSE responsabilité sociale des entreprises, Edi Pro, éditions des CC, SA, Belgique, 2007, p 116.

[2] Azedine, Tahiri. Innovation par la responsabilité sociétale dans la gestion de projet de l'ingénierie : cas de l'ingénierie pharmaceutique, thèse de doctorat, école national supérieure de mines de Saint-Etienne, France, 2013, p 264.

- أصحاب المصالح التشريعيين (المشرعين): وهم المسؤولون عن السياسات العامة ويمثلون الحكومات، الأقسام البيئية وسلطات التخطيط...
- أصحاب المصالح المجتمعين: وتتضمن جماعات المجتمع أو منظمات المجتمع المدني، الجمهور العام، الصحافة...[1]

ويميز (Clarkson 1995)، بين أصحاب المصالح الرئيسية والثانوية، فأصحاب المصالح الرئيسية لها علاقة تعاقدية ورسمية مع الشركة، وتمتلك التأثير على عملية صنع القرار، في حين أن أصحاب المصالح الثانوية تكون لها علاقة غير مباشرة مع المقاولة، في إطار عقد ضمني أو أخلاقي لكنها لا تؤثر على الإستراتيجية العامة للشركة.[2]

وقد أفرزت المدارس الفكرية ورؤى الباحثين الأكاديميين عددا من المنظورات أو التصورات أو التوجهات التي تؤطر نظرية أصحاب المصالح.

ويمكن التمييز بين أربعة مناهج بخصوص هذه النظرية، المنظور الوسيلي، المنظور الوصفي التجريبي، المنظور المعياري، المنظور البيئي. يستند أصحاب المنهج الوصفي التجريبي وأصحاب المنهج الوسيلي على رؤية تعاقدية في علاقة المؤسسة بأصحاب المصالح ويصفون طبيعة هذه العلاقة بأنها مبنية على تحقيق الشركة للفوائد والأرباح لكي تستجيب لتوقعات أصحاب المصالح، بينما يوصي أصحاب المنهج المعياري المقاولات والمؤسسات الاقتصادية بضرورة نهج سلوك أكثر عدلا عند القيام بأنشطتها التجارية.[3]

فهذا البعد يركز على الأسباب المعيارية التي تدفع المنظمات للأخذ بعين الاعتبار أصحاب المصلحة، أما البعد الوصفي فيستخدم لشرح أو لوصف السلوكيات المختلفة التي تتم بين الشركة وأصحاب المصلحة، في حين يتم استخدام البعد النفعي لتحديد نوعية العلاقة التي تربط بين الشركة وأصحاب المصالح.

وقد ظهر مفهوم جديد سمي ب "المفهوم البيئي" أو "نموذج البيئة الاجتماعية"، والدي أضحى من بين أهم الأبعاد داخل نهج المسؤولية الاجتماعية حيث اعتبر المفهوم الأكثر حداثة وارتباطا بالبيئة بمعنى أن على رجال الأعمال أن يجعلوا البعد البيئي ضمن أولوياتهم واهتماماتهم لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع، على اعتبار أن الضرر البيئي أضحى ظاهرة معروفة لدى غالبية المجتمعات.[4] وبالتالي فإن مفهوم المسؤولية الاجتماعية ينهض على تحقيق مصلحة المجتمع جنبا إلى جنب مع تحقيق أرباح المقاولات على المدى المتوسط والطويل عبر مراعاة حاجيات الأفراد وتلبيتها والمحافظة على البيئة واعتبارها مسؤولية الجميع.

زيادة على ما سبق فإن هذه النظرية (نظرية أصحاب المصالح) تحدد الالتزامات الأخلاقية التي يجب أن تتحلى بها كل مقاولة على حدة ، فالأداء الاجتماعي الناجح للمقاولة يفهم على أنه جاء نتيجة إدارة مسؤولياتها تجاه أسئلة واحتياجات المجتمع ككل؛ وهذا أمر بديهي إذا نظرنا إلى أنه من بين أهم مسؤوليات منظمات الأعمال التوفيق بين المصالح المتعارضة لأصحاب المصلحة.

ومع ذلك فإن هذه النظرية شهدت هجمات حادة وانتقادات لاذعة منذ ظهورها في منتصف الثمانينات، ارتكزت بالخصوص على معرفة صنف أصحاب المصلحة الذي له الأولوية في الإجابات التي تقدمها الشركات ؛ على اعتبار أن هذه الأخيرة يصعب عليها النظر الشامل في احتياجات جميع أصحاب المصلحة المتدخلين.

---

[1] سعد العنزي، مرجع سابق ، ص 10.

[2] Elise Bonneveux, op.cit, p 72.

[3] Michel Capron, l'économie éthique privée : « la responsabilité des entreprises à l'épreuve de l'humanisation de la mondialisation », organisation des nations unies pour l'éducation la science et la culture, paris 2003, p 14.

[4] B. nadir. « Le dispositif juridique de lutte contre la pollution de l'eau au Maroc : ambitions et ambigüité » revue de recherches scientifiques dans le domaine du droit de l'environnement, n1, octobre 2013, p.382.

وأمام هذا الهجوم حاول مجموعة من الباحثين إعطاء تصنيفات بهذا الخصوص اختلفت من مدرسة إلى أخرى فبعضهم إعتبر أن المساهمين هم من يجب أن يحظون بالأولوية.[1] في حين ذهب البعض الآخر (الباحث Dill سنة 1958) إلى أن المستهلكين هم من يجب أن يحضون بالأولية لأنهم يشكلون أصحاب مصالح رئيسية يجب على المديرين أخذها بعين الاعتبار عند وضع وتنفيذ الأهداف التنظيمية للمقاولة. وفي سنة 1963 ساير معهد ستانفورد للأبحاث نفس الاتجاه حيث اقترح استعمال مصطلح أصحاب المصالح للدلالة على المساهمين، الموظفين، المستهلكين، المزودين، المستثمرين، المجتمع المحلي، والجمهور بشكل عام.[2]

وعلى العموم فإنه لا توجد هناك مقاييس مضبوطة لتحديد أولويات توقعات أصحاب المصلحة. وفي منظورنا فإنه لا ينبغي السير في هذا الإتجاه وتقديم مصلحة جهة معنة على حساب مصالح جهات أخرى؛ بل على العكس من ذلك ينبغي على المقاولة الناجحة أن تضع إستراتيجية توازن من خلالها بين رغبات كل المتطلعين لنشاطها وعدم التركيز على جانب المساهمين فقط؛ ويجب على إدارة الشركة مراعاة حقوق هذه المجموعة ومعاملتها بصورة عادلة ومتساوية.

ويبدو أن جنوح مجموعة من الباحثين لرصد مثل هذه التصنيفات له ما يبرره من منطلق أن القيمة التي يتم إنشاؤها داخل الشركة يصبح توزيعها مصدرا للصراع بين مختلف الأطراف المعنية بشكل مباشر أو غير مباشر بهذه العملية؛ بعبارة أخرى فإن المديرين والموظفين يطالبون بالحصول على أعلى الرواتب، والمساهمين ينتظرون تحقيق الأرباح، بينما تطالب الدولة بالحصول على الضرائب المستحقة، في حين أن الزبائن يتطلعون لشراء السلع بأسعار منخفضة، وبالمقابل ترغب الشركات في بيع المنتجات بأسعار عالية؛

فهذا البعد المزدوج في خلق القيمة المضافة، والمنافسة للحصول على حصة في توزيع هذه القيمة، هو أساس استمرار العلاقات الاقتصادية.[3]

لقد تطور مفهوم أصحاب المصالح تطورا ملحوظا وأصبح الاهتمام به من سمات الإدارة الإستراتيجية. وعلى نحو عام فإن مفهوم أصحاب المصالح ودرجة تبنيه من قبل المنظمات يرتكز في جوهره على ميل المؤسسات الاقتصادية إلى التركيز على الجوانب الأخرى بغض النظر عن الجانب المالي؛ فهذه النظرية تركز على أهمية التحول من الاهتمام بالمساهمين فقط إلى الاهتمام بأصحاب المصالح الأخرى لدى الشركة.[4]

حيث كانت النظرة التقليدية للمنظمة تنظر للملاك والمساهمين بمثابة المستفيدين الأوائل الذين يتوجب العناية بمصالحهم، وفي سنوات السبعينات تنبأ الباحثون بالانخفاض المتوقع في أهمية المساهمين ، وأكّدوا على ضرورة أخذ كل أصحاب المصلحة في الحسبان حتى تكون نشاطات المؤسسات مربحة اقتصاديا واجتماعيا. وهذا يفسر الإنتقال من التركيز على Shareholders إلى التركيز على Stakeholders.

[1] François Aurélien, op.cit, p 67.

[2] François Labelle, Monon La charité et Corinne Gendron, « les parties prenantes et la gouvernance d'entreprises », chaire de RSE et DD, ESG-UQAM, sixième séminaire de la série annuelle,2003, p 6.

[3] Michel Ferrarry, A stakeholder perspective of Human resource Management, "stakeholder theory a European perspective, PALGRAVE MACMILLAN, new York, 2005, p 107.

[4] الطاهر محمد احمد محمد حماد، "الالتزام بحقوق أصحاب المصالح وأثره في أداء المصارف" دراسة عينة من المصارف التجارية العاملة بولاية الخرطوم" مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، السودان، عدد 16(2) 2015، السودان، ص 116.

الخاتمة:

نأتي في الأخير لكي نؤكد ونقول: إن القرارات الإستراتيجية التي تنتهجها المقاولات والتي تأخذ بعين الاعتبار مصالح جميع الفئات المعنية بنشاطاتها، أضحت تعتبر بمثابة الأداة الصحيحة لبقاء هذه الشركات وضمان استقرارها ونموها، حيث تؤكد الدراسات والأبحاث أن غالبية المؤسسات الاقتصادية الناجحة هي تلك التي تنبهت إلى أهمية التخطيط الاستراتيجي المسبق الذي يأخذ بعين الاعتبار دراسة تأثير أصحاب المصالح على المقاولة وعلى البيئة التي تتواجد فيها.

كما أن التزام المقاولات بمسؤولياتها المجتمعية لا ينحصر في التبرعات الخيرية وتوزيع الهبات والصدقات على أفراد المجتمع، فالموضوع أشمل وأعمق من ذلك يمتد ليشمل مجالات واسعة للعمل المجتمعي. ولا يمكن للدول والحكومات أن تكون مسؤولة لوحدها عن تفعيل المسؤولية المجتمعية على أرض الواقع؛ بل يجب أن تتضافر جهود قطاع الأعمال العام والخاص، وجمعيات المجتمع المدني، والأحزاب السياسية والمواطنين المستهلكين، وكل أصحاب المصالح بوجه عام.

إن المقاولات التي تدمج أبعاد المسؤولية الاجتماعية ضمن إستراتيجيتها التجارية، وتحترم مصالح كل الفئات التي تربطها بها علاقات مباشرة أو غير مباشرة سوف يمكنها ذلك من أن تحقق أرباحا على المدى المتوسط والبعيد كلما زادت من أدوارها الاجتماعية ودعمت الأنشطة الاجتماعية وأسهمت في حل المشاكل الاجتماعية.

ومن الأمور المحمودة التي يمكن للمقاولات العمل على تفعيلها على أرض الواقع لكي تساهم في التنمية المستدامة نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

- قيام المقاولات بدورها الاجتماعي في المحافظة على حقوق جميع أصحاب المصالح المباشرين وغير المباشرين والمساهمة في تنمية المجتمعات المحلية؛
- تفعيل حقوق أصحاب المصالح داخل المقاولة والالتزام بها؛ يساعد في إدارة الصراع وتضارب المصالح بين المساهمين وأصحاب المصالح الأخرى.
- استمرار الدعم للمجتمع المحلي وتوسيع الفئات المستفيدة سينعكس إيجابيا على سمعة المقاولة؛
- ضرورة الأخذ بعين الاعتبار أصحاب المصلحة الثانويين في قرارات المؤسسة وأنشطتها وإدارة العلاقة معهم في سبيل تفعيل أبعاد التنمية المستدامة.

كما لا يفوتنا التأكيد على الدور الذي يمكن أن يلعبه الإعلام في توعية المقاولات وأصحاب المصالح والمجتمع ككل، بضرورة الانخراط في برامج المسؤولية الاجتماعية للمقاولات من أجل التعزيز من فرص التنمية المستدامة.

إشكالية التنصيب البرلماني للحكومة: دراسة مقارنة (المغرب وفرنسا)

محمد صالح

طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية الحقوق السويسي

الأصل في الأنظمة الديمقراطية الآخذة بآليات النظام البرلماني يتجسد في ضرورة حصول الحكومة على ثقة ممثلي الأمة، سواءا بشكل صريح أو ضمني، فلا يمكن للحكومة الشروع في ممارسة مهامها دون توفرها على الدعم البرلماني، لأن الأنظمة البرلمانية لا تعترف بالميلاد القانوني للحكومة إلا بعد تنصيبها من طرف البرلمان[1].

فهل يمكن إعتبار أن هذه القاعدة تحضى بإجماع في مختلف الدساتير ذات الطابع البرلماني؟ أم أن هناك استثناءات واردة عليها؟ أم أن هناك قواعد غيرها تأخذ بها بعض الأنظمة البرلمانية؟

إن الجواب على هذه الأسئلة، يقودنا إلى استحضار الدراسة التي قام بها "جون كلود كوليار" على عشرين نظام برلمانيا، وخلص إلى نتيجة مهمة في ما يخص التنصيب البرلماني للحكومة، مفادها وجود ثلاثة طرق لتشكيل الحكومة[2]؛ أولها حكومات معينة من طرف رئيس الدولة، دون أدنى تدخل للبرلمان في العملية، ثم حكومات معينة من طرف رئيس الدولة، ومنصبة من طرف البرلمان، وأخيرا حكومات منصبة من طرف البرلمان دون تدخل سابق لرئيس الدولة.

ورغم الجدال الفقهي العريض حول وجود التنصيب البرلماني في المغرب من عدمه، فهو يعتبر أهم آلية لتعزيز التوازن الدستوري بين المؤسسات، إذ تكمن أهميته في مجال مراقبة العمل الحكومي، في كون النواب يقفون على محتويات البرنامج الذي تعتزم الحكومة تنفيذه، حيث يطلعون على ما يحمله من جديد وما يتوخى تحقيقه، إضافة إلى ذلك فهو يشكل أرضية يقوم البرلمانيون على أساسها بمراقبة الحكومة ومحاسبتها، إذا لم تفي بما وعدت به في برنامجها، بإعتبار التنصيب البرلماني للحكومة يعني أن التشكيلة الحكومية كما لو أنها منتخبة من لدن البرلمان، بحيث يشكل هذا الأخير هيأتها الانتخابية، وفي هذه الحالة يكون البرلمان هو من اختار الحكومة كما أنه يتوفر على آليات تمكنه من وضعها تحت مراقبته الصارمة[3].

فما هو إذن الإطار القانوني والدستوري الذي يتم في نطاقه تعيين الحكومة في كل من فرنسا والمغرب؟

فبالنسبة للإطار الدستوري والقانوني الذي يتم في نطاقه تعيين الحكومة في فرنسا، تنص المادة الثامنة من دستور الجمهورية الخامسة على الآتي: "يعين رئيس الجمهورية الوزير الأول ويعفيه من مهامه" كما جاء في المادة التاسعة " يرأس رئيس الجمهورية مجلس الوزراء".

ويقابل هاتين المادتين في النظام الدستوري المغربي، الفصل 47 من دستور 2011 الذي ينص على الآتي " يعين الملك رئيس الحكومة من الحزب السياسي الذي تصدر انتخابات أعضاء مجلس النواب، وعلى أساس نتائجها. ويعين أعضاء الحكومة باقتراح من رئيسها. للملك، بمبادرة منه، بعد استشارة رئيس الحكومة، أن يعفي عضو أو أكثر من أعضاء الحكومة من مهامهم. ولرئيس الحكومة أن

---

[1]: عبد الكريم الحديكي، التأثير المتبادل بين الحكومة والبرلمان في النظام الدستوري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، أكدال، سنة 2003/2003، ص 280.

[2]: عبد الحميد الزويع، نفس المرجع، ص 41

[3]: وفاء الفيلالي، التصويت البرلماني على البرنامج الحكومي بالمغرب، منح للثقة المبدئية، التجربة المغربية السادسة، 2002.1997، تنسيقا الدكتور أحمد مالكي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2006، ص 112.111.

يطلب من الملك إعفاء عضو أو أكثر، من أعضاء الحكومة...إلخ" والذي عوض الفصل 24 من دستور 1996 في مجال تعيين الحكومة، كما ينص الفصل 48 على " يرأس الملك المجلس الوزاري..."

إن الفصول السالفة الذكر تثير إشكالات عديدة علاقة بموضوع تشكيل الحكومة، على اعتبار أن الإطار الدستوري الفرنسي يمنح الحق لرئيس الدولة في إختيار الوزير الأول الذي يراه مناسبا وأهلا لثقته، قبل أن تتاح لهذا الأخير إمكانية إقتراح الوزراء على رئيس الجمهورية الذي يعينهم، قصد مباشرة مهامهم، ويتيح الدستور، كذلك الحق في إعفاء الوزراء من مهامهم بما فيهم الوزير الأول، على عكس الإطار الدستوري المغربي الذي يلزم الملك، بضرورة تعيين رئيس الحكومة من الحزب المتصدر للإنتخابات التشريعية، قبل تعيين باقي أعضاء الحكومة بإقتراح من رئيسها، كما أن الفصل 47 من الدستور سحب من الملك صلاحية إقالة رئيس الحكومة، وبالتالي إقالة الحكومة كاملة، وقيد سلطته في إقالة أعضاء الحكومة بضرورة إستشارة رئيسها، حتى وإن كان رأيه غير ملزم للملك.

والسؤال المطروح هنا، إذا ما تجاوزنا تلك الإختلافات المشار إليها أعلاه، واتجهنا نحو إشكالية التنصيب البرلماني للحكومة، هل يمكن القول أن تعيين رئيس الدولة للحكومة يعد كافيا لجعلها قائمة قانونيا دون انتظار التنصيب البرلماني؟ أم أن وجودها الشرعي يتطلب بالضرورة موافقة البرلمان على برنامجها مسبقا؟

هذا ما سنحاول إثارته من خلال محورين، حيث سنتناول في المحور الأول، إشكالية التنصيب البرلماني في فرنسا، في حين سنخصص الثاني لنفس الإشكالية في المغرب، في محاولة لإبراز أوجه الاختلاف التي تطبع كلا الحالتين.

المحور الأول: التنصيب البرلماني في فرنسا.

إن الجدال القائم بين الفقهاء في فرنسا، يتمحور حول إمكانية إعتبار الحكومة ملزمة بطلب الثقة من البرلمان بعد تعيينها من طرف رئيس الدولة أم لا، إذ يذهب البعض إلى اعتبار الحكومة غير مقيدة عند تشكيلها بعرض البرنامج الحكومي على الجمعية الوطنية، وإنما تبقى السلطة التقديرية في طلب ثقة البرلمان من عدمه رهينة بها، هذا في الوقت الذي يقول البعض[1]، بضرورة عرض الحكومة لبرنامجها على الجمعية الوطنية.

ومن أنصار التنصيب الأوحادي نجد "جورج بوردو" (G.Burdeau) الذي يقول أن الحكومة غير ملزمة بطرح مسألة الثقة على الجمعية الوطنية بخصوص برنامجها، مبررا ذلك بكون الفقرة الأولى من المادة 49 من الدستور الفرنسي لسنة 1958، قد استعملت عبارة "ربط الحكومة مسؤوليتها" وليس عبارة "مسألة الثقة" التي كانت في دستور 1946، باعتبار أن هذا الغموض في الصياغة، يؤكد أن المفترض في هذا النظام، هو تمتع الحكومة مبدئيا بثقة الجمعية الوطنية، بمجرد تعيينها، مضيفا إلى هذا، أن المشرع الدستوري الفرنسي لم يخصص مادة مستلقة لمسألة الثقة ومادة أخرى للملتمس البرلماني بسحب الثقة، كما كان عليه الشأن في دستور الجمهورية الرابعة، وإنما جمعهما في مادة واحدة، مما يزيد من تأكيد الموقف.

ويستدل "لافروف" (D.G Lavroff) بعدم وجود أي مقتضى في الدستور يلزم الحكومة بعرض برنامجها على الجمعية الوطنية أو بإثارة مسؤوليتها بهذا الخصوص إلا إذا دعت الضرورة إليها، إذ أن الممارسة القديمة للتنصيب تم استبعادها بصفة كلية[2]. في حين يتحجج "شارل ديباش" (Ch.Debbach) بغموض الفقرة الأولى من المادة 49 من الدستوري الفرنسي المتمثل في عدم إحداثها لإلتزام واضح بهذا الشأن موضحا في نفس الوقت أنه في حالة إنشاء هذا الالتزام فإنه سيظل بدون جزاء[3].

إن مختلف الآراء السابقة الذكر، انطلقت من تحليل الفقرة الأولى من المادة 49 من دستور الجمهورية الخامسة الصادر سنة 1958، لتستدل على كون الحكومة غير ملزمة بعرض برنامجها على الجمعية الوطنية بمجرد تعيينها ولا بإثارة مسؤوليتها، إلا إذا دعت

[1]: عبد الكريم الحديكي، التأثير المتبادل بين الحكومة والبرلمان، مرجع سابق، ص 281.

[2] :voir :D.G Lavroff, Le Système Politiques Française Et Partis Politiques, 5éme édition 1991, Dalloz, P, 591.592.

[3] : DG. Lavroff, Lbid. P 592

الضرورة إلى ذلك. فما هي إذا المبررات التي إستند إليها الفريق الأخر، الذي يذهب في اتجاه مغاير تماما، معتبرا أن الحكومة ملزمة بعرض برنامجها على الجمعية الوطنية بمجرد تعيينها؟

من بين أبرز المدافعين على هذا الرأي نجد، "بيير باكتت" (Pierre Pactat)، الذي اعتبر أن المادة 49 تضمنت في مقتضياتها التمييز بين نوعين من المسؤولية: مسؤولية البرنامج الحكومي، وهي إلزامية بدليل أن فعل "تحمل" (En Gager) الذي لا يكتسب قيمته الآمرة إلا بها، ومسؤولية بيان حول السياسة العامة التي هي اختيارية وخاضعة لتقدير الحكومة[1]. وهنا يبرز الكاتب نظرتين: الأولى؛ تتمثل في الشكل العادي لسير النظام السياسي، بمعنى أن الوزير الأول له مطلق الحرية في طرح المسؤولية السياسية أمام الجمعية الوطنية، لأنه مسؤول أمامها ومسألة الثقة تطرح منذ البداية، أما الثانية، فتتمثل في الشكل الاستثنائي لسير النظام السياسي، إذ أن الوزير الأول آنذاك لا يستمد شرعيته من رئيس الجمهورية وفقط، بل من موافقة أغلبية الجمعية الوطنية، التي يلتزم بطرح المسؤولية السياسية أمامها والتي تعتبر ضرورية لبقائه[2].

أما العميد "أندريه هوريو" فقد ذهب في نفس الإتجاه كذلك قائلا :"... ولكن أهمية منح الجمعية الوطنية الثقة واضحة، ولو أن تأويل المادة 49 منذ سنة 1966 وحتى سنة 1969 لم يكن يلزم الحكومة التي تتقلد مهامها حديثا بطلب هذه الثقة، رغم أن النص يشير إلى وجوب طلب الثقة وليس إلى إمكانية طلبها، على أساس أن النص يشير، إلى أن الوزير الأول يتحمل مسؤولية الحكومة وليس إمكانية تحملها..."[3].

لم يبقى الخلاف حبيس الجانب الفقهي والنظري، بل امتد إلى الممارسة، فالحكومات المتعاقبة إختلفت في تعاملها مع هذه المادة، حيث قامت حكومة "بومبيدو" الأولى سنة 1962 والثانية في 1964 بعرض برنامجها للتصويت عليه من قبل الجمعية الوطنية، في حين امتنعت حكومات أخرى عن ذلك، منها حكومة ("كوفي ذي مورفيل"، "ميسمير" و"شابان دالماس")، لم تربط مسؤولية الحكومة ببرنامج معين يعرض على الجمعية الوطنية عند بداية عملها، غير أنها بعد مرور الوقت قامت بعرض تصاريح بالثقة حول سياستها العامة[4].

إن أغلب الشخصيات التي تقلدت منصب الوزير الأول في فرنسا، كانت تعتبر اللجوء إلى الفقرة الأولى من المادة 49 من الدستور، هو إجراء يدخل في سلطتهم التقديرية، لذلك يرى أحد الباحثين أن مسؤولية الحكومة أمام الجمعية الوطنية، فقدت في ظل الجمهورية الخامسة معناها الإجابي عكس ما كان عليه الحال خلال الجمهورية الرابعة[5].

هذا فيما يخص الفقه الفرنسي وكيف إنقسم بين فريقين لكل منهما وجهة نظره ودلائله، كما سبق توضيح ذلك، إذ هناك من أيد فكرة التنصيب الأوحادي مستندا في ذلك على تحليل المادة 49 من الدستور الفرنسي خاصة فقرتها الأولى، وانطلاقا من نفس المادة دافع الآخرون على رأيهم المؤيد لفكرة التنصيب المزدوج.

سننتقل الآن إلى الفقه المغربي، لنقف على نقاط الاختلاف بين الفقهاء في هذا المجال، وعلى أي أساس استند كل طرف، خلال دفاعه عن رأيه؟ وأي الطرفين يعد أكثر إقناعا؟

المحور الثاني: إشكالية التنصيب البرلماني بالمغرب.

أثيرت هذه الإشكالية لأول مرة في ظل دستور 1962 أثناء عرض حكومة "با حنيني" لبرنامجها على أنظار البرلمان، وبرزت من جديد على اثر إقرار دستور 1992 لتعديلات جديدة أهمها التنصيص على ضرورة خضوع البرنامج الحكومي لتصويت من طرف مجلس النواب، ثم طرحت في إطار دستور 1996 بشأن حكومتي "عبد الرحمان اليوسفي" و"إدريس جطو"[6]، قبل أن يعود نفس النقاش مع الإصلاح

[1] : Pierre Pactet, Institutions Politiques Et Droit Constitutionnel, 7éme Edition, Maçon, Paris 1985, P, 439.

[2] : Pierre Pactat, Institutions Politiques Et Droit Constitutionnel, Op, Cit, Lbid, P, 430.

[3]: أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الثاني، الأهلية للطباعة والنشر، ص، 457.

[4] DG. Lavroff, Le Système Politiques Française Et Partis, Lbid, Op, Cit, P, 591.

[5]: السيموني خالد الشرقاوي، مؤسسة رئيس الحكومة في النظام الدستوري المغربي والفرنسي، مرجع سابق، ص 183.

[6]: عبد الكريم الحديكي، التأثير المتبادل بين الحكومة والبرلمان في النظام الدستوري المغربي، مرجع سابق، ص 284.

الدستوري الأخير لسنة 2011، والذي إتضح من خلاله أن المشرع الدستوري اتجه نحو إقرار المسؤولية السياسية للحكومة بخصوص البرنامج الحكومي أو السياسي الذي يقدمه رئيس الحكومة أمام البرلمان لمناقشته والتصويت عليه من طرف مجلس النواب فقط[1].

وقد أثارت هذه الإشكالية عدة نقاشات نظرية يمكن حصرها في اتجاهين فقهيين:

.**الإتجاه الأول:** ذهب إلى كون التنصيب الحكومي أحادي يتم فقط عبر التعيين الملكي.

.**الإتجاه الثاني:** ذهب إلى كون التنصيب الحكومي مزدوج يتم من قبل الملك والبرلمان[2].

أولا: أطروحة التنصيب الأحادي

كما سبقت الإشارة فإشكالية التنصيب الحكومي ظهرت مع دستور 1962، وإن كان لم ينص صراحة على ضرورة التصويت على البرنامج الحكومي، مع ذلك احتدم النقاش بين حكومة "با حنيني" والمعارضة البرلمانية التي أصرت على تنصيب الحكومة من لدن البرلمان، وبالتالي ضرورة التصويت على البرنامج الحكومي مرتكزة على الفقرة الأولى من الفصل 65 من دستور 1962، والتي نصت على أن الحكومة مسؤولة أمام الملك والبرلمان، في حين نجد أن الفصل 88 في دستور 2011، ينص صراحة على ضرورة تنصيب الحكومة من طرف البرلمان مجيبا بذلك على هذا النقاش الذي عمر لعقود من الزمن، من خلال فقرته الأخيرة حيث جاء فيها: " تعتبر الحكومة منصبة بعد حصولها على ثقة مجلس النواب، المعبر عنها بتصويت الأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم، لصالح البرنامج الحكومي".

وفي رد الوزير الأول على مثل هذه المواقف صرح بالآتي :" ... أعتقد أن الجميع يعلم ذلك، الدستور (دستور 1962) يعطي هذا الحق، حق منح الثقة للحكومة، حق التنصيب الذي يسمى (L'investiture)، هذا الحق المعطى بمقتضى الدستور للملك وحده، طبقا للفصل 24"[3].

وقد أكد ممثل الحكومة آنذاك، السيد "عبد الهادي بوطالب" على نفس الرأي، حينما أشار إلى أن الفصل 65 من الدستور، لا ينص صراحة على إخضاع التصريح الحكومي لنقاش برلماني أو تصويت النواب، بقدر ما يتعلق الأمر فقط بإطلاع البرلمان على البرنامج، لذا فإن تنصيب الحكومة في رأيه يتم من طرف الملك الذي له صلاحية منح الثقة للحكومة أو سحبها[4].

ويرى أحد أستاذة القانون الدستوري، أن الإجماع منعقد على أن الحكومة في ظل الدساتير السابقة (أي دساتير 1962، 1970، 1972) كانت تستكمل شرعيتها بمجرد تعيينها من طرف الملك، أما بعد التعديل الدستوري لسنة 1992، وخاصة التعديلات التي جاءت في الفصل 59 منه، فإن النقاش احتدم بين إتجاهين فهناك من اعتبر التنصيب أحادي الجانب (من طرف الملك) وهناك من اعتبر التنصيب مزدوج (من قبل الملك والبرلمان).

وهناك عدد مهم من الباحثين المغاربة المناصرين للتنصيب الأوحادي نجد، منهم من يستند في تبريره للموقف على الطرح التقليداني، حيث يستبعد أي تنصيب للحكومة من طرف البرلمان . رغم التعديلات التي جاء بها دستور 1992 . وذلك تأسيسا على أن مفهوم الملكية الحاكمة في المغرب، يقوم على تفويض الأمة لأمير المؤمنين بواسطة البيعة[5].

ويذهب باحثين آخرين في نفس الإتجاه، معتبرين أن الحكومة لم تنتقل في ظل التعديلات المقترحة (أي التعديل الدستوري لسنة 1992) من التنصيب الأوحادي من طرف الملك إلى التنصيب المزدوج، الذي يقتضي الحصول على ثقة البرلمان بعد التعيين الملكي، حيث أن القراءة المتأنية للفصل 59 من دستور 1992، خاصة فيما يتعلق بإحالته على الفصل 74، يوضح بشكل جلي وجود تمييز واضح بين

[1]: عبد الغني أعبيزة، البرلمان المغربي والمسؤولية السياسية للحكومة، مرجع سابق، ص، 115.

[2]: الفيلالي، التصويت البرلماني على البرنامج الحكومي بالمغرب، مرجع سابق، ص 111.

[3]: محمد كنوف، الحياة السياسية بعد انتهاء حكومة عيد الله إبراهيم إلى حالة الاستثناء، مرجع سابق، ص 193.

[4]: مصطفى قلوش، النظم السياسية والأنظمة السياسية المعاصرة، القسم الثاني، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة، نشر وتوزيع أكدال، 1983/1982، ص 225.

[5]: محمد معتصم، الممكن ومستبعد في تعديل دستور 1992، جريدة الإتحاد الإشتراكي، العدد الصادرة الصادر بتاريخ 1992/02/14.

المسؤولية والتنصيب، فالملك يمارس وحده سلطة تنصيب الحكومة، وهذه الأخيرة تكون أمام البرلمان مسؤولة فقط[1]، معتبرين أن تعديل الفصل 59 يبقى محدودا من حيث أنه لا يقر التنصيب المزدوج، لأن قرأة حقيقته تظهر الفرق بين التنصيب والمسؤولية، ويحيل شروط التصويت على الفصل 74 الخاص بالمساءلة التي تشترط الأغلبية المطلقة وليست النسبية، وهذا يؤدي إلى إستقالة الحكومة باعتبارها موجودة مسبقا[2].

وهناك من الأساتذة[3] من اعتبر التصويت بالثقة لا يذهب لحد التنصيب المزدوج للحكومة من قبل الملك والبرلمان كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء، فإنه يظل أحاديا من الملك الذي تنبثق عنه الحكومة، وذلك بدليل الفصل 74 الذي يحيل إليه الفصل 59 (من دستور 1992) الذي يخول للبرلمان التصويت بالثقة على برنامج الحكومة، يتحدث عن استقالة هذه الأخيرة في حالة عدم حصولها على الثقة، واستقالتها تعني أنها كانت قائمة من قبل[4].

لكن هذا لا يمنع من اعتبار مسألة التصويت على البرنامج الحكومي التي جاء بها الفصل 59 من دستور 1992 كمكسب مهم للمؤسسة التشريعية بالمغرب، فهو ساهم بشكل كبير في تفعيل المراقبة البرلمانية للحكومة، فرغم أن ازدواجية المسؤولية السياسية للحكومة أمام الملك والبرلمان، المنصوص عليها في كل الدساتير المغربية السابقة، لم تأخذ مضمونها الحقيقي إلا في ظل الدستور الخامس (دستور 1996)، فهو يعتبر خطوة مهمة لتدعيم الطابع البرلماني للنظام السياسي للمملكة[5]، حيث أقر ولأول مرة مسألة مناقشة البرنامج الحكومي من طرف مجلس المستشارين ليشرك الغرفة الأولى في فحص ومناقشة جوابه حتى وإن وكان لا يخضع للتصويت، فهو يشكل فرصة للمستشارين للإطلاع على مختلف المعطيات التي جاءت بها الحكومة، وعدم التصويت يعتبر أمرا طبيعيا مادام مجلس المستشارين يمثل فقط فئة المهنيين، كما أنه منتخب بالإقتراع الغير مباشر، عكس مجلس النواب الذي يعتبر ممثل مباشر للأمة ومنتخب بالإقتراع المباشر، هذا ما يجعله يتفوق على الغرفة الثانية في تصويته على البرنامج الحكومي[6].

هذا فيما يخص الحجج التي ساقها أنصار التنصيب الأوحادي، فما هي إذن مبررات أنصار التنصيب المزدوج؟.

ثانيا: أطروحة التنصيب المزدوج

خلافا للرأي القائل بأن الحكومة تنصب من طرف الملك وحده، يذهب فريق أخر من الباحثين إلى أن دستور 1992 قد أقر التنصيب المزدوج للحكومة، مبررا ذلك بكونها لا تستكمل شرعية وجودها إلا بعد تنصيبها من لدن البرلمان، وهو ما يفيد بضرورة التنصيب المزدوج أي من قبل الملك والبرلمان.

وللتأكيد على ضرورة حصول الحكومة مسبقا على تصويت حقيقي من طرف البرلمان، يقول "جورج فيديل": " الدستور المغربي (دستور 1992) أكثر برلمانية من الدستوري الفرنسي على الأقل في نقطة واحدة، فمثول الحكومة أمام البرلمان بعد تعيينها والتصويت

---

[1]: يقول الأستاذ عبد اللطيف المانوني في هذا الصدد :" فإن الحكومة خلافا لما يتبادر إلى الذهن لم تمر في ظل التعديلات المقترحة (أي التعديل الدستوري لسنة 1992) من وضعية التنصيب الأوحادي من طرف الملك، وحده إلى وضعية التنصيب المزدوج، من طرف الملك والبرلمان، إذ يعتبر أن القراءة المتأنية للفصل 59 من دستور 1992، خاصة فيما يتعلق بإحالته على الفصل 74، يفيد وجود تمييز واضح بين المسؤولية والتنصيب، ... أن الفصل 75 لا يلغي إمكانية المصادقة على البرنامج الحكومي، الذي حظي فقط بأقلية أعضاء البرلمان شريطة ألا تتكتل أغلبية مطلقة... " عبد اللطيف المانوني، قراءات في مشروع الدستور المراجع 1992، مؤلف جماعي، سلسلة تشييد دولة حديثة، المطبعة الملكية، الرباط 1992، ص 106.

[2]: Rkia El Moussadeq, Consensus Ou Jeu De Consensus? Pour Le Réajustement De La Pratique Au Maroc, Imprunerie Najah El Jadida, Casablanca 1995, P 21.

[3]: عبد القادر بينة، قراءة دستورية قانونية وسياسية في مسألة تنصيب الحكومة، مقال منشور بجريدة الإتحاد الإشتراكي يوم 2 دجنبر 1993، ص 8.

[4]: محمد معتصم، النظم السياسية المعاصرة، مرجع سابق، ص 182.

[5]: أمينة المسعودي، قراءة في التوازن بين المؤسستين التشريعية والحكومية في المغرب، من خلال دراسة المرحوم الأستاذ عبد الرحمان القادري في التمثيلية الوساطة والمشاركة في النظام السياسي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1997، ص 13.

[6]: قاضي عبد المنعم رياض، المراجعة الدستورية المغربية ل 4 شتنبر 1992، مرجع سابق، ص 95.

عليها بالثقة ليسا إجباريين في فرنسا، فهناك عدة حكومات لم تخضع لهذه القاعدة، بمجرد تعيينها انصرفت لعملها دون أن تتقدم أمام البرلمان، فيما يخص هذه النقطة ربما فرنسا عليها الأخذ هنا من الدستور المغربي..."[1].

من خلال رأي العميد "فيديل" يتضح أنه يعتبر التصويت بالثقة مسبقا على البرنامج الحكومي، أمر إجباري في المغرب وأساسي لتنصيب الحكومة، ويتفق معه في هذا الطرح السيد "إدريس البصري"، حيث يقول :" أما الآن فإن الحكومة ملزمة بالحصول على هذه الثقة عند تشكيلها، وذلك من خلال عملية تصويت حقيقية"[2].

كما نجد عدد من الأساتذة والباحثين المناصرين لأطروحة التنصيب المزدوج للحكومة، يتصدون بقوة لأنصار أطروحة التنصيب الأحادي، ويهاجمون فكرة التمييز بين التنصيب البرلماني والمسؤولية السياسية، من خلال الكشف عن وجه آخر للتغاير بين التنصيب البرلماني الذي تقرر لأول مرة في ظل دستور 1992 وبين المسؤولية السياسية المقررة في الدساتير الثلاث المتعاقبة، وهذا التغاير والاختلاف يتجلى في كون الرقابة في إطار الفصل 74 هي رقابة إختيارية، أمر أثارتها متروك لتقدير الحكومة بعد دراسة الأمر في المجلس الوزاري، في حين أن الرقابة في إطار التنصيب البرلماني هي رقابة وجوبية لا يمكن للحكومة أن تتجنبها، بحيث لا يمكن للحكومة أن يكون لها وجود دون نجاحها في امتحان التنصيب، وفقط بعد حصولها على شهادة التنصيب تكون مستكملة لوجودها، وتبعا لذلك يحق لها أن تمارس اختصاصاتها الدستورية[3].

ويظهر أنصار التنصيب المزدوج تشبثهم برأيهم بشكل قوي، حينما يصرون على أن البدء في تنفيذ البرنامج الحكومي وكذلك ممارسة الحكومة لجميع صلاحياتها الدستورية، أمر يقتضي ابتداءا الحصول على تنصيب من قبل مجلس النواب، وإلى حين حصول المصادقة على البرنامج الحكومي فإن الحكومة تظل غير مكتملة الشرعية، الأمر الذي يجعل اختصاصاتها تنحصر في تصريف الأمور الجارية وتدبير الشؤون العادية، مؤكدين على أن أول لقاء سيتم بين الحكومة والبرلمان، هو ذلك الذي ينعقد في إطار الفصل 60 من الدستور (دستور 1996) بعد حصول الوئام والانسجام يتم الإشهاد على شرعية الحكومة، عند ذلك تصبح الحكومة مالكة لأهلية العمل والتصرف حسب مقتضيات الدستور[4].

ويستند أنصار التنصيب المزدوج في ظل دستور 1996 وفي إطار الفصل 60، على نفس الحجج التي قدمت للدفاع عن نفس الفكرة، في ظل دستور 1992، مع تدعيمها من خلال الخطاب الملكي إثر تعديل دستور 1992، إذ يقول المغفور له الحسن الثاني :" ... سيأتي دوري الدستوري، وسأستدعي أفراد الكتلة وبعد ذلك سأستدعي أفراد الوفاق للتباحث معهم، هل يريدون المشاركة في الحكومة؟ وأن أراد أحد منهم المشاركة في الحكومة، أن يعطينا برنامجه وأن نراه ونعين آنذاك الوزير الأول الذي سيأتي أمامكم حضرات الأعضاء المشرعين ليطلب منكم التزكية، فإذا أنتم رأيتموه سار بالحكومة إلى أمام وبمن شارك من الكتلة أو الوفاق، وإن أنتم لم تعطوه التزكية أو أعطيتموها بإدخال بعض الإصلاحات أو بإصلاح بعض النقط فيها، سار كذلك على ما يراه الجميع[5].

وفي كلمته السامية التي ألقاها بمناسبة تعيين الحكومة في ظل دستور 1992 قال رحمه الله :" وزراءنا الأمجاد، السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، ها أنتم أصبحتم وزراء في حكومتنا، فعليكم احتراما لمسطرة القانون الدستوري أن تقدموا . وهنا الخطاب موجه إلى الوزير الأول بالخصوص . في أقرب الآجال البرنامج الذي ستعرضونه أمام البرلمان... فعليه ينبغي أن يناقش هذا البرنامج حسب المسطرة

---

[1]: جورج فيديل، مداخلة في إطار مائدة مستديرة منشورة بكتاب مراجعة الدستور المغربي 1992، دراسات وتحاليل، ص، 2827.

[2]:: عبد الحميد الزويع، علاقة البرلمان بالحكومة في النظام الدستوري المغربي، مرجع سابق، ص 79.

[3]: نجيب الحجيوي، سمو المؤسسة الملكية بالمغرب . دراسة قانونية . أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، 2002/2001، ص 214.

[4]: مصطفى قلوش، مناقشة لمحتويات الوزير المكلف بالعلاقات مع البرلمان، جريدة الحركة، عدد 3810 بتاريخ 20 ماي 1998، مقال منشور كذلك في كتاب الدكتور نفسه بعنوان؛ التأصيل الفقهي لبعض الإشكالات الدستوري.

[5]: مقتطف من خطاب الراحل الحسن الثاني، انظر نص الخطاب، مصطفى قلوش، النظام الدستوري المغربي، المؤسسة الملكية، بابل الرباط، طبعة 97/96، ص 230.

الجديدة في الدستور المعدل من طرف البرلمان، وحينما تحصلون إنشاء الله بواسطة التصويت على تزكية البرلمان، ستصبحون آنذاك مكلفين نهائيا بوزارتكم"[1].

غير أن الإصلاح الدستوري (لسنة 2011) الأخير، وخاصة مقتضيات الفصل 88 المتعلق بالتنصيب البرلماني للحكومة، قد وضحت الأمر بخصوص هذا النقاش، حيث نص الفصل صراحة على أن " تعتبر الحكومة منصبة بعد حصولها على ثقة مجلس النواب، المعبر عنها بتصويت الأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم لصالح البرنامج الحكومي[2]".

استنتاجات.

إذن فالفصل 88 من دستور 2011، قد جاء بتغيير مهم فيما يخص تنصيب الحكومة من لدن البرلمان، مقدما إجابة لإشكال الإحالة، الذي إستند عليه أنصار التنصيب الأوحادي، للتمييز بين المسؤولية السياسية للحكومة والتنصيب، الأمر الذي يمكننا من القول أن رأيهم لم يعد يتوفر على أساسه الدستوري.

إلا أن وضوح الفصل 88 لم يمنع من إستمرار الإشكال حول تنصيب الحكومة، ولو في صورة مغايرة، إذ أنه بعد الإصلاح الدستوري الأخير برز إلى السطح إشكال يتعلق بالعلاقة بين التعيين الملكي للحكومة والتنصيب البرلماني لها، تمثل في مدى إمكانية مباشرة رئيس الحكومة لعمله السياسي مباشرة بعد تعيينه من طرف الملك، على أن يقدم برنامجه الحكومي في وقت لاحق، أم لا؟

وفي هذا الصدد يرى بعض الباحثين، أن المشرع الدستوري كان عليه تحديد المدة الدستورية التي يجب على رئيس الحكومة أن يلتزم بها، لتقديم برنامج حكومته بعد تعيينه من طرف الملك لتجاوز هذا الإشكال الدستوري، تماما كما هو معمول به في عدد من الأنظمة البرلمانية المقارنة، دستور الاتحاد الألماني في مادته 63 على سبيل المثال[3].

باختصار، إن أطروحة التنصيب المزدوج ترى بأن الحكومة لا تستكمل ميلادها القانوني والشرعي بمجرد تعيينها من طرف الملك وتسلمها لظهائر التعيين، وإنما يتحقق ذلك بعد موافقة البرلمان على برنامجها.

وإذا كان الدستور الفرنسي بالنظر إلى الظرفية السياسية، قد تم التعامل معه بنوع من التحايل إلى أن أصبحت القاعدة هي الإستثناء، ففي المغرب كانت الممارسة السياسية دائما متناسقة مع النص الدستوري.

[1]: أنظر نص الكلمة السامية، مصطفى قلوش، نفس المرجع نفس الصفحة.

[2]: الفقرة الأخير من الفصل 88 من دستور 2011.

[3]: عبد الغني أعبيزة، البرلمان المغربي والمسؤولية السياسية للحكومة، مرجع سابق، ص 98 .99.

الأحزاب السياسية و إشكالية الانتقال الديمقراطي بالمغرب

فضيل التهامي

باحث في العلوم السياسية بجامعة محمد الخامس الرباط

يتشكل المشهد السياسي المغربي من العديد من الأنساق الفرعية ، ومن بينها الأحزاب السياسية ، [1] التي تعود أصولها التاريخية إلى سنة 1934 حين تكونت الحركة الوطنية في ظرفية تاريخية اتسمت بخضوع المغرب للاستعمار الفرنسي وفي ظروف مغايرة بالتمام للأجواء التي ولدت ونمت فيها مثيلاتها في الغرب ، حيث تولدت هذه الأخيرة بتزامن مع انتشار المد الديمقراطي الذي اجتاح اروبا في أعقاب الثورة الفرنسية عام 1789 ، وما لازم ذلك من توسيع للحريات العامة و الحقوق الأساسية للمواطنين في تدبير الشأن العام .[2]

فأروبا عموما أمنت بفكرة "مونتسكيو" القائلة بأن الشعب إن لم تكن له القدرة على حكم نفسه بطريقة مباشرة فهو يستطيع أن يختار ممثليه الذين ينبون عنه في إدارة الشأن العام ، و ذلك عبر انتخابات حرة و نزيهة . وفي هذا الاتجاه لعبت الأحزاب السياسية دوارا هاما في تأطير المواطنين و تمثيلهم ، باعتبارها التنظيم السياسي الشرعي الذي يمكن من خلاله أن يعبر الأفراد و الجماعات عن مواقفهم و أرائهم السياسية ، بحيث تتوفر هذه الأخيرة على هيكلة تنظيمية تؤطر المجال الترابي للدولة ككل ، و ذلك بناء على وجود مخططات و استراتيجيات واضحة المعالم ، بل و تكون هذه الأحزاب محكومة بأديولوجية معينة اشتراكية أو ليبرالية أو غيرها ، ليبقي المهم أنه انطلاقا من هذه المرجعية تضع هذه الأحزاب قوانينها و مبادئها ، لتنظيم آليات اشتغالها داخليا .[3]

إن التنظيمات الحزبية الغربية قد اقتنعت ومنذ نشأتها أنه لكي ترسخ الديمقراطية كمنظومة شمولية داخل الدولة ومؤسساتها لابد أن يكون مصدرها ومنبعها الأول هو الحزب السياسي ، فهذا الأخير يكون ملزما قبل الدولة ذاتها باحترام الديقراطية فكرا وممارسة . فهناك علاقة وطيدة تربط بين الأحزاب السياسية و الانتقال الديمقراطي ، هذه العلاقة تطبعها التفاعلية و الحتمية ، ومن

---

[1] - هناك العديد من التعريفات للحزب السياسي ، و يمكن الإشارة إلى تعرفين أساسين لاعتبارهما أكثر تداولا في مجال علم السياسية ، وهما :

- تعريف يعود إلى عالم الاجتماع **ماكس فيبر** و الذي قال فيه " **الأحزاب السياسية هي جمعيات تقوم على التزام حر ، هدفها هو مد مناضليها النشيطين بحظوظ مثلى أو مادية لمتابعة أهداف موضوعية أو الحصول على امتيازات شخصية أو تحقيق الاثنين معا .**"

- تعريف يعود ل " **لابالومبرا وقينز** " ، في مؤلفهما الشهير " **الأحزاب و التنمية السياسية** " ، و يتطرق هذا التعريف إلى أربعة شروط يمكن القول من خلالها بوجود حزب سياسي وهي :

1 – تنظيم دائم و مستمر .

2- تنظيم محلي وطيد ، يقيم صلات منتظمة ومتنوعة على المستوى المحلي و الوطني .

3- إرادة واعية للقادة الوطنيين و المحليين لممارسة السلطة لوحدهم آو مع الغير.

4 – البحث عن دعم شعبي من خلال الانتخابات آو بطرق أخرى .

- للتوسع أكثر ، راجع بهذا الصدد :

- جان ماري دانكان ، **علم السياسية** ، ترجمة محمد صاصيلا ، طبعة الثانية ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ،بيروت ، 1995 .

- عبد الغني برادة ، **مواقف الأحزاب المغربية من المسألة الديمقراطية ، الاتحاد الوطني للقوات الشعبية نموذجا** ، الطبعة 1 ، مطبعة الكرامة الرباط ، 2005 .

- محمد ضريف ، **الأحزاب السياسية المغربية من سياق المواجهة الى سياق التوافق 1934-1999** ، منشورات المجلة المغربية لعلم الاجتماع ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، 1996 .

- موريس دوفيرجيه ، **الأحزاب السياسية** ، الهيئة العامة لقصور الثقافة ، القاهرة ، 2011 .

- Seiler Daniel- Louis ; « **Les partis politiques en Occident : Sociologie du phénoméne partisan** « Ellipses Marketing (18 avril 2003) .

[2] - عبد اللطيف حسني ، افتتاحية مجلة وجهة نظر ، عدد 14 ، ص : 3-4

[3] - طارق أثلاتي ، **الحكامة الحزبية بالمغرب** ، مجلة مسالك ، عدد 8 ، 2008 ، ص : 16

تم لا يمكن للديمقراطية أن تتأسس و تترسخ كمنظومة في حالة غيابها آو ضعفها على مستوى المنظومة الحزبية ، و بالتالي فإن إصلاح و دمقرطة هذه الأخيرة يعتبر مدخلا أساسيا ومحوريا لدمقرطة النظام السياسي و من تم هياكل الدولة .[1]

وموازاة مع ذلك ، فظهور الأحزاب السياسية المغربية ارتبط بالنضال ومقاومة الاستعمار ، [2]فسياق النشأة هذا جعل من الأبحاث و الدراسات التي حاولت معالجة قضايا الأحزاب السياسية و البحث عن هويتها تتجاذبها ثلاثة أطروحات مركزية :

الأولى تتعلق بمفهوم الحزب السياسي من وجهة نظر علم السياسية "الغربي" ، بحيث تنطلق هذه الأطروحة من المنشأ البرلماني للأحزاب و اقترانها بالديمقراطية ، و اتساع حق التصويت و انتشار الحريات العامة . ومن هنا فالحزب السياسي المغربي لا يجد له موقعا ضمن هذه الخطاطة ، على أساس أن الديمقراطية التي تعتبر شرطا ضروريا لوجود الحزب ليست موجودة في بنية المجتمع المغربي .

الأطروحة الثانية تعتبر الحزب السياسي زاوية ، و يعتبر " ر ريزيت " صاحب هذه الفكرة ، موضحا في تحليله على وجود تشابه بين خصائص كل من الزاوية و الحزب ، وهو نفس الطرح الذي خلص إليه عبد الله العروي من خلال دراسته للأصول التاريخية و الاجتماعية للدولة المغربية .

أما الأطروحة الثالثة ، و التي يمثلها عبد الكريم غلاب فهي تذهب إلى اعتبار أن الحزب السياسي المغربي ليس هو الحزب الأروبي ، كما أنه ليس مؤسسة تنتمي لحقل الزوايا ، بل هو تنظيم برز بتلقائية وجاء نتيجة إلتحام المشاعر و الأحاسيس المتفرقة بين الشباب المتعلم و نصف المتعلم .[3]

إن خصوصية ظهور الأحزاب السياسية المغربية أثرت في مساراتها وفي بنيتها الداخلية و حتى على الأدوار التي كان من المفترض أن تطلع بها ، إذ أن أغلب هذه التنظيمات تعاني من عدة أزمات ، فمنها من يوجد في مأزق اللامشروعية ، ومنها من يعاني من عدم المصداقية التي تتضح من خلال ضعف المشاركة السياسية ، ومنها من يعيش إختلالات داخلية نتج عنها تصدعات في صفوفها أفضت في غالب الأحيان إلى فض هذه النزاعات بالانشقاق و تأسيس أحزاب جديدة عوض معالجتها بالطرق الديمقراطية .[4]

ومن جهة أخرى ، يلاحظ أيضا أن القيادات الحزبية لم تتحرك من مواقعها رغم شيخوختها ، مما نتج عن ذلك أزمة التداول على مواقع المسؤولية ، فقد مر على تأسيس بعضها أزيد من ستين عاما و مازالت تعيش على إيقاع المشروعية التقليدية و التاريخية و الكاريزمية.[5]

وقد فسر الباحث "محمد ضريف" أسباب أزمة الأحزاب السياسية المغربية من خلال ثلاثة مقاربات مركزية :

- **المقاربة السوسيوتاريخية** : أرجعت الأزمة إلى منظومة سلوك وأفكار تبلورت خلال فترة الحماية منذ تأسيس أول حزب سياسي مغربي عام 1934 ، و ضلت حاضرة بعد الحصول على الاستقلال بحيث لم يتم تجاوزها ، هذه المنظومة هي المسئولة عن غياب الديمقراطية داخل الأحزاب السياسية المغربية حسب "محمد ضريف" . وضمن هذا السياق اشتغلت الأحزاب السياسية بنفس آليات فترة الحماية ، تلك الفترة كان يعتبر فيها المخالف عميلا للاستعمار ، و في فترة الاستقلال اعتبر فيها عميلا للسلطة السياسية ، و تخوين الاختلاف يظهر أن المبدأ الذي حكم اشتغال الأحزاب السياسية هو مبدأ لا يخرج عن الإجماع .[6]

---

[1]- زين العابدين حمزاوي ، **الأحزاب السياسية و أزمة الانتقال الديمقراطي بالمغرب** ، مجلة فكر و نقد ،العدد 91 ، أكتوبر 2007 ، ص :7

[2] - محمد أديب السلاوي، **أسئلة الحزب المغربي ، في الأحزاب السياسية المغربية (1934-2014)** ، مطابع الرباط نيت ،الرباط ،ط 1 ،2015 ، ص:17

[3] - المصطفى كداي ، **ظاهرة الانشقاقات الحزبية في المغرب** ، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق أكدال ، 2005-2006 ، 8-9

[4] - سعيد الخمري ، **تأملات حول مسودة مشروع قانون الأحزاب السياسية** ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، عدد 51 ، 2005 ، ص :68

[5] - محمد سعيد الشركي أخناشير ، **الديمقراطية و الأحزاب المغربية لمن الغلبة ؟** ، سلسلة قضايا الساعة 3 ، مطبعة وراقة دكار ، بدون تاريخ ، ص :71-72

[6] - محمد ضريف ، **الأحزاب السياسية المغربية من سياق المواجهة الى سياق التوافق 1934-1999** ، منشورات المجلة المغربية لعلم الاجتماع ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ص:6

- **المقاربة السوسيوسياسية** : أرجئت هذه المقاربة أزمة الأحزاب السياسية إلى الدور الذي لعبته السلطة السياسية لضبط بعض التوازنات بناء على حسابات سياسية خاصة ، و ذلك عبر إحداث خلط بين " التعددية الحزبية " و " التعددية السياسة " ، بحيث غذت هذه الأخيرة تكريسا للأحادية السياسية .[1]

- **المقاربة السوسيوثقافية :** فسرت هذه المقاربة الأزمة من خلال ربطها بالسلوك السياسي للمواطن المغربي ، وهنا ميز الباحث "محمد ضريف" بين المحددات العامة (الفقر و الأمية و ضعف الالتزام الحزبي و اللامبالاة) و المحددات الخاصة (طبيعة الثقافة الانتخابية) لهذا السلوك.[2]

أمام هذا الوضع (الأزمة) الذي عاشته - ومازالت تعيشه - الأحزاب السياسية المغربية ، **نتساءل عن مدى إمكانيتها المساهمة في تحقيق الانتقال الديمقراطي في المغرب ؟**

تحاول الدراسة اختبار فرضيتين متناقضتين : الأولى ، وهي التي ترجحها الدراسة ، تذهب إلى اعتبار أن الأحزاب السياسية في المغرب تعيش أزمات داخلية على جميع المستويات (غياب الديمقراطية الداخلية ، "شخصنة " القيادات الحزبية ، عسر دوران النخب ، أزمة الدور و الوظائف) ، و بالتالي فمن الصعوبة بمكان أن تجد هذه الأحزاب موقعا مؤثرا لها ضمن تجاذبات الفاعلين للدفع بعجلة الانتقال الديمقراطي إلى الأمام.

و الفرضية الثانية تعتبر أن الأحزاب السياسية تقوم بالدور المنوط بها دستوريا (التمثيل و التأطير) ، و بالتالي فهي تساهم ضمن باقي الفاعلين في تحقيق الانتقال الديمقراطي بشكل تدريجي انسجاما مع قواعد اللعب ، و موازين القوى التي يتشكل منها المشهد السياسي المغربي .

للإجابة عن الإشكال المطروح ، واختبار الفرضيات أعلاه ، **تسلك الدراسة مسارا بحثيا مكونا من عدة نقاط على شكل عنوانين رئيسية و فرعية : تبدأ أولا برصد ضعف المؤسسة الحزبية ، و انغلاق بنيتها التنظيمية ، مما يظهر أزمة الديمقراطية الداخلية التي تعيشها بمختلف توجهاتها الاديولوجية ، مرورا بإبراز ظاهرة " شخصنة " القيادات الحزبية وعسر دوران النخب ، وذلك عبر تطرقها إلى الكيفية التي من خلالها يتم التسلق إلى مراكز المسؤولية ، وكذا الصلاحيات الموكولة للامين العام / الزعيم ، وصولا إلى إبراز محدودية الدور و الوظائف لهذه الأحزاب ، خاصة على مستوى وظيفتي التأطير و التمثيل .**

- أولا : أزمة الديمقراطية الداخلية داخل الأحزاب المغربية

تعتبر الديمقراطية الداخلية البعد الغائب في الممارسة الحزبية ، رغم أن جميع الأحزاب تعطي الانطباع وبنسب متفاوتة على حرصها على تفعيل قوانينها الداخلية وممارسة نشاطها السياسي وفق الضوابط التنظيمية وترتيبا على هاجس سلوك سياسي يوصف بالديمقراطية الداخلية .[3]

لم يحظى موضوع الديمقراطية الداخلية داخل الأحزاب المغربية بنفس الاهتمام الذي حظي به مطلب الديمقراطية على مستوى الدولة و هياكلها المؤسساتية ، إذ لا يمكن للبنيات الحزبية أن تتبنى الديمقراطية في خطابها السياسي دون أن تسود الديمقراطية داخل هياكلها ،[4] فهناك علاقة وطيدة بين دمقرطة الدولة و المجتمع ووجود وسطاء ديمقراطيين قادرين على المساهمة الفعالة في تأصيل مفهوم الديمقراطية كما هو متعارف عليه في الدول الديمقراطية ، و بالتالي لا يمكن مطالبة الدولة بإحترام القانون في

[1] - محمد ضريف ، **المغرب في مفترق الطرق قراءة في المشهد السياسي المغربي** ، منشورات المجلة المغربية لعلم الاجتماع ، الدار البيضاء ، 1996 ، 54

[2] - محمد ضريف ، **الأحزاب السياسية المغربية من سياق المواجهة الى سياق التوافق 1934-1999** ، مرجع سابق ، ص : 9

[3] - يونس برادة ، **الفعل الحزبي و سؤال الديمقراطية في المغرب ، قراءة في طبيعة النظام السياسي المغربي وجوهر الممارسة الحزبية** ، مؤلف جماعي حول الديمقراطية داخل الأحزاب في البلدان العربية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، ط 1 ، 2004 ، ص: 183-184

[4] - أمحمد مالكي ، **الديمقراطية داخل الأحزاب وفي ما بينها في المغرب ، حزبا الاستقلال و الاتحاد الاشتراكي نموذجا** ، مؤلف جماعي ، حول الديمقراطية داخل الأحزاب في البلدان العربية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، ط 1 ، 2004 ، ص:135

الوقت الذي لا تحترم فيه التنظيمات السياسية القوانين التي تضعها هي نفسها ، كما لا يمكن للأحزاب السياسية بدورها أن تطمح إلى تطوير المجتمع و إصلاح الدولة وهي ذاتها في حاجة إلى إصلاح و تقويم هيكلي .[1]

وما يمكن تسجيله عن الأحزاب السياسية المغربية هو انغلاق بنياتها التنظيمية ، و عدم انفتاحها ليس فقط على مكونات المجتمع ، و إنما على النقاشات الداخلية ، سواء كانت فردية أو جماعية ، وهي الظاهرة التي ارتبط بها منطق الإقصاء و الإقصاء المضاد .[2] وقد عبر الأستاذ عبد الحي المودن عن هذه الإشكالية بقوله : " لا يجب أن نناقش الطريقة التي يسير بها الأمير دولته أو إمارته ، و لكن أيضا الطريقة التي يسير بها الفاعلون السياسيون إمارتهم ، إذ لا يمكن رفع شعار الدولة الديمقراطية بدون أن تسود الديمقراطية إمارات الفاعلين السياسيين ".[3]

و يعزي الأستاذ عبد اللطيف أكنوش ضعف المؤسسة الحزبية و أزمتها إلى غياب إعتماد قياداتها الأسلوب الديمقراطي لحل المشاكل التي تعاني منها الأحزاب السياسية ، و إلى هيمنة الثقافة المخزنية على قادة الأحزاب ذاتها ، رغم أنهم ما فتئوا يشتكون منذ الاستقلال من النموذج الثقافي المخزني الذي يسطير على سلوكيات الحكم ، و يحول دون قيام قواعد ديمقراطية في التعامل السياسي ، فالأجواء التي تخيم على هذه الأحزاب في حياتها اليومية هي نفسها التي يصادفها الباحث في الدراسات التي تتخذ من أجواء " البلاطات " موضوعا لها .[4]

إن الأحزاب السياسية المغربية ، وخاصة التي تبنت التحديث في مرجعيتها و خطابها السياسي منذ الاستقلال ، وجدت نفسها تغرق في أساليب إدارتها لشأنها الداخلي من صميم ما ظلت تندد به و تعيبه على نظام الحكم الشمولي ، لتجد نفسها تنتج نفس أنماط التعاطي البيروقراطي و الديماغوجية و الاستئثار بالرأي ، و تعمل من أجل الحفاظ و الهيمنة على الوضع الاقتصادي و الاجتماعي و السياسي القائم .[5]

وفي هذا الصدد لا يمكن الحديث عن تحديث و تجديد البنية الحزبية المغربية و دمقرطة هياكلها إن لم تنجح في تبني إستراتيجية في التأهيل السياسي، و القضاء على امتيازات القادة و الموردين ، و تقرير حالات التنافي بعدم الجمع بين المهام ، و تطوير آليات التخليق ، فكلما غاب الوضوح الاديولوجي ، و المناخ المساعد على الخلق و الإبداع ، يطفوا الموروث الثقافي و الاجتماعي التقليدي ليملأ الفراغ .[6]

إن تبريرات اللجوء إلى تأسيس أحزاب جديدة انبرت جلها إلى طرح غياب الديمقراطية الداخلية أو البحث عن فضاء تنظيمي أرحب يؤمن بالتعددية أو إتاحة مجال متطور للفعل السياسي كمحددات محورية للوجود على الساحة السياسية. غير أن هيمنة البحث عن موقع وازن - شكليا على الأقل- داخل النظام السياسي غيبت عمليا البحث عن السبل الإجرائية لإعمال الديمقراطية الداخلية على المستوى الحزبي .[7]

وإذا كانت الأحزاب التابعة للمصالح الإستراتيجية للنظام السياسي (الأحزاب الإدارية) تغض الطرف عن الدينامية التنظيمية، فإن واقع حال الأحزاب المصنفة ضمن اليسار الإصلاحي تجد نفسها منتجة لسلوك يبتعد في جوهره عن إعطاء أي مدلول للدينامية التنظيمية أو الديمقراطية الداخلية . ويلاحظ في هذا الصدد استمرار منطق الزعامة وإنتاج وإعادة إنتاج نموذج "الشيخ والمريد"، كما أن

---

[1] - زين العابدين حمزاوي ، **الأحزاب السياسية و أزمة الانتقال الديمقراطي** ، مجلة فكر و نقد ، ع 91 ، 2007 ، ص :8

[2] - محمد المسكي ، **الظاهرة الحزبية بالمغرب بين غياب النظرية السياسية و غياب المشروع المجتمعي** ، مجلة وجهة نظر ، ع 14 ، 2002 ، ص : 21

[3] - زين العابدين حمزاوي ، **الأحزاب السياسية و أزمة الانتقال الديمقراطي** ، مرجع سابق ، ص: 8

[4] - عبد اللطيف أكنوش ، **واقع المؤسسة و الشرعية في النظام السياسي المغربي على مشارف القرن 21** ، مطبعة النجاح الجديدة ،الدار البيضاء ، الطبعة 1 ، 1999 ، ص : 85

[5] - زين العابدين حمزاوي ، **الأحزاب السياسية و أزمة الانتقال الديمقراطي** ، مرجع سابق ، ص: 9

[6] - توفيق بوعشرين ، **أزمة الديمقراطية الداخلية في الحزب السياسي المغربي ، فرضيات تفسيرية** ، مجلة وجهة نظر ، ع 14 ، 2002 ، ص : 34

[7] - يونس برادة ، **الفعل الحزبي و سؤال الديمقراطية في المغرب ، قراءة في طبيعة النظام السياسي المغربي وجوهر الممارسة الحزبية ، مرجع سابق** ص: 186

التجربة الحزبية المغربية لم تنتج البتة أي تحول في الزعامة أو القيادة الحزبية خارج الانشقاق الفوقي، أي في ظل غياب الحركية التنظيمية بشكل تتحول معه الممارسة الحزبية إلى ممارسة قيادات أو سلوك نخبة دون أن يكون للقاعدة الحزبية أي دور حقيقي في صياغة القرار خاصة القرار الإستراتيجي الذي يرسم حياة الحزب وموقعه في الخارطة السياسية.[1]

إن انعدام الديمقراطية الداخلية داخل الأحزاب السياسية يفسر عبر اللجوء إلى مقاربة تاريخية تتجلى في كون الظاهرة الحزبية في المغرب لم تظهر كجواب عن سؤال الديمقراطية كما كان في اروبا ، بل كضرورة من ضرورات النضال الوطني ، فمنذ البداية نشأ الحزب السياسي المغربي محكوما بنزعة أحادية لا يستحضر الديمقراطية سواء بعلاقته بباقي المكونات السياسية الأخرى ، أو في علاقة قياداته بقواعده ، [2] ومن هنا تولدت خاصيتان أساسيتان أصبحتا ملازمتين للحزب السياسي المغربي :[3]

- **الخاصية الأولى :** تتجلى في تضايقه من وجود أحزاب سياسية منافسة وسعيه المستمر في تجريدها من أية مشروعية.

- **الخاصية الثانية :** تتجلى في تغييبه للديمقراطية الداخلية مما أفضى إلى تنامي ظاهرة الانشقاقات ، و بهذه الطريقة تولدت مجموعة من الأحزاب و التي قامت بإعادة إنتاج نفس السلوكيات التي كانت وراء انشقاقها .

لقد أدى هذا الوضع المتأزم (انغلاق التنظيمات الحزبية و عدم تجديد قواعدها) إلى ندرة المناضلين ، ووضوح اللاتسيس لدى فئات عريضة من المواطنين ، فضلا عن انعدام المسؤولية الأخلاقية لتدبير الشأن السياسي ، وظل المرشح مرتبطا في الوعي السياسي بإعطاء الوعود و الرشاوى ، و ارتبطت السياسية بصيانة الامتيازات المادية ، كما فشل الخطاب الحزبي في الانسلاخ عن الشرعية التاريخية و تأسيس شرعية ترتكز على واقعية سياسية من شأنها التأثير على المواطن المهتم بمتطلباته اليومية .[4] ومن إفرازات هذا الواقع أيضا أن لغة الجمود أضحت الأسلوب و النمط الطاغي على الفعل الحزبي المغربي بحيث تبدوا الدينامية السياسية غائبة عن المؤسسات الحزبية بكل أطيافها، لنصبح أمام "مقاولات " سياسية مغلقة ، كما ظلت عقدة الزعامة غير قابلة للحل إلا بالوفاة أو الانشقاق .[5]

ثانيا : " شخصنة " القيادة الحزبية و عسر دوران النخب

تشوب الظاهرة الحزبية في المغرب خللا تنظيميا يتجلى في " شخصنة " السلطة في الحزب ، فغالبا ما يرتبط وجود الأحزاب السياسية في ذهن الرأي العام بشخص القائد أو الزعيم ، و الذي غالبا ما يكون الشخصية المحورية التي يدور حولها الحزب ، يتحكم و ينفرد بالسلطة ،

و قراراته لا تناقش ، مما يضفي عليه نوعا من الهالة السياسية تجعله بعيدا عن كل المساءلات و الحسابات السياسية .[6]

إن الرجوع إلى تاريخ الأحزاب السياسية ، يوضح أن "الزعامة" في الحزب المغربي كانت وما تزال الحجر الأساس في تنظيمه ،[7] فهي واحدة من ركائزه الأساسية ، حيث تشكلت هذه الأحزاب ومارست نشاطها السياسي بقيادة زعيم وحيد ، يستمر في الزعامة طيلة

---

[1] - نفس المرجع ، ص :187

[2] - عبد الغني برادة ، **مواقف الأحزاب المغربية من المسألة الديمقراطية ، الاتحاد الوطني للقوات الشعبية نموذجا** ، الطبعة1 ، مطبعة الكرامة الرباط ، 2005، ص :9 .

[3] - أمحمد مالكي ، **الديمقراطية داخل الأحزاب وفي ما بينها في المغرب ، حزبا الاستقلال و الاتحاد الاشتراكي نموذجا** ، مرجع سابق ، 138

[4] - زين العابدين حمزاوي ، **الأحزاب السياسية و أزمة الانتقال الديمقراطي** ، مرجع سابق ، ص:9-10

[5] - لؤي عبد الفتاح ، عثمان الزياني ، **الحكامة الحزبية..نحو ترشيد العمل الحزبي بالمغرب** ، مجلة وجهة نظر ، ع 36-37 ، ربيع – صيف 2008 ، ص : 55

[6] - سعيد نكاوي ، **المشهد السياسي بالمغرب بين التحالف و الانشقاق** ، مطبعة النجاح الجديدة ، ط 1 ، 2003 ، ص:43

[7] -ريزت روبير، **الأحزاب السياسية في المغرب** ، المجلة المغربية لعلم الاجتماع السياسي ، 1992 ، ص302

حياته ، ولا يتم تغييره إلا بموته البيولوجي ، وهو ما يعني بوضوح أن المؤسسات الحزبية المغربية مازالت تنهل من عقلية ومنطق الزوايا ، و مازالت أسيرة "المشيخة" ، لم تستطع الانتقال إلى مرحلة جديدة تواكب دينامية محيطها.[1] و أن ترسبات الثقافة السياسية المغربية المرتكزة على محاور دينية و فكرية و سوسيولوجية ، مازالت تكرس هذا النزوع الأحادي داخلها حتى وإن كانت قد ظهرت في زمن مغاير مطبوع بثقافة أخرى مغايرة ، لا علاقة لها بزمن الزوايا و المشايخ و الطرق الصوفية .[2]

وإذا كانت مقاربة الحزب المغربي باعتباره زاوية لا تلاقي حاليا قبولا كبيرا لدى أغلب الباحثين ، فإن بعضهم لا يزال يؤكد رجوح هذه المقاربة . و بحسب الدكتور عبد الله العروي لم يكن بإمكان الحزب السياسي بالمغرب أن يتشكل خارج ما رسخته الزاوية طيلة قرون عديدة من قيم الشرف و البركة و سلوكات ما يمكن نعته بالتقديس و الاحترام ، سواء داخل العلاقات الاجتماعية أو داخل بناها ، على اعتبار أن الزوايا اخترقت المجتمع المغربي عموديا و أفقيا . و يفسر العروي طبيعة تشكل الحزب المغربي داخل منطق الزاوية بمجهودات هذه الأخيرة على مستوى المركزية العمودية بتفتيتها الاستقلالية المحلية ، كما قامت بنفس المجهودات على مستوى التوحيد الأفقي ، إذ أصبحت الزوايا تملك فروعا في كل أقاليم البلاد ، فالزاوية الناصرية مثلا كانت تراقب مائة و عشرين زاوية موزعة في المغرب . ثم إن التشابه الموجود بين الزاوية و الحزب - الذي يعتبره العروي استمرارا لها - يجسده أيضا دور المعارضة الذي كانت تلعبه الزاوية ، فالزاوية كالأحزب تنقسم إلى زوايا موالية للسلطة تأمر بأمرها و تستمد النفود منها ، و زوايا معارضة تعمل ضده سياستها .[3]

لقد اختلف مع هذه المقاربة الباحث حسن قرنفل ، بحيث أعتبر أن ما يبرر رؤية العروي للحزب هو تسرب الدين إلى العمل السياسي من جانب ، و الدور الكبير الذي يلعبه زعيم الحزب مما يجعله قريبا من صورة شيخ الزاوية من جانب أخر .[4] وقد اعتمد ذ قرنفل في تبرير هذا الاختلاف على ما تطرق إليه موريس دوفرجيه في كتابه الأحزاب السياسية ، [5]حينما أشار أن الكنسية كانت وراء تأسيس الأحزاب السياسية في أروبا ، إذ ساهم الكالفانيون إسهاما كبير في إنشاء الحزب المحافظ الكاثوليكي في بلجيكا ، كما ساهم البرطسطنيون في خلق الحزب المسيحي .

إن العلاقة التي تحكم الزعيم أو القائد بأتباعه هي نفسها التي كانت تجمع الشيخ بمريديه ، حيث سيادة مبدأ القداسة و التقديس وعلاقات التبعية ، إذ هناك تماثل قائم بين الحزب السياسي و الزاوية ، لكون خاصيات هذه الأخيرة ذات حضور متميز داخل التنظيمات الحزبية .[6] و لذلك اعتبر هشام شرابي أن البنى الاجتماعية و السياسية و الثقافية للمجتمعات العربية عامة يحكمها النظام الأبوي ، و الذي يتميز بالحضور القوي لرمز الأب و سلطته في كل العلاقات السائدة ، و ذلك من خلال رصد علاقات التبعية و الخضوع داخل الأسرة و العشيرة و القبيلة و الطوائف ، بما في ذلك الأحزاب و المؤسسات السياسية ، و هو بذلك لا يقصد سلطة الأب البيولوجي أي السلطة داخل العائلة ، و إنما حتى السلطة المنتشرة في البنية الاجتماعية و المتمثلة في النموذج الأبوي و النابعة منه و المتجسدة في المجتمع و حضارته بشكل عام .[7]

ومن شدة العلاقة الترابطية بين الأحزاب السياسية و فكرة الزعيم أو القائد أضحت هذه الأخيرة ظاهرة ممأسسة و راسخة في المنظومة الحزبية ، فالباحث في تاريخ الأحزاب السياسية بالمغرب يجد أنه تاريخ بعض الرجالات أكثر منه تاريخ تنظيمات حزبية لأنه من

---

[1] - محمد أديب السلاوي ، **الأحزاب السياسية المغربية بين اغتيال التناوب..وخلود الزعامات ، في الأحزاب السياسية المغربية (1934-2014)** ، مرجع سابق ، ص : 115

[2] - نفس المرجع ، ص : 116

[3] - عبد الحميد بجوقي ، **المشهد الحزبي و الملكية بالمغرب** ، دفاتر وجهة نظر ، مطبعة النجاح الجديدة ، ط1 ،2002 ، ص:30

[4] - راجع في هذا الصدد ، حسن قرنفل ، **المجتمع المدني و النخبة السياسية ، إقصاء أم تكامل ؟** إفريقيا الشرق ، 1997 .

- راجع موريس دوفيرجيه ، **الأحزاب السياسية** ، الهيئة العامة لقصور الثقافة ، القاهرة ، 2011 .[5]

[6] - للاطلاع أكثر بهذا الصدد ، راجع عبد الله حمودي ، **الشيخ و المريد ، النسق الثقافي للسلطة في المجتمعات العربية** الحديثة ، ترجمة عبد المجيد جمعة ، دار توبقال للنشر ، الطبعة 4 ، 2010 .

[7] - هشام شرابي ، **النقد الحضاري للمجتمع العربي في نهاية القرن 20** ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت لبنان ، 1990 ، ص : 10-11

الصعب تصور أحزاب سياسية بمعزل عن أشخاص مؤسسيها ، و هذه من المفارقات التي تسجل على الحزب السياسي بالمغرب و تجعله يشكل استثناء على ما هو متعارف عليه دوليا .[1]

وهكذا ظلت جل التنظيمات تتمحور حول الزعيم وخلوده في منصبه ، بحيث لعبت الوفاة الدور الأول في تغييره ، و أصبحت القاعدة في تغيير الزعامة هي الموت و الانتخاب هو الاستثناء .[2]

و بإستقرائنا لمسار بعض القيادات الحزبية منذ مرحلة الاستقلال حتى المرحلة الحالية يلاحظ منطق خلود الزعامات في مناصبهم ، و يتعلق الأمر **بأمناء عامون ظلوا في مواقعهم حتى الموت** نذكر على سبيل المثال لا الحصر كل من علال الفاسي ، حزب الاستقلال / عبد الرحيم بوعبيد الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية / محمد حسن الوزاني حزب الدستور الديمقراطي (حزب الشورى و الاستقلال سابقا) / على يعتة حزب التقدم و الاشتراكية / المعطي بوعبيد حزب الاتحاد الدستوري / أرسلان الجديدي ، الحزب الوطني الديمقراطي / ناجي باعقيل حزب العمل ،[3] **و أمناء عامون خلفوا الأموات و تشبتوا بمواقعهم رغم كل الأحداث و التغيرات** ، و يهم الأمر كل من عبد الرحمان اليوسفي حزب الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية ، قدم استقالته من الحزب و العمل السياسي في نهاية أكتوبر 2003 / عبد الله القادري الحزب الوطني الديمقراطي / محمد الدريسي حزب العمل / ، **و إما أمناء عامون ظلوا في مواقعهم منذ تأسيس أحزابهم** و لم تستطع أن تغيرهم لا المؤتمرات الدورية ولا الانشقاقات الحزبية ، و يتعلق الأمر بعبد الله ابراهيم حزب الاتحاد الوطني للقوات الشعبية / المحجوبي أحرضان حزب الحركة الوطنية الشعبية / عبد الكريم الخطيب حزب الحركة الشعبية الدستورية الديمقراطية الذي غير إسمه إلى حزب العدالة و التنمية .[4]

إن بقاء هؤلاء الزعماء على رأس الأحزاب يعود لاعتبارات عديدة منها المشروعية التاريخية النضالية التي يتوفر عليها أغلب هؤلاء القادة ، و المشروعية التأسيسية التي تتجلى في الدور الذي اتخذه الزعيم في تأسيس الحزب ووضع لبناته الأولى القانونية و التنظيمية ، فالإضافة إلى المجهودات التي خاضها هؤلاء الزعماء من أجل الاعتراف السياسي بتنظيماتهم ، ليس فقط من طرف السلطة السياسية ، بل حتى من طرف القوى و التنظيمات السياسية و الحزبية الأخرى ، فباسم هذه المشروعية ظلت مجموعة من الشخصيات السياسية على قيادة أحزابها لمدة طويلة .[5]

لقد أثبت الممارسة السياسية لغالبية الأحزاب المغربية الدور المركزي للزعماء في التنظيم و التنظير و اتخاذ القرارات الحزبية ، فشخص القائد ينفرد بإصدار القرارات و يمارس وحدة الصلاحيات ، يتحمل وحده المسؤوليات ، يدفع القواعد و الأجهزة لتقديس شخصه و تقديم الطاعة والولاء له ، و تشجيعه على الاستمرار في النهج الذي رسمه لطريقه السياسي . وهو ما يعني أن الزعامة مازالت في الفضاء السياسي المغربي ترتبط بشكل وثيق ب" الشخصانية " في جل الأحزاب السياسية المغربية ، و ذلك راجع إلى عدم تأسيسها و تجدر هياكلها ، فرغم توفرها على هيئات تنظيمية، يبقى نشاط الزعيم هو المحور الذي يحدد نشاط باقي الأجهزة الأخرى ، فبحضوره تنعقد الاجتماعات ، و تتخذ القرارات ، و بغيابه تتوقف ، كما أن قراراته تبقى حاسمة في تحديد المستقبل السياسي للحزب .[6] و يبقى كسب أي موقع سياسي في الحزب رهينا برضا الزعيم و كرمه السياسي و لا يحتكم إلى قواعد الكفاءة و الفعالية ، أضف إلى هذه الميزات

---

[1] -REZETTE (R) ; **les Partie politiques Marocaines ;**Press de la fondation marocaine des sciences politiques ; 2eme edition , 1995 , P : 288

[2] - توفيق بوعشرين ، **أزمة الديمقراطية الداخلية في الحزب السياسي المغربي ، فرضيات تفسيرية** ، مرجع سابق ، ص : 32

[3] - محمد أديب السلاوي ، **الأحزاب السياسية المغربية بين اغتيال التناوب..وخلود الزعامات ، في الأحزاب السياسية المغربية (1934-2014)** ، مرجع سابق ، ص : 116

[4] - عبد الحميد بجوقي ، **المشهد الحزبي و الملكية بالمغرب** ، مرجع سابق ص:24

[5] - محمد شقير ، **الديمقراطية الحزبية في المغرب بين الزعامة السياسية و التكريس القانوني** ، إفريقيا الشرق ، الدار البيضاء، 2003 ، ص : 119

[6] - محمد أديب السلاوي ، **الأحزاب السياسية المغربية بين اغتيال التناوب..وخلود الزعامات ، في الأحزاب السياسية المغربية (1934-2014)** ، مرجع سابق ، ص : 117

الباتولوجية / المرضية ، عدم الاستقلالية القرارية للأحزاب السياسية ،و العمل وفق خيارات السلطة و فروضها و اكراهاتها ، و نزوعها نحو السلوك السياسي الذي يصبوا إلى تحقيق مكاسب حزبية ضيقة على حساب صيانة المكاسب الشعبية.[1]

و رغم التعديلات التي عرفها الإطار القانوني المنظم للأحزاب السياسية منذ الاستقلال إلى ألان ، مازالت الخصائص التنظيمية التي تميزت بها المؤسسة الحزبية في عهد الحماية قائمة ، و التي تتمثل خاصة في توسيع صلاحيات الزعيم / الأمين العام و هيمنته من خلال عضويته في مختلف الهيئات القيادية التابعة للتنظيم الحزبي ، فالزعيم / الأمين العام يرأس المجلس الوطني و اللجنة المركزية و المكتب السياسي ، و يشارك في تحضير قراراته و تحديد سياساته ، وهو الذي يمثل الحزب أمام السلطات العمومية و القضائية ، وهو الناطق الوحيد بإسمه ، وهو الشخصية الوحيدة التي تشكل صلة الوصل بين مختلف اللجان و الأجهزة الحزبية ، وهو الذي يوجه إعلام الحزب و يحدد مهامه و يعين العاملين به ، وهو الذي ينظم أشغال الفروع و المكاتب ، و هو الذي يقرر النفقات و الذي يوقع عليها ، وهو الذي يربط الصلة بالمنظمات و الهيئات السياسية الوطنية و الدولية .[2] و بالتالي أصبحت الأحزاب السياسية المغربية لا تتحكم إلا من خلال زعمائها ، ولا تعبر عن مواقفها إلا بلسانهم ولا تتصرف في ممتلكاتها و أموالها إلا من خلال قراراتهم .

ثالثا : الأحزاب المغربية و محدودية وظائفها

يعتبر المقترب الوظيفي من أهم المقتربات الأساسية التي تدرس وظائف الأحزاب السياسية ، و الذي يرى أن الوظيفة الأساسية للحزب تتمثل في السعي لممارسة السلطة أو الاحتفاظ بها ، وهذا ما أكده عالم الاجتماع ماكس فيبر من خلال قوله " أن كل ممارسة سياسية هي بحث دائم عن السلطة أو الطموح إليها ".[3] و بالتالي يظل هدف ممارسة كل سلطة أساس كل نشاط حزبي في ظل نظام ديمقراطي قائم على التنافس السياسي الذي لا يستقيم إلا في إطار سلطة مفتوحة يكون فيها الصراع السياسي و المؤسساتي بمثابة طريق مؤدي إلى شغل مناصب صناعة القرار في الدولة .[4] فلا معنى لتعددية حزبية دون تنافس سياسي يجد قناعاته الطبيعية في المسلسل الانتخابي الذي يجسد المعيار الحاسم لترجمة البعد الديمقراطي في أي نظام سياسي ، كما يترجم مسألة المشاركة السياسية إلى واقع ملموس .[5]

إن وظيفة الحزب السياسي في النظم الديمقراطية تتأسس في كونها جهازا للوساطة بين الدولة و المجتمع و ضابطا للصراعات ومدمجا للمطالب الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية في النظام السياسي ، و بواسطة هذه المطالب يعي المواطن مشاركته في الحياة السياسية .[6]

بالعودة إلى الدستور المغربي نجده ينص في فصله السابع على " تعمل الأحزاب السياسية على تأطير المواطنات و المواطنين و تكوينهم السياسي ، وتعزيز انخراطهم في الحياة الوطنية ، و في تدبير الشأن العام ، و تساهم في التعبير عن إرادة الناخبين ، و المشاركة في ممارسة السلطة ، على أساس التعددية و التناوب ، بالوساطة الديمقراطية ، وفي نطاق المؤسسات الدستورية ."[7]

إن الإطار الدستوري يحصر وظيفة الأحزاب السياسية في التنظيم و التمثيل ، شأنها في ذلك شأن المنظمات النقابية و الجماعات الترابية و الغرف المهنية . فهذا التقليص الدستوري لوظيفة الأحزاب السياسية يمكن اعتباره ترجمة لجوهر السلطة المجسدة

---

[1] - لؤي عبد الفتاح ، عثمان الزياني ، **الحكامة الحزبية..نحو ترشيد العمل الحزبي بالمغرب** ، مرجع سابق ، ص : 55

[2] - محمد أديب السلاوي ، **الأحزاب السياسية المغربية بين اغتيال التناوب..وخلود الزعامات** ، **في الأحزاب السياسية المغربية (1934-2014)** ، مرجع سابق ، ص 118-117.

[3] - محمد شقير ، **القرار السياسي في المغرب** ، دار الألفة ، الطبعة الأولى ، 1992 ، ص : 54

[4] - زين العابدين حمزاوي ، **الأحزاب السياسية و أزمة الانتقال الديمقراطي** ، مرجع سابق ، ص:21

[5] - نفس المرجع ، ص : 21-22

[6] - يونس برادة ، **وظيفة الحزب في النظام السياسي المغربي** ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، جامعة الحسن الثاني ، كلية الحقوق ، الدار البيضاء ، يوليوز 2000 ، ص: 86

[7] - الفصل 7 من دستور 2011

في المؤسسة الملكية ، و التي تعتبر خارج نطاق أي منافسة سياسية ، على اعتبار أن العلاقة التي تربط الأحزاب السياسية بالمؤسسة الملكية هي أولا وقبل كل شيء علاقة "أبوية "، وهو ما يفسر الحضور الشامل لهذه المؤسسة دستوريا و سياسيا و اجتماعيا ، لتكون وراء كل المبادرات ذات الطابع السياسي و الاستراتيجي ، إذ لا يمكن تصور أي مبادرة سياسية تهم السلطة و نظام الحكم في المغرب خارج الإرادة الملكية .

وإذا ما أردنا تجاوز القيود القانونية المفروضة على وظيفة الأحزاب في النظام السياسي المغربي، فإن السؤال الذي يطرح ، يتعلق بما إذا كانت الأحزاب المغربية تمارس هذه الوظيفة المقيدة لها في الدستور، والتي يمكن اختزالها في مهمتين مركزيتين : التأطير والتمثيل .[1]

- وظيفة التأطير

إن الوضعية المأزومة التي ألت إليها الأحزاب بفعل عوامل عدة جعلت منها ليس فقط عاجزة عن ممارسة وظيفتها في مجال تأطير المواطنين فقط ، ولكنها حالت دون تمكينها من تكوين وإفراز نخب سياسية مؤهلة تساهم إلى جانب الدولة في تسيير وتدبير الشأن العام، واقتسام أعباء الحكم عند الاقتضاء ، 2 هذه الصعوبات التي تعاني منها الأحزاب في مجال التأطير يمكن حصرها في ثلاث مستويات :

- **المستوى المجالي :** هذا المجال يرتبط بقدرة الحزب على التغطية الترابية لأقاليم الدولة ، فباستقراء وضعية الأحزاب المغربية على هذا المستوى نجد أنها بدرجة أساسية أحزابا حضرية. بل وباستعمال التصنيف الذي ساد في الماضي بين "الأحزاب الوطنية الديمقراطية" و"الأحزاب الإدارية" نجد أن هذه الأخيرة تبقى بدرجة كبيرة أحزاب نخبة وأعيان دون انتشار تنظيمي، سواء في البادية أو في المدينة[3].

وتشكل الانتخابات اللحظة الوحيدة التي تظهر فيها هذه الأحزاب من خلال قيامها بحملات انتخابية ، و يتبين في اللحظة نفسها هذه الأحزاب تتوفر على مقرات وفروع ، وتتمكن من تغطية معظم الدوائر الانتخابية بالمرشحين ، لكن بمجرد انتهاء الفترة الانتخابية يختفي كل شيء و تغلق المقرات . وهكذا "نجد أن كل الأحزاب المغربية، سواء منها تلك التي ولدت في خضم الانتخابات أو تلك "الوريثة للحركة الوطنية"، قد اعتمدت نموذج الخلية والفرع في الهيكلة الداخلية وحرصت أيضا على وجودها في الأقاليم. ومع ذلك فإن هذه الهيكلة لا تشتغل دائما بطريقة منتظمة وفعالة، فغالبا ما تقتصر بعض الأحزاب السياسية على ممارسة نشاطها داخل الفروع الموجودة في المدن الكبرى، وأحيانا في العاصمة فقط، بل إن التنظيمات التي تتوفر عليها أغلب الأحزاب المغربية (منظمات الشباب، المرأة، النقابة...)، كثيرا ما تكون موجودة على الورق فحسب وبشكل موسمي متقطع" .4

- **المستوى التنظيمي** : بخصوص هذا الجانب يمكن القول أن الأحزاب السياسية لا تتوفر على المعطيات و المعلومات الدقيقة حول حجم الانتشار التنظيمي لها: (عدد الفروع، عدد المقرات، عدد الأعضاء...) .

وبالاطلاع على بعض المؤتمرات لعدد من الأحزاب السياسية التي عقدت في السنوات الأخيرة، فإن ما يمكن ملاحظته وكالعادة، هو غياب تقارير مدققة على هذا المستوى، ولذلك فإن الملاذ في هذه الحالة يبقى هو الاعتماد على بعض المعلومات التي تقدمها الأحزاب السياسية عن نفسها - وهي نادرة - بهذه المناسبة أو تلك والتي تنشر في صحافتها[5].

---

[1] -Younes BERRADA ;**Les partis politiques et la transition ; L'équation de changement et de restructuration ;** Revue Marocaine de Sciences Politique et Sociale ; centre de recherche et d' Etude en Science Sociales ; N 1 ; V 1 ; 2010-2011 ; p :118

[2] - أحمد البوز ، **الأحزاب المغربية و إشكالية الوظيفة** ، مجلة فكر و نقد ، العدد 96 ، 2008 ، ص: 6

[3] - نفس المرجع ص:7

[4] حسن قرنفل، **المجتمع المدني والنخبة السياسية: إقصاء أم تكامل**، مرجع سابق ، ص : 96

[5] - أحمد البوز ، **الأحزاب المغربية و إشكالية الوظيفة** ، مرجع سابق ص:8

فهذه الصعوبات التي تعاني منها الأحزاب المغربية، من حيث تحديد حجم انتشارها التنظيمي، تطرح أيضا عندما يتعلق الأمر بدراسة قوة التأطير التنظيمي للحزب، بمعنى قدرة هذا الأخير على الاستقطاب وعلى تقوية نظام العضوية فيه، فالمعلومات نادرة في هذا المجال، ذلك أن حجم العضوية في الحزب يظل سرا ،1 وقد سبق للباحث الأمريكي "أشفورد" أن اصطدم بهذه الحقيقة لدى استجوابه لقادة الأحزاب المغربية، في نهاية الخمسينيات، حول عدد أعضاء أحزابهم، حيث توصل إلى أرقام خيالية لا علاقة لها بالواقع مما دفعه إلى التعليق ساخرا: "لو أخدنا الأرقام التي تعطيها الأحزاب عن عدد أعضائها لاكتشفنا أن كل سكان المغرب أعضاء في الأحزاب المغربية وهذا أمر لافت للنظر، لأن نصف سكان المغرب وقتئذ كانوا يبلغون أقل من 20 سنة".2

- **المستوى الاديولوجي** : إن الأحزاب السياسية في الديمقراطيات الغربية تبقى محكومة بمرجعيات واضحة ، وانطلاقا من هذه المرجعيات تضع برامجها و تصوراتها للحياة السياسية ، وهو الشيء الذي يسمح لها ببناء قوتها ونفوذها ، غير أن جل التنظيمات السياسية بالمغرب تفتقد إلى الوضوح الاديولوجي و الفكري مما أدى إلى إضعافها و التحكم فيها .3

إن اللافت للنظر في السيرة الفكرية و الاديولوجية لأحزاب اليسار المغربية خاصة ، هي تلك النقلة الكبيرة التي حدثت في مرجعيتها من الماركسية و الاشتراكية صاحبة مقولة " الديمقراطية المركزية " و " أولوية التنمية و المسألة الاجتماعية " ، إلى أدبيات و خطاب المرجعية الليبرالية ذات المعنى الديمقراطي و التعددي ، دون مراجعات أو حوار نظري عميق يرسم مبررات الانتقال من التبني الحرفي و الكلاسيكي لمقولات المذهب الماركسي ، إلى الانفتاح على موجة الاكتساح الشامل للخطاب الليبرالي .[4] و المفارقة هنا هي أن نفس النخب التي تتحدث لغة الليبرالية اليوم وحرية السوق و الخوصصة ، هي ذات النخب التي كانت تطالب بالتأميم و التصنيع و حماية السوق ، و اعتبار الدولة هي صاحبة الدور الريادي في الاقتصاد ، و أن البرجوازية المغربية غير وطنية .[5] فكان لابد لمنظري الأحزاب أن يقدموا إجابة عن سؤال تغيير الخطاب ، وهذا ما يوضح أنه قد وقع تغيير في الخطاب بدون مراجعة و لا حتى نقد ذاتي .[6]

هذا الواقع يمكن إسقاطه على حزب الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية، الذي "طالما تردد بين مبدأ سياسي مفاده أن المشاركة السياسية في الحكم لا تعدو أن تكون سوى تكتيك يساعده على القيام بوظيفته المنبرية (الدفاع الخطابي عن الشعب) وبين إرادته في ممارسته الوظيفة الحكومية، والتي جعل منها إستراتيجية وهدفا يتلهف من أجل الوصول إليه، جاعلا من ثالوثه الأبدي " تحرير، ديمقراطية، اشتراكية" مجرد شعار طواه الزمن طيا وأصبح في خبر كان".[7]

نفس التردد ونفس الضبابية الإيديولوجية طبعت الممارسة السياسية لحزب التقدم والاشتراكية. فمن الحزب الشيوعي سابقا وحمولته الثورية انتقل تدريجيا نحو إخضاع برنامجه " الثوري الوطني الديمقراطي" لمتطلبات المشروعية التي يمليها الحكم، وبالتالي نحو مرحلة جعلت منه مجرد حزب إصلاحي يبحث بشغف عن مكان ظليل تحت قبة البرلمان ودواليب الحكومة".[8]

ولا يشكل حزب الاستقلال استثناء عن هذه القاعدة، "فقد تجاوز إيديولوجية السلفية الإصلاحية ومناداته بالتعادلية ليصل في نهاية المطاف إلى تزكية لا مشروطة للشرعية الملكية .بل يمكن القول إن "هذا الحزب ظل محصنا خلف تاريخه العريق، ربما لذلك لم يول اهتماما لثوابته الإيديولوجية اللهم بعض التصورات التي صاغها رواد الحزب الأوائل الذين شددوا على الخصوصية الثقافية إلى

---

[1] - أحمد البوز ، **الأحزاب المغربية و إشكالية الوظيفة** ، مرجع سابق ص:9

[2] - نفس المرجع ، ص :8-9

[3] - محمد معتصم ، **الحياة السياسية المغربية 1962-1991** ، مرجع سابق ، ص :102-103

[4] - توفيق بوعشرين ، **أزمة الديمقراطية الداخلية في الحزب السياسي المغربي – فرضيات تفسيرية** - ، مرجع سابق ، ص :34

[5] - نفس المرجع ، ص :35

[6] - زين العابدين حمزاوي ، **الأحزاب السياسية و أزمة الانتقال الديمقراطي** ، مرجع سابق ، ص:23

[7] - أكنوش عبد اللطيف:" **واقع المؤسسة والشرعية في النظام السياسي المغربي على مشارف القرن 21**"، م س، ص:80

[8] أحمد البوز ، **الأحزاب المغربية و إشكالية الوظيفة** ، مرجع سابق ص:8

درجة التعصب، دون إغفال ضرورة التكيف مع متطلبات التطور ونقذ مظاهر التخلف (النقد الذاتي لعلال الفاسي).[1] ورغم غنى تراث الحزب الثقافي والسياسي تظل هويته غامضة حتى في ازدواجية خطابه، بل وفي اتضاحه أحيانا، ولا زال لحد الآن لا يعمل على اكتساب هوية إيديولوجية، إذ يبدو الحزب، أحيانا، وكأنه عدو لكل الإيديولوجيات إذ ينتقد الاشتراكية والرأسمالية، حاليا، ويصر فقط على مغربيته في تشكلها السلفي المنفتح، ولهذا استقطب الحزب من كل الفئات ويتواصل معها رغم ندرة أنشطته خارج العاصمة (الرباط) ، هكذا تحولت العلاقات السياسية بين مناضلي الحزب إلى علاقات شبه عائلية وصداقات ترتكز على التعاون وتبادل الخدمات .[2]

هذا الواقع خلق أزمة اللامرجعية في السياسية و الفكر، وظهور خطابات " شعبوية " تفتقد إلى الحد الأدنى من التماسك النظري و الاتساق الفكري و المنهجي وسط هذه الأحزاب التي اعتبرت نفسها دائما أحزابا طلائعية تمارس العمل السياسي انطلاقا من دراسة علمية لطبيعة الصراع .

- وظيفة التمثيل

إذا كانت الأحزاب السياسية في اروبا قد انبثقت عن آلية التمثيل النيابي في البرلمان ، وكذا حاجة المرشحين إلى مؤسسات سياسية دائمة ، و ذلك من أجل التواصل مع الناخبين لحثهم على فكرة الاقتراع ، ومن ثمة فالأحزاب الأوروبية كانت قد تبنت فكرة الديمقراطية و فكرة التمثيل النيابي في ألان نفسه ،[3] إلا أن جل البنيات الحزبية في العالم العربي ، والأحزاب المغربية من ضمنها برزت في خضم النضال الوطني و من أجل المطالبة بالاستقلال ، و بالتالي جاءت فكرة التنظيم الحزبي كآلية لمحاربة الاستعمار و الدفاع عن الهوية الوطنية .[4]

ترتكز مهمة وظيفة التمثيل للأحزاب المغربية "على دعامتين هما: المشاركة في الانتخابات (كوسيلة) و تطبيق البرنامج (كغاية) ،[5] وبتحليل كل بعد من بعدي المهمة التمثيلية للأحزاب المغربية نجد أن " استراتيجية إنشاء الأحزاب والتسخير و"التحرش" التي اعتمدها النظام السياسي في علاقته بالمجال الحزبي، أمور تبين مدى ضيق المجال السياسي الذي تتحرك بداخله الأحزاب السياسية المغربية بكل مشاربها ، وتدفع إلى طرح سؤال مركزي حول الحاجة إلى وجود أحزاب سياسية إذا لم يكن السعي إلى تطبيق اختيارات المنتمين إليها والمتعاطفين معها[6].

- على مستوى الوسيلة – المشاركة في الانتخابات

إن أبسط تعريف للديمقراطية و أكثره واقعية هي كونها " النظام الذي يختار فيه المحكومين الحاكمين عن طريق انتخابات حرة و نزيهة ، فالمعيار الأوحد لقياس تمثيلية الأحزاب يكمن في العملية الانتخابية التي تبين من خلال صناديق الاقتراع مدى تجاوب المواطنين مع الأحزاب السياسية ".[7] لكن الأمر يختلف عندما نكون إزاء نظام سياسي لا تظهر فيه الانتخابات كتعبير عن حقيقة إرادة الناخبين، وإنما كانعكاس للتوزان الذي تحرص الملكية على استمراره، إذ أكدت كل التجارب الانتخابية التي مر منها المغرب أن "الهاجس الرئيسي للسلطة هو البحث باستمرار على "خلق" أغلبية مدجنة تكلف بتطبيق اختيارات الأمة – كما حددها الملك / أمير المؤمنين والممثل الأسمى للأمة ، أما الناخبون كمجموعة "رعايا" وليس كمجموعة مواطنين- فهم "غير قادرين" (قاصرين) على اختيار الأغلبية الصالحة للقيام بهذه

---

[1] - أكنوش عبد اللطيف:" **واقع المؤسسة والشرعية في النظام السياسي المغربي على مشارف القرن 21**"، م س، ص:81

[2] - نفس المرجع ، ص:82

[3] - أمحمد المالكي ، **حول الدستور الديمقراطي ، مرجع سابق ، ص :8**

[4] -**نفس المرجع ، ص :9**

[5] - العربي بلا ، **دستور 2011 الأحزاب السياسية والانتقال الديمقراطي ، في في الدستور الجديد 2011 : وثيقة جوهرية للانتقال الديمقراطي بالمغرب** ، مرجع سابق ، ص :81

[6] - أحمد البوز ، **الأحزاب المغربية و إشكالية الوظيفة** ، مرجع سابق ص:16

[7] - موريس دوفرجيه ، **الأحزاب السياسية** ، مرجع سابق ، ص:357

المهمة[1]. فمن "الطبيعي" والحالة أن تنقلب الاستفتاءات إلى مجرد "بيعات" توضح نتائجها سلفا، وأن تنقلب الانتخابات البرلمانية إلى مجرد تعيينات يمكن التكهن بنتائجها قبل إجرائها .[2]

عموما ، فإن تتبع الممارسة الانتخابية للأحزاب المغربية يظهر أنها تميزت بالخصائص التالية:

أولا: أن الأحزاب المغربية، وبصفة خاصة أحزاب المعارضة السابقة، عاشت خلال مسارها مفارقة مقاطعة الاستفتاء على الدستور- وكل انتخابات مغربية كان يسبقها وضع دستور أو تعديله الذي يشكل الإطار القانوني للعملية الانتخابية ، وبالمقابل قبول المشاركة في الانتخابات.

ثالثا: أن الأحزاب المغربية تميل أكثر إلى تفضيل التوافقات المسبقة حتى لا تكون النتائج الانتخابية مفاجأة بشكل كبير. فقد تحدث أكثر من مسؤول حزبي عن ما يعرف بنظام "للكوطا " يتم بين قادة الأحزاب والدولة لرسم خريطة مسبقة للانتخابات .

رابعا: أن هناك صنف من الأحزاب السياسية يمكن أن يصطلح عليها بأحزاب اللحظة الانتخابية ، بحكم اعتبارين اثنين، الأول يتجسد في نشوئها بمناسبة الانتخابات، وقد عرفت كل تجربة انتخابية نشأة حزب سياسي أو تكتل سياسي ، والثاني يتمثل في كون الانتخابات تعد المناسبة الوحيدة التي يعرف من خلالها الرأي العام بعض الأحزاب، بحيث ما أن تنتهي الانتخابات حتى تغلق المقرات المكتراة فقط لهذه المناسبة وتجمد كل أنشطتها.[3]

- على المستوى الغاية : تطبيق البرامج

إن الهدف الأساسي الذي من أجله تتنافس الأحزاب السياسية في الأنظمة الديمقراطية هو أولا وقبل كل شيء الوصول إلى السلطة ، و ذلك من أجل تطبيق برامجها السياسية التي تكون قد أعدتها مسبقا ، فهذه الوظيفة (الوصول إلى السلطة) لا تتماهى مع الحزب في النظام السياسي المغربي ، و الذي اكتفى بتحديده لوظيفة الحزب في التأطير و التمثيل ، و المشاركة ، دون أدنى إشارة إلى السعي لممارسة السلطة .[4]

وباستقرائنا لتجارب المؤسسات التي أفرزتها صناديق الاقتراع ، نجد أنها لم تكن لتساعد على تحقيق هذه الغاية ، و ذلك راجع إما لمحدودية دورها في اتخاذ القرار السياسي وإما لطبيعة تركيبتها ، فالبرلمانات التي تم تشكيلها لحد ألان جسدت مفهوما خاصا للبرلمان بالمغرب يختلف عن نظيره الغربي لأن الملك طبقا للدستور هو الذي يحدد اختيارات الأمة الأساسية ، ويكتفي الجهاز التنفيذي ومجلس النواب بالحرص على تنفيذ هذه السياسات التي تضعها المؤسسة الملكية ،[5] ومن هنا فإن الأحزاب المغربية تتصرف كهيئات مساعدة للملك الذي يقوم برسم الخارطة السياسية للبلاد .

ما ينطبق على عمل البرلمان يمكن إسقاطه على العمل الحكومي، ذلك أن الأحزاب التي تجد نفسها عاجزة عن تطبيق برامجها السياسية على مستوى المؤسسة التشريعية تلاقي نفس الصعوبة في تجسيد نفس الطموح على مستوى الحكومي . فمذ استقلال المغرب حكم على "أحزاب الحركة الوطنية" من الناحية النظرية على الأقل- بالوجود على هامش تسيير الشأن العام الحكومي، باستثناء تجارب

[1] - عبد الله حمودي ، **الشيخ و المريد النسق الثقافي للسلطة في المجتمعات العربية الحديثة يليه مقالة في النقد و التأويل** ، مرجع سابق ، ص :40

[2] - أحمد البوز ، **الأحزاب المغربية و إشكالية الوظيفة** ، مرجع سابق ص:17

[3] - نفس المرجع ، ص :19

[4] - انظر **الفصل 7** من دستور 2011

[5] - انظر الفصل 48 من دستور 2011

قصيرة عرفت مشاركة حزب الاستقلال في الحكومة، وكان النقد الأساسي الذي توجهه هذه الأحزاب للأخرى التي وجدت في الحكومات السابقة هو أنها جزء من النظام وتنفذ سياسته.[1]

إن وظيفة الأحزاب في النسق السياسي المغربي قد تحولت من عمل تأطيري وتمثيلي إلى مجرد دعامة للنظام السياسي ، و ذلك قصد مواجهة كل التحديات التي قد تمس طبيعة تشكل السلطة في البلاد [2]. فالحضور القوي للمؤسسة الملكية في كل المجالات يحول الأحزاب السياسية إلى أطراف غير وازنة ، خاصة من جهة إمكانية تقاسم السلطة و المشاركة في تدبيرها .[3] وهذا يقود إلى القول أن الوظيفية الفعلية للأحزاب السياسية قد تحولت أيضا من وظيفة التأطير السياسي و التنشئة السياسية و الاجتماعية إلى وظيفة إنتاج نخب تكنوقراطية قابلة للاندماج و الانصهار و الدفاع عن مصالح و أفكار النظام السياسي ،[4] ولذلك يمكن اعتبار أن السلطة السياسية قد نجحت في إفراغ جل الأحزاب من مضمونها الفعلي ، و ذلك عبر لجوءها إلى عمليات الاستدراج للقيادات الحزبية ، وخلق زعامات جديدة عن طريق الترقية الاجتماعية وبفعل الامتيازات المقدمة لهم ، مقابل أن يكون ولائهم غير مشروط للسلطة .[5]

إن هذا الوضع لأمر منطقي جدا ، لأنه ينسجم مع الاستمرارية التي يعرفها النظام السياسي المغربي ، باعتباره ملكية تنفيذية ، وهو نظام لا يمكنه أن يستقيم مع المفهوم الديمقراطي الحديث للأحزاب السياسية ، باعتبارها تسعى للحصول على الدعم الشعبي للممارسة السلطة ، و ذلك قصد تنزيل برامجها إلى أرض الواقع .[6]

و يربط الباحث محمد شقير[7] هذا الوضع بمجموعة من الاعتبارات لخصها في :

- تنافي طبيعة السلطة في المغرب مع وجود أي ممارسة سياسية تطمح إلى الحصول على السلطة .
- كون الملكية تعمل دائما على احتلال موقع الصدارة داخل النظام السياسي المغربي ، وهو تصدر يقابله في الوقت نفسه تواري مختلف القوى السياسية بما فيها الأحزاب السياسية .
- محاولات الحكم الدائمة للحد من نشاط كل ظاهرة حزبية .

في ظل هذا السياق ، تكون الأحزاب السياسية في المغرب قد فقدت الكثير من قيمتها ، و لم تعد لها إلا أدورا شاحبة ، وهي حالة أصبح معها المواطنون ينظرون إلى البنيات الحزبية و المتحزبين بمنظار الريبة و الشك ، كما أضحت النخب الحزبية تعاني من نقص كبير في الثقة ، و أصبحت نظرة الرأي العام للسياسية بشكل عام تتجسد في كون هذه الأخيرة مسألة مقتصرة على مجموعة من المتخصصين و المحترفين الذين يجنون لحسابهم الخاص منافع و مصالح خاصة ، لتصبح الحياة السياسية في نهاية الأمر مجالا محفوظا لبعض الفئات و الشبكات العائلية المعروفة بانتماءاتها الاجتماعية و السياسية .[8]

---

[1]- أحمد البوز ، **الأحزاب المغربية و إشكالية الوظيفة** ، مرجع سابق ص:19

[2] -Younes BERRADA **;Les partis politiques et la transition ; L'équation de changement et de restructuration ;** Op ;cit ; P:114

[3] - زكرياء أقنوش ، **قراءة في أطروحة يونس برادة حول وظيفة الحزب في النظام السياسي المغربي** (موت الأحزاب السياسية) ، مجلة وجهة نظر ، ع 36-37، 2008، ص : 63

[4] -Rachid Hassan **: La réalité du pluralisme au Maroc ;** Fondation Abdrrahim Bouabid pour les sciences et la culture ; 2004 ; p : 39-40

[5]- زين العابدين حمزاوي ، **الأحزاب السياسية و أزمة الانتقال الديمقراطي** ، مرجع سابق ، ص:23

[6] -إدريس جنداري، **التجربة الحزبية في المغرب غموض التصور و إعاقة الممارسة** ، المركز العربي للأبحاث و دراسات السياسات ، الدوحة ، فبراير / شباط2012 ، ص: 18

[7] - انظر محمد شقير ، **القرار السياسي في المغرب** ، دار الألفة ، الطبعة الأولى ، 1992 .

[8] -SANDTUCCI Jaen Claud **: Les partie politiques marocains a l'épreuve du pouvoir** ; REMALAD ; Collection études et travaux universitaires ; N26 ; 1ere édition 2011 ; p :47

عموما ، لا يمكن أن نتصور أي ظهور لأحزاب ديمقراطية بالمعنى الحديث ، وهذا الوضع يؤثر مباشرة في صورة الأحزاب في المجتمع ، و بالتالي يحدث خللا كبيرا على مستوى تصور المواطنين للسياسية بشكل عام . فهذا يهدد في العمق صورة الدولة في علاقاتها بالشعب ، و يشجع على سيادة الاعتقاد بأن السلطة لا تمثل الإرادة الشعبية .[1]

إن تغيير هذا الوضع ، يتطلب تغييرا شاملا على مستوى بنية السلطة السياسية ككل ، و ذلك في إطار توافقات على ضرورة الانتقال إلى نظام سياسي ديمقراطي تحتل في الأحزاب السياسية الصدارة كفاعلين سياسيين حقيقيين مشاركين في الحكم .

إن أي تفكير في الانتقال الديمقراطي لا يضع المكانة الأساسية للأحزاب هي العمود الفقري للنظام السياسي الديمقراطي ، لا يمكن أن يدفع بالتجربة المغربية بعيدا في مسار الانتقال الديمقراطي ، لأن الأحزاب السياسية هي وحدها القادرة على إبراز الإرادة الشعبية عبر مدخل الانتخاب ، وهي وحدها قادرة على إفراز نخب سياسية ، وهي وحدها القادرة على تحقيق وظيفة التعبئة ، و ذلك لإنجاح مشاريع الدولة الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية ، كما أنها – وهذا هو الأهم – هي وحدها القادرة دعم الشرعية السياسية للنظام السياسي من خلال بلورة الإرادة الشعبية بعد الوصول إلى الحكم .

[1]- إدريس جنداري ، **التجربة الحزبية في المغرب غموض التصور و إعاقة الممارسة ، مرجع سابق ، ص : 15**

الآليات القانونية لحماية اموال الشركات التجارية
خلال توزيع الأرباح

هشام الأعرج
باحث في منازعات الاعمال

لقد كان التلاعب في توزيع الأرباح السنوية ولازال من الحقائق المؤلمة في حياة الشركات التجارية، بحيث أن هذا التوزيع الوهمي يؤدي إلى إفلاس أضخم الشركات التجارية. فقد كشفت التحقيقات أن أسباب انهيار بعض الشركات العملاقة في أمريكا إنرون[1] enron و وورلد كوم worldcom يرجع إلى تحقيق كبار مسؤولي الشركة أرباحا خيالية نتيجة التلاعب بتقارير أرباحها السنوية، وهؤلاء المسؤولين تعمدوا تضخيم أرباح الشركة وإخفاء حقيقة ديونها، الأمر الذي أدّى مباشرة إلى سن قانون ساربينز أوكسلي[2] sarbanes-Oxley SOX الذي يحمل المسؤولين مسؤولية شخصية عن التلاعب بأموال الشركة وإقرار لذلك مخالفات.

لدى حرص قانون الشركات التجارية المغربي على تنظيم وتأطير توزيع الأرباح التي قد تحققها الشركة والثابتة بعد حصر موازنة السنة المالية فيما يعرف بالأرباح الصافية. وتروم مجمل تلك القواعد الآمرة تحديد الأرباح القابلة للتوزيع مع تجريم الممارسات التي من شأنها المس بها[3].

و من المعلوم أن الشركة هي عقد معاوضة، يقدم فيه الشركاء حصصهم ليحصلوا على ربح (ف 389 ق ل ع)، فهذا الفصل ينص صراحة على بحث الشركاء عن الربح من خلال إبرام عقد الشركة[4]، فالربح يعتبر من الأهداف الأساسية الدافعة إلى تأسيس الشركات التجارية.

وبذلك لا يمكن في كل الأحوال اللجوء إلى توزيع أرباح، وهو ما يتحقق حسب الفقرة الأولى من المادة 331 ق ش م ، عندما يتم اللجوء إلى توزيع الأرباح خرقا لمقتضيات المادتين 329 و 330 ق ش م، لأن ذلك يشكل مسا بالرأسمال المرفوع بالاحتياطي الذي يعتبر[5] كحد أدنى لا يجوز المساس بالقيم الواردة فيه سواء قبل أو بعد التوزيع تحت طائلة الجزاء الجنائي.

فجرم المشرع المغربي توزيع أرباح وهمية[6] عندما تتحقق مجموعة من العناصر **(المطلب الأول)** وأمام خطورة هذه الجريمة على حياة الشركة ومصلحة الشركاء، وكذلك الغير فقد اوجد لها المشرع جزاءات بهدف ردع كل من يحاول ارتكابها **(المطلب الثاني)**.

---

[1]. **إنرون** كانت إحدى كبريات شركات الطاقة الأمريكية أعلنت إفلاسها في ديسمبر من سنة 2001 عقب إقرارها بممارسات محاسبية مريبة ويعد هذا الإفلاس الأكبر في تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية.

[2]. **ساربينز أوكسلي** : Sarbanes-Oxley SOX هو قانون أمريكي يوجب على الشركات أن تضمن وتعتمد المعلومات المالية من خلال أنظمة الرقابة الداخلية. حسب هذا القانون فإنه سيتم تحميل الرئيس التنفيذي CEO ومدير القطاع المالي CFO مسؤولية شخصية عن إعلان بيانات مالية خاطئة. وقد جاء هذا القانون إثر تداعيات المخالفات المالية الجسيمة التي أدت إلى انهيار شركتي إنرون ووورلد كوم.

[3]. عبد الرحيم شميعة : آليات تدخل المساهم غير المسير في تدبير شركة المساهمة، م س، ص 387.

[4]. يسين امساعف :الأرباح في الشركة التجارية، مفهومها وإشكالات توزيعها، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 4 يناير 2004، ص 55.

[5]. فالي علال : مفهوم رأس المال في شركة المساهمة، م س، ص 421.

[6]. قد نص المشرع المغربي على هذه الجريمة في المادة 384 من قانون شركة المساهمة، والمشرع التونسي في الفصل 273 من قانون رقم 93 الصادر في 03 نونبر 2000 المتعلق بقانون الشركات، وتطرق إليها المشرع البلجيكي في الفصل 1/684 و 2 من قانون فاتح يناير 2005 ق ش ت، والمشرع الفرنسي في الفصل 6/242 من قانون التجاري 14 يوليوز 1966 كما ثم تعديله وتتميمه.

المطلب الأول: أركان جريمة توزيع أرباح وهمية

إذا كان توزيع الأرباح هو حق من حقوق الشركاء والمساهمين، فإنه قد يكون مصدرا لمجموعة من الخروقات والمخالفات، التي رتب عليها المشرع مسؤولية، وتتحقق هذه الجريمة بتوفر الركن المادي **(الفقرة الأولى)** ثم الركن المعنوي **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى : الركن المادي في جريمة توزيع أرباح وهمية

لتوافر الركن المادي في جريمة توزيع أرباح وهمية، يلزم أن يكون هذا التوزيع في غياب أي جرد أو بالاعتماد على جرود تدليسية **(أولا)** وأن تكون الأرباح التي يجري توزيعها وهمية **(ثانيا)**.

أولا : غياب الجرد أو الاعتماد على جرود تدليسية

لكي تقوم هذه الجريمة لابد من أن يتم توزيع أرباح وهمية إما في غياب الجرد أو باستعمال وسائل جرد تدليسية، ومن ثمة فإن هذه الجريمة لا تتحقق إذا تم توزيع الأرباح بناء على جرد مضبوط ولو كانت هذه الأرباح وهمية [1].

والجرد في مفهومه الواسع هو كل حساب يعبر عن الوضعية المالية للشركة[2]، وفي مفهومه الضيق هو العملية التي تتضمن قيمة عناصر أصول المنشأة وخصومها على الأقل في كل دورة محاسبية (م 5 ق م الواجب على التجار)، فيجب أن يشتمل على الوثائق المتعلقة بالمحاسبة ودقة هذه المحاسبات، وأن يعبر بصورة صادقة عن الذمة والوضعية المالية للشركة.

ويشهد الواقع العملي ارتكاب هذه الجريمة انطلاقا من استعمال وسائل جرد تدليسية، ويمكن تصور التدليس في الجرد عن طريق صورتان تهدفان إلى تغيير حقيقة هذا الجرد.

فتتمثل الطريقة الأولى في الزيادة في الأصول، أي المبالغة في تقدير الأصول الحقيقية، مثال ذلك المبالغة في تقدير المدخرات، أو المبالغة في تقدير قيمة مصاريف وأعمال الشركة في الوثائق، وتبقى هذه التقنية محل صعوبة في تقرير وجودها من قبل القضاء. وهناك تقنية أخرى للزيادة في الأصول تتمثل في إيجاد عنصر من عناصر الأصول غير موجودة حقيقة، مثل إدخال ديون غير قابلة للاسترجاع من الناحية الواقعية أو إدراج قطع غيار غير قابلة للاستعمال[3].

أما بالنسبة للطريقة الثانية فتتمثل في إنقاص الخصوم، بحيث يتم القيام بها بشكل معاكس للصورة الأولى، وذلك عبر تخفيض قيمة الخصوم، مثل إنقاص قيمة الديون، أو عدم إدراج نفقات الشركة في حسابات السنة المالية.

وعلى هذا الأساس فالربح السنوي يقاس بالفرق بين الأصول والخصوم، ومن الواضح أن أي فرق قيمة زائد غير محقق مسجل في الأصول دون الخصوم يؤدي كيفيا إلى ظهور زيادة في الأرباح، فزيادة القيمة ليس من العناصر الحقيقية لأصول الشركة، وهي لا تساهم في تحديد الأرباح السنوية ما دامت لم تنجم عن عمليات أنجزت فعلا حيث تصبح إذ ذاك أرباحا مستحقة[4].

ثانيا : توزيع أرباح وهمية

لكي تقوم جريمة توزيع أرباح وهمية لابد من إتيان العنصر الثاني من الركن المادي وهو أن يكون الغرض من عدم تقديم الجرد أو تقديم جرد بوسائل تدليسية، توزيع أرباح وهمية.

---

[1]. يونس تلمساني : جريمة توزيع أرباح وهمية في إطار شركات المساهمة، مجلة الملف، عدد 18 أكتوبر 2011، ص 25.

[2]- J. Larguier et Ph. Conte, *Droit pénale des affaires,* 10° édition, Armend colin Paris 2001, p 369.

[3]. يونس تلمسان : جريمة توزيع أرباح وهمية في إطار شركة المساهمة، م س، ص 26.

[4]. سعاد بنور : مسؤولية مسير شركة الشريك الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، ص 159.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد نص على طريقة توزيع الأرباح، حيث أنها تتكون من الأرباح الصافية للسنة المالية على أن تنقص منها خسارات السنوات المنصرمة والمبالغ المخصصة للاحتياطي، وأن تضاف إليها الأرباح المنقولة عن السنوات السابقة (م 330 ق ش م).

ويقصد بالأرباح التي يتم توزيعها، مبلغ من المال يتأتى في مجموعه من الأرباح التي حققتها الشركة، يعطى للشريك أو المساهم بالقدر الذي يعادل نصيبه في الأسهم أو الحصص، في التاريخ الذي تحدده الجمعية العامة، على ألاّ يتجاوز في أقصى الأحوال تسعة أشهر تبتدئ من اختتام السنة المالية[1].

ويحدد قرار الجمعية العامة، أولا، الحصة المخصصة للأسهم أو الحصص التي تتمتع بالأولوية أو بامتيازات خاصة[2]، ويحدد ذلك طبقا للقاعدة التي تقضي بضرورة توزيع المغنم بالمغرم بحسب نصيب كل شريك في رأسمال الشركة، فنسبة الشريك في الأرباح تحدد وفق نسبة حصته في رأس المال، وذلك بصريح نص الفقرة الأولى من الفصل 1133 من ق ل ع[3].

وإذا كان المشرع المغربي لم يحدد الشكل الذي تؤدى به الأرباح، فإن المشرع الفرنسي نص على أن تؤدى في شكل نقود من حيث المبدأ، ويمكن أن تؤدى في شكل أسهم، (م 18/232).

ويمكن التمييز بين طريقتين في توزيع الأرباح، توزيع الأرباح من الحساب، وتوزيع الأرباح من الفوائد[4].

وإذا كانت المحاسبة الموضوعة في ختام السنة المالية لا تظهر أية أرباح قابلة للتوزيع، فلا يمكن توزيع العوائد بين الشركاء، لأن في ذلك إضرار برأسمال الشركة وتهديدا لوجودها وإضرارا أيضا بحقوق دائني الشركة[5].

والربح الحقيقي وحده يمكن توزيعه بشكل قانوني، وهو ذلك الربح الذي حققته الشركة بشكل فعلي ونص القانون على كيفية توزيعه.

وقد حدد المشرع المغربي الأرباح القابلة للتوزيع في م 1/330 من قانون شركة المساهمة[6]، بأنها الأرباح الصافية للسنة المالية مخصوما منها خسارات السنوات السابقة والمبالغ المخصصة للاحتياطي القانوني والنظامي والاختياري[7]، على أن تضاف إليها الأرباح المنقولة عن السنوات السابقة.

وفي هذا الإطار فإنه بعد التحقق من وجود مبالغ قابلة للتوزيع، تحدد الجمعية العامة الحصة المخصصة للمساهمين والشركاء في شكل أرباح[8]، ومن ثم فإن كل توزيع يتم بمخالفة للمادة 330 يعد أرباحا وهمية[1].

---

[1]. يونس تلمسان : جريمة توزيع أرباح وهمية في إطار شركة المساهمة، م س، ص 27.

[2]. رشيد الحامدي : الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت في قانون شركة المساهمة المغربي، د د ع م ح، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2000 – 2001، ص 12.

[3]. يسين امساعف :الأرباح في الشركة التجارية، مفهومها وإشكالات توزيعها، م س، ص 61.

[4]. فتوزيع الأرباح من الحساب يتم بعد الموافقة على القوائم التركيبية والتحقق من وجود مبالغ قابلة للتوزيع وتحدد الجمعية العامة العادية الحصة المخصصة للشركاء والمساهمين في شكل أرباح. وتوزيع أرباح من الفوائد، فيمنح على التنصيص في النظام الأساسي للشركة وفي غيره من الوثائق على ربح محدد لفائدة المساهمين.

[5]. يسين امساعف :الأرباح في الشركة التجارية، مفهومها وإشكالات توزيعها، م س، ص 62.

[6]. ف 11/232 فرنسي و ف 618 بلجيكي.

[7]. لقد أكد المجلس الأعلى في أحد قراراته بتاريخ 2006/6/7، قرار عدد 620 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 68، ص 120، حيث جاء فيه "*أن القرار الاستئنافي المطعون فيه عندما قضى بتوزيع بين المساهمين جميع الأرباح الصافية دون إمكانية تكوين أي احتياطي اختياري حرم الجمعية العامة من الحق الذي يخولها الفصل 329 باقتطاع جزء من تلك الأرباح لتكوين احتياطي اختياري مما يكون معه القرار المطعون فيه مخالفا للقانون معرضا للنقض.*"

[8]. وهذا ما أكدت عليه المحكمة التجارية بالدار البيضاء في حكم لها بتاريخ 2010/10/26، رقم 10305، ملف رقم 2010/9/5891، غير منشور : "*إن طلب الحصول على أرباح لا يقدم مبدئيا... إلا بعد عقد الجموع العامة السنوية وحصر الميزانية وتحديد الأرباح المحققة والتداول في شأنها وتوزيعها... وأنه تبعا لذلك ولما جرى به*

ونشير إلى أنه، باستثناء حالة تخفيض رأس المال، لا يمكن إجراء أي توزيع للأرباح على الشركاء والمساهمين إذا كانت الوضعية الصافية للشركة، أو يمكن أن تصبح بفعل هذا، التوزيع أقل من مبلغ رأس المال المرفوع بالاحتياطي الذي لا يسمح القانون أو النظام الأساسي بتوزيعه (2/330 ق ش م).

الفقرة الثانية : الركن المعنوي

من أهم الأركان الواجب توفرها في جريمة توزيع أرباح وهمية، القصد الجنائي، بمعنى أن يكون هناك علم تام بغياب الجرد، أو استعمال وسائل جرد تدليسية، توزع على إثره أرباح وهمية. والسؤال الذي يطرح هنا هو هل يجب إثبات توفر القصد أم أنه مفترض؟.

الأصل أن القصد من العناصر التي يجب إثباتها، والملاحظ هنا هو أن صفة المسير في حد ذاتها يمكن أن تكون معيارا لتوفر القصد، لأنه لا يتصور أن توزع أرباحا خيالية بناء على عدم تقديم أي جرد أو بوسائل جرد تدليسية دور علم المسير.

بالإضافة إلى ما سبق فالمشرع جعل من أغلب الجرائم المنصوص عليها في قانون الشركات جرائم إهمال، حيث لم يستلزم فيها توفر القصد، وهذا عكس جريمة توزيع أرباح وهمية الذي نص بشكل صريح على أن هذا التوزيع الوهمي يجب أن يكون قد ثم عن قصد، وهذا بخلاف ما سار عليه المشرع الفرنسي (ف 6/242 ق ت ف) والمشرع البلجيكي (648 ق ش ب).

مع العلم أن قانون الشركات المغربي القديم لم يشترط توفر القصد، وخصص عقوبة النصب لمن ثبت أنه وزع أرباحا صورية في الحالات المذكورة في القانون القديم[2].

وتتحقق جريمة توزيع أرباح وهمية بمجرد توفر القصد الجنائي العام حيث لا يلزم فيها القصد الجنائي الخاص[3]، أي حتى من دون أن يهدف المسير من ذلك إلى تحقيق مصلحة خاصة .

ويبقى للمحكمة أن توضح سوء النية لدى كل واحد من المتابعين، تطبيقا لمبدأ شخصية العقوبة، وأن تأخذ بعين الاعتبار مجموعة من الأمور، كطبيعة المهام التي يزاولها كل متابع داخل الشركة، ودوره في توزيع الأرباح الوهمية، وكذا طبيعة وخطورة أفعال الغش[4].

المطلب الثاني : الجزاءات

لقد قرر المشرع المغربي على غرار نظيره الفرنسي جزاءين لعملية التوزيع غير القانوني للأرباح، أحدهما جنائي **(الفقرة الأولى)** والأخر مدني **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى : الجزاءات الجنائية

فمتى قامت هذه الجريمة بتوفر سائر عناصرها ترتبت المسؤولية الجنائية، وعوقب المخالف بناء على ذلك بالنسبة لشركة ذات المسؤولية المحدودة، بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين (م 107

العمل القضائي من هذه المحكمة من عدم قبول الطلبات الرامية إلى تعيين خبير لتحديد الأرباح، لما في هذا الإجراء من التدخل في شؤون الشركة التي قد لا ترغب في توزيع الأرباح أو تخصصها لوجهة معينة، فإن الطلب غير مقبول."

[1]-Y. Guyon, *Droit des affaires*, op.cit, p 118.

[2]. الفصل 45 الفقرة الثانية من قانون الشركات القديم : " المتصرفين الذين يكونون قد قاموا بتوزيع أرباح صورية دون إجراء أي إحصاء، أو استنادا على إحصاءات احتيالية، يعاقبون بالعقوبة المنصوص عليها لهذه الحالة في البند الثالث من الفصل 15 ضد مديري شركة التوصية بالأسهم." و الفصل 15 /3 : " أن المديرين الدين يقومون بتوزيع أرباح صورية على المساهمين دون إجراء إحصاء، أو استنادا على إحصاءات احتيالية."

[3]. يونس تلمسان : جريمة توزيع أرباح وهمية في إطار شركة المساهمة، م س، ص 30.

[4]. فالي علال : مفهوم رأس المال في شركة المساهمة، م س، ص 430.

ق ش ت)، وبالنسبة لشركة المساهمة بعقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وواضح أن المشرع المغربي شدد من عقوبة هذه الجريمة، مقارنة بباقي الجرائم الأخرى في قانون الشركات، رغم أن التعديل الذي جرى بمقتضى القانون 05-20 المغير والمتمم لقانون 95-17 المتعلق بشركات المساهمة، قد عمل على تخفيض مجموعة من العقوبات للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

وتبقى عقوبة جريمة توزيع أرباح وهمية في القانون المغربي عقوبة مخفضة إذا ما قورنت بالتشريع الفرنسي الذي يعاقب بالحبس خمس سنوات وبغرامة 357.000 أورو (ف 6/242 ق ت ف)، ويلزم بالحكم لزاما بالغرامة والحبس معا. أما المشرع البلجيكي فقد عاقب بالحبس من شهر إلى سنة مع إمكانية الحكم بالغرامة من 50 إلى 10.000 أورو (ف 648 ق ش م).

وقد نبه المشرع في المادتين 376 و 102 من ق ش م، إلى أنه لا تطبق العقوبات التي تنص عليها قوانين الشركات ومنها المواد 385 و 107، إلا إذا كان الفعل التي ينص عليه هذه القوانين لا يقبل تطبيق عقوبة أشد حسب القانون الجنائي[1].

أي بإشارة غير مباشرة يمكن أن تطبق عقوبة النصب، بحيث عقوبة هذه الأخيرة جد مشددة، إذ تصل إلى السجن إلى عشر سنوات (ف 540 ق ج).

الفقرة الثانية : المسؤولية المدنية

بالإضافة إلى المسؤولية الجنائية، لا يمكن إغفال إمكانية قيام المسؤولية المدنية عن الضرر الذي لحق بالغير جراء توزيع هذه الأرباح الخيالية، وتعتبر الشركة أول متضرر من ذلك، لأن هذا التوزيع يضعف قدرتها على التصرف، ويمكن أن يؤدي بالتالي إلى تصفيتها، ويكون الهدف من هذه المسؤولية المدنية التابعة إما تعويض الشركة أو إصلاح الضرر الذي لحق الغير[2].

بحيث يمكن لكل متضرر أن ينتصب كمطالب بالحق المدني في إطار الدعوى المدنية التابعة من أجل تعويضه عن الأضرار التي حلت به، من جراء قيام الشركة بتوزيع جزء من رأسمالها، على أنه أرباح محققة، وذلك بشرط الإثبات.

وحتى في حالة عدم وجود دعوى جنائية، يحق للشريك أو المساهم بمقتضى الدعوى الفردية أو الشخصية، أن يقاضي الشركة بتعويضه عن الضرر اللاحق به، وتتأسس هذه الدعوى حسب الأستاذ محمد الإدريسي العلمي المشيشي على نفس الأحكام المقررة في المسؤولية التقصيرية[3].

ويمكن للشركة أن تطالب المتصرفين المسؤولين جنائيا، بإرجاع المبالغ الموزعة خرقا للقانون، أو على الأقل الأرباح التي حصلوا عليها من هذه العملية، كما يحق لها أن تطالب بتعويضها عن الضرر الذي لحق بها وبسمعتها جراء الأفعال المرتكبة[4].

وقد نص المشرع على إمكانية مطالبة الشركاء بإرجاع ما تسلموه من أرباح غير مطابقة لأرباح مكتسبة بصورة حقيقية سواء في شركة المساهمة أو في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

فتنص المادة 336 من قانون شركة المساهمة على أنه في حالة ما إذا تم التوزيع خرقا لمقتضيات المادتين 330 و 331، وتم إثبات أن المساهمين المعنيين كانوا على علم أو أنه ما كان لهم ليجهلوا بحكم الظروف بكون التوزيع غير قانوني، فيجب على المساهمين إرجاع تلك الأموال.

---

[1]. محمد أعظية : الحماية الجنائية لمصالح الشركاء في الشركات التجارية، م س، ص 159.

[2]. سعاد بنور : مسؤولية مسير شركة الشريك الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، ص 163.

[3]. محمد الإدريسي العلمي المشيشي : تقرير حول حق المساهم في مقاضاة الشركة، مجلة المحاكم المغربية، عدد 91، 2001، ص 17.

[4]. فالي علال : مفهوم رأس المال في شركة المساهمة، م س، ص 423.

ويلاحظ من خلال ذلك، أن هذه المادة لا تشترط في هؤلاء المساهمين سوء نية. وبالرغم من ذلك يمنع على الشركة مطالبة المساهمين الذين لم يكن لهم علم بطبيعة الأرباح الموزعة أو حسني النية[1]، كما يلاحظ أنها قصرت حق مطالبة المساهمين بإرجاع الأرباح على الشركة فقط، ولم تمدده إلى كل ذي مصلحة في ذلك[2].

وقد تم التنصيص على هذا المقتضى في الفصل 350 من القانون الفرنسي 24 يوليوز 1966، والذي أصبح بموجب قانون 15 ماي 2001 هو L 232-17[3] والذي أتى ردا على الحكم الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 3 مارس 1863 الذي قضى بإمكانية مباشرة دعوى الاسترداد في مواجهة جميع المساهمين بدون تمييز بين من كان منهم حسن النية أو سيئها.

ونفس المقتضى نصت علية المادة 84 من قانون باقي الشركات التجارية، إلا أنها أضافت أن دعوى الاسترجاع تتقادم بمرور خمس سنوات على عرض الأرباح للتوزيع.

[1]. وهو نفس موقف المشرع الفرنسي والانجليزي، بحيث جاء في قانون الشركات الإنجليزي لسنة 1980 على أنه يجوز للشركة استرداد ما تم توزيعه على المساهمين الذين علموا أو كانت لديهم أسباب مقنعة للاعتقاد بأن الأرباح قد دفعت عن طريق مخالفة القواعد النظامية التي تحكم توزيع الأرباح، وعلى خلاف هذا التوجه نجد المشرع السعودي والأردني، اللذين اعتبرا أن لدائني الشركة حق مطالبة كل شريك برد الأرباح الوهمية التي قبضها ولو كان حسن النية.

[2]. على خلال توجه التشريع المغربي والفرنسي، يمنح نظام التشريع السعودي و كذا النظام الأمريكي، الحق للدائنين في رفع دعوى مباشرة ضد أعضاء مجلس الإدارة لإرجاع الأرباح الموزعة على المساهمين، بشرط أن يكون دينه ثابتا في ذمة الشركة، وخاليا من كل نزاع.

[3]- **Article L232-17 Code de commerce :** *« La société ne peut exiger des actionnaires ou porteurs de parts aucune répétition de dividendes, sauf lorsque les deux conditions suivantes sont réunies :*

***1°-** Si la distribution a été effectuée en violation des dispositions des articles L. 232-11, L. 232-12 et L. 232-15 ;*

***2°-** Si la société établit que les bénéficiaires avaient connaissance du caractère irrégulier de cette distribution au moment de celle-ci ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances.* »

التعرض على مطلب التحفيظ: إشكال الاختصاص القضائي

إدريسي قيطوني مهدي

ماستر في القانون المدني

التعرض على مطلب التحفيظ إجراء إداري لمطالبة قضائية باستحقاق حق عيني موضوعه عقار في طور التحفيظ.

وخصوصية الشق المتعلق بالمطالبة القضائية جلية في ظهير التحفيظ العقاري ، خصوصية أكدها العمل القضائي سواء من حيت انعقاد الاختصاص لمحكمة التحفيظ [1]، أو من حيث آليات البت و صلاحيات المحكمة ، إلا أننا سوف نقتصر البحث في الجوانب المرتبطة بانعقاد الاختصاص لمحكمة التحفيظ حيث سوف نبلور ذلك في شقين، نخصص الأول منهما لكيفية وضع محكمة التحفيظ يدها على الخصومة واختصاص هذه المحكمة (المبحث الأول) على أن نتطرق بعد ذلك في الشق الثاني لنطاق خصومة التحفيظ وانعكاسها على صلاحيات المحكمة عند البت في تلك الخصومة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : انعقاد الاختصاص النوعي لمحكمة التحفيظ

إن تحديد نطاق اختصاص محكمة التحفيظ يتطلب بداية تحديد طبيعة الاختصاص القضائي لقاضي التحفيظ العقاري، وهو يبت في ملف التعرض المحال عليه من طرف المحافظ، هذا الملف يضفي على اختصاص محكمة التحفيظ الصفة الاستثنائية عندما تنظر نزاعا يتعلق بالتعرض على مطلب التحفيظ الأمر الذي يستدعي تحديد بداية هذا الاختصاص، ولهذا التحديد أهمية في معرفة متى تنتهي صلاحية المحكمة العادية للنظر في النزاعات المتعلقة بالعقارات التي توجد في طور التحفيظ، على أن نتطرق قبل ذلك لكيفية وضع المحكمة يدها على دعاوى التحفيظ العقاري.

---

[1] مصطلح محكمة التحفيظ أو المحكمة العقارية نجد له أصل في العمل القضائي و يقصد به المحكمة التي تبت في القضايا المتعلقة بالتحفيظ العقاري في مجمله على إثر إحالة مطلب التحفيظ عليها من طرف المحافظ العقاري للبت في مدى صحة تعرض ضد مطلب تحفيظ، ومن هذا العمل القضائي على سبيل المثال لا الحصر : قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 85/2/13 تحت عدد 364ملف مدني 83291 منشور بمجلة ق م أ في التحفيظ خلال أربعين سنة جاء فيه :" يقرر ظهير التحفيظ مبدأ التقاضي على درجتين مهما كانت قيمة العقار ولم يستثن من هذه القاعدة أية حالة .إذا كانت محكمة التحفيظ غير مؤهلة للبث إلا فيما يدعي به المتعرضون ضد طالب التحفيظ دون ما قد يدعي بهي المتعرضون فيما بينهم فليس في هذه القاعدة ما يتخذ كأساس لإلغاء التقاضي على درجتين والقول بأنه لا يجوز لأحد المتعرضين أن يستأنف الحكم الابتدائي ضد المتعرض الآخر وضد طالب التحفيظ الذي قبل الحكم الابتدائي " ، وفي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 2004/11/30 تحت رقم 947/04 "قرار غير منشور":" وحيث أنه من القواعد العامة أن التعرض لا يوجه إلا ضد طالب التحفيظ لا ضد التعرض الأخر و حيث أن محكمة التحفيظ تقتصر صلاحيتها في البت في العلاقات المتعارضة بين أصحاب مطلب التحفيظ من جهة و أصحاب تعرض على هذا المطلب ، وحيث أن الاستئناف الفرعي قدم من ذوي حقوق القائد إبراهيم بن الحسن زهاني اتجاه متعرضين آخرين على نفس المطلب وهم ورثة بوعزة بن إدريس الخطاب وابن عمهم عبد القادر شيان بن بوشتى، لا ضد طلاب التحفيظ الأصليين ...وحيث ان الاستئناف الفرعي تبعا لذلك مقدم ضد غير ذي صفة وفي غير محله المعمول به مما يبرر القول بعدم قبوله وتحميل أصحابه الصائر" و في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالبيضاء بتاريخ 1980/07/31 تحت عدد 339 في الملف العقاري عدد 11/83 منشور بدراسات قضائية لمحمد بفقير الجزء الأول ص 135 وما يلها :" لا يجوز للمحكمة العقارية أن تنظر في دعوى موضوعها عقار في طور التحفيظ مادام المحافظ لم يحل الملف على المحكمة المختصة فلا يصح إقامة أي دعوى من شأنها أن تغير وضعية العقار "[1] .

قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 229 بتاريخ 68/05/15 منشور في مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية الجزء الأول ص591 وما يلها " طلب إدخال البائع في دعوى كضامن لما باع يخرج عن نطاق اختصاص المحكمة العقارية ، التي لا تنظر إلا في المنازعات المتعلقة بالتحفيظ والتي يحيلها عليها المحافظ على الأملاك العقارية "

المطلب الأول : إحالة ملف مطلب التحفيظ على المحكمة.

تبتدئ الخصومة أمام القضاء بمقال افتتاحي للدعوى أما خصومة التحفيظ فهي استثناء عن تلك القاعدة حيث تبتدئ بإحالة ملف مطلب التحفيظ من المحافظ العقاري على المحكمة المختصة، هذا الملف يتضمن إلزاما : طلب التحفيظ والوثائق المدعمة له ، التعرض والوثائق المدعمة له (كأمر لازم بعد تعديل الفصل 32 بمقتضى القانون 14.07 فلم يعد للمحافظ صلاحية قبول تعرض غير مرفق بما يؤيده من وثائق) محضر التحديد وخريطة العقار موضوع مطلب التحفيظ ، وتماشيا مع الفصل 24 في صيغته الجديدة الإيداعات التي تم تضمينها بمطلب التحفيظ إذا ما كانت موضوع تعرض ، وكذلك المراسلات والوثائق المرتبطة بعملية الشهر القانوني و كل ما من شأنه إفادة المحكمة من وثائق بملف مطلب التحفيظ.

الفقرة الأولى : عدم إلزامية شكلية الإنذار بعد تعديل الفصل 25 ظ ت ع بمقتضى القانون 14.07 بالنسبة لمؤيدات التعرض فقط

تجدر الإشارة أن المحافظ لم يعد ملزم في ضل القانون الجديد بإنذار المتعرض بإيداع الوثائق المؤيدة لتعرضه ودلك قبل أن يعمل على إحالة ملف مطلب التحفيظ على المحكمة للبث في التعرض، هذا المقتضى الذي أتى به ظهير 1954 لطالما تسبب في تأخير وأحيانا تعطيل عملية إحالة ملف مطلب التحفيظ على المحكمة قصد البت في التعرض لعدم توصل المعنيين بالأمر بهذا الإنذار، مما دفع المشرع إلى تعديل الفصل 25 بمقتضى قانون 14.07 حيث على المحافظ الآن إحالة ملف مطلب التحفيظ على المحكمة المختصة داخل أجل ثلاثة أشهر الموالية لانصرام الأجل المحدد في الفصل 23 دون حاجة إلى الشكلية المتمثلة في الإنذار السالف ذكره، وهذا تماشيا مع الفقرة 3 للفصل 25 والفقرة الأولى للفصل 32 بعد التعديل، ولما كان فرض قبول التعرض دون وثائق مدعمة له لم يعد ممكنا إذ التعرض المقدم على هذه الحالة يصبح لا غيا بقوة القانون بمقتضى التعديل والتتميم الذي أدخله القانون 14.07 على هاته الفصول فيصبح بذلك إنذار المتعرض خاصة لهذا الغرض أمرا عبثيا.

اما بخصوص أداء الرسوم القضائية وحقوق المرافعة فشكلية اندار المتعرض مستمدة من الاحكام الملحقة لقانون المالية لسنة 1984تحديدا الفصل 30 ، حيت يوجب على المحافظ توجيه اعدار للمتعرض لأداء الرسم المنصوص عليه في اجل لا يمكن ان يقل عن شهر.

تبعا لما سبق فرغم كون الفقرة الأولى من الفصل 32 من ظ ت ع تقضي بكون التعرض يعتبر لا غيا وكأن لم يكن، إذا لم يقدم المتعرض خلال الأجل المنصوص عليه في الفصل 25 (أي قبل انصرام الشهر الموالي لانتهاء أجل التعرض) الرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضه، ولم يؤد الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو لم يثبت حصوله على المساعدة القضائية، فإن جزاء إلغاء التعرض قاصر على عدم تقديم مؤيدات التعرض وليس الرسوم القضائية وحقوق المرافعة ، مالم تتم شكلية الاعدار المنصوص عليها في الاحكام الملحقة لقانون المالية لسنة 1984 كما سلف تبيانه.

وبرجوعنا إلى الفصل 23 من ظ ت ع نجد مقتضى جديد وهام بخصوص هاته النقطة وهو تحديد أجل للإحالة على المحكمة.

الفقرة الثانية : تحديد أجل إحالة مطلب التحفيظ موضوع تعرض على المحكمة المختصة.

تبعا للفصل 32 من ظ ت ع الفقرة الأخيرة منه، حدد المشرع للمحافظ أجلا عليه أن يحيل فيه ملف مطلب التحفيظ موضوع التعرض على المحكمة المختصة قصد البت في التعرض وحدده في ثلاثة أشهر الموالية لانصرام الأجل المنصوص عليه في الفصل 23، ولقد رأى أحد الباحثين في ذلك [1] إحالة لم تكن موفقة لأن المقصود هو الأجل المنصوص عليه في الفصل 24 وهو حسب تعبيره ما جاء صريحا عندما سن المشرع نفس الأجل لاتخاذ قرار التحفيظ في حالة سلامة الإجراءات وشرعية الطلب وكفاية الحجج وعدم وقوع أي تعرض "الفصل 30" .

[1] الدكتور أحمد أجعون : المقتضيات الجديدة المتعلقة بالتعرض على مسطرة التحفيظ .مقالة منشورة بمجلة الحقوق سلسلة "الأنظمة و المنازعات العقارية" الإصدار السادس , ماي 2012 ص 45 و ما يلها.

وحقيقة الأمر أن إحالة المشرع على الفصل 23 ينبغي أن يستوقفنا، ذلك أن هذا الفصل يتعلق بإجراء نشر إعلان مفاده أن تحديد العقار موضوع مطلب التحفيظ قد تم ،وابتداء من تاريخ هذا النشر حسب الفصل 24 لم يعد للغير سوى شهرين لتقديم تعرضهم ، وتبعا للفقرة الثالثة من الفصل 25 للمتعرض أجل شهر من تاريخ انتهاء التعرض لتقديم المستندات وأداء الوجيبة القضائية تحت طائلة إلغاء تعرضه ، فهذه ثلاثة أشهر تكون قد مرت عن الأجل المنصوص عليه في الفصل 23 تكون يد المحافظ فيها مغلولة عن إحالة الملف إلى المحكمة لذلك ينبغي فهم عبارة - الأجل المنصوص عليه في الفصل 23 – هو أجل الشهرين المتبقية لتقديم التعرض وبالتالي لن يبتدئ أجل الثلاثة أشهر المفروض على المحافظ إحالة مطلب التحفيظ داخله إلى المحكمة إلا بعد انتهاء أجل التعرض مع أخذه بعين الاعتبار مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 25 وكذلك الخصوصية الإجرائية على المستوى الإداري للتعرض المتبادل والتعرض الانعكاسي حيث عليه إحالة الملفات المرتبطة في آن واحد إلى المحكمة المختصة، ولن يتأتى له ذلك إلا بصيرورتها جميعا جاهزة لهذه الإحالة، ودلك بانصرام أجل التعرض والشهر الموالي له الممنوح للمتعرض قصد أداء الوجيبة القضائية وحقوق المرافعة [1]والإدلاء بالوثائق المؤيدة لتعرضه "الفصل 25 ض تح ع"إن لم يكن قد سبق له وأن قام بدلك، في جميع مطالب التحفيظ المرتبطة فيما بينها بتعرض متبادل أو انعكاسي.

المطلب الثاني: طبيعة اختصاص محكمة التحفيظ.

انطلاقا من مقتضيات الفصل 37 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميه بمقتضى القانون 14 .07 ، تتحدد طبيعة الاختصاص الأصلي لقاضي التحفيظ العقاري في الفصل في التعرض المحال عليه من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، حيث نص الفصل المذكور في فقرته الثانية : " وتبت المحكمة في وجود الحق المدعى به من قبل المتعرضين ونوعه ومحتواه ومداه وتحيل الأطراف فصل العمل بقرارها على المحافظ ..." وتبعا لذلك فضور محكمة التحفيظ قاصر على البت في التعرض أو الإشهاد على طرفي النزاع للصلح الواقع بينهما أثناء جريان المسطرة، ولم تعد له تلك الصلاحية المتمثلة في البت في مزاعم طالب التحفيظ على إثر التعديل بمقتضى ظهير 24 شتنبر 1917 الذي طال الفصل 32 من ظهير التحفيظ العقاري لسنة 1913 في صيغته الأصلية التي كانت تمنح هذه الصلاحية لمحكمة التحفيظ[2].

ذلك هو الاختصاص الأصلي لمحكمة التحفيظ العقاري، يضاف إليه اختصاص تابع نص عليه الفصل 48، ويتعلق الأمر باختصاص محكمة التحفيظ بالحكم بغرامات وتعويضات عن كل مطلب أو تعرض تعسفي صادر عن سوء نية.

الفقرة الأولى: الاختصاص الأصلي لمحكمة التحفيظ.

إن نطاق الاختصاص الأصلي لمحكمة التحفيظ في إطار الفصل في التعرض يتحدد في البث في الدعاوى التي صيغت في شكل تعرض بمفهوم المادة 24 من ظهير التحفيظ العقاري، وهو تبعا لذلك اختصاص مطلق، حيث لها وحدها النظر في كل دعوى عينية عقارية موضوعها عقار في طور التحفيظ، كما لها النظر تبعيا في كل المنازعات ذات الطابع الشخصي المرتبطة ارتباطا وثيقا بالحق العيني موضوع التعرض

•اختصاص محكمة التحفيظ بالنظر في الدعاوى العينية المنصبة على عقار في طور التحفيظ.

المقصود بمحكمة التحفيظ هي تلك الهيئة التي تنظر في نزاع أحيل على المحكمة من طرف المحافظ على الأملاك العقارية إثر تعرض قدم أمامه أثناء جريان المسطر الإدارية للتحفيظ، حيث لها الاختصاص للبت في كل مطالبة بحق عيني على عقار في طور

[1] وفي فرضية تقديم تعرظ مرفق بمؤيداته لكن غير مؤدى عنه الوجيبة القضائية و حقوق المرافعة فليس للمحافظ إحالته على حاته هده بل يلزمه اعدار المتعرض لأداء الرسم في اجل لا يمكن ان يقل عن شهر.

[2] Jacques Caille La Procedure Judiciaire De L'immatriculation Foncier Au Maroc . P 71 , 72 .

التحفيظ، وذلك ما أكد قرار لمحكمة الاستئناف بالبيضاء: " لا يجوز للمحكمة العقارية أن تنظر في دعوى موضوعها عقار في طور التحفيظ مادام المحافظ لم يحل الملف على المحكمة المختصة فلا يصح إقامة أي دعوى من شأنها أن تغير وضعية العقار[1]. "

ذلك أن التعرض هو الوسيلة الوحيدة للمطالبة بحق عيني من قبل الغير منازعا طالب التحفيظ، جاء في قرار آخر:" جميع الدعاوى المتعلقة بعقار في طور التحفيظ ومنها دعاوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة يجب أن تصاغ في شكل تعرض عملا بمقتضيات الفصلين 24 و32 من ظهير 1913/08/12" .[2]

ومن أهم تطبيقات هذه القاعدة دعوى الشفعة، وهو ما أكدته مدونة الحقوق العينية في الفصل 305، بعد أن كانت هده الدعوى مثار جدل فقهي وقضائي حول مدى إلزامية تقديم طلب الشفعة في شكل تعرض من عدمه ، ذلك أن العديد من الأحكام بتت في موضوع شفعة منصبة على عقار في طور التحفيظ مع العلم أنها ليست محكمة التحفيظ بمفهوم السالف تبيانه بناء على دعوى للمطالبة بالشفعة، فلما كانت دعوى الشفعة هدفها هو المطالبة بحق عيني منصب على عقار في طور التحفيظ لزم تبعا للقواعد المبدئية المسطرة سالفا ذكرها، أن تتم على شكل تعرض فليس للمحكمة أن تنظر فيها في غياب هذه الشكلية.

فهذا النص الجديد أتى ليؤكد هده القاعدة منهيا أي جدل قانوني بهذا الخصوص [3]، وبهذا الخصوص قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1998/04/22: " إن هناك فرقا من حيث الآثار القانونية بين التعرض على مطلب التحفيظ المنصوص عليه في الفصل 24 وما بعده من الظهير الشريف الصادر في 1913/08/12 بشأن التحفيظ العقاري ونظام الإيداع المنصوص عليه في الفصل 84 منه الذي لا يقتضي – كما هو الحال في التعرض – إحالة أي نزاع على المحكمة للبت فيه وإنما يكون على المحافظ أن يقيد موضوعه بوقته في التاريخ عند إنشاء الرسم العقاري ، والشفيع بالتالي لا يكون ملزما برفع دعواه إلى قاضي التحفيظ إلا إذا كان هناك نزاع ناشئ عن تعرض على مطلب التحفيظ تجاوز مرحلته الإدارية ، والمحكمة كانت على حق عندما ميزت بين التعرض والإيداع واعتبرت أنها مختصة للبث في طلب الشفعة " [4] ، المجلس الأعلى في قراره هدا أسس الاختصاص المحكمة العادية للبت في طلب شفعة حق تم الإعلان عنه تبعا للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري أي إيداع على كون هذا الأخير لا يمكن أن يكون موضوع تعرض حتى ينعقد الاختصاص لمحكمة التحفيظ ، نفس التأسيس يمكن الاعتماد عليه الان للقول بانعقاد الاختصاص لمحكمة التحفيظ للبت في طلب الشفعة المنصب على حق وقع الإعلان عنه بإيداعه طبقا للفصل 84 بعد أن أصبحت آلية الشهر هذه من صور أو حالة التعرض المنصوص عليها في الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري بعد تعديله وتتميمه بمقتضى القانون 07.14.

وتتميما لما سبق من باب أولى القول بانعقاد هذا الاختصاص القطعي لمحكمة التحفيظ عند طلب استشفاع من يد طالب التحفيظ ويتحقق ذلك في صورتين:

<u>الصورة الأولى :</u> كما لو اشترى غير على عقار غير محفظ واجبا مشاعا لأحد الشركاء على الشياع به، ثم تقدم بمطلب تحفيظ باعتباره شريكا في الملك هنا لباقي الشركاء استشفاع نصيبه من الملك " الفقرة الثالثة من الفصل 10 ظهير التحفيظ العقاري."

---

[1] قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالبيضاء بتاريخ 1980/07/31 تحت عدد 339 في الملف العقاري عدد 11/83 منشور بدراسات قضائية لمحمد بفقير الجزء الأول ص 135 وما يليها .

[2] قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 86/03/11 في ملف عدد 84/110,وهو ما أكده قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 1987/03/31 " العمل القضائي مستقر على أن جميع الدعاوى المتعلقة بعقار في طور التحفيظ يعود النظر فيها إلى قاضي التحفيظ وحده " قرار عدد 87/331 منشورين بمجلة المحاماة عدد 8 ص 127 وما يليها.

3ينبغي التنبيه إلى أن عدم التناسق بين مجموع النصوص المنظمة للتعرض وخصوصيات دعوى الشفعة يطرح إشكالات عملية ذات ارتباط بالآجال سواء أجل التعرض أو أجل ممارسة حق الشفعة ، ما من شأنه أن يعيق المقدم على الشفعة عن ممارسته لحقه ، خاصة إذا كان المشفوع من يده متدخلا في مسطرة التحفيظ بناء على الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري، دلاك أن الإيداع غير مربوط بأجل بينما التعرض و ممارسة حق الشفعة مربوطان بأجل، و إدا ما تم الإيداع بعد إحالة الملف على محكمة التحفيظ فإن التعرض على إيداع لاحق قصد استشفاعه يستحيل تبعا للفصل 29 ظ تح ع ، ما دامت الإحالة على المحكمة مانع من قبول تعرض خارج الأجل.

[4] قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 98/04/01 تحت عدد 2234 في الملف المدني عدد 93/3432 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53 و 54 ص 118 وما يليها .

والصورة الثانية : كما لو اكتسب غير حق على عقار في طور التحفيظ وقام بإعلانه تبعا للفصل 83 من ظهير التحفيظ العقاري، فإنه يتخذ صفة طالب للتحفيظ وبالتالي ينعقد الاختصاص القطعي لمحكمة الحفيظ للبت في طلب استشفاع هذا الحق على أن يصاغ في شكل تعرض.

الفقرة الثانية : الاختصاص التبعي لمحكمة التحفيظ.

سبقت الإشارة إلى وجوب سلوك مسطرة التعرض للتدخل في مسطرة التحفيظ، وممارسة حق التعرض ضد المطلب يؤدي حتما إلى إطالة المسطرة إذ يوجب على المحافظ إحالة ملف التحفيظ على المحكمة، لتنطلق بذلك المسطرة القضائية للتحفيظ والتي قد تطول من حيث المدة فيتضرر طالب التحفيظ جراء ذلك.

ونظرا لكون الحق في التعرض على مطلب التحفيظ أو بعبارة أخرى الحق في التقاضي لا ينبغي أن يتحول إلى وسيلة بأيدي ذوي النوايا السيئة للإضرار بالغير بجرهم إلى المنازعات القضائية وكذا تضييع وقت وجهد وإمكانيات القضاء ، لأجل ذلك عمد المشرع من خلال الفصل 48 من ظهير التحفيظ العقاري إلى إقرار جزاء عن تقديم التعرض بسوء نية إذ نص الفصل المذكور بعد تعديله وتتميمه بمقتضى القانون 14.07 على ما يلي : " كل مطلب للتحفيظ أو تعرض ثبت صدوره عن تعسف أو كيد أو سوء نية يوجب ضد صاحبه غرامة لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية لا يقل مبلغها عن 10 % من قيمة العقار أو الحق المدعى به والكل دون المساس بحق الأطراف المتضررة في التعويض، إن المحكمة التي أحيل عليها مطلب التحفيظ لها صلاحية الحكم تلقائيا بالغرامة والبت عند الاقتضاء في طلبات التعويض"[1] .

وبذلك يكون المشرع قد منح لمحكمة التحفيظ وهي تنظر في التعرض اختصاصا تبعيا يتمثل في صلاحيتها للحكم بغرامة على المتعرض سيء النية – النقطة الأولى – وكذلك النظر في الطلبات الرامية إلى تعويض الأطراف المتضررة – النقطة الثانية-

• اختصاص محكمة التحفيظ للحكم بالغرامة المنصوص عليها في الفصل 48.

بإقرار المشرع للجزاء المتمثل في الحكم بغرامة ضد المتعرض يكون قد أضاف استثناء للاستثناءات التي واجه فيها المتقاضي بسوء نية بجزاء قانوني[2]، لكون مبدأ التقاضي بحسن نية يظل من قبيل المبادئ الأخلاقية يرجع الالتزام بها إلى ضمير المتقاضي.[3]

من خلال الفصل 48 من ظ ت ع في صيغته الجديدة بعد تعديله وتتميمه بمقتضى القانون 14.07 ، على المحكمة الحكم تلقائيا بالغرامة ضد المتعرض الذي ثبت لديها صدور تعرضه عن تعسف أو كيد أو سوء نية[4] ، كما جعل هده الغرامة لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري و الخرائطية ورفعها بشكل ملحوظ بتحويلها من غرامة جزافية تتراوح بين 10 دراهم و 1000 درهم إلى غرامة نسبية تتمثل في 10% من قيمة العقار – إذا كان التعرض كليا - أو الحق المدعى به، متوخيا الحد من التعرض الكيدي الذي يؤثر سلبا على سياسة تعميم التحفيظ العقاري.

ينبغي التنبيه أن هذه الغرامة ليس لها طابع جنائي مادامت ليست مقررة كعقوبة لخرق نص جنائي، بل هي غرامة مستحقة للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري و الخرائطية إما بناء على طلب أو تلقائيا من المحكمة، وهو اختصاص تنفرد بهي محكمة التحفيظ بصريح المادة 48 من ظ تح ع[5].

---

[1] في النص الأصلي للفصل 48 من ظهير التحفيظ العقاري لسنة 1913 كانت الغرامة يواجه بها فقط المتعرض دون طالب التحفيظ وكانت محدد في 100 فرنك فرنسي تم عدلت لتصبح ما بين 100 و 10.000 فرنك فرنسي بمقتضى ظهير 25 أكتوبر 1916 ولم يتم التنصيص على طالب التحفيظ إلا مع التعديل الذي طال هذا الفصل بمقتضى ظهير 2 ماي 1917

[2] من هذه الاستثناءات ما جاء في الفصول 164 و 305 و 407 و 376 من ق م م . أنظر في هذا الموضوع ذ/ عبد اللطيف التجاني : بعض عيوب و ثغرات المسطرة وآثارها على سرعة البث والتنفيذ في المادة المدنية ، مجلة الإشعاع العدد 22 دجنبر 200 ص 26

[3] الدكتور المصطفى الكيلة ,أطروحته لنيل الدكتوراه في القانون الخاص في موضوع خصوصية المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري .ص210.

[4] ينبغي التنبيه أن قضاء المحكمة بعدم صحت التعرض لا يكفي للقول بسوء نية المتعرض أو تعسفه فيه وتغريمه لدلك، بل علها البحت في مدا سوء نيته و تعسفه مادام الأصل في التقاضي أنه يتم بحسن نية.

[5] Jacques Caille , ouvr . cite ,p 93.

• صلاحية محكمة التحفيظ للبث تبعيا في طلبات التعويض.

هذه صلاحية مخولة لمحكمة التحفيظ باعتبارها متوفرة على ما من شأنه أن يكون قناعتها بخصوص مدى سوء نية المتعرض، وبالرجوع للفقرة الثانية من الفصل 48 من ظ ت ع يتبين لنا أن المشرع قد منح هذا الاختصاص لمحكمة التحفيظ مستعملا عبارة "عند الاقتضاء" مما يدل على عدم نزع هذا الاختصاص من المحاكم العادية، وهذا يتماشى مع الرأي السائد فقها الذي يخول لطلب التحفيظ المتضرر من التعرض أن يلجأ إلى المحاكم العادية للمطالبة بالتعويض تبعا لقواعد المسؤولية المدنية، بعد صيرورة حكم محكمة التحفيظ القاضي بعدم صحة التعرض حائزا لقوة الشيء المقضي به.

المطلب الثالث: تنازع الاختصاص بين قضاء التحفيظ والقضاء العادي.

ينتج عن الاختصاص القطعي لمحكمة التحفيظ نزع الاختصاص عن القضاء العادي، غير أن التساؤل المطروح هو منذ متى يصبح هذا الأخير غير مختص في النزاعات العينية المنصبة على عقار في طور التحفيظ ، هل منذ تقديم مطلب التحفيظ أم منذ إحالته على المحكمة المختصة للبت في التعرض ؟ ومن جهة أخرى نتساءل عن مآل الدعاوى العينية العقارية الرائجة أمام المحاكم العادية عند انعقاد الاختصاص لمحكمة التحفيظ.

الفقرة الأولى : إشكال بداية اختصاص قضاء التحفيظ العقاري.

بالرجوع إلى ظ ت ع وكذا التشريعات المرتبطة به خصوصا القرارات الوزارية لسنة 1915 نصطدم بسكوت المشرع حول هذا الإشكال، هذا الفراغ التشريعي أدى إلى تضارب فقهي أكثر منه قضائي بخصوص تاريخ انعقاد الاختصاص لمحكمة التحفيظ، فالقضاء شبه متفق على أن هذا الاختصاص لا ينعقد إلا من تاريخ إحالة مطلب التحفيظ على المحكمة للبت في التعرض، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/09/20 تحت عدد 90/26 في الملف عدد 05/3335 قضى فيه: " ... لا يوجد ما يمنع سلوك مسطرة أمام القضاء للمطالبة بحق طالما أن ملف التحفيظ لا يزال في طور المسطرة الإدارية بالمحافظة العقارية " [1] وفي قرار آخر حديث نسبيا صادر بتاريخ 21 يونيو 2011 في الملف المدني عدد 3801 /2010/3/1 عدد 2946 :" ... إن جريان المسطرة الإدارية لتحفيظ العقار لا تمنع طالب التحفيظ من إقامة أي دعوى لحماية ملكه أو المطالبة باستحقاقه في مواجهة الغير، مادام المحافظ على الأملاك العقارية لم يحل ملف التعرض على المحكمة[2]" .

أما على مستوى الكتابات الفقهية التي تطرقت لهذا الإشكال نجد اختلافا لوجهات النظر، فجانب من الفقه يرى بأن محكمة التحفيظ ينعقد لها الاختصاص المطلق للنظر في جميع النزاعات المرتبطة بالحقوق العينية التي تمس العقار في طور التحفيظ مند وضع مطلب التحفيظ أمام المحافظة العقارية [3] ،وفي المقابل ذهب جانب آخر من الفقه أن مجرد وضع مطلب التحفيظ أمام المحافظة العقارية لا ينهي اختصاص القاضي المدني للبت في القضية ولكن الذي ينهي هذا الاختصاص هو إحالة الملف من طرف المحافظ على الأملاك العقارية على كتابة ضبط المحكمة الابتدائية على إثر قبول المحافظ تعرض ضد المطلب المذكور[4].

فالرأي الأول يعتبر أن الذي ينهي اختصاص القضاء العادي للنظر في الدعاوى العقارية المنصبة على عقار في طور التحفيظ هو وضع مطلب التحفيظ لدى المحافظة العقارية، والرأي الثاني يعتبر أن اختصاص القضاء العادي يستمر إلى حين إحالة الملف على المحكمة المختصة.

---

[1] منشور بمقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى ص 24

[2] منشور بمجلة ملفات عقارية عدد1 سنة 2012 ص 67 وما يليها .

[3] Jacques Caille , ouvr . cite ,p81.

[4] محمد المنتصر الداودي ، مقارنة بين اختصاصات المحافظ على الملكية العقارية وقاضي التحفيظ العقاري على ضوء النصوص القانونية والاجتهادات القضائية ، مقال منشور بالذكرى الثمانون لنظام التحفيظ العقاري حصيلة وآفاق 1913.1993 ص 137

ونحن نكتفي بالإجابة على هذا التساؤل بربطه بمبادئ التحفيظ العقاري ذات الصلة تحديدا المبدأ القاضي بأن أي مطالبة بحق عيني على عقار في طور التحفيظ يجب أن تقدم في شكل تعرض وأن محكمة التحفيظ هي صاحبة الاختصاص للبث فيه، وبالتالي ليس لمن يدعي حقا عينيا على عقار في طور التحفيظ أن يستغني على التعرض كإجراء يضمن له حقه في التقاضي أمام محكمة التحفيظ، مادامت هده الأخيرة ملزمة بمطلب التحفيظ كما أحيل عليها من طرف المحافظ كمبدأ آخر من مبادئ التحفيظ، إذا ما سلمنا بذلك كيف لنا القول بانعقاد الاختصاص للقضاء العادي للبت في ما هو من اختصاص قضاء التحفيظ ، لذا نقول بأن الاختصاص ينعقد لمحكمة التحفيظ منذ صيرورة العقار موضوع النزاع في طور التحفيظ.

تبعا لما سبق "لطالب التحفيظ " المدعى عليه أمام المحكمة التي تنظر في دعوى من اختصاص محكمة التحفيظ أن يدفع بعدم اختصاصها النوعي، وإحالة الملف على محكمة التحفيظ بعد أن تضع يدها على ملف مطلب التحفيظ، في فرضية كون المدعي قد قدم تعرضه بخصوص ما يدعيه في المرحلة الإدارية للتحفيظ وإلا يكون قد فوت عليه إمكانية عرض ما يدعيه على القضاء.

الفقرة الثانية: مآل الدعاوى العقارية المنصبة على عقار غير محفظ بعد انعقاد الاختصاص لمحكمة التحفيظ.

وحيث ثبت لدينا مما تقدم أن محكمة التحفيظ هي صاحبة الاختصاص للنظر في كل منازعة عينية منصبة على عقار في طور التحفيظ وينعقد لها هذا الاختصاص منذ وضع فتح مطلب، فيترتب عن ذلك أن الدعاوى الرائجة أمام المحاكم العادية ينبغي أن تتوقف منذ تاريخ فتح المطلب لدى المحافظة العقارية ولا يمكنه مواصلتها مجددا إلا إذا كانت نتيجة مسطرة التحفيظ رفض أو إلغاء مطلب التحفيظ من لدن المحافظ، ولقد قضى المجلس الأعلى في هذا الاتجاه حيث قرر: " إن المحكمة التي عللت رفضها الاستمرار في إيقاف البت في قضية الشفعة إلى حين صدور قرار المجلس الأعلى في دعوى التحفيظ بعلة أنه ليس في فصول ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري ما يوجب إيقاف البت إلى حين إنهاء النزاع المتعلق بالتحفيظ يعتبر تعليلا فاسدا لخرقهم مقتضيات الفصل 361 ق.م.م. "[1]، هنا نتساءل عن فرضية صدور حكم وصيرورته قابلا للتنفيذ قبل فتح مطلب التحفيظ ما هي صلاحيات المحافظ إزاء هذا الحكم ؟ نجيب عن ذلك بتأكيدنا أن الدور الوحيد الذي قد يلعبه هذا الحكم في المسطرة الإدارية للتحفيظ هو كمستند مدعم إما لمطلب التحفيظ أو لتعرض عليه فليس للمحافظ أن يعتمد عليه لرفض أو إلغاء التعرض ولو كان هناك اتحاد في الموضوع والأطراف، إذ فقط الأحكام الصادرة عن محكمة التحفيظ بالمفهوم ووفق الكيفية السالف تبيانها يمكن للمحافظ أن يعتمد عليها لاتخاذ قرار إلغاء مطلب التحفيظ أو التعرض[2].

المبحث الثاني : نطاق خصومة التحفيظ يتحدد أمام المحافظ العقاري.

تتقيد محكمة التحفيظ بملف مطلب التحفيظ كما أحيل عليها من طرف المحافظ، تلك إحدى خصوصيات قضايا التحفيظ العقاري، وتبعا لذلك لا يجوز لمحكمة التحفيظ مبدئيا أن تقبل أي طلب من شأنه تعديل نطاق الخصوم وهي قاعدة مستمدة من الفصول 24 و27و32 من ظ ت ع، فدعوى التعرض تحدد سلفا لدى المحافظ سواء من حيث أطرافها أو موضوعها ، تبعا لذلك لا يجوز لمحكمة التحفيظ أن تقبل أي طلب من شأنه تعديل نطاق الخصومة من حيث الأطراف ولا طلبا من شأنه ادعاء حق عيني لم يتم تقديمه وفق تعرض على مطلب تحفيظ.

المطلب الأول : التدخل والإدخال في دعاوى التحفيظ العقاري.

في ظل ظهير التحفيظ العقاري قبل التعديل الذي طرأ عليه بمقتضى ظهير 25 غشت 1954 كان الفصل 24 منه ينص على إمكانية التدخل في مسطرة التحفيظ عن طريق التعرض أو تقييد لحق عيني ...، والفصل 37 كان ينص على أن المحكمة تبت في الحق المزمع من المتعرض أو المتدخلين.

---

[1] د/ محمد المنتصر الداودي : مقارنة بين اختصاصات المحافظ على الملكية العقارية وقاضي التحفيظ العقاري على ضوء النصوص القانونية والاجتهادات القضائية . الذكرى الثمانون لنظام التحفيظ العقاري ص 62 .

[2] فيصل لعموم وناجيم الملكاوي ، قواعد الفصل في التعرضات في قضايا التحفيظ العقاري ص26 ,25

وبصفة عامة وقبل تعديل سنة 1954 كان مشرع ظهير التحفيظ العقاري يميز بين المتعرض الذي ينازع في حق الملكية لطالب التحفيظ، وبين المتدخل الذي يدعي أن له حقا عينيا على العقار موضوع مطلب التحفيظ تم إغفاله، وحقيقة الأمر أن هذا التمييز غير مؤسس ففي كلا الفرضين نحن أمام تعرض على مطلب التحفيظ.

وبالتالي التدخل الذي تحدثت عنه هذه النصوص ليس هو المراد دراسته هنا، فالتدخل الذي نقصده هو الذي يتمثل في تدخل أحد من الغير في الدعوى أو إدخاله مما يؤدي إلى تعديل نطاق الخصومة من حيث الأطراف، كما قد يؤدي إلى تعديلها أيضا من حيث الموضوع[1].

والتدخل بهذا المفهوم منظم في قانون م.م. في الفصلين 125-126 وكذلك الفصل 234 تحت باب الاستئناف، هذا الأخير هو الذي أحالت عليه الفقرة 3 من الفصل 43 ظ ت ع قبل تعديله بمقتضى القانون 14.07 حيث حذفت هذه الفقرة ، وكما سلف القول فدعوى التعرض لها أحكامها المسطرية الخاصة، فما مدى جواز التدخل أو الإدخال في دعوى التعرض على مطلب التحفيظ بعد هذا التعديل ؟

الفقرة الأولى : التدخل الإرادي في دعوى التحفيظ.

التدخل الإرادي إما انضمامي أو اختصامي، وتبعا للقواعد العامة لقانون م.م. هو جائز في صورتيه سواء أمام المحكمة الابتدائية أو أمام محكمة الاستئناف، مع التقيد بمقتضيات الفصل 234 ق .م.م. الذي لا يجيز التدخل أمام محكمة الاستئناف إلا ممن له الحق في تعرض الغير الخارج عن الخصوم، وفي دعاوى التحفيظ العقاري الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة غير جائز، لذا التمييز بين المرحلة الابتدائية و الاستئنافية ليس ذي معنى في دعاوى التحفيظ العقاري، فما الفائدة إذا من الفقرة 3 من الفصل 43 ظ تح ع قبل تعديله وحذفها بمقتضى القانون 14.07.

ينبغي أن لا نغفل خصوصية مادة التحفيظ العقاري عند تطبيق قواعد المسطرة المدنية وتبعا لذلك التدخل في دعوى التحفيظ العقاري لا يمكن أن نتصوره إلا كتدخل انضمامي لأحد أطرافها المتعرض أو طالب التحفيظ، جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1985/11/13 " إن أطراف الدعوى تتحدد في مسطرة التحفيظ بدءا بالتعرض أمام المحافظة العقارية حيث يتضح المدعي من المدعى عليه ، إن التدخل في مسطرة التحفيظ غير مسموح بهي إلا إذا كان تأييدا لأحد أطراف الدعوى "[2] ، ونخلص للقول أن التدخل الإرادي في قضايا التحفيظ العقاري جائز سواء أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف ما دام انضماما لأحد أطراف النزاع.

الفقرة الثانية : الإدخال في دعاوى التحفيظ العقاري.

تبعا للقواعد المسطرية العامة تطرق المشرع إلى إدخال الغير في الدعوى بموجب الفصول من 103 إلى 108 ق .م.م ، وهو قد يكون بطلب من أحد الخصوم أو تلقائيا من المحكمة.

وإدخال الغير في دعوى التحفيظ حتى يكون مقبولا يجب ألا يخرج الغرض منه عن حدود اختصاصات محكمة التحفيظ، كأن تبت المحكمة في حق شخصي يدعيه أحد أطراف الدعوى في مواجهة الغير المراد إدخاله إذ لا ينعقد الاختصاص النوعي للبت في هذا الطلب لمحكمة التحفيظ جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 68/05/15 :" طلب إدخال البائع في دعوى كضامن لما باع يخرج عن نطاق اختصاص المحكمة العقارية ، التي لا تنظر إلا في المنازعات المتعلقة بالتحفيظ والتي يحيلها عليها محافظ الأملاك العقارية[3]"

يتبين لنا مما سبق أن العبرة في رفض قبول طلب الادخال أو التدخل هو تعديله في نطاق الخصومة من حيث الموضوع أساسا لا من حيث الأطراف، فالتدخل أو الإدخال الذي يكون الغرض منه مؤازرة أحد أطراف الدعوى وإن أدى إلى تعديل نطاق خصومة من

[1] Jacques Caille , ouvr . cite ,p137 ,138.

[2] قرار تحت عدد 2639 في الملف المدني 74015 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 43 ص 73 وما يليها

[3] قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 229 منشور لمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية الجزء الأول ص591 وما يليها .

حيث الأطراف فهو لا يمسها من حيث الموضوع، مما يجعل معه مثل هذا الطلب الإضافي أو العارض مقبولا أمام محكمة التحفيظ سواء في المرحلة الابتدائية أو الاستئنافية.

المطلب الثاني: نطاق الخصومة من حيث الموضوع.

تتقيد محكمة التحفيظ بنطاق التعرض كما أحيل عليها من طرف المحافظ العقاري، إذ موضوع الدعوى أمامها هو ادعاء المتعرض الذي يتحدد خلال المرحلة الإدارية للتحفيظ، فلا يمكن تعديل طبيعته بتحويله من تعرض على حقوق مشاعة إلى تعرض على جزء مفرز أو لممارسة حق الشفعة [1]، أو نطاقه بتوسعة وعاء التعرض كتحويله من تعرض جزئي إلى تعرض كلي، أما تقليصه فهو عبارة عن تنازل جزئي يندرج ضمن الفصل 37 ظ ت ع الفقرة 4 منه ، وهذا ما أكده قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2000/07/05 :" التعرض دعوى يحدد موضوعها أمام المحافظ ، ويوضح المتعرض حدود ومدى تعرضه ، وتبت المحكمة فيها كما أحيلت عليها",

ويستثنى من هذه القاعدة الطلبات الرامية إلى الحكم بتعويض عن الأضرار الناتجة عن التعرض أو تقديم مطلب التحفيظ بسوء نية المقررة في الفصل 48 من ظ تح ع، وكذلك الطلبات الرامية إلى تقرير حق شخصي لارتباط بالحق العيني التي درسناها في المبحث الأول، والقاسم المشترك بين هاذين الاستثنائيين هو كونهما ادعاء بحق شخصي لا يمكن أن يكون موضوع تعرض أمام المحافظ العقاري، كما أن الحاجة إلى البت فيهما لا تظهر إلا أثناء سير الخصومة أمام محكمة التحفيظ.

ولا ينبغي تفسير هذه القاعدة على أن كل ما أحيل على محكمة التحفيظ من لدن المحافظ يدخل لزوما في نطاق اختصاصها، كما لو أحال المحافظ العقاري تعرضا موضوعه حق شخصي فليس لمحكمة التحفيظ البت فيه جاء في قرار عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة " وحيت أن كنه التعرض و موضوعه حق الملكية أو مداه أو حدود العقار المطلوب تحفيظه أو بحق عيني مترتب على هدا العقار...أما الحقوق الشخصية كالكراء فلا يمكن لصاحبها ولوج باب التعرض وفق الفصل 24من ظهير التحفيظ العقاري و ما يليه[2]"

المطلب الثالث: إمكانية الإدلاء بالوثائق المؤيدة للتعرض مباشرة أمام محكمة التحفيظ.

بالرجوع إلى الفصل 32 من ظهير التحفيظ العقاري قبل تعديله بمقتضى القانون 07.14 نجده ينص على أنه " ... يوجه المحافظ للمرة الأخيرة إنذارا للمتعرضين لكي يقدموا للمحافظة داخل أجل 3 أشهر الوثائق والرسوم المؤيدة لتعرضهم ويشعرهم بأن المحكمة لن تقبل منهم أي رسم أو وثيقة " والواضح من هذه المقتضيات أن المتعرض ملزم بالإدلاء بالوثائق والرسوم المؤيدة لتعرضه لدى المحافظ العقاري، وذلك حتى يتسنى لهذا الأخير تجهيز الملف وإحالته على القضاء لحسم النزاع.

وقد يوحي الفصل 32 قبل تعديله بمقتضى القانون 07.14 بعدم إمكانية تقديم الوثائق المؤيدة للتعرض أمام المحكمة، ذلك أن هده الوثائق يجب أن تقدم لزوما أمام المحافظ العقاري وإلا اعتبر التعرض لا غيا وما وصل ملف مطلب التحفيظ إلى المرحلة القضائية، إلا أنه ينبغي الربط مع حدود صلاحيات المحافظ أثناء المرحلة الإدارية خاصة أن ليس له تقييم الوثائق المقدمة من لدن المتعرض، ففي فرض إدلاء المتعرض بوثائق غير كافية لتدعيم مزاعمه في المرحلة الإدارية هل له تقديم وثائق جديدة مكملة في المرحلة القضائية ؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التذكير أولا أن صيغة الفصل 32 قبل تعديله رغم أنها كانت تنص صراحة على عدم قبول مؤيدات جديدة للتعرض أثناء المرحلة القضائية، فإن الاجتهاد القضائي قد ذهب إلى إمكانية ذلك مستندا على الفصل 34 الذي خول للقاضي المقرر صلاحيات واسعة للتحقيق في القضية واتخاذ جميع الإجراءات التي يراها مفيدة لتتميم المسطرة، ففي قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 2002/10/13 :" للمحكمة الحق في أن تبني مقررها على الوثائق المدلى بها مباشرة أمامها دون الاقتصار على ما أدلي أمام

[1] جاء في قرار للمجلس الأعلى "يكون غير مرتكز على أساس , القرار القاضي بصحة التعرض استجابة للراغب في الشفعة تأسيسا على إشهاد عدلي ,غير قانوني , مادام أن تعرضه لدى إدارة المحافظة العقارية كان مصرحا فيه بسبب اخر و ليس الرغبة في الشفعة" قرار صادر بتاريخ 2004/04/29 تحت عدد2763 في الملف المدني عدد 593/02 منشور بمجلة المحامي عدد 46 ص 353 و ما يليها.

[2] قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 2010/03/23 عدد 118 "غير منشور"

المحافظة العقارية "[1]، وفي قرار آخر: " ليس هنالك ما يمنع المحكمة من قبول الحجج المدلى بها من الأطراف أمامها في قضايا التحفيظ العقاري واعتمادها في قضاياها ، ولذلك فإنه لما ردت الدفع بكونها لا تبت في قبول التعرض واعتمدت الحجج المدلى بها أمامها لأول مرة لم تخرق مقتضيات الفصل 32 من ظ تح ع " [2]، وفي قرار آخر صادر على المجلس الأعلى بتاريخ 2004/10/27 :" إن المحكمة الابتدائية محكمة واقع وقانون يمكن للأطراف أن يدلوا أمامها بكل ما لديهم من حجج ووسائل دفاع مادام المحافظ قد أبقى التعرض المذكور وأحاله عليها للبت فيه، ولذلك فإنها لما قبلت الحجج المدلى بها أمامها فهي لم تخرق مقتضيات الفصل 32 " [3]، الملاحظ بخصوص هذا القرار أن المجلس الأعلى ربط قبول حجج المتعرض المقدمة مباشرة أمام المحكمة الابتدائية بقبول المحافظ العقاري للتعرض رغم عدم إدلاء المتعرض للرسوم المؤيدة له أمامه، ولم يقم بإلغائه أثناء المرحلة الإدارية تبعا للصلاحية التي كانت مخولة للمحافظ في الفصل 32 قبل تعديله بمقتضى القانون 07.14، وبالتالي لو أن المتعرض أدلى بمستندات في المرحلة الإدارية فلا يمكن الاعتماد على نفس التأسيس للقول بجواز الإدلاء بمؤيدات تكميلية أثناء المرحلة القضائية، فالنتيجة التي وصل إليها القرار والمتمثلة في قبول الحجج المدلى بها لأول مرة أمام المحكمة من طرف المتعرض تتفق والاجتهاد القضائي إلا أن الأساس الذي اعتمده هذا القرار يبقى محل نظر.

يمكن لنا القول بعد استقرائنا للاجتهاد القضائي الصادر في ظل الفصل 32 في صيغته قبل التعديل الذي طرأ عليه بمقتضى القانون 07.14 الذي كان يحظر بصريح النص قبول وثائق جديدة تأييدا لمزاعم المتعرض أمام المحكمة، إلا أن الاجتهاد القضائي خالف منطوق الفصل بتقريره لإمكانية قبولها ، فبالأحرى بإمكانية ذلك حاليا في ظل الصيغة الجديدة للفصل 32 التي لم تعد تتضمن الحضر المنصوص سالفا، إلا أن ذلك لن يتحقق إلا في صورة مستندات تكميلية للمستندات المقدمة أمام المحافظ العقاري إذ فرضية قبول التعرض دون أي مستندات لم تعد متاحة بعد تعديلات القانون 07.14 للفصل 32.

[1] قرار تحت عدد 3280في الملف عدد 02/116 منشور بمقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى ص 35

[2] قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2003/03/19 تحت عدد 797 في الملف المدني عدد 3090/1/1/02 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61 ص 27 وما يليها .

[3] قرار تحت عدد 3038 في ملف عدد 04/3695 منشور بمقتضيات ظ تح ع على ضوء قرارات المجلس الأعلى ص 35.

الضمانات المؤسساتية لاستقلالية المجلس الأعلى للحسابات

العربي بجيجة

باحث في جامعة محمد الخامس- الرباط

إلى جانب الاختصاصات التي يتولى ممارستها بمقتضى القانون 62/99 بمثابة مدونة المحاكم المالية، عزز دستور 2011[1] من مكانة المجلس الأعلى للحسابات بتكريس استقلاليته ومنحه اختصاصات لم يتضمنها الدستور السابق (1996)[2]، حسب مقتضيات الفصول (من 147 إلى 150) من الدستور الحالي. ذلك أنها تمثل نقلة في مجال منظومة الرقابة المالية العليا، إذا ما قورنت بما سبقها من دساتير، أو بما يمثله مستوى التأطير الدستوري للمحاكم المالية في المحيط الإقليمي والدولي، وهو ما يمثل بحق ارتقاء بالمجلس الأعلى للحسابات، بالنظر لنوعية الاختصاصات التي أصبح يزاولها، باعتباره أعلى هيئة للرقابة أو.

يقضي المبدأ العام بأن تمنح أجهزة الرقابة العليا القدر اللازم من الاستقلال، تظهر من خلاله كسلطة رابعة في كيان الدولة، وذلك نظرا لأهميتها ودورها الكبير في تنظيم سير وتنفيذ الكثير من النشاطات وقرارات السلطة العامة في الدولة. لأجل ذلك ينبغي على أجهزة الرقابة العليا ذات الاستقلال الضعيف، أن تسعى وبصفة مستمرة لدى حكوماتها والجهات المختصة من أجل منحها الاستقلال الكافي الذي يساعدها على القيام بواجباتها بصورة مناسبة وعلى أحسن حال، وأن يضمن لها ذلك تميزا تنفرد به عن غيرها من الأجهزة العامة في الدولة، ومبرر ذلك أن جل أجهزة الدولة تخضع للرقابة المالية الممارسة من طرف المحاكم المالية.[3]

وقد دعت المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة، ومنظماتها الإقليمية إلى دعم استقلالية الأجهزة العليا للرقابة، من خلال التوصيات التي تصدرها بالمؤتمرات التي تعقدها هذه المنظمات، كلا على حدا.[4] إذ أنه لا يمكن للأجهزة العليا للرقابة أن تضطلع بمهامها بصورة شفافة وموضوعية، إلا إذا كانت مستقلة عن الوحدة الخاضعة للرقابة، وتوفرت ضمانات تلك الاستقلالية.[5]

تمثل الضمانات المؤسساتية مؤيدات أساسية لمنح الاستقلالية اللازمة للمجلس الأعلى للحسابات للقيام بواجباته الرقابية بمهنية وتجرد، بالإضافة إلى تحصينه من المؤثرات الخارجية التي تعمدها بعض السلطات الإدارية. وترتبط الضمانات المؤسساتية أساسا بما يمنحه القانون من أسس ضابطة للعلاقة بين المجلس الأعلى للحسابات ومؤسسات الدولة (الفرع الأول)، ثم بما يتضمنه المتن التشريعي من مبادئ تعزز التعاون بين الأجهزة الرقابية في الدولة بشقيها الإدارية والقضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضبط العلاقة بين المجلس وباقي مؤسسات الدولة

إن قدرة المحاكم المالية على العمل بمهنية وفعالية، رهين باستقلالها عن أي سلطة يمكن أن تؤثر على عملها وتوجهاتها، وهذا لا يعني أنه لا تربطها علاقة بمؤسسات الدولة، لكن في إطار نص قانوني ينظم شؤونها ويحدد طبيعة علاقاتها.

وعلى هذا الأساس، يمارس المجلس الأعلى للحسابات اختصاصاته ومهامه في إطار محيط متنوع ومتداخل سياسيا وإداريا، تحكمه علاقات مباشرة وغير مباشرة بمختلف هذه الأجهزة، وبذلك يتوفر المجلس على علاقات قانونية بالسلطات العامة في الدولة (السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية). وفي هذا الإطار، لا يستطيع المجلس تحقيق مهامه وأهدافه دون بناء علاقات مؤسساتية مع

---

[1]- ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في (27 شعبان 1432) الموافق 29 يوليوز 2011 المتعلق بتنفيذ الدستور، جريدة رسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ (30 يوليوز 2011).

[2]- ظهير شريف رقم 1.96.157 الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 1996، جريدة رسمية عدد 4420، الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1996.

[3]- نادر مصطفى المقانلة، بحث لنيل السلك العالي، المدرسة الوطنية للإدارة، الرباط، السنة الجامعية 1994/1993، ص: 69/68.

[4]- محمد رسول العموري، الرقابة المالية العليا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص: 57.

[5]- محمد سكلى، التدبير المالي ومتطلبات الحكامة المالية، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال، السنة الجامعية 2011-2012، ص: 444.

باقي السلطات العامة من جهة، ومشاركة القوى والطاقات الوطنية في تقديم المساعدة له، حتى يتسنى له تحديد مجالات التبذير والاختلالات التي يعرفها تدبير المال العام من جهة أخرى.

وبهذا الصدد، سنحاول دراسة علاقة المجلس بالفاعلين المؤسساتيين في النسق السياسي، وذلك بتحديد طبيعة علاقته بالسلطة التشريعية (الفقرة الأولى)، ثم ننتقل بعد ذلك لتحليل علاقته مع السلطة التنفيذية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: علاقة المجلس بالسلطة التشريعية: تعاون أم انحصار

إن العلاقة بين المجلس الأعلى للحسابات والمؤسسة التشريعية أصبحت من ركائز التدبير الجيد للمال العام، وهي تقليد تعمل به العديد من الدول إلى درجة اعتبر البعض أن كلاهما مكمل للأخر،[1] حيث يعمل المجلس في التجارب المقارنة على مساعدة البرلمان في الرقابة على تنفيذ قوانين المالية، والقيام بالتحقيقات والدراسات المتعلقة بتنفيذ الإيرادات والنفقات العامة، وفي إعادة النظر في الاعتمادات المخصصة للإيرادات في الميزانية العامة، كما تقوم بإعداد التصريح العام بالمطابقة. وهذه الاختصاصات تعد ولا شك بمثابة نقطة تحول هامة في ماهية عمل الأجهزة العليا للرقابة، بالشكل الذي جعلها تخرج عن حدود الرقابة التقليدية لتشمل مجالات جديدة أهمها تقديم المساعدة والاستشارة.[2]

وقد حدد القانون 62/99 بمثابة مدونة المحاكم المالية في الفصل الرابع (المواد 92 – 93 – 94 - 95) من الكتاب الأول منه، طبيعة العلاقة بين المؤسسة التشريعية والمجلس الأعلى للحسابات تحت عنوان "المساعدة المقدمة إلى البرلمان".

ويتضح من خلال هذه المواد المنظمة للعلاقة بين السلطة التشريعية والمجلس الأعلى للحسابات، أن هذا الأخير يمكن له أن يرد على طلبات التوضيح المعروضة عليه من طرف رئيس مجلس النواب، أومن رئيس مجلس المستشارين، بمناسبة دراسة التقرير عن تنفيذ قانون المالية والتصريح العام بالمطابقة.

وقد خضعت هذه العلاقة للتحيين بما يتناسب والغايات المرجوة من إحداث المحاكم المالية، وبما يتماشى مع توجهاته في الحفاظ على تدبير الأموال العمومية بشكل سليم وفعال. حيث نص دستور 2011 في الفصل (148) على أن:

"يقدم المجلس الأعلى للحسابات مساعدته للبرلمان في المجالات المتعلقة بمراقبة المالية العامة، ويجيب عن الأسئلة والاستشارات المرتبطة بوظائف البرلمان في التشريع والمراقبة والتقييم المتعلق بالمالية العامة.

ويوجه المجلس الأعلى للحسابات تقريرا سنويا إلى رئيسي مجلسي البرلمان ويقدم الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات عرضا عن أعمال المجلس أمام البرلمان يكون متبوعا بمناقشة".

ينطوي هذا النص بكل المقاييس على معان ودلالات جوهرية من شأنها أن تشكل نقلة نوعية حقيقية لنظام الرقابة والمحاسبة على المال العام بالمغرب، على غرار الديمقراطيات الراسخة في عالمنا المعاصر، إذ يؤسس نص الدستور صراحة لجسور العلاقة التفاعلية التي يجب أن تسود وتترسخ بين المؤسستين الأهم في مجال الرقابة والمحاسبة "المجلس الأعلى للحسابات – السلطة التشريعية"، وينقل إيقاع العلاقة وعمقها من مستوى محدود نظريا ومعدوم عمليا، إلى مستوى متحرك و منهجي.[3]

وإذا كانت العلاقة بين المؤسستين قد عرفت مرحلة من الانحصار والجفاء في السنوات الماضية، بالنظر لضعف التنسيق بينهما في مجال رقابة العمل الحكومي، خصوصا في إطار التدبير المالي، ينضاف إلى ذلك غياب التأطير القانوني للآليات التي من شأنها ضمان النجاعة لمثل هذه التدخلات. فإن دستور 2011 قد قطع مع هذه المرحلة عبر ما كرسه من أدوات ووظائف للتعاون والتعاضد في المجال

[1] - (G) Carcassone, la cour des compte et le parlement, R.F.F.P, N 59, 1997, P : 130 .

[2] - أحمد حاسون، المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب: مقاربة سوسيو- قانونية، منشورات مجلة حوارات للدراسات السياسية والاجتماعية، سلسلة أطروحات وأبحاث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، عدد 01، 2013.، ص:218.

[3] - محمد براو، الوسيط في شرح مدونة المحاكم المالية على ضوء القانون والفقه والاجتهاد القضائي المالي المغربي والمقارن ومعايير الرقابة والمحاسبة المتعارف عليها عالميا، مع شرح لجميع مقتضيات الباب العاشر من دستور 2011، منشورات مركز الدراسات والأبحاث حول الرقابة والمحاسبة ومكافحة الفساد، الطبعة الأولى، سنة 2012، مرجع سابق، ص:486.

المالي (الفصل 148)، ترجمها الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات خلال سنتي 2014 و 2015، بتقديمه لعرض أمام مجلسي البرلمان، حول أهم ملاحظات وتوصيات المجلس الأعلى للحسابات المضمنة بتقاريره الرقابية لسنتي 2012 و2013 كانت متبوعة بمناقشة.

وهكذا، فإن تفعيل الفقرة الأولى من الفصل (148) من دستور 2011، وتعزيزها ببرلمان مؤهل وجريء، وبمحاكم مالية فعالة ومنفتحة، له ضمانة لصياغة تجربة مغربية متميّزة في مراقبة وتوازن السلط، تقوي البرلمان بذراع رقابي موضوعي ومستقل، وتقوي المجلس الأعلى للحسابات بإضفاء المزيد من الأهمية والحيوية على ملاحظاته واستنتاجاته من جهة، مع تأمين المتابعة والمحاسبة والمساءلة ذات الطابع السياسي لأعماله ومجهوداته من جهة ثانية.

ويمثل عرض أعمال المجلس الأعلى للحسابات أمام البرلمان بمجلسيه، أحد أبرز تجليات علاقة التعاون والتجسيد الفعلي للارتباط الوظيفي بين المؤسستين، التي من شأنها أن تذكي مضامين أعمال المجلس بما يقدمه أعضاء البرلمان من ملاحظات.

وإن كان المشرع المغربي لم يحدد لا بمقتضى النص الدستوري أو التشريعي التاريخ الذي يعرض خلاله الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات تقريره على أنظار البرلمان، ما يعني ترك ذلك لاتفاق بين المؤسستين لتحديد تاريخ عرض التقرير ومناقشته. وبخلاف ذلك فإن بعض التجارب المقارنة خاصة منها المصرية قد حددت ضمن تشريعاتها (الفصل 176 من دستور 2013) تاريخ عرض تقرير رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات، الذي يأتي مباشرة بعض توصل رئاسة مجلس الشعب بالتقرير، حيث يتولى "مجلس الشعب" دراسته واتخاذ التدابير والإجراءات المناسبة حياله، في مدة لا تتجاوز أربعة أشهر من عرض التقرير على أنظار المجلس.

وبصفة عامة، فمن المعايير والممارسات الفضلى لفعالية و شفافية الأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة، وجود علاقات وثيقة تترجم على شكل أواصر مهنية تفاعلية مع البرلمان،[1] تقطع مع القراءات الضيقة للنص الدستوري أو التشريعي المنظم لتلك العلاقة، وتتطلب فتح قنوات عملية مستدامة في هذا الشأن انسجاما مع المعايير الدولية، ولو في غياب الترسيم القانوني الصريح.

الفقرة الثانية: علاقة المجلس بالسلطة التنفيذية: تقاطع أم تجاذب

تشكل السلطة التنفيذية أحد الشركاء الرئيسيين في العملية الرقابية، والتي من شأن ربط علاقات قوية ومستمرة معها الحد من سوء تدبير المال العام، وتقييم السياسات العمومية لتكون أكثر فعالية ونجاعة. خصوصا أن تحقيق الجودة في أعمال المحاكم المالية التي تتميز عن باقي الأجهزة القضائية الأخرى، بعدم خضوعها لوزير العدل والحريات، يظل مشروطا بضمان استقلاليتها وممارستها لاختصاصاتها في إطار من الشفافية التامة، اتجاه الأشخاص الخاضعة لسلطتها، واتجاه المواطنين على حد سواء، بعيدا عن أي تأثيرات أو اعتبارات كيفما كان نوعها أو مصدرها.

إلا أن هذه الاستقلالية لا تمنع من وجود آليات للتنسيق والتعاون بين مكونات المنظومة الرقابية القضائية و بين السلطة التنفيذية، من خلال وضع وسائل لتسهيل هذا التنسيق، وذلك بغية تفادي هدر الإمكانيات وكذا تفادي حصول تناقض في النتائج المتوصل إليها أثناء إجراء عملية المراقبة المالية والتدقيق. ويمكن تحقيق هذا التعاون والتنسيق من خلال استفادة المحاكم المالية من أعمال التفتيش والتدقيق التابعة مثلا لوزارة الاقتصاد والمالية، وذلك بالنظر للخبرة التي راكمتها هذه الأجهزة عبر مسارها المهني مقارنة بحداثة تجربة المجلس الأعلى للحسابات، كما يمكن أن يكون هذا التعاون والتنسيق من خلال تبادل المعلومات والمعطيات المتعلقة بالمالية العمومية.[2] وفي هذا الإطار أكدت المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة والمالية والمحاسبة (الأنتوساي) عبر توصيات مؤتمر "ليما"،[3]: "أن الأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة يمكن أن تضع معلوماتها الدقيقة المتخصصة رهن إشارة البرلمان والإدارة في شكل خبرات، بما في ذلك مواقفها من مشاريع قوانين المالية وغيرها، على أن تكون السلطات الإدارية وحدها مسؤولة عن رفض أو قبول هذه الآراء".

---

[1]- محمد براو، الشفافية والمساءلة والرقابة العليا على المال العام في سياق الحكامة الرشيدة، سلسلة الرقابة على المال العام والمنازعات المالية، العدد الرابع، مطبعة دار العلم، الطبعة الأولى سنة 2010، ص: 101.

[2]- أحمد طويل، المحاكم المالية بالمغرب: آليات الاشتغال ومعيقات التنفيذ، رسالة لنيل الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2009-2010، ص: 153.

[3]- المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة (أنتوساي)، إعلان ليما، مرجع سابق.

وفي إطار المساعدة التي يقدمها المجلس للحكومة، نجد أن دستور 1996 قد أكد في الفصل (97) منه على: "ترتبط بجواز إدراج مهام تقييم البرامج والمشاريع العمومية أو لمراقبة تسيير أحد الأجهزة الخاضعة لرقابته بطلب من رئيس الحكومة"، وهو الأمر الذي عمل الفصل (148) من دستور 2011 على تكريسه، عبر تقديم المجلس الأعلى للحسابات مساعدته للحكومة في الميادين التي تدخل في نطاق اختصاصاته بمقتضى القانون. وهو ما يحيل على أن القانون يتضمن عدة حالات من للمساعدة منها إمكانية إدراج قضايا من اقتراح رئيس الحكومة ضمن البرنامج السنوي للرقابة وتقييم المشاريع العمومية وغيرها،[1] ولا يحتاج الأمر إلى تجديد أو إضافة، على اعتبار أن فلسفة الدستور الجديد هي ترتكز على إعادة النظر في توزيع السلطات في اتجاه تقوية المراقبة الديمقراطية، وذلك وفق منظور المراقبة في إطار توازن السلط.[2]

وعلى الرغم مما يتمتع به المجلس من صلاحيات وسلطات لمراقبة تدبير الأموال العمومية من قبل الأجهزة العمومية الخاضعة لرقابته، إلا أن المجلس يصادف بعض الحالات التي يتفاوت حجمها مع طبيعة المؤسسة والثقافة التي تطبع المشرفين عليها. وترتبط هذه الحالات بعدم التعاون الجدي مع قضاة المحاكم المالية أو عدم تقديم الوثائق والمستندات التي تبرأ ذمة المحاسبين العموميين تفاديا لإدانتهم.

لأجل ذلك، تجب الإشارة إلى ضرورة تدعيم عمل المجلس الأعلى للحسابات، وتعزيز الصلاحيات والأدوات التي تمكنه من ممارسة رقابة فعالة على تدبير المال العام، وتحصيله وإنفاقه أيا كانت الجهة القائمة على ذلك، من خلال التحيين الذي تخضع له مدونة المحاكم المالية لتتلاءم مع مقتضيات دستور 2011. وهو توجيه لا ينتقص من استقلال الأجهزة الحكومية، ولا يعتبر تدخلا في شؤونها إنما يكفل احترام الدستور والقانون، الذي ينبغي أن يخضع لهما كل أفراد المجتمع ومؤسساته، باختلاف مواقعهم (حكام ومحكومين) على حد سواء، وهي القاعدة التي تستمد سموها من المبدأ الدستوري القائم على "المساواة أمام القانون".

ولأجل إضفاء دينامية على عمل المحاكم المالية و تمتين آليات التعاون والتنسيق مع السلطة التنفيذية، نجد أن التجربة الفرنسية عملت على إحداث آليات موازية تساعد محكمة الحسابات في تأدية مهامها. من خلال تأسيس اللجنة المركزية للتقصي، التي تتكفل بمراقبة تكاليف ومردودية المصالح العمومية العمومية، وتهدف اللجنة بالدرجة الأولى إلى حفظ المال العمومي من التبذير و الإسراف وسوء الاستخدام، وتقوم لأجل ذلك بإجراء الدراسات المتعلقة بمختلف مجالات الهياكل الإدارية والتدخلات الاقتصادية والاجتماعية للدولة، وقد لعبت هذه الهيئة دورا هاما في إصلاح الإدارة الفرنسية خاصة المالية منها.[3]

كما تم إحداث مجلس الضرائب الذي يعتبر مؤسسة مرتبطة بمحكمة الحسابات الفرنسية، ويتلخص دوره في المجال الجبائي ويعتمد في إنجاز تقاريره على كفاءات عالية، التي تحظى باهتمام خاص على مستوى البحث الجامعي والأكاديمي.[4]

لقد تميزت التجربة الفرنسية لمحكمة الحسابات الفرنسية بعلاقة تعاون عرضي ثانوي خلال مرحلة الجمهورية الرابعة، سرعان ما توطدت و تعززت في ظل الجمهورية الخامسة، بخلاف ما تعرفه بعض الأنظمة الغربية، من تعاون محدود وضيق بين جهاز الرقابة العليا والسلطتين التشريعية التنفيذية، كما هو الحال بالنسبة للمملكة المتحدة وألمانيا الاتحادية، وتعاون وثيق إلى حد الشراكة الحقيقية، كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية والنمسا والمملكتين البلجيكية والهولندية.[5]

أما بالنسبة لعلاقة الجهاز المركزي للمحاسبات بمصر مع الحكومة، فيمكن القول أن التعديل الذي أجري على قانون الجهاز رقم 144 لسنة 1988[6] بالقانون رقم 157 لسنة 1998[7]، غير وضعه من هيئة ملحقة بمجلس الشعب إلى جهاز تابع لرئيس الجمهورية،

---

[1]- المادة (96) من مدونة المحاكم المالية.

[2]- مصطفى حمينا، رقابة المجلس الأعلى للحسابات على ضوء دستور 2011، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة محمد الخامس -السويسي-، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -سلا-، السنة الجامعية 2013/2012، ص: 85.

[3]- (J) Magnet, La cour des compte –les institution assagées et les chambres régionales des comptes-, 4eme edition, Bega- Levrault, paris, 1996, p: 29.

[4]- (P) Moinot, La cour des comptes, Edition, C.N.R.S, Paris, 1984, P: 42.

[5]- ibidem, p: 53.

[6]- القانون رقم 144 لسنة 1988، بشأن إصدار قانون الجهاز المركزي للمحاسبات، الجريدة الرسمية عدد 23، الصادرة بتاريخ 09 يونيو 1988.

[7]- القانون رقم 157 لسنة 1998 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم 144 لسنة 1988، الجريدة الرسمية عدد 24 الصادرة بتاريخ 11 يونيو 1998.

نجم عنه إخلال بالتوازن بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية. حيث يتوافر للأولى من الأجهزة ما يوفر لها معلومات هائلة تساعدها في اتخاذ القرارات، وهو ما لا يتوفر للسلطة التشريعية، ويشكل إتباع الجهاز المركزي للمحاسبات الذي هو مصدر رئيسي للبيانات والمعلومات بالنسبة لمجلس الشعب برئيس السلطة التنفيذية، أمرا قد يؤثر سلبا على أداء مجلس الشعب في دوره الرقابي على أعمال السلطة التنفيذية، ويتناقض مع الهدف الرئيسي من وجود الجهاز.[1]

الفرع الثاني: تعزيز التعاون مع الأجهزة الرقابية

يرتبط المجلس الأعلى للحسابات بعلاقة تنظيمية مع العديد من الهيئات التي تتوافق معه في نفس الهدف الرقابي، منها ما هو ذا ارتباط ببنيات وزارية كالمفتشيات الوزارية (الفقرة الثانية) وأخرى متعلقة بالمفتشية العامة للمالية (الفقرة الأولى). ويرجع هذا الارتباط التنظيمي بين الأجهزة الرقابية والمجلس الأعلى للحسابات، لأجل العمل على خلق ديناميكية فعالة للحرص على ضمان حماية أفضل للمال العام، وتحصينه من التبذير وسوء الاستخدام.

الفقرة الأولى: تقوية التنسيق بين المجلس و المفتشية العامة للمالية

أحدثت المفتشية العامة للمالية بموجب ظهير 1.59.269،[2] التي تعتبر أحد أهم العناصر المكونة للرقابة المالية بالمغرب، وتناط بها مهمة ممارسة الرقابة على جميع أوجه التصرف في المال العام، ويتعلق الأمر برقابة دورية تكتسي طابع المباغتة والتفتيش في عين المكان، مما يجعل المحاسبين العموميين والأمرين بالصرف في ترقب مستمر لزيارة المفتشين.[3]

والغاية من هذه الرقابة هي التأكد من صحة الحسابات الجارية خلال السنة المالية، والتي تنصب مراقبتها بصفة أساسية على أعمال المحاسبين العموميين، ولا تجري على الأمرين بالصرف سوى بكيفية غير مباشرة عن طريق مراقبة أعمال المحاسبين العموميين، عندما يتعلق الأمر بالتحقق من صحة العمليات المقيدة في حسابات النفقات والمداخيل التي ينجزها الآمر بالصرف.[4]

وتنتهي مهمة التفتيش بإعداد تقرير يبرز الجوانب التنظيمية للهيئة التي شملتها مهمة التفتيش، ويتعرض بعد ذلك إلى نتائج التفتيش، وفي حالة اكتشاف مخالفات تدخل في مجال التأديب المالي، تحيل ذلك على المجلس الأعلى للحسابات لاتخاذ التدابير اللازمة.[5]

لكن بسبب المشاكل التي تعرفها هذه الهيئة، بقيت مساهمتها في حماية المال العام جد محدودة، وبالتالي لم ترق إلى تحقيق الأهداف المتوخاة منها، حيث ظل دورها يقتصر على القيام ببعض عمليات التفتيش للمصالح التابعة لوزارة المالية وبعض المؤسسات العمومية، دون أن يمتد نشاطها لمراقبة كافة مجالات النشاط المالي الحكومي.[6]

إن حصيلة تجارب التفتيش والرقابة التي قامت بها المفتشية في القطاع العمومي وشبه العمومي أبانت عن محدوديتها، مما يستوجب اتخاذ مبادرات إصلاحية أو تعديلات تشريعية، حتى يستطيع هذا الجهاز المساهمة من جانبه في حماية المال العام وإنجاح مبادرة الإصلاح. وهي عملية مجتمعية شاملة ليست المنظومة الرقابية سوى جزء منها، تتبناها الدولة على أكثر من صعيد، تحتاج في مجملها إلى تبني إستراتيجية متكاملة لتطوير نظام الرقابة المالية.[7]

---

[1]- إبراهيم أبو جبل، الجهاز المركزي للمحاسبات – جهاز الرقابة والمحاسبة الأعلى في مصر-، المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، سلسلة الأبحاث والدراسات، عدد الثاني، 2012، ص: 30.

[2]- ظهير شريف رقم 1.59.269 صادر في 17 شوال 1379 (14 أبريل 1960) بشأن المفتشية العامة للمالية، جريدة رسمية عدد 2478، بتاريخ 22 أبريل 1960.

[3]- عبد العزيز الفركاني، آليات حماية المال العام في عمل المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب: دراسة قانونية تطبيقية (2009/2002)، رسالة لنيل الماستر بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال -الرباط-، الموسم الجامعي، 2011/2010، ص: 106.

[4]- أمل أزرو، الرقابة بين وزارة المالية والمجلس الأعلى للحسابات، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الرباط، السنة الجامعية، 2011/2010، ص: 16.

[5]- سعيد المرضي، عقلنة التدبير المالي في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2008/2007، ص: 52.

[6]- أمل أزرو، مرجع سابق، ص: 17.

[7]- يوسف ولد محمد ولد أحمد سالم، الرقابة على المال العام بين واقع الأجهزة الرقابية ورهان الحكامة المالية (دراسة مقارنة بين المغرب وموريتانيا)، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2011/2010، ص: 138.

وبالنظر للإكراهات التي تعرفها كل من المفتشية العامة للمالية، والمجلس الأعلى للحسابات على حد سواء، فإن هذا لم يسمح بخلق نوع من التنسيق وتقوية جسور التواصل والتعاون بينها بالكيفية المطلوبة، خاصة وأنهما يتقاطعان في مراقبة الأموال العمومية والحرص على تدبيرها بكيفية عقلانية.[1]

لأجل ذلك يتعين ربط قنوات التواصل بين الهيئتين، بغية تعزيز التعاون والتنسيق بينهما، لكونه يشكل مدخلا رئيسيا في ضمان تدبير شفاف للمال العام، ويحد من كافة مظاهر سوء تدبيره. ومن أوجه هذا التنسيق تأمين كل الشروط والضمانات الكفيلة برد الاعتبار لتقارير الرقابة والتفتيش، عبر تفعيل الجزاءات لمرتكبي الجرائم المالية، حتى يكتسب العمل الرقابي مصداقيته ومكانته.[2]

إن رقابة المفتشية العامة للمالية لا يمكن أن تحقق الغايات المتوخاة منها، سوى بتوفير مقومات التنسيق مع كافة الأجهزة الرقابية، وخاصة منها المجلس الأعلى للحسابات والعمل على إنجاحها، وهذا لن يتأتى إلا بعد القيام بإصلاح شامل للأجهزة الرقابية وجعلها مكملة لبعضها البعض، بفعالية وديناميكية بدل الوضعية الحالية التي تتميز بغياب التنسيق. فتعدد أجهزة الرقابة وتنوعها ليس بهدف التفريق، بقدر ما يجب أن يكون عاملا فاعلا للتماسك والوحدة بغية توفير حماية أفضل للمال العام، إضافة إلى اختيار وسائل وتقنيات حديثة وأساليب ناجعة من أجل تفعيل الرقابة، مع ما يتطلب ذلك من السرعة في التنفيذ والانجاز، والاقتصاد في التكاليف، و تحقيق النجاعة في حماية المال العام.

الفقرة الثانية: ضبط العلاقة بين المجلس والمفتشيات العامة للوزارات

يقصد بالمفتشية العامة في الفقه الفرنسي، بنية إدارية دائمة ملحقة مباشرة بوزير ما، وتتموضع خارج التراتبية بالمقارنة مع فروع وزارية أخرى، فضلا عن ذلك، تتوفر على وسائل التحقق الممارسة باسم الوزير في كل ميادين اختصاصها.[3] ويرتبط وجود المفتشيات العامة ارتباطا مباشرا بالوزارات ومصالحها الخارجية، حيث تمارس نوعا من المراقبة الداخلية بهدف تقييم عمل مصالح الوزارة التي تنتمي إليها أو المؤسسات التابعة لها.

وتناط بالمفتشيات العامة مهام تفتيش، مراقبة، تدقيق، وتقييم تدبير الإدارات المركزية ومصالحها اللاممركزة، كما تناط بها مهمة التنسيق والتواصل مع مؤسسة الوسيط، والتعاون مع كل من المجلس والمفتشية العامة للمالية والهيئة المركزية للوقاية من الرشوة. ففي مجال المراقبة والتفتيش، تسهر المفتشيات الوزارية على سلامة تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية، وعلى حسن تدبير الأموال العمومية، وكذا إجراء المراقبات والتدقيقات الداخلية المتعلقة بتهيئ وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية. أما في مجال التدقيق والتقييم، فتقوم المفتشيات الوزارية بعمليات التدقيق وتقديم الاقتراحات لتحسين المردودية والفعالية، فهي تدقق في مسك سجلات جرد العقارات والمعدات والمخازن، فضلا عن تقييم نتائج أنشطة الإدارات المركزية و المصالح اللاممركزة للوزارة.[4]

وتجدر الإشارة إلى أن الصنف المتبع من هذه المراقبة هي مراقبة سابقة و مواكبة لتنفيذ الميزانية، بخلاف الرقابة اللاحقة الممارسة من قبل المجلس الأعلى للحسابات، الذي يتدخل بعد الصرف، أي بعد تنفيذ الميزانية. وبما أن الرقابة السابقة أو الموازية لتنفيذ الميزانية لا يمكن لها أن تعمل على ضبط وتتبع مختلف العمليات في شموليتها، بل تعمد إلى تتبع أجزاء أو أقسام منها فقط، فإن رقابة المحاكم المالية تتمثل مهمتها في تتبع هذه العمليات في كليتها وشموليتها، والتي تسمح بتقريبها إلى حد التطابق بينها.[5]

وفي إطار مراقبة المجلس للتدبير العمومي، فقد قام بافتحاص العديد من المفتشيات الوزارية، كان من نتائجها توقفه مثلا عند عدم استشارة وزارة الثقافة للمفتشة التابعة لها، وعدم إشراكها في انجاز الصفقات العمومية، علما بأن المفتشية تعتبر المصلحة المؤهلة

---

[1]- أمل أزرو، مرجع سابق، ص: 18.

[2]- نجيب جيري، الرقابة المالية بالمغرب، بين الحكومة المالية ومتطلبات التنمية، مطبعة المعارف الجديدة، سلسلة المعرف القانونية والقضائية الطبعة الأولى، الرباط، 2012، ص: 131.

[3] - (F) Renaudin, les inspections générales dans le systéme administratif francais, thése de doctorat, univérsité paris II, panthéon assas, U.F.R, de droit, 2003, les inspections, opuscitatum.com/ thése_renaudin, (2003).pdf, p : 13-14.

[4]- المادة (2) من المرسوم رقم 2.11.112 صادر في 23 يونيو 2011 في شأن المفتشيات العامة للوزارات، جريدة رسمية عدد 5960، الصادرة بتاريخ 14 يوليوز 2011، ص: 3386.

[5] - (M) Harakat, le droit du contrôle supérieure des finance publique au Maroc, ESSAI sur les structures d'austit, à l'heure de l'ajustement structrel, Ed.BABEL Tome I, 1992., p: 247.

فنيا على الصعيد الجهوي لتحديد وتوصيف الأشغال المزمع انجازها، وقد تسببت تلك الوضعية في عدة مشاكل أثناء تنفيذ بعض الصفقات. كما لاحظ المجلس صعوبة تبادل المعلومات بين المصالح الإدارية والمفتشية الجهوية، الأمر الذي يحتاج إلى وضع نظام فعال للمعلومات، لتسهيل وتحسين جودة تبادل المعلومات بين مديرية التراث الثقافي و المفتشيات الجهوية.[1]

كما يشكل غياب الاستقلالية لهيئة التفتيش عاملا يحد من فعاليتها، ومن ذلك مثلا أن المصلحة المكلفة بتنسيق التفتيش بوزارة الصحة تابعة لمديرية الأدوية والصيدلة، حيث ينتمي أغلبية الصيادلة الذين يقومون بالتفتيش لهذه المديرية. هذه الوضعية لا تضمن استقلال المهام الرقابية المنجزة، على اعتبار أن نفس الأشخاص الذين يُقيِمون ملفات الإذن بالعرض في السوق وتحيينها، يتكلفون كذلك بتفتيش المؤسسات الصيدلية.[2]

وتبعا لذلك، يلزم دعم تأهيل المفتشيات العامة للوزارات للقيام بدورها في الرقابة الداخلية بفعالية، فإن كان دورها قد ظل محدودا لفترة طويلة، فهذه الأجهزة يمكنها القيام بدور هام في إطار المقاربة الجديدة التي تهدف إلى تدبير الميزانية على أساس النتائج، والتي تمنح الأمرين بالصرف مسؤولية أكبر بخصوص التحمل التدرجي لتنفيذ مراقبة المشروعية للنفقات، عبر إحداث هيئات داخلية فعالة للتفتيش والمراقبة والافتحاص، كما يمكن أن تشكل المفتشيات الوزارية دعامة لعمل المحاكم المالية، باعتبارها هيئات للمراقبة الداخلية.

في نفس السياق، وجب العمل على تدعيم التنسيق بين المفتشيات الوزارية و بين المجلس الأعلى للحسابات، وجعله أكثر فعالية على مستوى التعاون وإرساء قواعد تبادل الخبرات المهنية والمعطيات الرقابية، خاصة أن العديد من المخالفات المالية قد تتجاوزها أحيانا رقابة المفتشيات الوزارية فيتصدى لها المجلس أثناء ممارسته لمهامه، مما يفرض على كلى الجهازين الحرص على تحصين مؤهلاتهم وتدعيمها، حتى يتحقق الهدف من خلق هذه الأجهزة، والمرتبط أساسا بحماية المال العام و صيانة تدبيره.

[1]- التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات لسنة 2006، ص: 27/26.

[2]- التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات لسنة 2012، ص: 64.

اللجان الضريبية بالمغرب

سعيد الستاتي

طالب باحث في سلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا

مقدمة:

تشكل الموارد الضريبية أهم مورد مالي لميزانية الدولة والجماعات الترابية، وتلعب دورا مهما في تمويل النفقات العمومية وإنعاش الحياة الاقتصادية والاجتماعية بالبلاد. ولهذا، عهد المشرع المغربي للإدارة، المتمثلة في الإدارة الضريبية التي تشمل المديرية العامة للضرائب كإدارة مكلفة بالوعاء الضريبي، والخزينة العامة للمملكة كإدارة مكلفة بالتحصيل، أمر فرضها وجبايتها[1]. وقصد أداء وظيفتها، سن لها المشرع مجموعة من القواعد الإجرائية التي تؤطر مجال تدخلها، حفاظا على حقوق الخزينة العامة للدولة. كما سن مجموعة من الضمانات للخاضعين للضريبة لحمايتهم من كل تعسف أو شطط قد يرتكب في حقهم من طرف الإدارة الضريبية، ويمس حقوقهم وذمتهم المالية أثناء فرض وتحقيق الالتزام الضريبي، الذي يستمد وجوده من دستور 2011[2] في فصليه التاسع والثلاثين(39) والأربعين (40)، الذان بموجبهما يتحمل جميع الأفراد مساهمتهم في تحمل التكاليف العمومية كل حسب قدرته.

وتعتبر اللجان الضريبية من الهيئات المتدخلة في نظام المنازعات الضريبية منذ بداية القرن العشرين، وعلى الخصوص سنة 1908، تاريخ إنشاء أول لجنة تحكيمية خاصة بالضريبة الحضرية، ومع توالي إحداث الضرائب العصرية منذ صدور ظهير 12 أبريل 1941 المحدث لضريبة الباتانتا، تم إحداث اللجنة المركزية، ليتم بعد ذلك إحداث اللجان المحلية بمقتضى ظهير 27 غشت 1948. وقد عمل المشرع على إدخال العديد من التعديلات لتطوير عمل هذه اللجان وفق الوضعية الراهنة للمغرب، لكن بالرغم من هذا الاهتمام التشريعي ظهرت عدة عوائق كانت تحد من فعالية نظام اللجان في تحقيق الغاية المتوخاة منها في هذه الفترة، نظرا لهيمنة الإدارة الضريبية من جهة، وطغيان الطابع التعددي للضرائب من جهة أخرى. وبما أن تحديث النظام الجبائي وتبسيطه يعتبر من بين الأولويات التي أخدها المغرب على عاتقه، ليس فقط في صلب اهتمام السلطات العمومية، بل من لدن الفاعلين الاقتصاديين، حيث تبرز السياسة الجبائية كأحد الأسس المحددة للسياسات الاقتصادية، والتي لها بالغ الأثر على التنمية الاقتصادية والاجتماعية في المغرب[3]. ولهذا، قام المشرع بسن إصلاح ضريبي من خلال ظهير 23 أبريل 1984، الذي ينص على إحداث نظام ضريبي يعتمد على ثلاثية ضريبية، تتمثل في كل من الضريبة على الدخل، والضريبة على الشركات، والضريبة على القيمة المضافة.

وموازاة مع سياسة التوحيد التي نهجها المشرع، كان لزاما على هذا الأخير أن يرافق ذلك بإصلاحات تخص لجان الطعن الضريبي، حيث انصب الاهتمام التشريعي على اللجان المحلية لتقدير الضريبة واللجنة المركزية التي استقرت تسميتها حاليا "باللجنة

[1]- محمد قصري، المنازعات الجبائية المتعلقة بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء المغربي، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 2009، ص.7.

[2]- ينص دستور سنة 2011 في فصله التاسع والثلاثون (39) على أنه: "على الجميع أن يتحمل، كل على قدر استطاعته، التكاليف العمومية...، كما ينص في فصله الأربعون (40) على أنه: "على الجميع أن يتحمل، بصفة تضامنية، وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها، التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد...

[3]- Mohammed HDID, "Réflexions sur la réforme fiscale", in Revue Française Des Finances Publiques au Maroc, n° 102, juin 2008, p.31.

الوطنية للنظر في الطعون الضريبية". ولم يكتفي المشرع بهذا التنظيم، بل عدله محاولا سد الثغرات التي تشوبه بمقتضى قوانين المالية لعدة سنوات، وكان من أهم هذه التعديلات إقرار مدونة عامة للضرائب منذ سنة 2007[1].

إن من بين الأسس التي سعى إليها المشرع، إعطاء بعض الضمانات لحماية الطرف الأضعف في المنازعة الضريبية، ألا وهو الخاضع للضريبة كطرف مجرد من كل سلطة أو امتياز إلا سلطة القانون[2]، مقابل إدارة الضرائب التي تمثل سلطة عامة وذات امتيازات لممارسة مهامها الجبائية. وهذه الحماية والضمانات لن تتأتى إلا بإقرار مجموعة من الأجهزة المستقلة عن الإدارة، التي تسمح بضمان حقوق الخاضعين للضريبة في مواجهة إدارة الضرائب، لا سيما في حالة عدم التوصل لتصحيح مقبول أو عدم حصول أي اتفاق بين أطراف المنازعة أثناء المسطرة التواجهية بين الإدارة والخاضع للضريبة، الأمر الذي يقضي بطلب إحالة الخلاف على أنظار اللجان الضريبية، حسب المدونة العامة للضرائب التي أحدثت برسم قانون المالية لسنة 2007[3]، حيث جمعت المقتضيات القانونية التنظيمية المتعلقة بالضرائب، وهي بمثابة ضمانة أحدثها المشرع لفائدة الخاضع للضريبة، وكذا إدارة الضرائب في المرحلة التصحيحية.

وفي علاقة الإدارة الجبائية مع الخاضع للضريبة، يمكن أن تنشئ نزاعات يمكن حصرها في صنفين هامين هما: المنازعات المرتبطة بتحديد الوعاء والمنازعات المرتبطة بالتحصيل، لذا، وجب التأكيد على أن عمل اللجان منصب على النزاعات الضريبية في مرحلة تحديد الوعاء أي في المرحلة الإدارية ما قبل القضائية في إطار المسطرة التصحيحية، وهي نزاعات موكولة في فضها في مرحلة أولى إلى اللجان المحلية لتقدير الضريبة، بالنظر لمبدأ القرب والتحكم في توزيع هذه النزاعات ترابيا، ويمكن أن تنتقل إلى مرحلة ثانية، يكون أمر البت فيها بيد اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية، فالأولى تبرز أهميتها في البت ابتدائيا في مجموعة من التصحيحات الضريبية، فتدخلها بمثابة ضمانة كبيرة في هذه المرحلة من النزاع، وفي حالة عدم قبول مقرراتها من طرف أحد الأطراف أو انصرام أجل البت فيها، تحال على اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية، والتي تمثل درجة ثانية لهذه التصحيحات.

إن من خصوصيات النزاعات الضريبية اعتمادها على مرحلة قبل قضائية، والتي تتوسط المسطرة التواجهية بين الإدارة والخاضع للضريبة، واللجوء إلى القضاء كمرحلة أخيرة، الشيء الذي يدفعنا للتساؤل حول مدى مساهمة اللجان الضريبية في التخفيف من النزاعات الضريبية وفعالية مقرراتها؟

I- الإطار القانوني للجان الضريبية

لقد عمل المشرع المغربي على إحداث مجموعة من اللجان الضريبية، للنظر في الخلافات الناشئة حول تقدير الضريبة أو ربطها، ذلك أن الفلسفة من وراء التشكيل المتنوع لهذه اللجان ينصهر في إطار إيجاد دينامية جديدة للعلاقات بين الإدارة والخاضعين للضريبة، تتوخى إيجاد قنوات للتواصل، تأخذ بعين الاعتبار إشراك أطراف أخرى في الخصومة بين الطرفين المعنيين[4].

إن وجود هذه اللجان في المجال الضريبي بدرجتيها المحلية والوطنية، يعد إحدى الضمانات التي كرسها الإصلاح الضريبي، والتي منحها المشرع المغربي للأشخاص الذين ينازعون في التقديرات التي تقدرها الإدارة[5]، الأمر الذي يستدعي دراسة النظام القانوني لهذه اللجن، من حيث طبيعتها القانونية، ومن حيث تشكيلها واختصاصاتها.

---

[1]- Mohammed HDID, op.cit, p.32.

[2]- احميدوش مدني، الطعن أمام اللجنة الوطنية للطعون الضريبية، أعمال الندوة الوطنية حول المنازعات الضريبية 4 و5 دجنبر 2009، عدد خاص لمجلتي القسطاس والزيتونة، مطبعة سلسبيل، الطبعة الأولى يوليوز 2010، ص.116.

[3]- أحدثت المدونة العامة للضرائب بموجب المادة 5 من قانون المالية رقم 43.06 للسنة المالية 2007، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.232بتاريخ 31 ديسمبر 2006 (الموافق ل 10 ذي الحجة 1427)، الجريدة الرسمية عدد 5487، الصادرة بتاريخ فاتح يناير 2007 (الموافق ل 11 ذو الحجة 1427)، ص.3.

[4]- محمد شكيري، القانون الضريبي المغربي دراسة تحليلية ونقدية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 59، الطبعة الثانية 2005، ص.577.

[5]- خالد مبروكي، اللجان الضريبية طبيعتها واختصاصاتها، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، عدد 16/15، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2011، ص.75.

أولا: الطبيعة القانونية للجان الضريبية

إن الخلافات المرتبطة بتقدير الوعاء الضريبي هي منازعات من نوع خاص، عهد المشرع إلى لجان خاصة لمعالجتها، فتارة يسميها لجن ضريبية وتارة لجن الطعون الضريبية، الشيء الذي يفرض تسليط الضوء على الطبيعة القانونية لهذه الهيئات[1].

إن هذه اللجان، والتي منحها المشرع اختصاصات واضحة وتشكيلا مختلطا، يصعب تحديد طبيعتها هل هي هيئات إدارية أم شبه قضائية، ذلك كون أعضاء هذه اللجان غير متجانسين، بالإضافة إلى عدم تحديد المشرع الضريبي طبيعتها القانونية صراحة، خلافا للمشرع المصري الذي منح هذه اللجان ولاية قضائية[2].

1) الطبيعة الإدارية للجان الضريبية

يمكن مناقشة الطبيعة الإدارية للجان الضريبية من خلال معايير عدة كالهيئات التي تقوم بإحداثها، أو من خلال الأسماء التي منحت لها، أو عبر مناقشة تشكيلها واختصاصاتها.

من خلال استحضار مسألة الإحداث نلاحظ أن المشرع في المادة 225 من المدونة العامة للضرائب يستعمل عبارة "تحدث الإدارة "، إذن، فإحداث هذه اللجان هو أمر موكول إلى الإدارة التي ترى وحدها محل إقامتها ومجال نفوذها الترابي، لكن لم يشر صراحة إلى الجهة الإدارية المحدثة لهذه اللجان، خصوصا اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، هل هي إدارة الضرائب؟ أم العمالة أو الإقليم؟ أم جهة إدارية أخرى[3]؟

حسب المرسوم رقم 911-87-2 الصادر بتاريخ 8 جمادى الأولى 1405 (30 ديسمبر 1987) بشأن تطبيق القانون رقم 86-24 المتعلق بالضريبة على الشركات، عندما تحدث لجنة محلية في إقليم معين، يكون مقرها في عاصمة الإقليم، ويبقى لوزير المالية الحق في أن يغير مقرات ودوائر اختصاص هذه اللجان إذا دعت الضرورة إلى ذلك، بقرار منه[4].

أما من حيث التسميات، فالمشرع المغربي عندما أنشأ اللجان الضريبية المكلفة بالنظر في ربط الضريبة وتقديرها، أعطاها مجموعة من الأسماء ارتأى من وراءها تمييز كل لجنة على حدى تبعا لنوع الضريبة التي تختص بها، وباستثناء التسمية المطلقة على اللجنة المختصة بالنظر في التقديرات الحضرية، حيث يطلق عليها بصريح العبارة "لجنة التحكيم"، فإن المشرع لم يشمل اللجان المتبقية بنفس اللفظ، مما يطرح التساؤل عما إذا كانت لجان إدارية أم تحكيمية[5]، أم ذات صبغة أخرى.

وبالنظر إلى زاوية الاختصاص، فإن اللجان تقوم بإصدار مقررات في النزاعات المعروضة على أنظارها، هذه المقررات حسب المادة 225 من المدونة العامة للضرائب تعتبر نهائية في القضايا المتعلقة بالضريبة على الدخل وبرسم الأرباح العقارية وبواجبات التسجيل، وإذا كان مبلغ الواجبات الأصلية المترتبة عليها يقل أو يساوي (50.000) درهم، هذا بالإضافة إلى جواز الخاضع للضريبة أن ينازع قضائيا في الضريبة المفروضة على إثر المقررات الصادرة عن اللجان المحلية لتقدير الضريبة التي أصبحت نهائية[6]، بما في ذلك

[1]- محمد شكيري، مرجع سابق، ص.590.

[2]- نفس المرجع أعلاه.

[3]- عبد الغني خالد، المسطرة في القانون الضريبي المغربي، مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع - الدار البيضاء، 2002، ص.303.

[4]- المادة 3 من المرسوم رقم 911-87-2 الصادر بتاريخ 8 جمادى الأولى 1405 (30 ديسمبر 1987) بشأن تطبيق القانون رقم 86-24 المتعلق بالضريبة على الشركات، الجريدة الرسمية عدد 3922، ص.1329.

[5]- محمد مرزاق وعبد الرحمان أبليلا، المنازعات الجبائية بالمغرب بين النظرية والتطبيق، مطبعة الأمنية، الطبعة الثانية، الرباط 1998، ص.20 و61.

[6]- لم تحدد المدونة العامة للضرائب المقصود بمقررات اللجان المحلية التي أصبحت نهائية، وكل ما نصت عليه المادة 225 من المدونة كما تم تعديلها بموجب المادة 7 من القانون رقم 45.09 المتعلق بقانون المالية لسنة 2010، هو اعتبار مقررات اللجان المحلية لتقدير الضريبة الصادرة في القضايا المتعلقة بالضريبة على الدخل برسم الأرباح العقارية بواجبات التسجيل، إذا كان مبلغ الواجبات الأصلية المترتبة عنها يقل أو يساوي 50 ألف درهم، مقررات نهائية.

المتعلقة منها بالمسائل التي صرحت اللجان المذكورة بشأنها بعدم الاختصاص، وذلك وفق الشروط والآجال المنصوص عليها في المادة 242 من المدونة العامة للضرائب، مع تخويل المشرع إمكانية الطعن في مقررات اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، أمام اللجنة الوطنية في ظرف ستين (60) يوما من صدور المقرر، وإمكانية الطعن قضائيا في مقررات اللجنة الوطنية لطعون الضريبية خلال نفس المدة من صدور المقرر، وبالتالي يمكن القول على أن مقررات هذه اللجان تكتسي صبغة إدارية[1]، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية بوجدة في حكمها عدد 2000/126[2] الصادر بتاريخ 2000/06/07 حينما اعتبرت اللجنة الوطنية هيئة إدارية، بالارتكاز على تركيبتها والصبغة الإدارية لمقرراتها، وكونها نهائية في مواجهة إدارة الضرائب.

إن الصبغة الإدارية للجان الضريبية تبقى غير واضحة الصورة، الشيء الذي يدفعنا إلى البحث في الصبغة شبه القضائية.

2) الطبيعة شبه القضائية للجان الضريبية

إن إحداث أي هيئة قضائية يتم بقانون حسب المادة 127 من دستور 2011، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تخضع الأحكام والقرارات القضائية للطعن بالاستئناف والنقض، وبالتالي فهي حائزة لقوة الشيء المقضي به. وبالتزام المشرع الضريبي الصمت فيما يخص إبراز الطبيعة القانونية للجان الضريبية، فإن الاجتهاد القضائي المغربي اعتبر هذه اللجان هيآت إدارية، حيث أقر المجلس الأعلى في قراره الصادر بتارخ 12 يوليوز 1962 بصورة جلية على أن اللجنة المركزية آنذاك، والتي كان يترأسها قاض ليست لها أية صبغة قضائية، وأنها مجرد هيئة إدارية خصها المشرع ببعض الامتيازات دون أن تبلغ درجة الهيئة القضائية، وقد كانت اللجنة المركزية تبث في الطعون المرفوعة ضد قرارات اللجان المحلية التي لم يكن يترأسها قضاة، ولم تكن ملزمة بالتعليل[3].

لكن من خلال استقراء مضامين المواد القانونية المنظمة للجان الضريبية، خاصة اللجنة الوطنية للطعون الضريبية، يمكن استنباط الصبغة القضائية لهذه اللجان، ذلك كونها هيئات مستقلة عن الإدارة ولا تخضع لأي سلطة أخرى، كما تتمتع بقاعدة التدرج القضائي، بحيث يمكن اعتبار اللجنة المحلية لتقدير الضريبة كهيئة أو كدرجة أولى، واللجنة الوطنية للطعون الضريبية كدرجة استئنافية، بالإضافة إلى تتبع هذه اللجان مجموعة من القواعد المسطرية والإجرائية المعمول بها في مجال القضاء كتعليل مقرراتها، كما أن هذه اللجان يترأسها قضاة وتتبع النظام الجماعي في سير أعمالها، وكذلك في شكل تقديم الطعون، بحيث تكون في شكل عرائض، تتضمن وسائل دفاع الطرف الطاعن، والاعتماد على قاعدة التواجه[4].

إلا أنه بالرغم من كل هذه المميزات التي تضفي الصبغة شبه القضائية على اللجان الضريبية، فإنها تفتقد إلى المعيار الأساس في كل هيئة قضائية ألا وهو مبدأ حجية الشيء المقضي به، الشيء الذي أكده الأستاذ شارل ديباشا في مؤلفه "المنازعات الإدارية"، حيث أبرز بأن الهيئة التي تتوفر على سلطة قضائية هي التي يمكنها أن تعالج المنازعات بصورة نهائية، بناء على قوة الحكم الذي يسري منطوقه على الأطراف[5].

مما سبق، يمكن التأكيد على أن تحديد الطبيعة القانونية للجان الضريبية ليس بالأمر السهل والهين، بحيث لا يمكن الحسم في طبيعتها القانونية، كما أنها ليست بهيئات تحكيمية، ذلك أن التحكيم يتم بالاتفاق عليه بين الطرفين المتنازعين، وبتعيين المحكم وبالتزام الأطراف قبول القرار التحكيمي وتنفيذ مضمونه، زيادة على كون القرار التحكيمي يعتبر قرارا قضائيا حسب القضاء والفقه

أما المقررات التي أصبحت نهائية، فتعني تلك التي لم يباشر بشأنها الخاضع للضريبة أي طعن أمام اللجنة الوطنية كدرجة استئنافية داخل أجل 60 يوما الموالية للتاريخ الذي وقع فيه تبليغ مقرر اللجنة المحلية إلى الخاضع للضريبة (الفقرة الرابعة من البند IV من المادة 220 من المدونة العامة للضرائب). راجع بهذا الخصوص مقالة الأستاذ جواد لعسري، قراءة في المادة 242 من المدونة العامة للضرائب، جريدة المساء، عدد 1577، بتاريخ 24 أكتوبر 2011.

[1]- خالد مبروكي، "اللجان المحلية لتقدير الضريبة واللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية"، مجلة رحاب المحاكم، عدد 6، يونيو 2010، ص 28..

[2]- هذا الحكم مذكور في نفس المرجع أعلاه.

[3]- محمد شكيري، مرجع سابق، ص.592.

[4]- عبد الغني خالد، مرجع سابق، ص.314 و ما بعدها.

[5]- محمد شكيري، مرجع سابق، ص.591.

الفرنسي[1]، وهذا ما تفتقده مقررات اللجان الضريبية، وبالتالي، يمكن القول على أن الوساطة هو المصطلح الأقرب لتحديد طبيعة هذه اللجان، باعتبارها هيآت وسيطة بين الخاضع للضريبة والإدارة الضريبية.

ثانيا: تشكيل واختصاصات اللجان الضريبية

إن نظام اللجان الضريبية حسب المادة 225 و226 من المدونة العامة للضرائب يخضع لقاعدة تعدد الدرجات، على خلاف بعض التشريعات الضريبية المقارنة كفرنسا وتونس ومصر[2]، فاللجنة المحلية لتقدير الضريبة تعتبر كدرجة ابتدائية يتم تحريكها من طرف الملزم الذي يطالب صراحة بالمثول أمام اللجنة المذكورة، ومن جهة ثانية، هناك اللجنة الوطنية للطعون الضريبية كدرجة استئنافية مفتوحة أمام الإدارة والخاضع، فما هو تشكيل واختصاص كل لجنة على حدى؟

1) تشكيل اللجان الضريبية

إن وجود هذه اللجان يشكل وبدون شك إحدى الضمانات التي كرسها الإصلاح الضريبي، والمثول أمام هذه اللجان ليس تلقائيا، وإنما بتعبير صريح من طرف الملزم أثناء جوابه عن رسالة التبليغ الثانية، حيث يبدي فيها عدم قبوله بالتصحيحات المقترحة من طرف الإدارة، ونيته التقدم بالطعن أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، واستئنافيا أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية، بحيث أشرك المشرع الضريبي المغربي عدة فعاليات، تنتمي إلى قطاعات مختلفة سواء على مستوى اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، وعلى مستوى اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية، قصد تحقيق العدالة الضريبية.

1-1) اللجنة المحلية لتقدير الضريبة

يدخل تشكيل اللجنة المحلية لتقدير الضريبة ضمن إطار خلق نوع من التوازن بين طرفي النزاع، الخاضع للضريبة وإدارة الضرائب، من خلال إقرار حياد الجهة المكلفة بتسوية هذا النزاع، وتعتبر العناصر التي تتشكل منها هذه الجهة من أهم شروط خلق هذا الحياد.

وتضم اللجان المحلية لتقدير الضريبة حسب ما حددته المادة 225 من المدونة العامة للضرائب قاضيا رئيسيا، وممثلا لعامل العمالة أو الإقليم الواقع مقر اللجنة بدائرة اختصاصه، ورئيس المصلحة المحلية للضرائب أو ممثله الذي يقوم بمهمة الكاتب المقرر، وممثلا للخاضعين للضريبة يكون تابعا للفرع المهني الأكثر تمثيلا للنشاط الذي يزاوله الطالب.

إلا أنه لم يتم تحديد أي قاضي يقصده المشرع ودرجته، خلافا لما نص عليه المشرع الفرنسي، إذ عين رئيس المحكمة الإدارية على رئس اللجنة الجهوية للضرائب، كما حدد المشرع التونسي لرئاسة اللجنة الخاصة للتوظيف قاضيا من المحكمة الابتدائية[3].

---

[1]- S. jarisson, notion d'arbitrage, LGDJ, 1987, p.101.

مأخوذ من مرجع محمد شكيري، مرجع سابق، ص.595.

[2]- يعهد النظام الضريبي الفرنسي بالنظر في الطعون الإدارية المقدمة من طرف الخاضعين للضريبة، إلى لجنة واحدة للبت في منازعات الفحص الضريبي قبل اللجوء إلى القضاء، ذلك أن فرنسا تتوفر على اللجنة الجهوية للضرائب المباشرة وعلى رقم الأعمال، وتضطلع بدور تقريري في مجال تحديد الربح الجزافي للأنشطة الصناعية والتجارية والتقديرات الإدارية للأنشطة غير التجارية، وتحديد الربح الجزافي الجماعي للأنشطة الفلاحية، في حين لا تتوفر إلا على رأي استشاري في إطار المسطرة التواجهية الناتجة عن فحص المحاسبات، وكذلك الأمر في حالة التضريب التلقائي الناتج عن عدم جواب الملزم على طلب التبرير في إطار فحص الوضعية الجبائية الإجمالية، وكذلك الأمر في حالة الطلبات الاستعطافية للإعفاء من أداء الغرامات، ففي هذه الحالات الأخيرة تصدر اللجنة الجهوية رأيا استشاريا غير ملزم للإدارة.

أما في تونس، فهناك لجنة واحدة تسمى باللجنة الخاصة لتوظيف الضريبة، تضطلع بدور تقريري، بالإضافة إلى منح الطرفين الخاضع للضريبة وإدارة الضرائب إمكانية الطعن القضائي أمام المحكمة الإدارية، وهو طعن مقيد ولا يسمح باستعماله إلا في حالة الشطط في استعمال السلطة أو الخرق المسطري أو خرق القانون.

بينما تبنت مصر، نظام اللجنة الواحدة وهي لجنة الطعن الضريبية، وتضم مأموري إدارة الضرائب فقط، مع إمكانية إضافة ممثل للخاضع للضريبة، يختاره هذا الأخير وعلى نفقته.

[3]- محمد مرزاق وعبد الرحمان أبليلا، مرجع سابق، ص.76 وما بعدها.

لكن قرار رئيس الحكومة رقم 96-134-3 الصادر في 10 رجب 1417 الموافق ل 22 نوفمبر 1996، المتعلق بتعيين القضاة المكلفين برئاسة اللجان المحلية لتقدير الضريبة على القيمة المضافة، والضريبة على الشركات، والقضاة أعضاء اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة على القيمة المضافة والضريبة على الشركات، والقاضي المعهود إليه بتسيير اللجنة المذكورة، عمل على تعيين رؤساء المحاكم الابتدائية رؤساء للجان المحلية لتقدير الضريبة[1]، ذلك أنه قبل الإصلاح الجبائي كانت رئاسة اللجان المحلية تعود إلى ممثل السلطة التنفيذية، وهو ما كان يحول دون تحقيق الغاية من هذه اللجان، إذ يجعل الخاضعين للضريبة يفقدون الثقة في استقلالها عن الجهاز التنفيذي، وبالتالي، فتعيين قاض على رأس اللجنة المحلية لتقدير الضريبة يعتبر نقلة نوعية في هذا المجال، لذا، يجب على المشرع أن يحدد درجة القاضي المعين في تسلسل النظام القضائي، ويسند هذه الرئاسة إلى قضاة من المحاكم الإدارية[2]، باعتبارهم أكثر ممارسة وإلماما بالمنازعات الضريبية.

ويستدعي رئيس اللجنة ممثلي الخاضعين للضريبة وممثلي الإدارة خمسة عشر (15) يوما على الأقل قبل التاريخ المحدد للاجتماع، وذلك وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 من الدونة العامة للضرائب[3]، وتبت اللجنة في الأمر بصورة صحيحة إذا حضرها ثلاثة على الأقل من أعضائها من بينهم الرئيس وممثل الخاضعين للضريبة، وتتداول بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، فإن تعادلت رجح الجانب الذي يكون فيه الرئيس، وتبت بصورة صحيحة خلال اجتماع ثان بحضور الرئيس وعضوين آخرين فإن تعادلت الأصوات رجح الجانب الذي يكون فيه الرئيس.

أما بالنسبة لتعيين ممثلي الخاضعين للضريبة، ففيما يخص الطعون التي تهم الخاضعين للضريبة الذين يزاولون نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا أو فلاحيا، يعين عامل العمالة أو الإقليم المعني بالأمر الممثلين الرسميين، ومثل عددهم من الممثلين الاحتياطيين لمدة ثلاث (3) سنوات من بين الأشخاص الطبيعيين أعضاء المنظمات المهنية الأكثر تمثيلا لفروع النشاط المشار إليه أعلاه، المدرجين في القوائم التي تقدمها المنظمات المذكور، وكل من رؤساء غرفة التجارة والصناعة و الخدمات وغرفة الصناعة التقليدية وغرفة الفلاحة وغرفة الصيد البحري قبل 31 أكتوبر من السنة السابقة للسنة التي تبتدئ خلالها مهام الأعضاء المعينين في حظيرة اللجنة المحلية.

وفيما يخص الطعون التي تهم الخاضعين للضريبة الذين يزاولون مهنا حرة، يعين عامل العمالة أو الإقليم المعني بالأمر، الممثلين الرسميين ومثل عددهم من الممثلين الاحتياطيين لمدة ثلاث (3) سنوات من بين الأشخاص الطبيعيين أعضاء المنظمات المهنية الأكثر تمثيلا، المدرجين في القوائم التي تقدمها المنظمات المذكورة قبل 31 أكتوبر من السنة السابقة للسنة التي تبتدئ خلالها مهام الأعضاء المعينين في حظيرة اللجنة المحلية، ويباشر تعيين الممثلين المشار إليهم أعلاه قبل فاتح يناير من السنة التي تبتدئ خلالها مهامهم في حظيرة اللجان المحلية ، وإذا طرأ تأخير على تعيين الممثلين الجدد أو حال دون ذلك عائق، وقع تلقائيا تمديد انتداب الممثلين المنتهية مهامهم لفترة لا تتجاوز ثلاثة (3) أشهر.

وإذا استحال تمديد انتداب الممثلين المنتهية مهامهم لأي سبب من الأسباب أو لم يتأت في فاتح أبريل تعيين الممثلين الجدد للخاضعين للضريبة، وجب إخبار الخاضع للضريبة بذلك وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 من م.ع.ض، ويجوز للخاضع للضريبة في هذه الحالة أن يقدم إلى رئيس المصلحة المحلية للضرائب التابع لها مكان فرض الضريبة، داخل الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ تسلم الرسالة المذكورة، طلبا يلتمس فيه المثول أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، مؤلفة فقط من رئيسها وممثل عامل العمالة أو الإقليم ورئيس المصلحة المحلية للضرائب، فإن انصرم الأجل المذكور من غير أن يقدم أي طلب، عرضت الإدارة النزاع على اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة المنصوص عليها في المادة 226 من م.ع.ض، وأخبرت بذلك الخاضع للضريبة داخل أجل لا يتجاوز عشرة (10)أيام من تاريخ توجيه العريضة المنصوص عليها في المادة 220 من م.ع.ض.

---

[1]- المادة 1 من قرار رئيس الحكومة رقم 96-134-3 الصادر في 10 رجب 1417 الموافق ل 22 نوفمبر 1996، المتعلق بتعيين القضاة المكلفين برئاسة اللجان المحلية لتقدير الضريبة على القيمة المضافة، والضريبة على الشركات، والقضاة أعضاء اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة القيمة المضافة، والضريبة على الشركات، والقاضي المعهود إليه بتسيير اللجنة المذكورة، الجريدة الرسمية عدد 4435، ص.2627.

[2]- محمد مرزاق وعبد الرحمان أبليلا، مرجع سابق، ص.77.

[3]- تم إدراج هذه الفقرة بمقتضى البند ا من المادة 7 من قانون المالية لسنة 2011.

ويمكن أن تضيف اللجنة إليها فيما يخص كل قضية خبيرين اثنين على الأكثر تعينهما من بين الموظفين أو الخاضعين للضريبة، ويكون لهما صوت استشاري، وتستمع اللجنة إلى ممثل الخاضع للضريبة إذا طلب ذلك أو إذا رأت أن من اللازم الاستماع إليه، وفي كلتا الحالتين، تستدعي اللجنة في آن واحد ممثل أو ممثلي الخاضع للضريبة وممثل أو ممثلي إدارة الضرائب المعينين من لدن الإدارة لهذا الغرض.

من خلال تركيبة هذه اللجنة، نلاحظ على أنها تشكيلة معينة، وليس متفقا عليها من طرف المحتكمين إليها، كما أن بعض الأعضاء تسمح لهم مهنتهم بالاستقرار وبمتابعة أشغال هذه اللجنة مدة طويلة، مما يكسبهم تجربة مهمة في هذا المجال، ويجعلهم قادرين أكثر من غيرهم على الفصل في النزاع على أحسن وجه، ويتعلق الأمر بالرئيس وممثل الإدارة الضريبية.

2-1) تشكيلة اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة

تعتبر اللجنة الوطنية هيئة استئنافية فيما يخص المقررات الصادرة عن اللجان المحلية، وقد نظمها المشرع الضريبي المغربي في المادة 226 من المدونة العامة للضرائب، وهي تابعة للسلطة المباشرة لرئيس الحكومة، ويوجد مقرها بالرباط، وتبت في النزاعات المعروضة عليها، ويجب عليها أن تصرح بعدم اختصاصها في المسائل التي ترى أنها تتعلق بتفسير نصوص تشريعية أو تنظيمية.

وتضم اللجنة سبعة (7) قضاة منتمين إلى هيئة القضاء يعينهم الوزير الأول باقتراح من وزير العدل[1]، وثلاثون (30) موظفا يعينهم رئيس الحكومة باقتراح من وزير المالية، يكونون حاصلين على تأهيل في ميدان الضرائب أو في المحاسبة أو القانون أو الاقتصاد وأن تكون لهم على الأقل رتبة مفتش أو رتبة مدرجة في سلم من سلالم الأجور يعادل ذلك، ويلحق الموظفون المذكورون باللجنة، ومائة (100) شخص من ميدان الأعمال يعينهم رئيس الحكومة لمدة ثلاث سنوات بصفتهم ممثلين للخاضعين للضريبة، بناء على اقتراح مشترك لكل من الوزراء المكلفين بالتجارة والصناعة والصناعة التقليدية والصيد البحري والوزير المكلف بالمالية ، ويختار هؤلاء الممثلون من بين الأشخاص الطبيعيين أعضاء المنظمات المهنية الأكثر تمثيلا المزاولين نشاطا تجاريا أو صناعيا أو خدماتيا أو حرفيا أو في الصيد البحري والمدرجين في القوائم التي تقدمها المنظمات المذكورة وكل من رؤساء غرف التجارة
والصناعة والخدمات وغرف الصناعة التقليدية وغرف الفلاحة وغرف الصيد البحري، وذلك قبل 31 أكتوبر من السنة السابقة للسنة التي تبتدئ خلالها مهام الأعضاء المعينين في حظيرة اللجنة الوطنية.

وإذا طرأ تأخير على تعيين الممثلين الجدد أو حال دون ذلك عائق، وقع تلقائيا تمديد انتداب الممثلين المنتهي مهامهم لفترة لا تتجاوزستة (6) أشهر، ولا يمكن لأي ممثل من ممثلي الخاضعين للضريبة أن يحضر اجتماع اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة عندما يعرض عليها نزاع سبق أن نظر فيه في حظيرة لجنة محلية لتقدير الضريبة، وتنقسم اللجنة إلى سبع (7) لجان فرعية تتداول في القضايا المعروضة عليها.

يرأس اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة ويشرف على سيرها قاض يعينه رئيس الحكومة باقتراح من وزير العدل، ويحدد التنظيم الإداري لهذه اللجنة بنص تنظيمي[2]، وإذا تغيب رئيس اللجنة أو حال دون حضوره عائق ناب عنه في القيام بمهامه رئيس لجنة فرعية يعينه كل سنة، من هذه المادة وتوجه الطعون إلى رئيس اللجنة الذي يعهد ببحثها إلى واحد أو أكثر من الموظفين المشار إليهم في البند ا ويوزع الملفات على اللجان الفرعية، وتجتمع اللجان الفرعية المذكورة بمسعى من رئيس اللجنة الذي يستدعي ممثلي الخاضعين للضريبة وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 أعلاه قبل التاريخ المحدد للاجتماع بما لا يقل عن خمسة عشر (15) يوما.

الملاحظ أن التشكيلة برمتها يتم تعيينها من طرف رئيس الحكومة، بناء على اقتراح من الوزراء المعنيين، وذلك حتى تكون اللجنة الوطنية مستقلة استقلالا تاما عن أي جهة أو إدارة أو سلطة، وتؤدي بالتالي مهمتها الموكولة إليها بنوع من الشفافية والنزاهة والانضباط وروح المسؤولية، بعيدا عن أي تأثيرات أو إكراهات أو تعليمات أو ضغوط، ضمانا لحقوق الخاضع للضريبة ولحقوق الخزينة على حد سواء.

[1]- تم رفع عدد القضاة من 5 إلى 7 بمقتضى البند ا من المادة 7 من قانون المالية لسنة 2011.

[2]- تم تغيير هذه الفقرة بمقتضى البند ا من المادة 7 من قانون المالية لسنة 2010.

وتنقسم اللجنة الوطنية إلى سبع لجان فرعية مكونة لها[1]، فتتكون كل واحدة منها من قاض رئيسا، يعين من بين القضاة السبعة المعنيين من طرف رئيس الحكومة باقتراح من وزير العدل، وموظفان اثنان يعينان بالقرعة من بين الموظفين الثلاثين الذين لم يقوموا ببحث الملف المعروض على اللجنة الفرعية للبت فيه، وممثلين للخاضعين للضريبة يختارهما رئيس اللجنة من بين المائة شخص المنتمين لعالم الأعمال والمعينين لهذا الغرض، وكاتب مقرر يختاره رئيس اللجنة من غير الموظفين العضوين في اللجنة الفرعية دون أن يتمتع بصوت تقريري، وهذا بعكس اللجنة المحلية لتقدير الضريبة التي يعتبر فيها الكاتب المقرر عضوا من أعضاء اللجنة، ويتمتع كباقي الأعضاء بصوت تداولي دون أن يكون تقريري.

وتعقد كل لجنة فرعية العدد اللازم من الجلسات بهدف الوصول إلى الاقتناع التام وإنصاف الطرفين، وتستدعي وجوبا ممثل أو ممثلي الخاضع للضريبة، وممثل أو ممثلي الإدارة الضريبية، قصد الاستماع إليهما كل على حدة أوهما معا، وقد أثبت الواقع أن الاستماع إلى الطرفين قد أصبح ضرورة لا غنى عنها في دعم عمل اللجنة، ويمكن لها أن تستعين على سبيل الاستشارة بخبير واحد أو اثنين سواء كانا موظفين أو غير موظفين، ولا يجوز في أي حال من الأحوال أن تتخذ مقرراتها بحضور ممثل الخاضع للضريبة أو وكيله أو ممثل الإدارة أو الخبيرين، وتتداول اللجان الفرعية بصورة صحيحة بحضور الرئيس وعضوين آخرين على الأقل من بين الأعضاء المشار إليهم في البند I من هذه المادة، فإن تعادلت الأصوات رجح الجانب الذي يكون فيه الرئيس[2].

2) اختصاصات اللجان الضريبية

قصد تحقيق مبدأ العدالة الضريبية، حاول المشرع المغربي إنهاء النزاع الضريبي في مراحله الأولى من خلال إحداث اللجن الضريبية، ولهذا الغرض فقد أوكل المشرع لهذه اللجان اختصاصات محصورة ودقيقة، على مستوى اللجان المحلية لتقدير الضريبة، واللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية.

1-2: اختصاصات اللجنة المحلية لتقدير الضريبة

تتوفر اللجنة المحلية لتقدير الضريبة على اختصاصين، اختصاص محلي وآخر موضوعي.

أ/ الاختصاص المحلي

حدد المشرع الاختصاص المحلي لنشاط اللجان المحلية لتقدير الضريبة حسب المادة 225 من المدونة العامة للضرائب فيما يلي: " تحدث الإدارة لجانا محلية لتقدير الضريبة وتحدد مقارها ودائرة اختصاصها، وتنظر اللجان المذكورة في المطالبات التي يقدمها في شكل عرائض الخاضعون للضريبة الكائن مقرهم الاجتماعي أو مؤسستهم الرئيسية داخل دائرة اختصاصها".

وبناء على المرسوم رقم 911-87-2 الصادر بتاريخ 8 جمادى الأولى 1405 (30 ديسمبر 1987) بشأن تطبيق القانون رقم 86-24 المتعلق بالضريبة على الشركات، تحدث في كل عمالة أو إقليم لجنة محلية لتقدير الضريبة يكون مقرها بعاصمة العمالة أو الإقليم المعنى بالأمر[3]، ولوزير المالية أن يغير بقرار مقرات ودوائر اختصاص هذه اللجان المحلية إذا دعت الحاجة إلى ذالك[4].

و يعود الاختصاص المحلي، بالنسبة للشركات للجنة المحلية التي يوجد داخل دائرة اختصاصها الترابي المقر الاجتماعي للشركة أو مقر مؤسستهم الرئيسية، أما بالنسبة للأشخاص الطبيعيين فتختص اللجنة التي يوجد داخل دائرتها محل إقامتهم الرئيسية أو مكان استخلاص الضريبة، بينما الأشخاص المقيمين خارج المغرب، فتعيين اللجنة المختصة يكون تبعا للعنوان المختار[1].

---

[1]- تم رفع عدد اللجان من 5 إلى 7 بمقتضى البند I من المادة 7 من قانون المالية لسنة 2010.

[2]- تم تغيير هذه الفقرة بمقتضى البند I من المادة 8 من قانون المالية لسنة 2008.

[3]- المادة 3 من المرسوم رقم 911-87-2 الصادر بتاريخ 8 جمادى الأولى 1405 (30 ديسمبر 1987) بشأن تطبيق القانون رقم 86-24 المتعلق بالضريبة على الشركات، الجريدة الرسمية عدد 3922، ص.1329.

[4]- عبد الغني خالد، مرجع سابق، ص.318.

ب/ الاختصاص الموضوعي

لقد حدد المشرع المغربي اختصاص اللجنة المحلية لتقدير الضريبة حسب المادة 225 من المدونة العامة للضرائب في البت في النزاعات المعروضة على أنظارها، ويجب عليها أن تصرح بعدم اختصاصها في المسائل التي ترى أنها تتعلق بتفسير نصوص تشريعية أو تنظيمية، وبالتالي فاختصاصها منحصر في تحديد العناصر المكونة للأساس الضريبي التي على أساسها يتم احتساب مبلغ الضريبة المفروضة على الخاضع للضريبة[2]. وتشمل الطعون التي تهم الخاضعين للضريبة الذين يزاولون مهنا حرة، والطعون التي تهم الخاضعين للضريبة الذين يزاولون نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا أو فلاحيا.

إن التوجه الذي اعتمده المشرع المغربي في تحديد الاختصاص الموضوعي للجان المحلية لتقدير الضريبة، هو نفس التوجه الذي أخذ به المشرع الفرنسي عندما ألزم اللجنة الجهوية بعدم الخوض في المسائل التي تتعلق بتفسير القانون[3].

وعلى عكس ذلك، اعتبر المشرع المصري هذه اللجان الضريبية لجان طعن إدارية ذات اختصاص قضائي، بحيث منحها المشرع الولاية القضائية للفصل في الخصومات بين الخاضع للضريبة ومصلحة الضرائب، سواء كانت واقعية أو قانونية.

ويجب أن تكون مقررات اللجان المحلية لتقدير الضريبة مفصلة ومعللة، ويبلغها مقررو هذه اللجان إلى الطرفين وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 من م.ع.ض خلال الأربعة (4) أشهر الموالية لتاريخ صدورها[4]، ويحدد بأربعة وعشرين(24) شهرا، الأجل الأقصى الذي يجب أن يفصل بين تاريخ تقديم الطعن وتاريخ صدور المقرر المتخذ في شأنه، وإذا انصرم الأجل المشار إليه أعلاه ولم تتخذ اللجنة المحلية لتقدير الضريبة مقررها، وجب على المفتش أن يشعر الخاضع للضريبة، وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 أعلاه، بانتهاء أجل الأربعة والعشرين (24) شهرا وبإمكانية تقديمه لطعن أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة داخل أجل الستين (60) يوما الموالية لتاريخ تسلم الإشعار.

وفي حالة عدم تقديم طعن داخل أجل الستين (60) يوما السالف الذكر، يفرض المفتش الضرائب باعتبار الأسس المعتمدة في رسالة التبليغ الثانية، ولا يجوز أن ينازع فيها إلا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 235 من م.ع.ض.

وتستمع اللجنة إلى الطرفين كل على حدة أو هما معا إما بطلب من أحدهما أو إذا ارتأت أن هذه المواجهة ضرورية، وتعتبر نهائية مقررات اللجان المحلية لتقدير الضريبة الصادرة في القضايا المتعلقة بالضريبة على الدخل برسم الأرباح العقارية، وواجبات التسجيل، إذا كان مبلغ الواجبات الأصلية المترتبة عليها يقل أو يساوي خمسين ألف (50.000) درهم[5]، ويجوز للإدارة وللخاضع للضريبة أن ينازعا قضائيا في المقررات الصادرة عن اللجان المحلية لتقدير الضريبة التي أصبحت نهائية، بما في ذلك المتعلقة منها بالمسائل التي صرحت اللجان المذكورة بشأنها بعدم الاختصاص، وذلك وفق الشروط والآجال المنصوص عليها في المادة 242 من م.ع.ض[6].

وفي نفس الإطار، تم تخويل اللجان المحلية لتقدير الضريبة بعض الاختصاصات الجديدة، كالنظر في المطالبات التي يقدمها، في شكل عرائض، الخاضعون للضريبة الكائن مقرهم الاجتماعي، أو مؤسستهم الرئيسية داخل دائرة اختصاصاتها[7].

وباستقراء المادة السابقة الذكر، يتضح أن اختصاص اللجان المحلية ينحصر في المسائل الواقعية أي في النزاعات التي يكون موضوعها تقدير الضريبة المفروضة على الخاضع للضريبة الذي ينازع في تقدير عناصرها وأسسها، دون الخوض في تفسير النصوص التشريعية والتنظيمية التي يجب أن تصرح بعدم اختصاصها في حالة مواجهة حالات تفسير القانون.

---

[1]- إبراهيم الكرناوي، "التعريف باللجان المحلية لتقدير الضريبة والمسطرة المتبعة أمامها للبث في المنازعات الضريبية"، مطبعة الأمنية، الرباط 2007، ص.294.

[2]- سفيان درويش ورشيدة صابري، "تصحيح الأساس الضريبي: دراسة مقارنة"، دار القلم، الطبعة الأولى 2002، ص.158.

[3]- محمد شكيري، مرجع سابق، ص.581.

[4]- تم إدراج هذه الفقرة بمقتضى البند ا من المادة 7 من قانون المالية لسنة 2011.

[5]- تم إدراج هذه الفقرة بمقتضى البند ا من المادة 7 من قانون المالية لسنة 2010.

[6]- تم تغيير هذه الفقرة بمقتضى البند ا من المادة 7 من قانون المالية لسنة 2012.

[7]- المادة 225 من قانون المالية رقم 70.15 للسنة المالية 2016.

إلا أنه ليس من السهل التفرقة بين ما يدخل ضمن المسائل الواقعية والمسائل القانونية، فليس هناك حد فاصل يميز بين ما هو واقعي وما هو قانوني، إذ إن هذا التمييز يعتبر من أعقد القضايا التي لا تواجهها اللجان الضريبية فحسب، بل أيضا القضاء والفقه[1].

2-2: اختصاصات اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة

تتوفر اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبية، على غرار اللجنة المحلية لتقدير الضريبة على اختصاصين، اختصاص محلي وآخر موضوعي.

أ/ الاختصاص المحلي

تعد اللجنة الوطنية لجنة دائمة تتمركز بالرباط، فاختصاصها يمتد ليشمل جميع أنحاء التراب الوطني، مما يشكل عائقا يحول دون استفادت جل الخاضعين للضريبة من تقديم طعونهم أمامها نظرا لبعد المسافة بين مقراتهم ومقر اللجنة، مما يضيف مصاريف إضافية يتحملها هؤلاء من أجل حضور اجتماعات اللجنة[2].

ب/ الاختصاص النوعي

يتجسد الاختصاص النوعي للجنة الوطنية في اختصاصين، الأول أصلي وأخر استثنائي:

1. الاختصاص الأصلي

ينص البند 1 من المادة 226 من المدونة العامة للضرائب على اختصاص اللجنة الوطنية بالنظر في الطعون المرفوعة إليها في المقررات الصادرة عن اللجان المحلية لتقدير الضريبة، فقد خول المشرع للخاضعين للضريبة حق استئناف قرارات هذه اللجان مهما كان مبلغ الأساس الضريبي المحكوم به، باستثناء المقررات الصادرة عنها في القضايا المتعلقة بالضريبة على الدخل برسم الأرباح العقارية وبواجبات التسجيل، إذا كان مبلغ الواجبات الأصلية المترتبة عليها يقل أو يساوي خمسين ألف (50000) دهم[3].

ويجب أن تكون مقررات اللجان الفرعية المنبثقة عن اللجنة الوطنية مفصلة ومعللة، ويبلغها القاضي الذي يشرف على سير اللجنة إلى الطرفين وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 من م.ع.ض خلال الستة (6) أشهر الموالية لتاريخ صدور المقرر، ويحدد بإثنى عشر (12)شهرا الأجل الأقصى الذي يجب أن يفصل بين تاريخ تقديم الطعن أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، وتاريخ المقرر المتخذ في شأنه.

وعندما ينصرم الأجل المشار إليه أعلاه ولم تتخذ اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية مقررها، لا يجوز إدخال أي تصحيح على إقرار الخاضع للضريبة أو على أساس فرض الضريبة المعتمد من لدن الإدارة في حالة فرض الضريبة بصورة تلقائية بسبب عدم الإدلاء بالإقرار أو بسبب إقرار غير تام، غير أنه، في حالة إعطاء الخاضع للضريبة موافقته الجزئية على الأسس المبلغة من لدن إدارة الضرائب أو في حالة عدم تقديمه لملاحظات على أسباب التصحيح المدخلة من طرف الإدارة، يكون الأساس المعتمد لإصدار الضرائب هو الأساس الناتج عن تلك الموافقة الجزئية وأسباب التصحيح المذكورة.

وبمقتضى قانون المالية لسنة 2016، أصبحت اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية تقوم بفحص الوضعية الضريبية للخاضعين للضريبة أيا كان مبلغ رقم الأعمال المصرح به، وفحص المحاسبة للخاضعين للضريبة الذين يساوي أو يفوق رقم أعمالهم

[1]- عبد القادر التعلاتي، النزاع الضريبي في التشريع المغربي، دار النشر المغربية البيضاء، 1997، ص.94 وما بعدها.

[2]- المحفوظ اشكر، التوازن بين حقوق الملزم وسلطات الإدارة في إطار المساطر الضريبية، رسالة لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري، المدرسة الوطنية للإدارة، السنة الجامعية 2004-2005، ص.159.

[3]- ظهير شريف رقم 1.09.243 صادر في 13 محرم 1431 (30 ديسمبر 2009) بتنفيذ القانون المالية رقم 09-48 للسنة المالية 2010، الجريدة الرسمية عدد 5800 الصادر بتاريخ 14محرم 1431 (31 ديسمبر 2009) ص.6109.

المصرح به في حساب الحاصلات والتكاليف، برسم إحدى السنوات المحاسبية موضوع الفحص، عشرة ملايين درهم، وترفع كذلك إلى اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، الطعون التي لم تصدر اللجان المحلية لتقدير الضريبة داخل أجل اثني عشر شهرا، مقررات بشأنها[1].

وكما هو الحال بالنسبة للاختصاص النوعي للجان المحلية، فإن اللجنة الوطنية يمنع عليها النظر في المسائل القانونية المتعلقة بتفسير النصوص القانونية أو التنظيمية.

وعلى الرغم من تكريس المشرع المغربي لعدم أحقية هذه اللجان بالبت في المسائل القانونية، ونظرا لما يثيره التمييز بين الواقع والقانون من إشكال[2]، إلا أن ذلك لم يمنع القضاء الإداري من الاجتهاد لوضع معيار فاصل بين كل ما هو واقعي وما هو قانوني، حيث حاولت الغرفة الإدارية من خلال إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 2001/7/6 إيجاد معيار للفصل بين الواقع والقانون في اختصاص اللجان، معتبرة أن تقدير قيمة العناصر التي تدخل في تحديد أساس الضريبة، ومراقبة تطبيق النصوص القانونية الواضحة تعتبر مسألة واقع، أما تفسير النصوص الغامضة أو البت في مسألة إجرائية منفصلة عن تحديد أساس الضريبة كالإشعار بالفحص وغيره تعتبر مسألة قانونية، فإذا كانت اللجنة الوطنية ممنوعة من البت في المسائل القانونية، فإن جميع الإشكاليات المرتبطة بالقانون يحتفظ الخاضع للضريبة بعرضها أمام المحكمة الإدارية للطعن في مقررات اللجنة الوطنية، ومتى تبين للمحكمة أن مسطرة الطعن أمام اللجان كانت مشوبة بخلل فإنها تقضي بعدم اختصاصها، وهذا ما جاء في قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في قرارها عدد 306 ملف عدد 9/07/336 الصادر بتاريخ 2009/2/19 " بعدم اختصاص اللجنة الوطنية في النزاع المتعلق بتفسير نصوص ذات طابع تشريعي وتنظيمي"[3].

2. الاختصاص الاستثنائي

يعد هذا الاختصاص استثناءا نظرا لكون اللجنة الوطنية لجنة استئنافية، فهي تبث في بعض الحالات كدرجة ابتدائية واستئنافية[4]، وقد حدد المشرع بعض هذه الحالات منها:

- ✓ الحالة التي يتعذر فيها انتداب الممثلين المنتهية مهامهم لأي سبب من الأسباب (نص عليها البند 1 من المادة 226 من المدونة العامة للضرائب، والمشار إليها في المادة 225 من نفس المدونة).
- ✓ إذا لم تتخذ اللجنة المحلية مقررها داخل أجال 24 شهرا (البند 2 ألف من المادة 225 من المدونة العامة للضرائب).
- ✓ إذا استحال تمديد انتداب الممثلين المنتهية مهامهم لأي سبب من الأسباب، أو لم يتمكن عامل العمالة أو الإقليم من تعيين الممثلين الجدد الخاضعين للضريبة قبل فاتح أبريل، وانصرم أجل 30 يوما الموالية لتاريخ إخبار الخاضع للضريبة بذلك، وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 من المدونة العامة للضرائب، دون أن يقدم أي طلب إلى رئيس المصلحة المحلية للضرائب التابع لها مكان فرض الضريبة، يلتمس فيه المثول أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة مؤلفة فقط من رئيسها، وممثل عامل العمالة أو الاقليم، ورئيس المصلحة المحلية للضرائب (البند 2 جيم من المادة 225 من المدونة العامة للضرائب).
- ✓ في حالة الطعون المقدمة من رئيس الغرفة الفلاحية، أو مدير الضرائب، أو الشخص الذي يفوض إليه ذلك، في المقررات الصادرة عن اللجنة المحلية على مستوى الجماعة، والمنصوص عليها في المادة 227 من المدونة العامة للضرائب خلال 60 يوما الموالية لتاريخ تسلم تبليغ نسخة من المحضر.

---

[1]- المادة 226 من قانون المالية رقم 70.15 للسنة المالية 2016.

[2]- فتيحة لمعاشي، وضعية المكلف في التشريع الضريبي المغربي وعلاقته بالإدارة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام 2001/2000، ص.255.

[3]- محمد قصري، دور القاضي الإداري في تفعيل الرقابة على مسطرة فرض الضريبة وتصحيح وعائها، مقالة من كتاب "المنازعات الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى "، 2007، ص.206 و207.

[4]- محمد شكيري، مرجع سابق، ص587.

وإذا كان هذا الاختصاص يفتح باب الطعن أمام اللجنة الوطنية مباشرة، فهذا لا يعني حرمان الخاضع للضريبة من حقه في الاستفادة من الدرجة الأولى في الطعن كضمانة له، لأن هناك مرحلة قضائية لاحقة بدرجتها الأولى والثانية، مع حق النقض أمام محكمة النقض.

II - دراسة وتقييم عمل اللجان الضريبية

قبل تقييم عمل هذه اللجان ودراسة مدى تحقيقها للأهداف التي أحدثت من أجلها، لابد من معرفة طريقة عملها، حتى يتسنى لنا استنباط أوجه القوة في هذه المسطرة ومختلف آثارها، ثم إمكانية تقييم عملها، واستقراء مختلف الملاحظات التي تهم النزاعات المعروضة.

أولا: دراسة مسطرة الطعن وآثارها

حتى يتسنى لنا تقييم عمل اللجان الضريبية لا بد من دراسة اللجان وما يمكن أن يصدر عنها من مقررات، وكذا معرفة مختلف الآثار التي تنتج عن مقرراتها، والتي تشمل أساسا وقف التقادم وتغيير مسار النزاع بحسب الحالات.

1) الاجتماعات وتنفيذ المقررات

تماشيا مع ما تم تناوله سابقا فيما يخص إحداث وتشكيل اللجان، بحيث فصلنا هذه الجوانب بالنسبة لكل لجنة على حدة، سيتم العمل على دراسة سير اجتماعات كل لجنة، وما يمكن أن ينتج عنها من مقررات وآثار.

1-1) اجتماعات اللجنة المحلية وإصدار مقرراتها

تعقد اللجنة اجتماعات[1] لدراسة الطلبات الموجهة إليها، وتبت فيها بصورة صحيحة إذا حضرها ثلاثة على الأقل من أعضائها، من بينهم الرئيس وممثل الخاضعين للضريبة، وتتداول بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، فإذا تعادلت يرجح الجانب الذي يكون فيه الرئيس، والتعديل الذي جاء في القانون المالي لسنة 2010[2] أوجب حضور ممثل الخاضعين للضريبة، حتى تصح أشغال اللجنة في الاجتماع الأول، وذلك حفاظا على التوازن وضمانا لمصالح هذه الفئة، لكن يمكن أن تعقد اللجنة اجتماعها بعد استدعاء ثان بحضور الرئيس وعضويين آخرين، ولو لم يكن ضمنهما ممثل للخاضعين للضريبة، وقد منح المشرع هذه الإمكانية حتى لا يتسبب الغياب المستمر لهذا الأخير في عرقلة اجتماعات هذه اللجنة[3].

وبذلك تكون المقتضيات القانونية التي جاءت بها المدونة العامة للضرائب قد دعمت الطابع الحضوري للمسطرة في هذه المرحلة، من خلال النص على أن الخاضع للضريبة يمكنه أن يطلب الاستماع إليه، فتقوم اللجنة باستدعاء الطرفين.

بالإضافة إلى الأعضاء الأربعة الرسميين، يمكن للجنة الاستعانة فيما يخص كل قضية بخبيرين اثنين على الأكثر[4]، تعينهما من بين الموظفين أو الخاضعين للضريبة، ويكون لهما دور استشاري[5].

---

[1]- تعقد اللجنة اجتماعاتها بمقر المحكمة الابتدائية عوض مقر العمالة والإقليم الذي كان سائدا في النظام القديم، لأن من شأن هذا أن يبعث في نفس الخاضع للضريبة ارتياحا واطمئنانا أكثر.

[2]- المادة 7 من قانون المالية لسنة 2010 رقم 09- 48 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 243-09-01 بتاريخ 30 ديسمبر 2009، الجريدة الرسمية، عدد 5800 بتاريخ 31 ديسمبر 2009.

[3]- المحفوض اشكر، مرجع سابق، ص.164.

[4]- المادة 225 من المدونة العامة للضرائب.

[5]- عزيزة هنداز، "مساهمة في دراسة مسطرة تصحيح الأساس الضريبي والمنازعات المترتبة عنها"، رسالة لنيل الدبلوم الجامعي العالي، جامعة محمد الخامس السويسي 2005-2006، ص.103.

أما فيما يخص مقرر اللجنة، فيجب أن يكون معللا ومفصلا لكل التصحيحات، سواء من حيث الواقع أو القانون[1]، وهذا ما أكدت عليه المدونة العامة للضرائب في المادة 225، إضافة إلى وجوب صدور المقرر في مدة أربعة وعشرين شهرا، باعتباره الأجل الأقصى الذي يجب أن يفصل بين تاريخ تقديم الطعن، وتاريخ صدور القرار المتخذ حسب نفس المادة.

كما ينبغي أن تأتي تلك المقررات موقعة من طرف الأعضاء المكونين للجنة، ومتضمنة لأسمائهم وللصفة التي يشاركون بها في أعمالها، كما يجب أن تشير إلى التصحيحات التي قامت بها، وكذا الأساس الضريبي الذي توصلت إليه.

2-1) اجتماعات اللجنة الوطنية وإصدار مقرراتها

تجتمع اللجان للنظر في الطعون الضريبية الفرعية[2] بصورة صحيحة، بحضور الرئيس وعضوين آخرين من بين الأعضاء المشار إليهم، يمثل أحدهما الخاضعين للضريبة والآخر الإدارة، وتتداول بصورة صحيحة خلال اجتماع ثان بحضور الرئيس وعضوين آخرين، فإن تعادلت الأصوات رجح الجانب الذي يكون فيه الرئيس.

وكما هو الشأن بالنسبة للجان المحلية، يمكن للجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة الاستعانة بخبراء، حدد عددهم في خبير أو خبيرين بالنسبة لكل نزاع[3]، سواء كانوا موظفين أو ليسوا بموظفين بحيث يكون لهم صوت استشاري فقط[4].

وبعد فحص الملف الضريبي من طرف اللجنة الفرعية التي تم تكليفها بالبت في النزاع، تصدر اللجنة مقررها، الذي يشترط فيه أن يكون معللا ومفصلا، ويقوم القاضي بتبليغه إلى الطرفين خلال الستة أشهر الموالية لتاريخ صدور المقرر، وقد حدد المشرع الأجل الأقصى الذي يفصل بين تاريخ تقديم الطعن أمام اللجنة المحلية التي منحها المشرع مدة أطول تصل إلى 12 شهرا.

أما المقررات الصادرة عن اللجنة الوطنية، يمكن الطعن فيها أمام المحاكم الإدارية، داخل أجل ستين (60) يوما، مع التمييز بين حالتين أو نوعين من هذه المقررات، فبالنسبة للمقررات التي صدرت بشأنها أوامر بالاستخلاص، قوائم إيرادات، أو جداول، يبدأ احتساب أجل الطعن القضائي من تاريخ صدور هذه الأوامر، والقوائم، والجداول، وفي الحالة المعاكسة أي عدم صدور هذه الأخيرة، فتاريخ تقديم الطعن أمام القضاء هو ستون (60) يوما الموالية لصدور مقرر اللجنة الوطنية.

2) آثار مقررات اللجان الضريبية

إن الطعن أمام هذه اللجان يخلف آثار نص عليها القانون الجبائي، وهي تعتبر من أهم الضمانات المقررة في مسطرة الطعن أمامها، حيث نجدها ضمانة لصالح الإدارة تتمثل في وقف التقادم بحيث تشكل وسيلة ضغط في يد الإدارة، إضافة إلى أثار تغيير سير النزاع المعروض على هذه اللجان.

2-1) وقف التقادم

يقصد بوقف التقادم هو عدم احتساب المدة التي وقف فيها التقادم[1]، وتحسب المدة التي سبقت والمدة التي تلت، فوقف سريان التقادم يفترض إذن أن التقادم قد بدأ سريانه ثم وقف لسبب معين[2]، ولا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون.

[1]- محمد شكيري، مرجع سابق، ص.582.

[2]- انتقل عددها من خمس(5) لجان الى سبعة(7) لجان فرعية.

[3]- الفقرة 3 من المادة 226 من المدونة العامة للضرائب.

[4]- M.Lahoussine ASSEMLALI, "le contrôle fiscale au Maroc: théorie et pratiques", in revues azzaitouna, al quistas, numéro spécial "LE CONTENTIEUX FISCAL", imprimerie salsabil, juillet 2010, p.31.

إن العدالة الضريبية تقتضي خلق توازن بين الحقوق والضمانات المخولة للخاضع للضريبة وللإدارة في نفس الوقت، لهذا، عمد المشرع المغربي إلى إعطاء الحق للخاضع بعرض نزاعه على اللجنة المحلية ابتدائيا وأيضا اللجنة الوطنية استئنافيا - وإن كانت الإدارة الضريبية لها الحق أن تلجأ لها- باعتبارها ضمانة مهمة للدفاع عن حقوق هذه الأطراف، في المقابل هناك ضمانة للإدارة تتمثل في وقف التقادم كأثر ناتج عن طرح النزاع أمام أنظار اللجان.

وقد نصت المادة 232 من الفقرة السادسة (VI من المدونة العامة للضرائب2011) "يوقف التقادم طوال الفترة الممتدة من تاريخ تقديم الطعن أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة إلى غاية انصرام أجل الثلاثة (3) أشهر الموالية لتاريخ تبليغ المقرر الصادر بصورة نهائية، إما عن اللجنة المذكورة، وإما عن اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة".

2-)2 آثار الطعن على مسار النزاع الضريبي

إن الطعن أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة قد ينتهي بصدور مقرر عن هذه الأخيرة يبلغ للخاضع للضريبة، وهذا المقرر قد يطعن فيه هذا الأخير أمام اللجنة الوطنية، فيستمر النزاع وقد تنتهي المسطرة التحكيمية خلال مرحلة عرض النزاع على اللجنة المحلية لتقدير الضريبة إما بالتوصل إلى إبرام اتفاق بين الإدارة والخاضع للضريبة، وكذلك بالقبول الضمني الذي ينتج عن عدم ممارسة الطرفين للطعن أمام اللجنة الوطنية للطعون الضريبية داخل الأجل القانوني.

في حالة الاتفاق الصريح، يجب التعبير من كلا الطرفين عن رغبتهما في إنهاء النزاع، استنادا إلى الأسس الصريحة المقررة بصفة نهائية، أما في حالة القبول الضمني فلا يوجد قبول بالمفهوم القانوني للكلمة، وإنما قد تنتج هذه الحالة عن اقتناع الخاضع للضريبة بالتصحيح الضريبي استنادا إلى أسس اللجنة المحلية، والتي رأى أنها مقنعة أو على الأقل مرضية له، كما قد تنتج عن عدم احتراس الخاضع للضريبة في مراعاة الأجل القانوني للطعن لسبب ما[3]. أما في المرحلة الاستئنافية، فإما أن يكون الإقرار النهائي محل رضى الطرفين، أو يحال النزاع إلى القضاء في أجل حدد في 60 يوما من تاريخ تبليغ مقررات اللجان المذكورة.

و يمكن القول أن الطعن ينتهي أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة في كافة الأحوال، إما بالتوصل إلى مقرر يرضي الطرفين، وإمام بالتقادم أو عدم التقادم بأي طعن ضد القرار أمام القضاء المختص[4].

هذا الطعن القضائي يستفيد منه الخاضع للضريبة على قدم المساواة مع الإدارة الضريبية، سواء تم فرض الضريبة بصورة تلقائية أو إثر مقرر صادر عن اللجنة الوطنية أو حتى في حالة تصريح هذه الأخيرة بعدم الاختصاص، وكذا في حالة فرض الضريبة وفق المسطرة السريعة لتصحيح الضرائب المنصوص عليها في المادتين 221 و 224 من المدونة العامة للضرائب[5].

ثانيا: تقييم عمل اللجان الضريبية

لتكون دراسة عمل اللجان ذات جدوى، من الضروري إعطاء تحليل حول عملها، ولاسيما باعتبارها مرحلة خاصة تتوسط مسار النزاع، ومن المفروض أن تحقق السرعة والفعالية، من جهة، وكذا الحفاظ على الأساس القانوني لوجود هذا المورد المتمثل في العدالة الجبائية، والخروج من النزاع بشكل متوازن بين الأطراف من جهة ثانية.

---

[1]- لقد تمت الإشارة إلى أن أحكام أثر وقف التقادم الناتج عن الطعن أمام أنظار اللجنة المحلية، وكذا الأحكام المتعلقة به، هي نفسها التي تسري على وقف التقادم المترتب عن اللجنة الوطنية.

[2]- السنهوري عبد الرزاق ، المجلد الثالث، ص.1068، مشار إليه في مرجع سفيان دريوش ورشيدة صابري، مرجع سابق، ص.171.

[3]- سفيان دريوش، رشيدة صابري، مرجع سابق، ص.176.

[4]- مؤطر بمقتضيات المادتين 226 و242 من المدونة العامة للضرائب لسنة 2011.

[5]- المختار السريدي، "الطعن في أساس الضريبة أمام اللجان الضريبية "، جريدة الصباح، عدد 3285، بتاريخ 02 نونبر2010.

1) تقييم أهداف اللجان

إن من أسس الإصلاح الذي اعتمد في القانون الإطار لسنة 1984، هو بعث روح المساواة، إقرارا للعدالة الضريبية، في إطار تشريع جبائي حديث، وهذا ما يجب لمسه في جميع أطوار النزاعات الضريبية، ولا شك أن دور اللجان يرمي في هذا الإطار إلى تحقيق السرعة والفعالية، مع تحقيق العدالة والتوفيق بين حقوق الإدارة والخاضع للضريبة.

1-1) مطلب تحقيق السرعة والفعالية

بحثا عن السرعة وعدم البطء في البت في الملفات، ألزم قانون المالية منذ سنة 2001، اللجنة المحلية بالبت داخل أجل أقصاه 24 شهرا ابتداء من تاريخ تقديم الطعن إلى تاريخ صدور القرار المتخذ في شأنه، وهو أجل يطرح العديد من التساؤلات ما دامت الممارسة تعرف تأخر ملحوظا للنظر في هذه الطعون، فبالرغم من حرص المشرع على السرعة والفعالية، يتضح جليا وجود فراغ تشريعي فيما يخص إلزام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة بالبت في الطعون المحالة إليها داخل هذا الأجل.

ويمكن القول بأن تنصيص المشرع المغربي على الأجل المحدد لهذه اللجنة لكي تبت في العرائض والطعون المقدمة إليها يتسم بنوع من القصور، لأنه لم ينص على إلزامية بتها في هذه الطعون داخل نفس الأجل، بل أكثر من ذلك، قام المشرع بتجاوز عدم بت اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، وخول للخاضع أجل 60 يوما للطعن أمام اللجنة الوطنية.

وبالتالي، يطرح التساؤل عن الفائدة من وراء جدوى وجود اللجنة المحلية لتقدير الضريبة إذا لم يلزم المشرع هذه اللجان بالنظر والفصل في جميع ما يعرض عليها من طعون من جهة، وكذلك التساؤل عن الفائدة من عدم التنصيص على وجوب إحالة الطعن على أنظار اللجنة المحلية في الأجل المحدد من جهة أخرى؟

و إذا لم تبت اللجنة داخل الأجل المذكور، وجب على مفتش الضرائب المعني أن يخبر الطاعن وفق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 219 من المدونة العامة للضرائب، بانتهاء الأجل المحدد للجنة المحلية من أجل البث في ملفه، وبإمكانية رفعه الطعن مباشرة أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، داخل أجل الستين (60) يوما الموالية لتاريخ توصله برسالة الإخبار.

وفي الأخير، يمكن الإشارة أن السرعة لم تشمل في حقيقتها إلا بعض القضايا بعينها والتي أوردها المشرع كاستثناءات، حيث أوردت النصوص المتعلقة بشأن عمل اللجان بعض الاستثناءات التي تعرف شيوعا أكثر على مستوى النزاعات المعروضة عليها والتي تأخذ الطابع النهائي، وفي حالة إذا لم يقم الطاعن بتقديم طعنه داخل الأجل الأخير، يفرض المفتش الضريبة اعتمادا على الأسس التي تم تحديدها في رسالة التبليغ التصحيحية الثانية، ولا يجوز أن ينازع فيها إلا وفق الشروط التي تم التنصيص عليها بالمادة 235 من المدونة العامة للضرائب، لكن إذا ما بتت اللجنة المحلية في الطلب، وانتهى الأمر بصدور قرار عنها، بعد استدعاء مفتش الضرائب والخاضع للضريبة، والاستماع إليهما في إطار المسطرة التواجهية، فإن هذا المقرر قد يتم الطعن فيه من أحد الطرفين أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة.

إذن، يمكن الحديث فقط عما أوردته المدونة[1] كاستثناء يهم بعض القضايا المرتبطة بضريبة التسجيل والضريبة على الدخل المترتبة على الأرباح العقارية، والتي يكون فيها المبلغ الأصلي للضريبة يعادل أويقل عن 50.000 درهم فإن القرار قد يصير نهائيا[2]. وهذا هو المستجد الذي جاءت به أحكام البند I من المادة 7 من قانون المالية لسنة 2010، والذي يتماشى مع ما أقرته الممارسة وزكاه القضاء، ومثال ذلك ما أفضت إليه المحكمة الإدارية بأكادير في حكمها عدد 06/463 الصادر في 24 دجنبر 2006 (القضاء الشامل ملف عدد 2006

[1]- جاءت في تعديل أحكام فقرة دال البند 1 من المادة 7 من قانون المالية لسنة 2010 (المادة 225 من المدونة العامة للضرائب).

[2]- وقد يكون ابتدائيا مع إمكانية الطعن فيه أمام اللجنة الوطنية إذا فاق المبلغ المذكور 50.000 درهم.

024 /ش)[1]، حيث تكون الأسس المعتمدة واضحة ومبنية على عناصر مقارنة حقيقية تنطلق من بيوعات مشابهة للعقار موضوع الفرض الضريبي في الزمان والمكان والخصائص.

2-2) تحقيق العدالة والتوافق بين حقوق الإدارة والخاضع للضريبة

يرتكز هذا المطلب على مجموعة من الأسس أقرها التشريع الضريبي المغربي، تتمثل في:

أ/ **ضرورة إقرار مبدأ التمثيل:** من خلال استقراء ما يتعلق بمبدأ التمثيل يلاحظ حرص المشرع على نوع من العدالة والتوافق بين حقوق الإدارة والخاضع فيما يتعلق بالمنازعات الضريبية، سواء فيما يخص مبدأ تمثيل كل عضو أو فيمل يخص نوع النشاط بعينه. ويمكن للجان الضريبية أن تستمع لكل طرف أو أن تقيم تواجها بين الخاضع وممثلي الإدارة سعيا للبحث عن تراضي بينهما، إذا رأت جدوى لذلك[2]، حيث من الممكن أن ينتهي الطعن بالتوصل إلى حل حبي يرضي الطرفين، وبالتالي طي ملف النزاع نهائيا بعد الإشهاد على ذلك بموجب مقرر صادر عن اللجنة المحلية.

ويمكن القول أنه بالرغم من استقرار المشرع على شرط النصاب في ثلاث ممثلين من أصل أربعة(4/3)، ألزم المشرع في الاجتماع الأول ضرورة حضور الرئيس، وممثل عن الملزم وتنصيصه على ذلك صراحة[3]، لكن الممارسة العملية أثبتت، خاصة على مستوى اللجان المحلية، ظاهرة تغيب ممثلي الملزمين وعدم الاهتمام بعمل اللجان، مما يدفع إلى تأجيل جلساتها للمرة الثانية[4].

ب/ **ضرورة التعليل:** لقد أصبح مبدأ التعليل والتفصيل منذ فاتح يناير 2001 واجبا لتصح مقررات اللجان، إذ يجب أن يكون قراراللجنة مفصلا ومعللا[5]، وذلك حتى يتسنى للخاضع للضريبة ولإدارة الضرائب على حد سواء، معرفة الأسس التي اعتمدت عليها اللجنة في إصدار قرارها، ومختلف الحيثيات التي ناقشتها، كما أن هذا التعليل قد يساعد القضاء في مراقبة شرعية أعمال اللجنة، وهذا ما جاء في أحد أحكام إدارية الرباط في حكم عدد 3441 بتاريخ 22 نونبر 2010، حيث حكمت بإلغاء مقرر اللجنة الوطنية، استنادا على ضعف تعليل هذه الأخيرة[6].

إن رقابة القاضي التي تهم هذا المبدأ، أثبتت سلطة القاضي فيما يخص تعليل المقررات، حيث يلاحظ تمرس القضاء والأطراف المتنازعة على حد سواء في التركيز على هذا المبدأ، خاصة بعد تعميم التعليل فيما يخص المقررات الإدارية لمختلف الإدارات.

هذا الطعن القضائي[7] يستفيد منه الخاضع للضريبة على قدم المساواة مع الإدارة الضريبية، سواء تم فرض الضريبة بصورة تلقائية، أو إثر مقرر صادر عن اللجنة الوطنية، أو حتى في حالة تصريح هذه الأخيرة بعدم الاختصاص، وكذا في حالة فرض الضريبة وفق المسطرة السريعة لتصحيح الضرائب المنصوص عليها في المادتين 221 و224 من المدونة العامة للضرائب[8].

---

[1]- انظر الوقائع والتعليق للسيد المختار السريدي، "القوة الثبوتية لعناصر المقارنة المعتمدة في تصحيح الأساس الضريبي في مادتي التسجيل والأرباح العقارية"، جريدة العلم، بتاريخ 9 / 1 / 2008.

[2]- Mohammed NMILI, " Les impôts au Maroc : techniques et procédures", deuxième édition 2008, page 501.

[3]-جاء في المدونة "وتبت اللجنة في الأمر بصورة صحيحة إذا حضرها ثلاثة على الأقل من أعضائها من بينهم الرئيس وممثل الخاضعين للضريبة، وتتداول بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، فإن تعادلت رجح الجانب الذي يكون فيه الرئيس، وتبت بصورة صحيحة خلال اجتماع ثان بحضور الرئيس وعضوين آخرين فإن تعادلت الأصوات رجح الجانب الذي يكون فيه الرئيس".

[4]- محمد شكيري، القانون الضريبي المغربي دراسة تحليلية و نقدية، مرجع سابق، ص.598.

[5]- حسب المادة 225 يجب أن تكون مقررات اللجان المحلية لتقدير الضريبة مفصلة ومعللة، ويبلغها مقررو هذه اللجان إلى الطرفين وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 أعلاه خلال الأربعة (4) أشهر الموالية لتاريخ صدورها.

[6]- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، رقم 3441 بتاريخ 2010/11/22، ملف عدد 04/3/1082، بين السيد مدير الضرائب والسيد عبد الحفيظ بن عبد الله، غير منشور.

[7]- طبقا لمقتضيات المادة 242 من المدونة العامة للضرائب.

[8]- المختار السريدي"الطعن في أساس الضريبة أمام اللجان الضريبية " الصباح: 02 - 11 – 2010.

2) تقييم إطار عمل اللجان مقارنة بمجال القضاء الإداري

لتقييم عمل اللجان بشكل عملي أكثر، حاولنا إبراز مكانته إلى جانب القضاء لاستنتاج مكامن قصوره، حتى يتسنى للدارس الخروج بنتيجة علمية وعميلة واضحة لعمل هذه اللجان في مجال النزاعات الضريبية في النموذج المغربي.

2-1) إطار مقارن لعمل اللجان

لتسهيل إعطاء مقارنة مكانة عمل اللجان مقارنة بالتسوية القضائية للنزاعات، سنحاول إبراز بعض المقتضيات المشابهة لإطار عمل اللجان بعمل القضاء، وهي تتمثل في العناصر التالية:

***مكانة القاضي ضمن تشكيلة اللجنة**: فهو يشغل مكانة متميزة تؤثر في عملها من جهة كرئيس لها، ومن جهة ثانية، كعنصر ثابت يغلب كفة أحد الطرفين في حالة تساوي الأصوات.

***شرطي الآجال والشكل:** لتقديم الطعون في مقررات اللجان المحلية يجب احترام شرطين أساسيين، هما شرط الآجال وشرط الشكل:

- شرط الآجال يعني احترام أن يقدم الخاضع للضريبة طعنه إلى اللجنة الوطنية خلال أجل ستين (60) يوما من تاريخ تبليغه مقرر اللجنة المحلية لتقديم الضريبة.

- شرط الشكل يعني أن يقدم الخاضع للضريبة طعنه في شكل عريضة، توجه إلى اللجنة الوطنية في رسالة موصى بها مع إشعار بالتسلم، تبرز فيها البيانات اللازمة المتعلقة بالموضوع والإثباتات والحجج التي يستند عليها في دفاعه.

***وجود درجتين ابتدائية واستئنافية للنظر في النزاعات الضريبية:** لقد تم إحداث اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة بمقتضى قانون رقم 30 _ 85 المنظم للضريبة على القيمة المضافة، حتى تكون بمثابة لجنة استئناف أو لجنة من الدرجة الثانية، تستأنف أمامها القرارات الابتدائية الصادرة عن اللجان المحلية لتقدير الضريبة، كما أنها فرصة ثانية تمنح للخاضع للضريبة، قصد الطعن من جديد أمام لجنة أعلى إذا تبين له بأن اللجنة الأولى لم تنصفه أو لم تستمع له جيدا.

غير أنه يمكن للخاضع للضريبة، كما سلف القول، اللجوء مباشرة إلى اللجنة الوطنية لتبت في طعنه ابتدائيا أو استئنافيا، كلما تعذر على اللجنة المحلية الانعقاد لسبب من الأسباب المذكورة بالمادة "225 _ II _ جيم" من المدونة العامة للضرائب، وذلك بعد انصرام أجل الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ توصل الطاعن برسالة التبليغ[1]، يتم إخباره فيها باستحالة انعقاد اللجنة المحلية، إما بسبب عدم تمكن عامل العمالة أو الإقليم من تعيين ممثلين جدد للخاضعين للضريبة قبل فاتح أبريل، وإما بسبب استحالة تمديد فترة انتداب الممثلين القدامى المنتهية مهامهم، حيث يعرض مفتش الضرائب الطعن مباشرة أمام اللجنة الوطنية، مع إعلام المعني بالأمر بذلك داخل أجل العشرة (10) أيام من تاريخ توجيه عريضة الطعن.

إذن يمكن أن نطرح إشكالية وجود درجتين وجدوى هاته الثنائية مادام أن جل المنازعات المعروضة على اللجنة المحلية تصل إلى اللجنة الوطنية، حيث إن قرارات اللجان المحلية غالبا (أكثر من 90 %) ما تكون موضوع طعن أمام اللجنة الوطنية، سواء من طرف مديرية الضرائب حينما ينخفض مبلغ التصحيحات بصورة جد ملموسة، أو من طرف الخاضع للضريبة ظنا منه بأن اللجنة المحلية لم تنصفه، أو لم تناقش كل دفوعاته أو في بعض الحالات لربح الوقت وتأجيل دفع الضريبة[2].

[1]- وفق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 219 من المدونة العامة للضرائب.

[2]- محمد شكيري، مرجع سابق، ص.598.

2-2) عناصر ضعف مجال عمل اللجان مقارنة بالقضاء الإداري

من خلال هذا المحور سيتم إبراز المعيقات المأثرة في مردودية عمل اللجان بشكل عام، والمتمثلة أساسا في معيقات ذات طبيعة قانونية (مجال الاختصاص)، ومعيقات ذات طبيعة وظيفية (معيقات واقعية).

أ/ المعيقات القانونية المتعلقة بالاختصاص والصعوبات المرتبطة بتطبيقه

من خلال قراءة متأنية لمقتضيات المادتين 225 و226 من المدونة العامة للضرائب، يتضح جليا أن اللجان المحلية لتقدير الضريبة واللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، تبت في جميع النزاعات والطعون الضريبية المعروضة على أنظارها، ويجب عليها أن تصرح بعدم الاختصاص في المسائل والقضايا التي ترى أنها تتعلق بتفسير نصوص تشريعية أو تنظيمية.

إذن، فالتمييز في الاختصاص ما بين المسائل القانونية والمسائل الواقعية يخلق بعض اللبس على مستوى التطبيق، إذ يصعب أحيانا كثيرة التفريق بين ما هو واقعي وما هو قانوني[1]، ويمكن القول أن هذا التمييز، الذي يثار دائما، مرتبط بصعوبة الفصل بين النقط القانونية والواقعية، فاللجان الضريبية في المغرب غالبا ما تعتدي على اختصاص القاضي الضريبي، فتبت، عن قصد أو عن غير قصد، في مسائل قانونية وإذا كانت بعض التشريعات الضريبية قد وصلت إلى إقرار حل لهذا الإشكال، مثل القانون المصري، الذي منح لجان الطعن ولاية قضائية، وخصها بإمكانية البت في جميع أوجه المنازعة سواء أكانت واقعية أو قانونية[2].

وقد حاولت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في عدة قرارات إيجاد معيار للتمييز بين المسائل القانونية والواقعية، واعتبرت أن اختصاص اللجان ينحصر في المسائل الواقعية المتعلقة بتقدير قيمة العناصر التي تدخل في تكوين أساس الضريبة، ودراسة الوقائع المادية ومراقبة مصداقية الحسابات والمبالغ المعتمدة، ويمكنها في هذا الإطار مراقبة تطبيق النصوص القانونية الواضحة، والتوصل إلى تحديد أساس الضريبة، ولا تكون مختصة عندما يتعلق الأمر بمسألة مسطرية أو إجرائية منفصلة عن تحديد أساس الضريبة، وأنها لا تتوفر على أي صلاحية لتفسير أو تأويل النصوص القانونية [3].

ب/ المعيقات الواقعية لعمل اللجان

إضافة إلى صعوبة الحسم في المعيقات القانونية تضاف معيقات واقعية مرتبطة بالعمل اليومي الممارس من طرف المكلفين بتنشيط هذا الدور التحكيمي والإداري، وهي تتعلق أساسا بقلة الموارد البشرية العاملة في مصالح المنازعات الضريبية[4]، مما يساهم في تكدس الملفات وتأخر شديد في إحالة الطلبات والطعون الإدارية على اللجان الضريبية، خاصة المحلية، لتؤدي وظيفتها كوسيط بين المفتش الممثل لإدارة الضرائب، وبين الخاضع للضريبة (والذي هو في حد ذاته معيق قانوني مؤثر على مبدأ الحياد).

وتعتبر ظاهرة تغيب ممثلي الخاضعين للضريبة وعدم اكتراثهم بعمل اللجان، من الظواهر العملية الحائلة دون تطوير عمل هذه اللجان، وهذا ما يجعلها في الغالب تؤجل جلساتها، إذ إن هذه الظاهرة أضحت ملازمة لها، بل أكثر من ذلك، يلاحظ أن بعض ممثلي الخاضعين للضريبة يشارك في مناقشة كافة الملفات مهما تنوع النشاط المهني، سواء كان صناعيا أو تجاريا أو خدماتيا[5].

ومن المعيقات العملية أيضا، ظاهرة عدم تفرغ القضاة للبت في المنازعات الجبائية، وكذا عدم تدقيق المشرع المغربي لنوعية القاضي المقصود من أجل رئاسة اللجنة المحلية، هل هو القاضي الإداري أو القاضي العادي.

---

[1]- المختار السريدي، "الطعن في أساس الضريبة أمام اللجان الضريبية "، نفس المرجع السابق.

[2]- محمد شكيري، مرجع سابق، ص.546.

[3]- قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 835 بتاريخ 1999/07/01 ملف إداري عدد 1998/4/5/778. مشار إليه في رسالة لنيل الدبلوم الجامعي العالي ، تحت عنوان "مساهمة في دراسة مسطرة تصحيح الاساس الضريبي والمنازعات المترتبة عنها"، من إعداد عزيزة هنداز، نفس المرجع السابق، ص.113.

- قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 24 بتاريخ 2000/10/05 ملف إداري عدد 1999/1/4/1640.

- قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 458 بتاريخ 2001/07/12 ملف إداري عدد 2001/1/4/132.

[4]- محمد شكيري، مرجع سابق، ص.602.

[5]- محمد شكيري،مرجع سابق، ص.598 .

و قد عبر المشرع على هذا المعنى في المادة 242 من المدونة العامة للضرائب، حيث جاء في الفقرتين الأولى والثانية ما يلي: "يجوز للخاضع للضريبة أن ينازع عن طريق المحاكم في المقررات النهائية للجان المحلية لتقدير الضريبة أو اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، وفي المقررات المتضمنة لتصريح اللجان المذكورة بعدم اختصاصها داخل أجل الستين (60) يوما الموالية لتاريخ تبليغ مقررات هذه اللجان".

ويمكن كذلك للإدارة أن تنازع عن طريق المحاكم داخل الأجل المنصوص عليه أعلاه، في المقررات الصادرة عن اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، سواء تعلقت هذه المقررات بمسائل قانونية أو واقع".

وفي الأخير، يمكن التساؤل بشكل عام حول نسبية نفاذ مقررات اللجان، ولا سيما المقررات التي تتخذها اللجنة الوطنية باعتبارها درجة ثانية ونهائية، تبنى عليها التصحيحات النهائية، حيث لا يمكن الطعن في هذه المقررات بالاستئناف أمام هذه الأخيرة، لكن يمكن للإدارة أو الخاضع للضريبة الطعن في هذه المقررات أمام المحاكم الإدارية، وفقا للشروط والآجال التي يتطلبها القانون.

إن مقررات اللجان تكون نهائية ولا يجوز الطعن فيها إلا أمام القضاء، حيث أنها تبقى كمرحلة قبل قضائية، ويمكننا أن نتساءل عن جدواها إذا كان لسلطة القاضي دور الحسم النهائي والاختصاص الأشمل فيما يخص القضايا المعروضة على اللجان، والتي لم تعرف أي تسوية، أو أن تسويتها لم تكن محل تراضي للأطراف، وبالتالي، تكون مدة الآجال مرحلة تضييع للحقوق لا وسيلة لضمانها.

و تجدر الإشارة في هذا الإطار، أنه من بين المستجدات التي حرص المشرع على تكريسها منذ مستجدات قانون المالية لسنة 2009، هو تأكيده صراحة " أنه لا يمكن تقديم الطعن في آن واحد أمام المحكمة الإدارية وأمام اللجنة المحلية أو اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة".

خاتمـة:

إن الغرض من وراء إحداث المشرع المغربي للجان الضريبية هو خلق إطار ذو دينامية وفلسفة جديدة للعلاقات بين الإدارة الضريبية والخاضع للضريبة، يتوخى منه الوساطة وإشراك أطراف أخرى في الخلافات الناشئة بين الطرفين لخلق نوع من التوازن بين الحقوق المالية للخاضع للضريبة وضمان حقوق الإدارة الضريبية (المتمثلة في الخزينة العامة للمملكة والادارة العامة للضرائب). ولهذا، ثم إحداث مجموعة من الآليات والمؤسسات ذات طابع تدرجي أو هرمي للنظر في النزاعات الضريبية، والمتمثلة في اللجنة المحلية لتقدير الضريبة واللجنة الوطنية للطعون الضريبية، قصد تحقيق نوع من التعاون الوثيق بين الطرفين، وبناء الثقة اللازمة والضرورية في العلاقات بين الخاضع للضريبة وإدارته الضريبية.

و بالنظر لتعدد الأنشطة الخاضعة للضريبة، والاتجاه نحو إقرار قاعدة أوسع لدائرتها (لاسيما المقاولات الصغرى والأنشطة الجديدة والصاعدة)، فقد أصبح من الضروري دعم دور هذه اللجان ماليا وتقنيا لتحقق التوازن بين هذه الأطراف، مع الحفاظ على الأهداف والتوجهات الكبرى لسياسة الدولة في شقها الجبائي. إذن، من الضروري البحث عن أدوار جديدة للمصالحة والتسوية والوساطة، ترمي إلى تحسين علاقة الإدارة الضريبية مع الخاضعين للضريبة، وهذا ما عملت عليه إدارة الضرائب، إذ قامت بخلق ميثاق الملزم بالضريبة، من أجل تقوية الضمانات المخولة للملزمين في أعقاب إجراء مراقبة ضريبية، ويتم إرفاق هذا الميثاق بإشعار المراقبة الموجه إليهم، حتى يكونوا على بينة تامة بحقوقهم وواجباتهم خلال مجريات المراقبة الضريبية.

حقوق المكتري تجاه المالك المتعسف
بين فصول ق.ل.ع و مستجدات القانون 67.12

أمين زيان
باحث بكلية الحقوق . أكدال .

يحدث في بعض الحالات، أن يقدم المالك المكري على إزعاج المكتري تعبيرا منه عن عدم رغبته في استمرار الرابطة الكرائية الجَامعة بينهما، فيقوم إما بحرمانه من استعمال بعض المرافق، أو إتلاف أغراضه، أو غيرها من التصرفات التي تجعل استعمال العين المكتراة استعمالا يفتقد لخاصيتي الهدوء و الكمال[1].

هذا الوضع يجعل المكتري و حسب شَخْصِه، إما يُلبِّي رغبة المالك، فيتنازل عن منفعة الملك باحثا عن بديلٍ لها، و إما يستمر فيها متكبدا عناء الإزعاج المستمر للمالك، و الذي غالبا ما يسير بوثيرة تصاعدية تصل في بعض الأحيان لتعرضات مادية خطيرة، كالحرمان الجزئي من المنفعة.

أمام هذا الوضع، حاول المشرع المغربي وضع حلول و مَنْحَ مُكَنٍ للمكترين، تُمكنهم من مجابهة تعسف المالك و مطالبته برفع تعرضاته دون نسيان الحق في التعويض متى توفرت شروطه.

و ما ينبغي التنبيه له في هذا الإطار، هو أن النص العام المنظم للموضوع و المتمثل في ق.ل.ع، طالته العديد من التغييرات الجوهرية التي قَلَبَت المبادئ القارة في القانون المدني، و ذلك بمقتضى القانون 67.12[2] الذي نقل العديد من الإلتزامات التي كان المكري ملزما بتحملها في ظل ق.ل.ع إلى عاتق المكتري، إضافة لربط بعض التحملات بشروط أولية تُقلص من حدتها نسبيا و بشكل ضمني.

و عليه سنقوم بذكر أهم هذه الحلول الممنوحة للمكتري، و مقارنتها بحقوق المكري كجهة مقابلة، و ذلك باعتماد قراءة نصية نحلل بمقتضاها النصوص القانونية المؤطرة للموضوع، فنقف عند الأعمال المادية و القانونية المحظورِ على الملاك إتيانها تجاه المكترين (أولا)، ثم بعدها نقف عند المسطرة الواجب اتباعها لتفعيل هذه الحماية القانونية (ثانيا).

أولا : مظاهر حماية المكترين من تعسفات الملاك :

أول ملاحظة يجب إثارتها في هذا الإطار، هي أن المشرع المغربي اعتبر سوء نية المكري و حسنَها سيان، فالإنتفاع الهادئ مضمون من طرف المكري ولو ادعى أن التشويش أو الإزعاج ناتج عن تصرفات آتاها عن حسن نية، و هو الرد المألوف و الطبيعي لأي مالك، إذ فكرة الأحقية على الملك تبقى خالدة في ذهنه رغم دخول العنصر الأجنبي فيه، و هنا اعتبر المشرع صراحة **في "الفصل 643"** أن الضمان المقرر للمكتري لا يحول حسن النية دون قيامه[3].

([1]) : مداخلة قدمها أستاذنا فضيلة الدكتور عبد القادر العرعاري، في موضوع مستجدات القانون رقم 67.12، برحاب كلية الحقوق أكدال.

([2]) : الظهير الشريف رقم 1.13.111 صادر في 15 محرم 1435 (19 نوفمبر 2013) بتنفيذ القانون رقم 67.12، المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري و المكتري للمحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني.

([3]) : تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 643 من ق.ل.ع على أن الضمان المقرر لفائدة المكتري، يثبت بقوة القانون ولو لم يشترط، و أن حسن النية لا يحول دون قيامه.

أما بخصوص التصرفات المحظورة على المالك و الموجبة للضمان، فقد تأخذ إما شكل "فعل" أي سلوط إيجابي، أو "ترك" متمثل في إهمال التدخل رغم الإشعار، و المشرع اعتبر النتيجة واحدة، و هي الضمان، رغم اختلاف المسطرة بين الحالتين.

و قد لخص **"الفصل 644"**[1] من ق.ل.ع هذا الحظر، و اعتبر المكري ملزما بالإمتناع عن كل ما يؤدي إلى تعكير صفو حيازة المكتري أو إلى حرمانه من المزايا التي كان من حقه أن يعول عليها بحسب ما أعد له الشيء المكترى.

بالمقابل نصت **"المادة 9"**[2] من القانون 67.12 على التزام المكري بضمان الإنتفاع الكامل و الهادئ بالمحل المكترى، و ضمان العيوب التي تعرقل ذلك الإنتفاع ما عدا تلك المحددة في البيان الوصفي أو التي كان المكتري على علم بها، كما اعتبرت المكري مسؤولا عن العيوب الناتجة عن فعله الشخصي، أو فعل الأشخاص المسؤول عنهم فقط.

أول ملاحظة سينتبه لها كل متتبع للنصوص الكرائية، هي إقدام المشرع على دمج كلٍ من **"ضمان التعرضات و الإستحقاق و العيوب الخفية"** في مادة واحدة، عكس ماكان عليه الأمر في ق.ل.ع، حيث كانت هذه الالتزامات موزعة على "20 فصلا"، و هو ما يؤكد حقيقة أن القانون رقم 67.12، ما هو إلا تعديل جزئي للنص العام، و كلما غاب الحكم، يرجع فيه لفصول ق.ل.ع.

أما عن جودة النص، فيجب للأمانة الإقرار بأن المادة 9 أكثر دقة من فصول ق.ل.ع خصوصا على مستوى توظيف المفاهيم، فبعدما كان "الفصل 644" يتحدث عن ضمان المكري **"للحيازة"**، أصبحت المادة المذكورة تتحدث عن ضمان **"الإنتفاع"**، و معلوم أن مفهوم الحيازة سواء في إطار المادة العقارية باعتباره مدخلا من مداخل الملك[3]، أو في إطار المادة القضائية الإستعجالية، باعتباره وضعُ يد مشمول بحماية عرضية[4]، فإنه لا يحقق أدنى توصيف لضمان المكري، عكس مفهوم الإنتفاع الذي يعبر عن محل عقد الكراء، ما دام هذا الأخير يرد على المنافع، و هو ما يجعل النص الحديث أدق من سابقه.

أما على مستوى مضمون الحماية، فهي لا تختلف من حيث نطاقها بين النصين، إذ تشمل ضمان "هدوء الإنتفاع و كماله"، و ينصرف معنى الهدوء لعدم إقدام المكري أو أتباعه على إتيان فعل يعرقل انتفاع المكتري ، و من الحالات الواقعية التي تجسد هذا الوضع، نذكر الواقعة التالية :

"م.ك، يكتري شقة في الطابق الثاني لبيت مكون من طابقين يشغل مالكه الطابق الأول، و بعد قضائه 13 سنة في هذا البيت، قرر المالك أن ينتقل للطابق العلوي و يكري السفلي لشركة مختصة في كراء السيارات، طلب المالك إنهاء العقد بسبب الإحتياج للسكن، فقوبل طلبه بالرفض باعتباره احتيال على النصوص المنظمة لموضوع الإنهاء، و أن رغبته في إكراء الطابق السفلي مقابل انتقاله للعلوي لا تشكل سببا للإحتياج، لأن إفراغ المكتري سببه غير المباشر هو رغبة المالك في الحصول على سومة كرائية أكبر، أما سبب الإحتياح، فما هو إلا سبب غير مباشر لرغبته هذه، و لما رأى المالك أن الطريق القضائي لن يلبي رغبته، بدء يشوش على المكتري، بإقفال صنابير المياه، و تغيير قفل الباب المؤدي إلى السطح، فالتجأ المكتري إلى القضاء مطالبا برفع التعرضات المادية للمكري معززا دعواه بشهادة أحد الجيران، استجابت له المحكمة على أساس أن من يضمن لا يحق له أن يتعرض، و حكمت له بتعويض قدره وجيبة كراء شهر"[5].

أما كمال الإنتفاع فينصرف لعدم قيام المكري بفعل أو امتناع ينقص من المنافع المتفق عليها أو المعول عليها، و قد أدخل القانون 67.12 تغييرات مهمة على مستوى نطاق هذا الضمان، فبعدما كانت فصول ق.ل.ع تجعل المكري ضامن للتعرضات المادية و

([1]) : ينص الفصل 644 من نفس القانون على أن الإلتزام بالضمان يقتضي بالنسبة إلى المكري، التزامه بالإمتناع عن كل ما يؤدي إلى تعكير صفو حيازة المكتري، أو إلى حرمانه من المزايا التي كان من حقه أن يعول عليها بحسب ما أعد له الشيء المكترى و الحالة التي كان عليها عند العقد.

([2]) : جاء في المادة 9 من القانون 67.12 ما يلي : يجب على المكري أن يضمن للمكتري تسلم المحل المكترى و الإنتفاع الكامل و الهادئ به، و أن يضمن له العيوب التي تعرقل ذلك الانتفاع ما عدا تلك المحددة في البيان الوصفي أو التي تكون موضوع الاتفاق الصريح المنصوص عليه في المادة 6 أعلاه، غير أن المكري لا يضمن سوى العيوب الناشئة عن فعله أو فعل الأشخاص المسؤول عنهم، و لا يسأل عن العيوب التي يتسبب فيها الغير، كما أنه لا يتحمل عيوب و نقائص المحل المكترى التي كان المكتري على علم بها و لم يتم تضمينها بالبيان الوصفي المشار إليه في المادة 7 أعلاه.

([3]) : نظمت المواد من 239 إلى 262 من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، أحكام الحيازة المكسبة للملك و شروطها و آثارها.

([4]) : نظمت الفصول من 166 إلى 170 من ق.م.م أحكام دعوى الحيازة و شروطها.

([5]) : حكم المحكمة الإبتدائية بالرباط، في الملف المدني رقم 1178/1201/2013 الصادر بتاريخ 2014/2/2، غير مشور.

القانونية الصادرة عنه أو عن أتباعه و عن الأغيار أيضا متى كانت تستند على ادعاء ملكية أو حق عيني، أصبحت المادة تتحدث عن ضمان المكري لأفعاله و أفعال الأشخاص **"المسؤول عنهم"**، و يجب الإنتباه إلى أن تغيير عبارة "الأتباع" بـ "المسؤول عنهم" لو فسرت تفسيرا ضيقا فهي لا تشمل تعرضات المكترين الآخرين لأنه غير مسؤول عنهم، عكس ما كان عليه الوضع في ظل "الفصل 644" الذي نص صراحة على ضمان تعرضاتهم، لكن حتى لا يتم إجهاض الحقوق المكتسبة، يجب أن تفسر عبارة الأشخاص المسؤول عنهم تفسيرا لصالح المكتري و اعتبار تعرضات المكترين الآخرين مشمولة بضمان المكري[1].

إضافة لما ذكر وضع المشرع قاعدة جديدة استثنى بمقتضاها ضمان المكري لنقصان الإنتفاع في حالتين :

1. النقص الحاصل بسبب عيوب ذكرت بالبيان الوصفي المذكور في "المادة7"، و هذا البيان من مستجدات القانون 67.12، حيث جعله المشرع اختياريا و إلا اعتبر المحل قد سُلِّمَ صالحا للإستعمال، و عند تحريره يجب أن يتم ذلك في محرر ثابت التاريخ وقت التسليم و عند إرجاع المحل، و يتضمن توصيفا دقيقا للحالة، و قد سبق أن ذكر "الفصل 676" أن لمَّح لهذا النوع من البيانات، و اعتبر الحالة التي يتم فيها إعداد "قائمة" تثبت حالة المحل عند التسليم، وجب رده بالحالة المذكورة بها.
2. النقص الناتج عن عيوب كان المكتري عالما بها ولو لم يتم تضمينها بالبيان الوصفي، و المقصود بهذا الإستثناء، حالتي عدم ذكر العيب بالبيان الوصفي و عدم إعداده أصلا، ففي كلا الحالتين يمكن للمكري التحلل من الضمان بإثبات علم المكتري بالعيب و تسعفه في ذلك جميع وسائل الإثبات.

و نشير في الأخير إلى حالة جد مألوفة، و هي امتناع المكري عن التدخل لإجراء إصلاح من الإصلاحات الضرورية اللازمة لاستعمال المحل، إذ منحت "المادة 10"[2] من القانون 67.12 الحق للمكتري في إشعار المكري للقيام بها، فإذا ظل إشعاره دون استجابة لمدة "شهر" يلتجئ لرئيس المحكمة الذي يأذن له بإجراء الإصلاحات و يحدد قيمتها و طريقة خصمها، لكن ما يجب التنبيه له، هو بعض التفسيرات الخاطئة للفقرة الأخيرة من هذه المادة[3]، فقد ذهب البعض إلى أن هذه الفقرة عامة، و تسمح للمكتري بإدخال التغييرات البسيطة التي لا تغير طبيعة المحل و لو بدون إذن من الرئيس، أو بمعنى آخر أن الفقرة الأولى و الأخيرة من المادة غير مرتبطتين، لكن هذا التفسير مجانب لصراحة "المادة 15" التي تلزم بشكل قطعي على المكتري الحصول على إذن كتابي من المكري لإدخال أي تغيير تحت طائلة إرجاع الحالة لما كانت عليه أو احتفاظ المكري بها دون تعويض، فضلا عن صراحة البند الثاني من "المادة 56" التي تجعل إدخال تغييرات بدون إذن من المكري سببا موجبا للفسخ و دون تمييز بين ما إذا كانت التغييرات بسيطة أو غير ذلك[4]، ما يعني أن الفقرة الثانية من المادة 10، تخص حالة الحصول على أمر من رئيس المحكمة دون غيرها من الحالات.

ثانيا : مسطرة تحميل المكري ضمان تعرضاته :

أول ما يجب الإشارة إليه، هو المنع المطلق الذي أكده المشرع صراحة بخصوص امتناع المكتري عن أداء واجبات الكراء في حالة التعرض أو العيب، فقد جاء في "المادة 21" و هي من المستجدات، أن المكتري الذي يدعي إزعاجا أو عيبا لا يجوز له الإمتناع عن أداء الوجيبة الكرائية، و إن كان في هذا حيفٌ بيّن تجاه المكتري الذي يؤدي ثمن ما لاينتفع به، فقد أعطته نفس المادة الحق في اللجوء إلى محكمة الموضوع قصد المطالبة بتخفيض وجيبة الكراء، بما يتناسب و نقصان المنفعة.

([1]) : للتعمق في موضوع مسؤولية المالك عن فعل غيره تجاه المكتري، يُرجع لكتاب النظرية العامة للعقود المسماة، لأستاذنا فضيلة للدكتور عبد القادر العرعاري، الكتاب الثاني، عقد الكراء المدني، دار الأمان، طبعة 2011، الفصل الثاني،ص 46 وما بعدها.

([2]) : تعتبر أحكام المادة العاشرة من بين أهم المستجدات التي جاء بها القانون 67.12، نظرا لما توفره من حماية للمكتري في حالة اتخذ المالك موقفا سلبيا و امتنع عن التدخل رغم إشعاره.

([3]) : جاء فيها أنه لا يجوز للمكري أن يعارض في إجراء الإصلاحات التي يقوم بها المكتري ما دامت هذه الأخيرة لا يترتب عنها أي تغيير في طبيعة المحل المكترى.

([4]) : شكل موضوع إدخال التغييرات دون موافقة المالك مبررا مطلقا أمام الملاك لتسويغ طلبات الفسخ في ظل القانون 6.79، حيث كان للمكري الحق في الإستناذ على أبسط التغييرات للمطالبة بفسخ العقد، و هو ما حدى بالنص الجديد إلى التأكيد على إلزامية الحصول على إذن مكتوب لإدخال أي تغيير، و ذلك حماية للمكتري من جهة، و منع الدعاوى الكيدية من جهة ثانية.

لكن في بعض الأحيان قد يمتنع المكري نفسه عن تسَلُّم مبالغ الكراء، رغبة منه في وضع المكتري في حالة مطل، ففي هذه الحالة وضع المشرع أصلا و استثناء، فالأصل أن تؤدى الوجيبة الكرائية حسب الطريقة المتفق عليها في العقد، و التي تكون غالبا إما المناولة اليدوية أو بحساب بنكي... و يكون المكري في حالة المناولة ملزما بتسليم وصل موقع من طرفه أو من طرف من ينيبه لذلك، كما يعتبر الوصل وسيلة إثبات للأداء، أما في حالة الإتفاق على طريقة أخرى (كشهادة التحويل البنكي) فتقوم مقام الوصل في إثبات الأداء ما لم يسلم المكري وصلا بالأداء إضافة للشهادة المذكورة، أما الإستثناء في أداء وجيبة الكراء، فيُرجع فيه لفصول ق.ل.ع و تحديدا "الفصل 275" المتعلق بالعرض العيني للدين، على أساس أن مطل الدائن لوحده لا يبرئ ذمة المدين، و يكون هذا العرض طبقا للمسطرة المذكورة بالفصول من "171 إلى 178"، حيث يقدم المكتري طلبا لرئيس المحكمة في إطار الفصل 148 للحصول على إذن بتوجيه إنذار إلى المكري ليقبل الوفاء، يوجه الإنذار بواسطة أحد أعوان كتابة ضبط محكمة موقع العقار أو أحد المفوضين القضائيين التابعين لها، يحرر محضر تذكر فيه صفات الشخص و جوابه فإذا قبل العرض سلم له و ضُمن بالمحضر، أما إذا رفض فيشار إلا ذلك و يوقع عليه الدائن أو يشار إلى رفضه، و لا يبقى أمام المكتري آن ذاك سوى إيداع وجيبة الكراء بصندوق المحكمة، و يجب أن يتم الإيداع فعلا لأن مجرد العرض لا يبرئ الذمة، كما يجب أن يودع المبلغ كاملا، لأن المطل الجزئي يوازي الكلي.

أما بالنسبة لحالة وقوع أضرار مادية أو قانونية تستلزم تدخل المكري، فهي من الحالات التي لم يتطرق لها القانون 67.12 بالشكل المطلوب، و اكتفى بمادة وحيدة هي "المادة 18" و جاء فيها أن المكتري ملزم تحت طائلة إصلاح الأضرار بإخبار المكري فور وقوع ما يُلزم تدخله، و نظرا للاقتضاب الشديد لهذه المادة يجب الرجوع لفصول ق.ل.ع التي تطرقت بشكل مفصل لهذا الموضوع.

و بذلك يلاحظ أن الفصول العامة وضعت حكما خاصا بكل حالة من حالات التعرض، و نذكرها بحسب ترتيب جسامتها :

1. إذا تعرض المكتري لتشويش من طرف المكري أو من الأشخاص المسؤول عنهم، يجوز له رفع دعوى أمام قضاء الموضوع، مطالبا بفسخ العقد مع حقه في التعويض عن ذلك، أو يستمر في شغل العين المكتراة مقابل إنقاص الوجيبة الكرائية حسب نقص الإنتفاع.
2. إذا رفعت دعوى ضد المكتري بهذف استحقاق كل الملك أو بعضه، يجب عليه أن يخبر فورا المكري و أن لا يتخلى على أي جزء من العقار، و يدفع بانعدام صفته كمدعا عليه، مع تبيان من يحوز العين لمصلحته، و هنا يكون المدعي ملزما بإقامة الدعوى في مواجهة المكري، مع حق المكتري في التدخل انضماميا إلى جانب المكري، أو أصليا لمصلحته الخاصة.
3. إذا انتزعت العين المكتراة بفعل السلطة أو من أجل المنفعة العامة، لا يكون للمكتري إلا الحق في الفسخ، أما إذا وقع الإستحقاق على جزء من العقار فقط، فلا يكون له الحق إلا في إنقاص وجيبة الكراء، و إذا كان النقص الجزئي يجعل المحل غير صالح للإستعمال فيجوز له طلب فسخ العقد.
4. إذا ظهر عيب بالعين المكتراة موجب للضمان، فيجوز للمكتري إما طلب فسخ العقد أو إنقاص وجيبة الكراء.

أما بخصوص اختصاص النظر في هذه القضايا، فبصريح "المادة 71"[1] تختص به المحكمة الإبتدائية لموقع العقار المكترى، كما أن الدعاوى التي يرفعها المكتري تجاه المالك تكون المسطرة فيها كتابية، و يكون تنصيب المحامي إلزاميا حسب "المادة 32" من قانون المحاماة.

و يبقى في الأخير التذكير بأن الدعاوى التي يرفها المكتري مطالبا بضمان المكري للتعرض أو الإستحقاق أو العيب، يجب أن تقام قبل انتهاء العلاقة الكرائية و إلا تقادمت، و ذلك طبقا للفصلين "653 و 662" من ق.ل.ع، وهو أمر منطقي، على اعتبار أن انقضاء عقد الكراء، ينقضي معه سند المطالبة بالضمان، و تنتفي بذلك صفة المكتري لإقامة أي دعوى تجاه المالك.

(1) : نصت على أن المحكمة الإبتدائية لموقع المحل المكترى، تختص بالنظر في القضايا المتعلقة بكراء المحلات الخاضعة لهذا القانون.

تطبيقات الفصل 61 من الدستور في اجتهاد القضاء الدستوري
-دراسة حالة مجلس النواب بعد انتخابات 25 نونبر 2011-

إخلاص عزولة

باحثة بجامعة الحسن الأول-سطات

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

طبقا لأحكام دستور 2011 نص الفصل 61 منه على ما يلي:"**يجرد من صفة عضو في أحد المجلسين، كل من تخلى عن انتمائه السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات، أو عن الفريق او المجموعة البرلمانية التي ينتمي إليها. وتصرح المحكمة الدستورية بشغور المقعد، بناء على إحالة من رئيس المجلس الذي يعنيه الأمر، وذلك وفق أحكام النظام الداخلي للمجلس المعني، الذي يحدد أيضا آجال ومسطرة الإحالة إلى المحكمة الدستورية**".

ولقد جاء هذا التنصيص الدستوري الجديد، ليضع حدا لظاهرة استفحلت في الممارسة النيابية والسياسية والتي لم تكن ترتب أي جزاء على كل من تخلى عن انتمائه السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات أو الفريق الذي ينتمي إليه، وهو ما جعل الممارسة المغربية موسومة بعدم الالتزام السياسي تجاه الناخبين وجعل العديد من الباحثين يصفونها بالسلوك اللأخلاقي الذي يفرغ العملية الانتخابية وكذا العمل التمثيلي للمواطنين من قيمته التعاقدية.

هكذا نجد أن الفصل 61 من دستور المملكة لسنة 2011، حاول أن يؤطر هذه الممارسة من خلال ترتيب الجزاء الدستوري الذي عقد فيه الاختصاص للمحكمة الدستورية للنظر في الطلبات الرامية إلى تجريد أعضاء البرلمان من عضويتهم، وذلك وفق مجموعة من الشروط التي وضعها الفصل نفسه، وأحال إلى الأنظمة الداخلية لكي تحدد مسطرة الإحالة إليها في هذا الصدد، وتتحدد هذه الشروط في كل من صاحب الصفة في إحالة طلب االتجريد، وآجال ومسطرة الإحالة إلى المحكمة الدستورية، حتى تكون الإحالة إليها إحالة صحيحة.

والعودة إلى الممارسة التي تلت انتخابات 25 نونبر 2011، وفي ظل هذه الولاية التشريعية التاسعة، نجد أن المجلس الدستوري(المحكمة الدستورية) قد مارس هذا الاختصاص بناء على مجموعة من الإحالات في هذا الصدد، والتي ترمي إلى طلب تجريد أعضاء برلمانين لكونهم ترشحوا بأسماء أحزاب غير الحزب الذي ينتمون إليه، فيما ظلت مسألة تغيير الفريق غائبة في ظل هذه الولاية مع بعض الإشكالات التي أثارتها هذه المسألة.

وتأسيسا على ما سبق، فإن موضوعنا هذا سيركز على رصد اجتهاد القاضي الدستوري المتعلق بموضوع التجريد، من خلال استقراء منطوق قرارته وتبريرات حيثياته، وكل ذلك وفق محورين أساسيين:

الأول: ويتعلق بالشروط الشكلية والجوهرية المتعلقة بمسطرة طلب التجريد

الثاني: يتعلق باستقراء كمي وكيفي لاجتهاد القاضي الدستوري موضوع التجريد

المحور الأول: الشروط الشكلية والجوهرية لطلب التجريد من العضوية البرلمانية

محاولة منا بسط هذه الشروط الشكلية والجوهرية، فإن مرجعنا سيتركز على قراءة ما كرسته الأنظمة الداخلية من مقتضيات مدعومة بمنطوق قرارات المجلس الدستوري في هذا الصدد، وذلك وفق ما سنبينه على الطريقة التالية:

1- **احترام مسطرة الإحالة**: نصت المادة 10 (الفقرة السادسة من ن.د.م.ن) والمادة 98(ن.د.م.ش) على أن رئيسا المجلسين هما المسؤولان عن إحالة أمر طلب التجريد إلى المحكمة الدستورية، وهذه الإحالة تستدعي توفر شرطين أساسين:

فبالنسبة لنظام مجلس النواب فإنه نص على **ضرورة ثبوت واقعة التخلي** من خلال الإفصاح عنها كتابة أو التصريح به من خلال ثبوت واقعة منصوص عليها في القانون، ويتعين على المكتب التأكد من واقعة التخلي عبر دعوة المعني بالأمر لتأكيد موقفه كتابة **داخل أجل 15 يوما** من تاريخ توصله بمراسلة المكتب، وتكون الدعوة بإحدى وسائل التبليغ القانونية وفي حالة عدم التوصل بالجواب داخل الأجل المحدد يعتبر ذلك تأكيدا لواقعة التخلي، **ويصدر المكتب مقررا يثبت فيه واقعة التخلي** ويرفقه بطلب التجريد الذي يحيله رئيس المجلس على المحكمة الدستورية في أجل أقصاه 15 يوما **بعد ثبوت واقعة التخلي**.

أما بالنسبة لنظام مجلس المستشارين فقد نص في المادة 98 على مسطرة تقضي بتوصل رئيس مجلسه بإشعار من أحد أعضاء المجلس أو من رئيس فريق أو مجموعة برلمانية أو من أي جهة من الجهات المعنية بالتخلي عن الانتماء، يحاط فيه علما بواقعة التخلي خلال مدة الانتداب عن الانتماء السياسي أو النقابي أو عن الفريق أو المجموعة البرلمانية، **ويتم عرض الأمر على مكتب المجلس للتأكد من ذلك**، عن طريق توجيه رئيس المجلس بعد مداولات المكتب استفسارا مكتوبا ليؤكد أو ينفي العضو المعني مضمون الإشعار، وذلك في **أجل عشرة أيام** من توصله بالإشعار، كما يمكن استدعاء العضو المعني داخل أجل 5 أيام من تاريخ التوصل برده على الاستفسار، لتنبيهه للآثار المترتبة عن تخليه عن الانتماء، ووفقا للمادة 99 فإن عدم جواب المعني بالأمر يعتبر تأكيدا لهذه الواقعة **ويصدر المكتب مقررا يثبت فيه ذلك ويرفقه بطلب التجريد من العضوية ويحيله رئيس مجلس المستشارين إلى المحكمة الدستورية في أجل أقصاه 15 يوما**.

وبناء عليه فإن المحكمة الدستورية لن تقبل أي طلب في حالة لم يتم الالتزام بهذا الشرط المتعلق بمن له الصفة في طلب التجريد خصوصا وأن الشرط الشكلي يستوجب ضرورة أن يكون ذلك بناء على طلب من الرئيس وبعد تأكيد واقعة التخلي، وهو ما أكده المجلس الدستور بموجب قراره 839.12[1] حيث صرح بعدم قبول الطلب، نظرا لكون طلب التجريد جاء من طرف عضو برلماني[2]، وإلى جانب الشرط الشكلي هذا فإن المجلس الدستوري يراقب كذلك مدى احترام الإجراءات الجوهرية بشكل حازم، ففي أغلب قراراته الصادرة بشأن تجريد الأعضاء من صفتهم النيابية[3]، نجده يصرح بما يلي:" **وحيث إنه، يبين من الاطلاع على الوثائق المدرجة في الملف أن مجلس النواب قد راعى الإجراءات الجوهرية، المنصوص عليها في المادة العاشرة من نظامه الداخلي المذكورة أعلاه، الرامية إلى صيانة حقوق النائب السيد حسن الدرهم المعرض للتجريد، لا سيما ما يتعلق بدعوته، بواسطة مفوض قضائي، لتأكيد موقفه كتابة داخل الأجل المحدد، وبمناقشة مكتب المجلس للأمر قبل إحالة رئيس المجلس للملف إلى المحكمة الدستورية؛**" ولذلك فإن عدم احترام مسطرة طلب التجريد من طرف البرلمان تؤدي بشكل مباشر إلى عدم قبول الطلب.

2- **ضرورة أن يكون التخلي إراديا**: فإلى جانب ضرورة توفر الشروط الشكلية والجوهرية المتعلق بمسطرة الإحالة ، فإن الأمر يستدعي حتى تصرح المحكمة الدستورية بالتجريد، أن يكون العضو المعني حقا قد **تخلى بشكل إرادي** إما بتصريحه وجوابه

[1] - قرار رقم 839.12 صادر في 29 من ربيع الأول 1433(22 فبراير 2012)، الجريدة الرسمية عدد 6028، بتاريخ 15 ربيع الآخر 1433 (8 مارس 2012)، ص: 883.

[2] - وهو الطلب الذي تقدم به ميلود الشعبي، بصفته رئيسا "للمجموعة النيابية المستقبل" ملتمسا فيها من المجلس الدستوري التصريح بشغور المقعد الذي يشغله السيد الغازي اجطيو بمجلس النواب، لانتقاله من المجموعة المذكورة إلى فريق التقدم الديمقراطي، إعمالا لأحكام الفصل 61 من الدستور؛ كما صرح

[3] - صرح في قراره 828.12 بما يلي: " وحيث إنه، يبين من الاطلاع على الوثائق المدرجة في الملف **أن مجلس النواب قد راعى الإجراءات الجوهرية**، المنصوص عليها في المادة العاشرة من نظامه الداخلي المذكورة أعلاه، الرامية إلى صيانة حقوق النائب السيد حسن الدرهم المعرض للتجريد، لا سيما ما يتعلق بدعوته، بواسطة مفوض قضائي، لتأكيد موقفه كتابة داخل الأجل المحدد، وبمناقشة مكتب المجلس للأمر قبل إحالة رئيس المجلس للملف إلى المحكمة الدستورية." قرار رقم 828.12 صادر في 25 صفر 1433(19 يناير 2012)، الجريدة الرسمية عدد 6015 بتاريخ 29 صفر 1433(23 يناير 2012)، ص: 402.

على استفسارات المكتب، وإما عن طريق قيامه بما يثبت تخليه عن الانتماء، وهو ما سماه المجلس الدستوري بالتخلي **بحكم الواقع عن الانتماء**[1].

وقد طرحت مسألة التخلي الإرادي للعضو البرلماني بمناسبة عرض القوانين التنظيمية للجماعات الترابية على المجلس الدستوري، والتي أقرها كذلك في العديد من القرارات، وكرسها النظام الداخلي لمجلسي البرلمان، وقد حسمت هذه المسألة من طرف المجلس الدستوري [2] وذلك عندما نصت المادة 51 من القانون التنظيمي للجماعات والمادة 52 من القانون التنظيمي للعمالات والأقاليم والمادة 54 من القانون التنظيمي للجهات جميعها على أنه: طبقا لأحكام المادة 20 من القانون التنظيمي رقم 29.11 المتعلق بالأحزاب السياسية، «يجرد العضو المنتخب بمجلس الجماعة الترابية الذي تخلى خلال مدة الانتداب عن الانتماء للحزب السياسي الذي ترشح باسمه من صفة العضوية في المجلس» وعلى أنه «يعتبر عضو مجلس الجماعة الترابية من منظور هذا القانون التنظيمي في وضعية تخلي عن الحزب الذي ترشح بتزكية منه، إذا قرر هذا الحزب وضع حد لانتماء العضو المنتسب إليه، بعد استنفاذ مساطر الطعن الحزبية والقضائية»، ولقد صرح المجلس الدستوري بدستورية الفقرة الأولى من هذه المواد فيما أقر بعدم دستورية الفقرة الثانية التي نصت على تجريد العضو المنتخب من العضوية جراء طرده من الحزب أو فصله من الحزب، وهو ما يدل بأن التخلي المقصود من الفصل 61 هو التخلي الإرادي[3]، وهذا ما صرح به المجلس الدستوري في مجموعة من قراراته[4].

3- **إثبات واقعة التخلي من طرف المجلس من عدمها**: بالنسبة للنظام الداخلي فقد نص على أن من بين الشروط الجوهرية أن يمارس البرلمان كافة اختصاصاته المتعلقة بطلب التجريد، لكي يتسنى للمحكمة الدستورية أن تطبق مقتضيات الفصل 61، لكن الامر قد لا يتوقف على ذلك ويمكن للمحكمة أن تبت في الطلب حتى ولو لم يستوفي لشرط إثبات الواقعة بموجب قرار المكتب، وبرزت هذه المسألة في مجموعة من رسالات الإحالة التي قدمها البرلمان لطلب تجريد عضو من عضويته جراء ورود **حالة الشك**، وأصدر المجلس الدستوري في شأنها كل من القرار رقم 979 و 981 و 982، والمتعلقين بطلب رئيس مجلس النواب البت في ملفات النواب بناء

---

[1] - قرار المجلس الدستوري 978.15. و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، بتاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016)، ص: 126. والقرار رقم 979.15 و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016)، ص: 128.

[2] - أصدر المجلس الدستوري بتاريخ 30 يونيو 2015 ثلاث قرارات تهم الجماعات الترابية، وهي على التوالي: القرار رقم 666.15 المتعلق بالقانون التنظيمي للجهات رقم 111.14، والقرار رقم 667.15 المتعلق بالقانون التنظيمي للعمالات والأقاليم رقم 112.14، والقرار رقم 668.15 المتعلق بالقانون التنظيمي للجماعات (المحلية) رقم 113.14 ، والمنشورة بالجريدة الرسمية عدد 6376 بتاريخ 22 رمضان 1436(9 يوليوز 2015)، ص: 6423-6427-6431.

[3] - صرح المجلس الدستوري في قراراته رقم 982/981.15 بما يلي: " وحيث إنه، يستفاد من الفصل 61 من الدستور أن التجريد من صفة عضو بأحد مجلسي البرلمان **رهين بالتخلي الإرادي للعضو المعني عن الانتماء السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات، وهو ما لا ينطبق على العضو البرلماني الذي تم فصله بقرار من الحزب الذي كان ينتمي إليه**؛ كما عبر عن ذلك في قراره رقم 969.15 في حيثيته المتعلقة بالمادة 20 من القانون التنظيمي للأحزاب السياسية رقم 33.15 المعدل للقانون التنظيمي رقم 29.11.

- قرار المجلس الدستوري رقم 982.15 و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص:132. **قرار رقم 981.15** و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص:131.

- قرار المجلس الدستوري رقم 969.15 صادر في 25 من رمضان 1436(12 يوليو 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6380، بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، ص: 6754.

[4] - انظر القرارات التالية المتعلقة بتطبيق الفصل 61: **قرار رقم 972**.15 صادر في 7 من ذي الحجة 1436(21 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6400 بتاريخ 16 ذي الحجة 1436(فاتح أكتوبر 2015)، ص:8173. **قرار رقم 976.15** و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص:124. **قرار رقم 977.15** و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص: 125. **قرار رقم 978.15** و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص:126. **قرار رقم 979.15** و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص:128. **قرار رقم 980.15** و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص:129. **قرار رقم 981.15** و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص:131.**قرار 982.15** و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص:132. **قرار رقم 985.16** و.ب الصادر في 29 من ربيع الآخر 1437(9 فبراير 2016)، ج.ر عدد 6441 بتاريخ 13 جمادى الأولى 1437(22 فبراير 2016)، ص: 1071.

على مقررات مكتب المجلس بشأن بروز **حالة الشك في كون أحكام الفصل61 من الدستور المتعلقة بالتجريد تنطبق على وضعية النواب**، هذا الأمر يطرح مسألة اختصاص كل من البرلمان والمحكمة الدستورية في **مجال التجريد**، فالنظام الداخلي يعطي الصلاحية لمكتب المجلس لكي يثبت واقعة التخلي من عدمها ففي حالة ثبوت ذلك يحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية لكي تصرح بتجريد العضو المعني وإن لم تثبت واقعة التخلي فإن المجلس ملزم بحفظ الملف وعدم إحالته، إلا أن المحكمة الدستورية كان لها رأي آخر وذهبت وبتت بناء على ما جاء في رسالة الإحالة واستنادا إلى أحكام الدستور **مباشرة دون الحاجة للتقيد بالمسطرة الواردة في النظام الداخلي**، حيث اعتبر المجلس الدستوري في قراراته بأن تطبيق مقتضيات التجريد الواردة في الفصل 61 من الدستور **أمر إلزامي وأن ما يقره يعتبر بمثابة قواعد آمرة لا تحول دون البت في وضعية النائب المشكوك في وضعيته**[1]، كما أن عدم إمكانية مكتب مجلسي البرلمان إثبات واقعة التخلي لا تحول دون إحالة الملف إلى المحكمة الدستورية، وهو ما يعني أن ضمانات حماية النيابة البرلمانية لا تتوقف في حالة عجز البرلمان عن إثباتها وإنما يمكن للمحكمة الدستورية التحقق من ذلك مباشرة، وقد جاءت تبريرات المجلس الدستوري في حيثيات قراراته مبنية على أربعة عناصر:

- **العنصر الأول**: كون الفقرة الأولى من الفصل 61 من الدستور، تجعل من التجريد قاعدةً آمرةً لا يملك مجلسا البرلمان، في مرحلة تدارس الملف، ولا المحكمة الدستورية في مرحلة التصريح بالشغور، سوى صلاحية التحقق من حدوث واقعة التخلي، التي يترتب عن ثبوتها تجريد المعني بالأمر، بحكم الدستور، من صفة عضو بأحد مجلسي البرلمان[2].
- **العنصر الثاني** أن تخويل الدستور، مسألة التصريح بشغور مقعد البرلماني المعني بالتجريد، للمحكمة الدستورية، إنما يرمي إلى جعل وضعية البرلماني المعرض لفقدان صفته عضواً بأحد مجلسي البرلمان، في يد هيئة قضائية دستورية لا تصرح بشغور المقعد إلا بعد التحقق التام من ثبوت واقعة التخلي.

- **العنصر الثالث** هو أن المجلس لا يملك صلاحية البت بصفة نهائية في مآل ملف عضو البرلمان المنسوبة إليه واقعة التخلي في حالة ما إذا لم يثبت ذلك او لم يتأكد منها والتي تهدف إلى ضمان صيانة حقوق النائب المعني بالتجريد.

- **العنصر الرابع** المستند إليه المجلس في حججه وهو انه إذا تعذر على مكتب أحد مجلسي البرلمان، بعد اتباع الإجراءات المنصوص عليها لهذه الغاية في نظامه الداخلي، اتخاذ مقرر يثبت واقعة التخلي، إما بسبب الشك في طبيعة هذه الواقعة ومداها أو بسبب حدوث خلاف بين أعضاء مكتب المجلس بشأنها، فإن ذلك لا يجوز أن يكون مبرراً لتعطيل تطبيق الأحكام الآمرة للفصل 61 من الدستور، **مما يتعين معه على رئيس المجلس إحالة الملف في جميع الأحوال**، إلى المحكمة الدستورية للبت فيه.

ويتضح عموما من خلال معالجة هذه الشروط الشكلية والجوهرية، أن المجلس الدستوري قد تعامل مع هذه المواضيع بنوع من الثنائية المزدوجة وربما يمكن القول "متناقضة، فمن جهة يقر بكون أن الإحالة يجب أن تراعى فيها الشروط الشكلية والجوهرية، بدءا من الآجال المكرسة بالنظام الداخلي، مرورا بضرورة إثبات واقعة التخلي التي تعتبر أحد الشروط التي تحمي حقوق

---

[1] - صرح المجلس في حيثياته قراره رقم 979 بما يلي: " وحيث إنه، **إذا تعذر على مكتب أحد مجلسي البرلمان**، بعد اتباع الإجراءات المنصوص عليها لهذه الغاية في نظامه الداخلي، اتخاذ مقرر يثبت واقعة التخلي، إما بسبب الشك في طبيعة هذه الواقعة ومداها أو بسبب حدوث خلاف بين أعضاء مكتب المجلس بشأنها، فإن ذلك لا يجوز أن يكون مبررا لتعطيل تطبيق الأحكام الآمرة للفصل 61 من الدستور، مما يتعين معه على رئيس المجلس إحالة الملف، في جميع الأحوال، إلى المحكمة الدستورية للبت فيه؛

[2] - صرح المجلس الدستوري في قراراته رقم 982/981/979 بما يلي:" وحيث إن الفصل 61 من الدستور، بتنصيصه في فقرته الأولى على أنه "يجرد من صفة عضو في أحد المجلسين، كل من تخلى عن انتمائه السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات، أو عن الفريق أو المجموعة البرلمانية التي ينتمي إليها"، **يكون قد جعل من هذا التجريد قاعدة آمرة لا يملك مجلسا البرلمان، في مرحلة تدارسهما للملف، ولا المحكمة الدستورية، في مرحلة التصريح بشغور المقعد، سوى صلاحية التحقق من حدوث واقعة التخلي التي يترتب عن ثبوتها تجريد المعني بالأمر، بحكم الدستور، من صفة عضو بأحد مجلسي البرلمان"**،

النائب الدفاعية، ومن جهة أخرى، يقر بكون مقتضيات الفصل 61 لا تحول دون التصريح بالتجريد، باعتبارها قاعدة آمرة ترتب جزاء دستوري وتلزم رئيسي المجلسين بالإحالة بالرغم من عدم التأكد من واقعة التخلي، لكن هذا الإلزام الدستوري بحد ذاته غير مقرون بجزاء مما يستدعي معه التساؤل حول مصير العضو البرلماني الذي تخلى عن انتمائه أو فريقه، في حالة ما إذا لم يتم إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية؟ ذلك أن المحكمة الدستورية لا تقوم بإصدار قراراتها إلا بناء على رسالة موجهة إليها في هذا الصدد.

ولكي نحاول أن نتوسع في هذه التطبيقات المسطرية ونفككها، فإن ذلك يستدعي منا استقراء كميا وكيفيا لحيثيات ومنطوق قرارات المجلس الدستوري موضوع التجريد.

المحور: اجتهاد المجلس الدستوري في موضوع التجريد من العضوية

أصدر المجلس الدستوري في ممارسته، بعد انتخابات 25 نونبر 2011، مجموعة من القرارات بشأن تطبيق أحكام الفصل 61 من الدستور، والتي يمكن تصنيفها حسب منطوق قراره إلى صنفين: صنف أقر فيها المجلس بالتجريد من العضوية، وصنف يقر فيه المجلس بعدم تجريده من العضوية، وفي كل الأحوال كانت هذه الإحالات أغلبها تتعلق بنواب غيروا انتماءهم السياسي أو تخلو عنه بمناسبة انتخابات مجلس المستشارين وجلها صدرت في سنة 2015، ويمكن تصنيف هذه القرارت حسب حيثيات ومنطوق المجلس الدستوري على الشكل التالي:

1- عدم قبول طلب من ليست فيه الصفة: صرح في هذا الصدد المجلس الدستوري على إثر رسالة الإحالة التي قدها ميلود الشعبي بصفته رئيسا "للمجموعة النيابية المستقبل" ملتمسا فيها من المجلس الدستوري التصريح بشغور المقعد الذي يشغله السيد الغازي اجطيو بمجلس النواب، لانتقاله من المجموعة المذكورة إلى فريق التقدم الديمقراطي، بعدم قبول الطلب بعلة أن الفصل 61 من الدستور يعطي إلى رئيس المجلس المعني وحده صلاحية إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية قصد التصريح بشغور مقعد البرلماني المعني[1]. وهذا التصريح الذي جاء به المجلس الدستوري يضعنا على محك التساؤل السابق الذي يتعلق بمدى إلزامية قواعد الفصل 61 من الدستور التي اعتبرها المجلس الدستوري قواعد آمرة تحتم التصريح بالتجريد بدون حاجة رئيسا المجلسين إثبات ذلك، فكيف يتأتى للمجلس الدستوري إلزام رؤساء المجلسين بالإحالة إليه إذا امتنعوا؟ وكيف يجعل من نص الفصل 61 قاعدة آمرة في ظل غياب الشكل الموازي للإحالة في حالة عدم امتناع أصحاب الصفة في الإحالة عن ممارسة اختصاصهم؟ والجواب على هذا السؤال صعب وبسيط للغاية، ذلك أن هناك غياب نص موازي يشير إلى حالة الامتناع، من جهة، ثم أن إحالة من لم تتوفر فيهم الصفة تؤدي إلى عدم قبول الطلب.

2- قرار العزل يحول دون التجريد: أصدر المجلس الدستوري في هذا الصدد قرارين على التوالي الأول تحت رقم 981 حول البت في وضعية النائب محمد حماني، والثاني تحت رقم 982 حول وضعية عبد العالي دومو[2]، بناء على رسالة الإحالة التي جاءت مبنية على بروز حالة الشك في انطباق أحكام الفصل 61 من الدستور، وقد قضى بشأنهما المجلس الدستوري في منطوقه قراريه بعدم تجريد النائبين من صفتهم النيابية، لكون قرار العزل الصادر في حقهما كان سابقا على ترشحهما للانتخابات الجماعية بدون انتماء سياسي[3]. وما يمكن أن يستفاد من هذا، هو أن التجريد يكون بالنسبة للعضو الذي تخلى بشكل إرادي عن انتمائه الذي ترشح باسمه للانتخابات وليس قبل الانتخابات، فالعضو الذي تخلى عن انتمائه قبل الانتخابات وترشح باسم حزب آخر لا تطبق فيه مسطرة

[1] - قرار المجلس الدستوري رقم 839.12 صادر في 29 ربيع الأول 1433(22 فبراير 2012)، الجريدة الرسمية عدد 6028، م.س.

[2] - قرار المجلس الدستوري رقم 982.15 و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص:132. **قرار رقم 981.15** و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص:131.

[3] - بالنسبة لوقائع هذه القضية ترجع إلى أن حزب الاتحاد الاشتراكي كان قد أصدر بيانين بعزل كل من محمد حماني و عبد العالي دومو من العضوية بالحزب في كل من 2 و 3 مارس 2015، وترشح كل منهما للانتخابات الجماعية في 4 شتنبر 2015.

التجريد، وبالعكس فإن اصدار قرار عزل في حق نائب برلماني ينتمي إلى حزب سياسي يحول دون تجريده من عضويته التي قد يحوزها حتى إذا ترشح بلون سياسي آخر بمناسبة الانتخابات الجماعية.

3- الترشح بدون انتماء سياسي للانتخابات الجماعية لا يحول دون التجريد: في قراره رقم 979.15 صرح المجلس بثبوت تجريد السيد طارق القباج من عضويته داخل مجلس النواب، وتعود حيثياته هذا القرار في كون أن رئيس المجلس أحال طلب **بروز حالة الشك في وضعية النائب** المذكور الى المجلس الدستوري للبت فيما إذا كان ينطبق عليه الفصل 61، وهو الطلب الذي استجاب لشروطه النائب المعني بإدلائه بجوابه الذي أكد فيه بكونه ترشح بإسم حزب سياسي معين في انتخابات أعضاء مجلس النواب المجراة بتاريخ 25 نوفمبر 2011، وأنه أقر بترشحه للانتخابات الجماعية، المنظمة بتاريخ 4 سبتمبر 2015، بصفته لا منتميا، وهكذا فالمحكمة الدستورية بالرغم من أن العضو المعني لم يتخلى عن الحزب بشكل رسمي وبالرغم من كونه ترشح بدون انتماء سياسي، فإنها لن تتوانى عن إثبات تجريد العضو المعني بغض النظر عن المبررات التي يمكن أن يسوقها، ومن بين ما صرح به المجلس في حيثياته ما يلي: " وحيث إن ترشح السيد طارق القباج خلال مدة انتدابه النيابي بصفته لا منتميا في انتخابات لاحقة . **بغض النظر عن المبررات الحزبية التي أدلى بها في هذا الشأن** . يعد **تخليا بحكم الواقع عن انتمائه** السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات السابقة، مما يجعله يقع تحت طائلة تطبيق أحكام الفصل61 من الدستور؛".

4- العدول عن تغيير الانتماء لا يمنع طلب التجريد: هذه الحالة ربما نجدها فريدة في قرار المجلس الدستوري رقم 978.15[1]، فبموجب الرسالة المحالة إليه من طرف رئيس مجلس النواب، والتي يطلب فيها من المجلس الدستوري التصريح بتجريد النائب السيد حسن الدرهم من صفة عضو بمجلس النواب، بناء على مقرر مكتب هذا المجلس القاضي بثبوت واقعة تخلي النائب المذكور عن الانتماء السياسي الذي ترشح باسمه لانتخابات أعضاء مجلس النواب المجراة في 25 نوفمبر2011، وصرح في حيثيات قراره بأن العدول عن تغيير الانتماء الحزبي بعد التقدم للانتخابات[2] يعد تخليا بحكم الواقع عن انتمائه السياسي وبالتالي يصح فيه تطبيق الفصل 61 من الدستور، وجاء في إحدى حيثياته ما يلي: "وحيث إنه . **بغض النظر عن عدول النائب السيد حسن الدرهم عن تغيير انتمائه الحزبي** . فإن ترشحه، خلال مدة انتدابه النيابي في انتخابات لاحقة باسم حزب سياسي غير الحزب الذي ترشح باسمه لانتخابات أعضاء مجلس النواب، **يعد تخليا بحكم الواقع عن انتمائه السياسي**، مما يجعله يقع تحت طائلة تطبيق أحكام الفصل 61 من الدستور".

5- تجميد العضوية في الحزب تمنع الترشح للانتخابات بلون سياسي آخر: بناء على رسالة الإحالة التي يطلب فيها رئيس مجلس النواب من المجلس الدستوري التصريح بتجريد النائب السيد زين العابدين حواص من صفة عضو بمجلس النواب، وبناء على مقرر مكتب هذا الأخير القاضي بثبوت واقعة تخلي هذا النائب عن الانتماء السياسي الذي ترشح باسمه لانتخابات أعضاء مجلس النواب المجراة بتاريخ 25 نوفمبر2011، أصدر المجلس الدستوري قراره رقم 977.15 القاضي بإثبات تجريد النائب من عضويته، و بعدما أدلى المعني بمذكرته الجوابية التي يبين فيها بأنه **أصدر في حقه الحزب قرارا بتجميد عضويته وامتناعه عن منحه التزكية** مما جعله يترشح، خلال مدة انتدابه، في الانتخابات الجماعية المنظمة بتاريخ 4 سبتمبر 2015، باسم حزب سياسي آخر. وقد علل المجلس الدستوري منطوق قراره بالحيثية التالية:" **وحيث إن قرار تجميد عضوية** السيد زين العابدين حواص في الحزب الذي ينتمي إليه **يعد إجراء جزائيا مؤقتا يحول دون ممارسة النائب المذكور للحقوق العادية المخولة لسائر أعضاء الحزب** ومن ضمنها إمكان ترشيحه للانتخابات، ولا يترتب عنه قطع العلاقة القانونية للنائب المذكور بهذا الحزب؛ وأضاف المجلس في حيثية أخرى ما يلي:"**وحيث إن ترشح النائب** المذكور للانتخابات الجماعية المنظمة بتاريخ 4 سبتمبر2015 **باسم حزب سياسي غير الحزب الذي ترشح باسمه في انتخابات**

[1] - **قرار رقم 978.15** و.ب صادر في 7 من ربيع الأول 1437(19 سبتمبر 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6427، تاريخ 23 ربيع الأول 1437(4 يناير 2016) ص:126.

[2] - لقد سبق لحسن الدرهم أن ترشح لانتخابات أعضاء مجلس النواب التي أجريت بتاريخ 25نوفمبر 2011 باسم حزب سياسي معين، ثم ترشح لانتخاب أعضاء الغرفة الفلاحية بجهة الداخلة . وادي الذهب، المنظم بتاريخ 7 أغسطس 2015باسم حزب سياسي آخر.

مجلس النواب المجراة بتاريخ 25 نوفمبر2011، **دون أن يكون هذا الأخير قد اتخذ قرارا بفصله نهائيا من العضوية فيه**، وهو ما لم يثبته المعني بالأمر، **يعد بمثابة تخلي إرادي عن انتمائه السياسي**؛

6- تجريد العضو المتخلي عن الانتماء حتى ولو لم يدلي بجوابه: في هذا الصدد أصدر المجلس قرارين تحت رقم 976.15 و 980.15، وصرح في إحدى حيثيات قراره رقم 976 بما يلي:" وحيث إنه، يبين من الاطلاع على الوثائق المدرجة في الملف، أن **النائب ... لم يجب، خلال الأجل المحدد له**، عن الدعوة الموجهة إليه من طرف مكتب مجلس النواب بشأن تغيير انتمائه السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات؛ وحيث إن النائب المذكور **امتنع عن تسلم الملف المتعلق بطلب تجريده من صفة عضو من مجلس النواب، والإدلاء بملاحظاته بهذا الشأن**، رغم إشعاره لهذا الغرض من قبل المجلس الدستوري؛ كما صرح في قراره رقم 980 بشأن تخلي النائب محمد التويمي بنجلون عن انتمائه بما يلي: " حيث إن الدعوة التي وجهت إلى المعني بالأمر عن طريق مفوض قضائي، والتي توصل بها بتاريخ 12 أكتوبر2015، **لم يقدم عنها أي جواب داخل أجل خمسة عشر يوما المحدد له من تاريخ التوصل**، وهو ما ترتب عنه أن مكتب مجلس النواب اعتبر في اجتماعه المنعقد بتاريخ 9 نوفمبر2015 **أن عدم جواب السيد محمد التويمي بنجلون يعتبر تأكيدا منه لواقعة التخلي**، وقرر بالتالي ثبوتها في حقه، وتوجيه رئيس المجلس طلب تجريده من العضوية بمجلس النواب إلى المجلس الدستوري؛ ويتضح من خلال هذه الحيثيات أن التجريد من العضوية يظل أمرا قائما بالرغم من عدم إدلاء المعنيين بالأمر بجوابهما.

7- الطابع التنازعي والجزائي للتجريد: يمكن ذكر مناسبتين أكد فيهما المجلس الدستوري على هذا الطابع، فبموجب قراره رقم 985.16 بشأن البت في وضعية النائب محمد كاريم الذي أثبت مكتب المجلس واقعة تخليه عن انتمائه السياسي وترشحه للانتخابات المنظمة في 4 شتنبر 2015 باسم حزب سياسي آخر، صرح المجلس الدستور وأكد على الطابع التنازعي في حيثيته التالية: " وحيث إن النائب، السيد محمد كاريم **لم ينازع في مذكرته الجوابية**، المدلى بها أمام المجلس الدستوري"، وهذا التصريح يدل على أن المحكمة الدستورية كهيئة قضائية تراعي كل الإجراءات الجوهرية المتعلقة بالدفاع **وحق العضو المعني بالتجريد** بالدفاع وتبرير موقعه تجاه قرار مكتب المجلس، وهو ما أكده كذلك في حيثية قراره رقم 948.14 [1] الذي صرح فيه بما يلي:" وحيث إنه، فضلا عن كون السيد عبد المجيد المهاشي - باعتباره المعرض لعقوبة التجريد من عضويته بمجلس المستشارين - **هو الذي له، أساسا، الحق في الإدلاء أمام المجلس الدستوري بملاحظاته بشأن ما نسب إليه من تغيير انتمائه السياسي وفريقه البرلماني**، فإن المذكرة الجوابية والمستندات المرفقة بها التي أدلى بها إلى المجلس الدستوري لا تتضمن عناصر أو وثائق جديدة غير تلك الواردة في الملف المحال على المجلس الدستوري من قبل مجلس المستشارين والتي اطلع عليها مكتبه، **مما يجعل هذه المذكرة وملحقاتها لا تستدعي تعقيبا من طرف رئيس الفريق البرلماني الذي كان ينتمي إليه المعني بالأمر سابقا**". ويمكن القول بأن المجلس الدستوري قبل أن ينتقل إلى البحث في موضوع طلب التجريد يجب أن يتأكد أن هذا الطلب قد استوفى لكل إجراءاته نظرا لكون ثبوت واقعة التخلي تحدث جزاء بالنسبة للمعني، حيث صرح في قراره رقم 842.12[2] بما يلي: " حيث إنه، لئن كان تجريد عضو برلماني من صفته هذه، **لما يكتسيه من طابع جزائي**، يقتضي لزوما أن تكون الأحكام المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل 61 من الدستور مقررة في النظام الداخلي للمجلس المعني،...، فإن ذلك لا يعني أن أعضاء مجلس المستشارين يحق لهم –نتيجة عدم وضع هذا المجلس لنظامه الداخلي وفق أحكام الدستور- التخلي عن الفرق التي كانوا ينتمون إليها دون أن يتحملوا التبعات المترتبة دستوريا عن هذا التخلي". وأكد **على هذا الطابع الجزائي** للفصل 61 من الدستور كذلك في قراره رقم 828.12[3] بمناسبة الرسالة التي رفعها رئيس مجلس النواب ملتمسا فيها، من المجلس الدستوري تطبيق الفصل 61 من الدستور جراء استقالة عبد العزيز أخنوش من الحزب الذي ترشح باسمه، حيث صرح في إحدى حيثيات هذا القرار بما يلي:"... وهي أحكام ترمي بالخصوص إلى إحاطة التجريد، **باعتباره جزاء...**". وما تجدر الإشارة إليه في هذا القرار أن المجلس لم يبت في حدود الطلب

[1] - قرار رقم 948.14 و.ب صادر في 10 صفر 1436(3 ديسمبر 2014)، الجريدة الرسمية عدد 6316 بتاريخ 18 صفر 1436(11 ديسمبر 2014)، ص: 8405.

[2] - قرار رقم 842.12 و.ب صادر في 18 من جمادى الأولى 1433(10 أبريل 2012)، الجريدة الرسمية عدد 6043، بتاريخ 8 جمادى الآخرة 1433(30 أبريل 2012)، ص: 2977.

[3] - قرار رقم 828.12 صادر في 25 صفر 1433(19 يناير 2012)، الجريدة الرسمية عدد 6015، بتاريخ 29 صفر 1433(23 يناير 2012)، ص: 402.

وإنما بت في الإحالة من تلقاء نفسه وبناء على المادة 14 من القانون التنظيمي لمجلس النواب التي نصت في فقرتها الأولى والثانية على أنه "تتنافى العضوية في مجلس النواب مع صفة عضو في الحكومة" وأنه "في حالة تعيين نائب بصفة عضو في الحكومة، تعلن المحكمة الدستورية، بطلب من رئيس مجلس النواب، داخل أجل شهر، شغور مقعده"، فهل تجاوز المجلس حدود اختصاصه في هذا الصدد؟ بالرجوع إلى القرار نفسه نجد أن المبرر الذي استند إليه المجلس الدستوري لكي يبت في هذا الطلب هو صاحب الصفة في الإحالة المتمثل في رئيس المجلس لا سواء في حالة التجريد أو في حالة التنافي، وأعطى لنفسه صلاحية التصريح بشغور المقعد بالرغم من كون الرسالة جاءت في ظل غياب النظام الداخلي للمجلس، فالمجلس الدستوري هنا يظهر كأنه مدرسة للواقع وليس لتقديس حرفية النص، فكان بالامكان على المجلس أن يقوم برفض الطلب جراء غياب النظام الداخلي، إلا انه حاول تجاوز النص وبت خارج حدود الطلب وبناء على معطيات واقعية[1]، وإذا ما قمنا باتباع منهج القياس على قرارات المجلس الدستوري، يمكن القول بأن المجلس قد سقط في التناقض، ذلك أنه من جهة بت خارج حدود الطلب في قراره 828.12، فيما نجده بالمقابل يرفض فيه قبول طلب ميلود الشعبي الذي اعتبره مختلا من الناحية الشكلية نظرا لوروده من طرف عضو برلماني(قراره رقم 839.12).

وبناء على هذا الرصد الكمي والكيفي لقرارات المجلس الدستوري، يمكن القول بأن القاضي الدستوري، يظل صارما من جهة في التعامل مع الطلبات الواردة إليه في موضوع التجريد، وهي الحالات التي قضى فيها بعدم قبول الطلب بعلة انتفاء احترام الشروط الشكلية،ومن جهة أخرى نجده يتعامل بنوع من المرونة مع النصوص موضوع التجريد بالرغم من كون إحدى الشروط الجوهرية منتفية وغير متوفرة بعلة كون الفصل 61 من الدستور يشكل قاعدة آمرة ويلزم الجهات المعنية بالإحالة.

وفي الختام يمكن أن نشير إلى أن الدستور بالرغم من كونه وضع قاعدة أساسية يرمي من خلالها إلى حماية النيابة البرلمانية ووضع حد لظاهرة جعلت المشهد السياسي والبرلماني يتسم بنوع من المسرحية، فإن هذه الأحكام الدستورية تبقى خاضعة لتكييف الاجتهاد الدستوري، وهو ما يتضح من خلاله قراراته التي حاول أن يصوغ فيها تميزا بين ما يسميه بالتخلي بحكم الواقع عن الانتماء السياسي التي تقع تحت طائلة التجريد، وبين التخلي غير الإرادي عن الانتماء السياسي أو الفريق أو المجموعة البرلمانية، بالإضافة إلى كونه يحاول التدخل في بعض الأحيان في تفسير السلوك السياسي وملاءمته مع وضعيات الأشخاص وهو ما اتضح مع قرار السيد عزيز أخنوش. ويمكن الإشارة كذلك إلى كون تطبيق مقتضيات التجريد من العضوية جراء التخلي عن الانتماء السياسي لما كانت وفق فقه القاضي الدستوري قاعدة أمرة تستلزم الإحالة، فإن غياب الجزاء على هذا الإلزام تحول دون الإحالة، وهو ما قد يتضح في حالة علي اليازغي الذي كان نائبا برلمانية عن اللائحة الوطنية لحزب الاتحاد الاشتراكي، والذي تبين أنه كان بصدد تأسيي حزب سياسي (البديل الديمقراطي الذي تم إبطال تأسيسه من طرف المحكمة الإدارية)، وهذا السلوك يعد بمثابة تخل منه عن انتمائه للحزب الذي ترشح باسمه، إلا أن سلوكه هذا لم يلزم رئيس مجلس النواب بالإحالة إلى المحكمة الدستورية من أجل طلب تجريده من عضويته، في المقابل قدم العضو المعني استقالته بعد عقد مؤتمرهم التأسيسي للحزب، وهو الطلب الذي استجاب له المجلس الدستوري بموجب قراره رقم 1003.16، وهو ما يطرح التساؤل حول من له الأولوية في التطبيق هل الفصل 61 من الدستور باعتباره قاعدة أساسية سامية آمرة وملزمة، أم الأسبقية لتطبيق مقتضيات الاستقالة التي تنطبق في حقها مقتضيات النظام الداخلي؟

[1] - صرح المجلس الدستوري في هذا الصدد في قراره 828.12 بما يلي:" وحيث إنه، بصرف النظر عن مسألة استقالة السيد عزيز أخنوش من الحزب الذي ينتمي إليه، والتي لم يتلق المجلس الدستوري بشأنها، رفقة رسالة السيد رئيس مجلس النواب المشار إليها أعلاه، سوى قصاصة صادرة عن وكالة المغرب العربي للأنباء، لا يمكن اعتمادها أساسا لإعمال ما تنص عليه الفقرة الأولى من الفصل 61 من الدستور من أنه "يجرد من صفة عضو في أحد المجلسين، كل من تخلى عن انتمائه السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات أو عن الفريق أو المجموعة البرلمانية التي ينتمي إليها"، لا سيما وأن الفقرة الثانية من نفس الفصل تستوجب، لكي تصرح المحكمة الدستورية بشغور مقعد العضو البرلماني الذي تنطبق عليه حالة التجريد، أن تتم إحالة الأمر عليها من طرف رئيس المجلس المعني بالأمر "وفق أحكام النظام الداخلي للمجلس المعني، الذي يحدد أيضا آجال ومسطرة الإحالة على المحكمة الدستورية"، **وهي أحكام ترمي بالخصوص إلى إحاطة التجريد، باعتباره جزاء**، بالضمانات الضرورية، لم تكن قائمة في تاريخ إحالة رئيس مجلس النواب لهذا الأمر على المجلس الدستوري، **فإنه يبين من الاطلاع على** الظهير الشريف رقم 1.12.01 الصادر بتاريخ 3 يناير 2012 بتعيين أعضاء الحكومة، **أن السيد عزيز أخنوش عين في هذه الأخيرة وزيرا للفلاحة والصيد البحري**؛

نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي

الدكتور يوسف ادريدو

باحث في العلوم القانونية

تقديم:

تعد الرقابة على دستورية القوانين الوسيلة الأنجع لضمان احترام الدستور وسموه على بقية القواعد القانونية، وإدراكا من المشرع الدستوري المغربي بالأهمية الحيوية لهذه الرقابة في تحقيق العدالة الدستورية وفي بناء دولة عصرية ديموقراطية، فقد نص في جميع الدساتير (1962-1970-1972-1992-1996-2011) على إسناد رقابة دستورية القوانين إلى هيئة دستورية مختصة، فشرع العمل بداية مع دستور 1962 بالغرفة الدستورية التي كانت تابعة للمجلس الأعلى المحدث سنة 1957، إلى أن تقرر إحداث المجلس الدستوري بمقتضى دستور1992 وتم التأكيد عليه في دستور 1996،ليتم الارتقاء به إلى محكمة دستورية بموجب دستور 2011،الذي جاء بمجموعة من التجديدات لتكريس فعالية القضاء الدستوري حماية للحقوق والحريات، ولعل المستجد الأكثر أهمية هو تخويل هذه المحكمة بموجب مقتضيات الفصل 133 من دستور يوليو 2011 صلاحية البت في دفوعات المتقاضين بعدم دستورية قانون تبين للقضاء أن من شأن تطبيقه في النزاع المساس بالحقوق والحريات الدستورية.

ويعتبر مبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين آلية جديدة للرقابة البعدية[1] على القوانين في منظومتنا القانونية والقضائية، إذ سيصبح بإمكان كل من له الصفة الدفع بأن القانون الذي سيطبق عليه في النزاع المعروض أمام المحكمة يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبذلك فحق إحالة القوانين غير الدستورية على المحكمة الدستورية لم يعد قاصرا على الطبقة السياسية، بل أصبح من حق المتقاضين أيضا من خلال مسطرة الدفع بعدم الدستورية، مما يشكل ثورة حقوقية وخطوة حاسمة في النظام الدستوري المغربي.

وتنص الفقرة الثانية من الفصل 133 من الدستور على ضرورة تأطير آلية الدفع بعدم دستورية قانون، بموجب قانون تنظيمي يحدد شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل، وفي هذا السياق، وتطبيقا للمادة 28 من القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية، أعدت الحكومة مشروع قانون تنظيمي يحدد شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل133 من الدستور يوجد حاليا في طور المناقشة البرلمانية.

ويطرح تنزيل الفصل 133 من الدستور جملة من التساؤلات والإشكاليات تتمحور حول إشكالية مركزية، تتمثل في كيفية التوفيق بين الغاية من إحداث آلية "الدفع بعدم الدستورية" والمتمثلة في صيانة الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور للجميع، وبين ضرورة الحفاظ على نظام قضائي فعال قادر على الحد من تعسف بعض المتقاضين في استعمال الحق، وقادر أيضا على ضمان صدور الأحكام في "أجل معقول"، وهو مبدأ مقرر بدوره في الدستور[2].

ومن أبرز الإشكاليات المثارة في هذا الصدد تلك المرتبطة بمسطرة تقديم الدفع بعدم دستورية القوانين، وأخرى تهم نظام تصفية الطلبات، إضافة لإشكالات متعلقة بالآثار المترتبة عن قرار المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية.

---

[1]- أضاف دستور2011 اختصاصا لم يكن مألوفا في الدساتير المغربية منذ دستور 1962 إلى غاية دستور 1996 ويتعلق الأمر باختصاص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون وهي رقابة بعدية تتم بعد إصدار الأمر بتنفيذ القانون، أما الرقابة القبلية فهي تكون إما إجبارية أو اختيارية، فالرقابة الإجبارية تخص القوانين التنظيمية والأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين قبل إصدار الأمر بتنفيذها، أما الرقابة الاختيارية فهي تشمل القانون العادي والاتفاقيات الدولية بصفة قبلية.

2- الفصل 120 من دستور2011 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3600.

وسيتم التركيز خلال هذه الدراسة على الإشكال المرتبط بنظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية، بالنظر لأهميته في تخفيف العبء على المحكمة الدستورية بإحالة الطلبات الجدية وتفادي إحالة الطلبات الكيدية التي من شأنها إفراغ نظام الدفع بعدم الدستورية من مضمونه؛

وعليه سنتعرض لخيارات التصفية الممكن اعتمادها من قبل المشرع المغربي، علما أن لكل خيار إيجابياته وسلبياته، كما سنتطرق لنظام التصفية في ظل مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور[1]، لنختم بتصور حول مدى نجاح خيار التصفية أمام محكمة النقض بالمغرب الذي اعتمده المشروع المذكور أعلاه.

المبحث الأول :الخيارات المطروحة بالنسبة لنظام تصفية طلبات الدفوع بعدم الدستورية

يستشف من قراءة مقتضيات الفصل 133 من الدستور[2] استبعاد هذا الفصل بوضوح خيار الطعن المباشر أمام المحكمة الدستورية[3]، فهذا الطعن يتعين أن يمر وجوبا عن طريق المحاكم العادية والمتخصصة، كما هو الشأن في أغلب الأنظمة الدستورية المقارنة (إسبانيا، فرنسا...) ، ليبقى السؤال المطروح هل تحيل محاكم الموضوع الدفع بعدم الدستورية، مباشرة إلى المحكمة الدستورية، أم لابد من وضع وسيلة للتصفية قبل عرض الأمر على القضاء الدستوري؟

يمكن التمييز في هذا السياق بين عدة خيارات:

المطلب الأول: خيار إحالة الدفع بعدم الدستورية من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية

يخول هذا النظام للمحكمة التي أثير الدفع بعدم الدستورية أمامها بأن تتأكد من جديته، وتوقف الدعوى الموضوعية، وتحيله في حال ثبوت جديته إلى المحكمة الدستورية، وهو النظام المعمول به بإسبانيا[4] وألمانيا[5]،والمنصوص عليه في مشروع القانون الأساسي للمحكمة الدستورية بتونس[6].

1- يراجع مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور الدفع بعدم دستورية قانون الذي تمت إحالته على لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس النواب يوم الثلاثاء 12 يوليوز 2016 .www.chambredesrepresentants.ma/ar

2- ينص الفصل 133 من الدستور على أنه "تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"

3- يتجسد خيار الطعن المباشر في امكانية قيام كل ذي مصلحة من رفع دعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية للطعن في عدم دستورية القوانين والنصوص والأحكام النهائية، وهو النظام المعمول به بالسودان، ويتميز هذا النظام بسهولة ولوج المتقاضين إلى القضاء الدستوري، كما أن سهولة هذه المسطرة ستمكن المتقاضين ومهنيي العدالة من التملك السهل للمسار المسطري للدفع بعدم الدستورية، كما يضمن لهم حقهم في استماع القاضي الدستوري إليهم في موضوع الدفع.

غير أن هذا النظام يحمل بالمقابل مخاطر ترتبط بالشطط في إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل محامي الأطراف في النزاع، مما يؤدي للرفع من عدد الدفوعات بعدم الدستورية المثارة، وبالتالي إلى خلق اكتظاظ على مستوى لجنة فحص القبول بالمحكمة الدستورية.

4- المادة35 فقرة 2 من القانون التنظيمي رقم 2/1979 المتعلق بالمحكمة الدستورية الاسبانية بتاريخ 3 أكتوبر 1979.

1. »Lorsqu'un juge ou un tribunal, d'office ou à la demande d'une partie, considérera qu'une norme ayant rang de loi applicable au cas et la validité de laquelle dépendrait la décision peut être contraire à la Constitution, il posera la question au Tribunal Constitutionnel, conformément à ce qui est stipulé dans cette loi«

أنظر كذلك دستور إسبانيا الصادر سنة 1978 شاملا للتعديلات إلى غاية سنة 2011: " يمكن سلوك مسطرة الدفع بعدم الدستورية، إما من طرف المحكمة بشكل تلقائي، أو بطلب من الأطراف في أي مرحلة من مراحل التقاضي".

5- تنص المادة 93 من دستور ألمانيا الصادر سنة 1949 والمعدل إلى غاية سنة 2012، على ما يلي: " أ. يجوز لأي شخص أن يرفع الشكاوى الدستورية إلى المحكمة بدعوى أن السلطات العامة قد انتهكت أحد حقوقه الأساسية، أو أحد حقوقه الواردة في بعض مواد الدستور.

- من واجب كل محكمة ألمانية النظر فيما يسمى "دعوى محددة للرقابة" ورفعها للمحكمة الدستورية إذا ما وجدت تعارضا بين قانون ما وبين أحكام الدستور".

6- تنص المادة 56 من مشروع قانون أساسي عدد 48/2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية، على ما يلي: " على المحاكم عند الدفع أمامها بعدم دستورية القوانين إحالة المسألة فورا إلى المحكمة الدستورية، ولا يجوز الطعن في قرار الإحالة بأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب".

الفرع الأول: مزايا هذا الخيار:

- إن العمل بنظام إحالة الدفوعات من محاكم الموضوع إلى المحكمة الدستورية مباشرة، ينسجم وقراءة الفصل 133 من الدستور، على اعتبار أن المحكمة الدستورية هي صاحبة الاختصاص الأصيل للبت في الدفع بعدم دستورية القوانين؛
- عدم اعتماد هذا الخيار لآلية خارجية للتصفية (محكمة النقض)، يساهم في تسريع الإجراءات، وعدم بطء المسطرة أمام محاكم الموضوع، وينسجم والمبدأ الدستوري المتعلق بصدور الأحكام في أجل معقول المنصوص عليه في الفصل 120 من الدستور؛
- يسمح هذا الخيار بإمكانية الطعن بالاستئناف في حالة رفض الدفع بعدم الدستورية إلى جانب الدعوى الأصلية، وذلك تكريسا لمبدأ المحاكمة العادلة والتقاضي على درجتين.

الفرع الثاني : عيوب هذا الخيار:

يمكن لهذا الخيار أن يؤدي إلى كثرة تدفق الملفات المحالة من المحاكم إلى المحكمة الدستورية، خاصة في حالة تعسف بعض المتقاضين في استعمال حق الدفع بعدم الدستورية، مما قد يترتب عنه "اختناق" المحكمة الدستورية، علما أن هذه الأخيرة تتسم بمحدودية أعضائها وتشكيلها من هيئة واحدة، فضلا عن ممارستها لمهام أخرى كالبت في الطعون الانتخابية لمجلسي البرلمان.

المطلب الثاني :خيار إصدار محكمة الموضوع لمقرر يعطي لمثير الدفع مهلة لتقديم الطلب أمام المحكمة الدستورية

يقتضي هذا الخيار أن يقدم الدفع أمام محكمة الموضوع ولها أن تقدر جدية الطلب، وإذا تبين لها أنه كذلك، توقف الدعوى الموضوعية، وتصدر مقررا يعطي لمثير الدفع مهلة لتقديم الطلب أمام المحكمة الدستورية، فإن لم يقدم دعواه خلال تلك المهلة اعتبرت دفعه عديم الأثر، وواصلت البت في القضية، ومن الدول التي اعتمدت هذا الخيار مصر[1]، البحرين[2].

الفرع الأول: مزايا هذا الخيار:

- يسمح هذا الخيار لمثير الدفع بتقديم الطلب أمام المحكمة الدستورية مباشرة داخل المهلة المحددة من قبل محكمة الموضوع، بعد تأكد هذه الأخيرة من جديته، وهو ما يمكنه من الاطلاع عن الإجراءات المسطرية المرتبطة بالدفع وتتبعها عن كثب؛
- عدم تنصيص هذا الخيار على آلية خارجية للتصفية أمام محكمة النقض يساهم في تسريع الإجراءات، وعدم بطء المسطرة أمام محاكم الموضوع؛
- ينسجم هذا الخيار والمبدأ الدستوري المتعلق بصدور الأحكام في أجل معقول طبقا للفصل 120 من الدستور.

1- تنص المادة 29 من القانون رقم 48 سنة 1979 بشأن المحكمة الدستورية العليا المعدل بالقانون رقم 168 لسنة 1998 على ما يلي: " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه الآتي:

ب) إذا دفع الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن".

2- تنص المادة 18 من مرسوم بقانون رقم 27 لسنة 2002 المتعلق بالمحكمة الدستورية على ما يلي:" ترفع المنازعات الخاصة بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

أ - .....

ب-.....

ج- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت هذه المحكمة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يتجاوز شهرا واحدا لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن ".

الفرع الثاني: عيوب هذا الخيار:

- يساهم هذا الخيار في إثقال كاهل مثير الدفع بأعباء إضافية هو في غنى عنها،إذ أنه بعد إثارته للدفع وتأكد محكمة الموضوع من جدية هذا الأخير، يكون مثير الدفع مطالب بتقديم طلب جديد أمام المحكمة الدستورية مع ما يستتبع ذلك من كلفة مالية ومؤازرة المحامي؛

- في حالة عدم تقديم مثير الدفع الطلب أمام المحكمة الدستورية داخل المهلة المحددة، تعتبر المحكمة دفعه عديم الأثر رغم تحققها من جديته، مما يسمح بتطبيق المقتضى التشريعي غير الدستوري على الدعوى الموضوعية المعروضة أمام القضاء، وهو أمر يتنافى مع المنطق وروح الدستور، ويمس بمبدأ المحاكمة العادلة.

المطلب الثالث : خيار إحالة الدفع بعدم الدستورية من محكمة النقض إلى المحكمة الدستورية

يقتضي هذا الخيار تخويل محكمة الموضوع التي أثير أمامها الدفع أن تتأكد من جديته، وفي حالة تأكدها من ذلك توقف الدعوى الموضوعية وتحيل الدفع إلى محكمة النقض، وبعد تأكد هذه الأخيرة من جديته تحيله مباشرة إلى المحكمة الدستورية التي تبت في دستورية المقتضى القانوني المطعون فيه. ومن الدول التي عملت بهذا الخيار نجد النظامين الأردني[1] و الفرنسي [2]، حيث تم التنصيص على آلية التصفية في دستوريهما، وتم تنظيم مسطرة التصفية أمام محكمة النقض في قوانينهما التنظيمية.

فما هي مزايا هذا الخيار وماذا عن عيوبه؟

الفرع الأول :مزايا هذا الخيار

- طبق النموذج الفرنسي هذا الخيار في إطار سؤال الأولوية الدستورية، وعرف نجاحا منقطع النظير[3] ، فبعد ستة عشر شهرا من تطبيق هذا النظام، تم وضع 2500 سؤال للدستورية أمام قضاة الدرجة الابتدائية والاستئنافية، وأحيل حوالي 200 سؤال إلى المجلس الدستوري فأصدر بشأنها 135 قرارا، وأصبح يصدر اليوم 200 قرارا، وعدد الأسئلة الرائجة في ارتفاع مستمر، مما يشجع على سلوك هذه المسطرة؛

- من إيجابيات هذا النظام أنه يضبط تدفقات الدفوعات بعدم الدستورية المثارة أمام محاكم الموضوع إلى المحكمة الدستورية، وذلك عبر أعلى جهة قضائية وهي محكمة النقض، مما يساهم في ضبط الولوج إلى القضاء الدستوري؛
- إن إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى محكمة النقض باعتبارها الهيئة القضائية العليا بالنسبة للمحاكم العادية والمتخصصة، من شأنه عقلنة الدفع بعدم الدستورية، وتلافي إغراق المحكمة الدستورية فلا تحال إليها إلا الملفات الجدية؛

1- ينص البند ج-1-من المادة 11 من قانون المحكمة الدستورية الأردنية لسنة 2012 على ما يلي:"... ج-1- مع مراعاة أحكام الفقرة (د) من هذه المادة، إذا وجدت المحكمة الناظرة للدعوى أن القانون أو النظام الذي أثير الدفع بعدم دستوريته واجب التطبيق على موضوع الدعوى وأن الدفع بعدم الدستورية جدي توقف النظر في الدعوى وتحيل الدفع الى محكمة التمييز لغايات البت في أمر إحالته إلى المحكمة، ويكون قرار المحكمة الناظرة للدعوى بعدم الإحالة قابلا للطعن مع موضوع الدعوى".

12- ينص الفصل 61-1 من الدستور الفرنسي على أنه:" " إذا ثبت أثناء النظر في دعوى أمام جهة قضائية أن نصا تشريعيا معينا ينتهك أي من الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، يمكن للمجلس الدستوري الفصل في هذه المسألة، بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض خلال أجل محدد. ويحدد قانون تنظيمي شروط تطبيق هذه المادة."

- تنص الفقرة 2 من الفصل 19 من الدستور الأردني، على ما يلي: "...2 - في الدعوى المنظورة أمام المحاكم يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جدي تحيله إلى المحكمة التي يحددها القانون لغايات البت في أمر إحالته إلى المحكمة الدستورية".

- تنص الفقرة الأولى من المادة 11من قانون المحكمة الدستورية الأردنية لسنة 2012 على أنه:".. .إذا وجدت المحكمة الناظرة للدعوى أن القانون أو النظام الذي أثير الدفع بعدم دستوريته واجب التطبيق على موضوع الدعوى وأن الدفع بعدم الدستورية جدي توقف النظر في الدعوى وتحيل الدفع الى محكمة التمييز لغايات البت في أمر إحالته الى المحكمة الدستورية".

3- عبد العالي هب الريح، عدم الدستورية بين الدعوى الأصلية والدفع الفرعي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في الدراسات الدستورية والسياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 92-93.

- أوضحت Jacqueline de Guillenchmidt [1] وهي أحد أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي، أن نظام التصفية يعتبر نموذجا مهما لحوار القضاة، ومن شأنه تطوير انسجام التأويل بخصوص الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، على أساس أن يبلغ المجلس الدستوري بالملفات غير المحالة إليه من أجل مراقبته لمبررات عدم الإحالة.

الفرع الثاني :عيوب هذا الخيار

- تعرضت محكمة النقض بالمغرب منذ إنشائها لانتقادات عديدة متعلقة بالتضارب الكبير الذي تعرفه قراراتها، والتي تعكس توجهات قضائية مختلفة في أمور متشابهة، بحيث تبدو معها عاجزة عن ترسيخ توجه قضائي موحد ومتواتر، خاصة أن وظيفة محكمة النقض في توحيد الاجتهاد القضائي[2] عرفت نوعا من التعثر لتعدد الغرف ولتعدد الهيئات القضائية المتعاقبة على الغرفة الواحدة، ولتدفق سيل القضايا عليها، مع تعذر تتبع ما يصدر عنها من قرارات، وتناقض المواقف المتخذة أحيانا من قبل غرفتين، وهي عوامل إلى جانب عوامل مادية وبشرية، اعترضت سير محكمة النقض في أداء رسالتها لتأمين توحيد الاجتهاد القضائي وتقوية الأمن القانوني، ولا يخفى أن إضافة اختصاص تصفية طلبات الدفع المحالة إليها من محاكم الموضوع سيسهم في تفاقم الوضع وإرباك سير عمل محكمة النقض، مع ما يمكن أن ينجم عن التضارب في قراراتها بالإحالة أو عدمها إلى المحكمة الدستورية من مساس بالحقوق والحريات التي ينص عليها الدستور؛
- إن القضايا المرتبطة بالدفع بعدم دستورية القوانين تتطلب سرعة البت، مما سيفرض على محكمة النقض أن تخصه بأولوية على حساب الكم الهائل من القضايا المعروضة عليها، الأمر الذي سيؤدي إلى تعقيد المسطرة القضائية وإطالة أمدها مما سيؤثر على حقوق المتقاضين بسبب البطء في تصريف القضايا؛
- إن الأخذ بنظام التصفية عن طريق محكمة النقض كأعلى هيئة قضائية بالمغرب سيفرض حوارا بينها وبين المحكمة الدستورية وتعاونا متبادلا لضمان الاشتغال الجيد لهذه الأخيرة ولتحقيق التوازنات، غير أن ما يخشى منه هو حدوث تعارض في المواقف بينهما في بعض الأحيان، وهو ما حصل بالفعل في بعض التجارب المقارنة كالتجربة الفرنسية والإيطالية[3]؛

- بالرجوع للنظام الفرنسي يلاحظ أن هذه التجربة أبانت عن تضارب الاجتهاد القضائي بين مجلس الدولة ومحكمة النقض حول إحالة أو عدم إحالة ملفات الدفع إلى المجلس الدستوري، لذا فإنه يخشى أن يقع نفس الأمر بين الغرفة الإدارية وباقي غرف محكمة النقض بالمغرب؛

- تساءل Nicolas Zinamsgnouv [4] حول مدى اعتبار نظام تصفية المسائل الدستورية ذات الأولوية كابحا لتطور الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري في موضوع الحقوق والحريات، الشيء الذي أدى بالمؤسسة البرلمانية إلى اقتراح إلغاء معيار جدية الدفع من الشروط المتطلبة من أجل إحالة المسألة الدستورية إلى المجلس الدستوري، وإمكانية إيجاد صيغة لإعادة النظر في القرارات القاضية برفض الإحالة الصادرة عن المجالس العليا؛

- إن نظام التصفية يمكن أن يخل بالإصلاح الدستوري المنشود، وذلك من خلال تحكم محكمة النقض في تدفق الدفوع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية، وتحول القضاة العاديين إلى قضاة دستوريين ابتدائيين، وقضاة ممارسين لنوع من الرقابة الدستورية القبلية من خلال تقديرهم لجدية الدفع:

---

1 - محمد أتركين ، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2013، ص 55.

2- نورة غزلان الشنيوي، التنظيم القضائي للملكة، دراسة من صميم الإصلاح الشامل للقضاء المغربي، مطبعة الورود، طبعة 2013 ص 189و190 - من أبرز أمثلة عدم توحيد اجتهاد محكمة النقض حسب نورة غزلان الشنيوي:

-مفهوم وثائق الناقلة والنقل بعوض في قانون التأمين؛ -مفهوم النظام العام المغربي في القانون الدولي الخاص؛ -مفهوم الأمي في قانون الالتزامات والعقود.

3- محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، مطبعة النجاح الجديدة الدارالبيضاء، طبعة 2013، ص 121.

4- محمد أتركين ، ، مرجع سابق، ص 146.

- طبقت المجالس العليا في كل من ألمانيا والنمسا نظام التصفية بشكل سيء، مما أدى بالمشرع إلى إلغاء هذا النظام، بحيث لم يعمر طويلا في ألمانيا التي طبقته ما بين 1951 و 1956، وتعتبر فرنسا هي الدولة الوحيدة بأوروبا التي تكون فيها الإحالة بشكل بعدي على القضاء الدستوري عن طريق نظام التصفية؛

- -إن نظام التصفية المقترح يتسم بالثقل ويؤسس محطات وسيطة بين المتقاضين والقضاء الدستوري، كما أن آجال المسطرة قد تؤثر على القضايا الرائجة التي أثير الدفع بعدم الدستورية في إطارها، مما ينجم عنه صعوبة في ولوج المتقاضين إلى القضاء الدستوري؛

- إن نظام التصفية أمام محكمة النقض يحول دون تحقيق النجاعة القضائية والسرعة في البت، ومن شأنه أن يساهم في بطء المسطرة أمام محاكم الموضوع، حيث تطول المسطرة بين إحالة الدفع من محكمة الموضوع إلى محكمة النقض مع ما يستغرقه ذلك من وقت يؤثر لا محالة على إحقاق الحقوق؛

- تقوم محكمة الموضوع عند تقدير جدية الدفع بإجراء فحص مختصر للدفع، في حين أن مجلس الدولة ومحكمة النقض يتمتعان بسلطات أكبر في هذا الخصوص لدرجة أثارت التخوف لدى البعض من أن يقوما بالفصل فعليا في دستورية القوانين قبل وصولها للمجلس الدستوري؛

- من سلبيات هذا النظام حظر سلطة الدفع التلقائي لقاضي الموضوع، مما ينفي عن الدفع بعدم الدستورية صفة النظام العام التي تميزه في معظم نظم الرقابة القضائية على دستورية القوانين، الشيء الذي يلقي بتبعة حماية أحكام الدستور المتعلقة بالحقوق والحريات على عاتق المتقاضين وحدهم، وهي مهمة صعبة في نظام قانوني لم يعتد فيه المتقاضون والمحامون على آليات الرقابة القضائية على دستورية القوانين، كما أن قاضي الموضوع في إطار مراقبته للدفع لا يتوفر حتى على حق إجراء تصحيح ولو طفيف ذو طابع مادي، مما يجعله غير راض على إحالة الدفع على حالته للمجلس الدستوري؛

- في حالة عدم إحالة محكمة النقض للدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية، فإنه يخشى أن تحل محكمة النقض محل المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، من خلال توجيه المحاكم الخاضعة لرقابتها إلى تطبيق القوانين بالصورة التي تبدو لها أقرب إلى أحكام الدستور، متجاوزة بذلك المحكمة الدستورية.

- قد تميل محكمة النقض إلى رفض الدفع فتتحول إلى محكمة دستورية وتتحول المحكمة الدستورية إلى محكمة تنتظر ما تتفضل محكمة النقض بإحالته عليها ، فتصبح محكمة النقض هي المحكمة العادية في فحص الدستورية والمحكمة الدستورية محكمة تفحص الدستورية بشكل استثنائي[1] .

- القرارات الصادرة عن مجلس الدولة أو محكمة النقض بعدم إحالة المسألة الأولية الدستورية(QPC)غير قابلة لأي طعن، وبذلك لا يمكن للمجلس الدستوري تقدير أو مراقبة التصفية الشيء الذي سيجعل دوره سلبيا في مجال مراقبة دستورية القوانين.

المبحث الثاني: نظام التصفية في ظل مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون

إذا كان الفصل 133 من دستور يوليو 2011 لم ينص على إمكانية إحالة محكمة الموضوع للدفع إلى محكمة النقض كجهة للتصفية للنظر في إحالته إلى المحكمة الدستورية خلافا لما ذهب إليه المشرع الدستوري الفرنسي والأردني، فإن مشروع القانون

1 -voir : Agnès ROBLOT-TROIZIER - Professeur à l'Université d'Évry-Val d'Essonne, Centre Léon Duguit Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC) - juin 2013 Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 40 http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil- constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-40/la-qpc-le-conseil-d-etat-et-la-cour-de-cassation.137429.html

التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون[1]أقر نظاما للتصفية يمكن رصد أهم معالمه من خلال المواد 5،6 ،10و 11، وهي كالآتي:

تنص المادة 5 على أنه:" يجب، تحت طائلة عدم القبول من قبل المحكمة المعروض عليها النزاع، إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية، مع مراعاة الشروط التالية:

- أن تكون مذكرة الدفع مقدمة بصفة مستقلة؛
- أن تكون موقعة من قبل الطرف المعني أو من قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة؛
- أن يكون الرسم القضائي، الذي يحدد مبلغه وفق التشريع الجاري به العمل، قد تم أداؤه عنها؛
- أن تتضمن المقتضى التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية، الذي يعتبره صاحب الدفع أنه يمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور؛
- أن تتضمن بيانا لأوجه الخرق أو الانتهاك أو الحرمان من الحق أو الحرية المذكورة في البند أعلاه ؛
- أن يكون القانون موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه من لدن المحكمة في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة، حسب الحالة ؛
- ألا يكون قد سبق البت بمطابقة القانون محل الدفع للدستور، ما لم تتغير الأسس التي تم بناء عليها البت المذكور.

وتقضي المادة 6 بأنه: "يجب على المحكمة أن تتأكد من استيفاء الدفع بعدم دستورية قانون، المثار أمامها، للشروط المشار إليها في المادة 5 أعلاه داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إثارته أمامها.

يكون مقررها بعدم القبول غير قابل للطعن، ويجوز إثارة نفس الدفع من جديد أمام المحاكم الأعلى درجة.

إذا تحققت المحكمة من استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه، وجب عليها إحالة مذكرة الدفع إلى محكمة النقض داخل أجل لا يتعدى ثمانية أيام من تاريخ إيداعها.

وفي حالة ما إذا تبين للمحكمة عدم استيفاء الدفع للشروط المذكورة، فإنها تبلغ مقررها القاضي بعدم قبول الدفع فورا للأطراف."

أما المادة 10 فتنص على إحالة الدفع بعدم دستورية قانون، المثار أمام محكمة أول درجة أو محكمة ثاني درجة، حسب الحالة، إلى الرئيس الأول لمحكمة النقض طبقا لأحكام المادة 6 أعلاه، وعلى إشعار الوكيل العام للملك لدى هذه المحكمة فورا بالإحالة المذكورة.

غير أنه إذا أثير الدفع بعدم دستورية قانون أمام محكمة النقض لأول مرة بمناسبة قضية معروضة أمامها، فإن المحكمة المذكورة تبت في الدفع مباشرة، وذلك وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 11 بعده، ولا يمكنها إثارته تلقائيا."

وتنص المادة 11على أنه:" تتحقق الهيئة التي يعينها الرئيس الأول لمحكمة النقض من استيفاء الدفع بعدم دستورية قانون للشروط المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه، كما تتأكد من طابع الجدية فيه.

تبت هذه الهيئة، بمقرر معلل، داخل أجل 3 أشهر ابتداء من تاريخ الإحالة المنصوص عليها في المادة السادسة أعلاه، وتحيل الدفع إلى المحكمة الدستورية.

1 - مشروع القانون التنظيمي رقم 68.15 يوجد في طور المناقشة على مستوى لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس النواب والذي تمت إحالته على اللجنة المذكورة بتاريخ 12 يوليو 2016 كما سبقت الإشارة لذلك.

يحال مقرر محكمة النقض، في هذه الحالة، إلى المحكمة الدستورية مرفقا بمذكرات ومستنتجات الأطراف، كما يبلغ إلى المحكمة التي أثير أمامها الدفع.

يوجه مقرر محكمة النقض برد الدفع بعدم دستورية قانون، فورا، إلى المحكمة الدستورية وإلى المحكمة التي أثير أمامها الدفع.

وبقراءة متأنية للمواد السالفة الذكر، يلاحظ أن الفقرة الأولى من المادة 11 من المشروع أسندت مراقبة جدية الدفع لمحكمة النقض مستبعدة بذلك محكمة الموضوع من مراقبة الجدية وهو توجه غير سليم، من جهة لأن مراقبة الجدية من لدن محكمة الموضوع من شأنه تيسير عمل محكمة النقض عند مراقبتها للجدية مما قد يقلص من أجل نظر محكمة النقض في الدفع، الشيء الذي سينعكس بالإيجاب على حقوق المتقاضين، ومن جهة أخرى لمخالفة هذا التوجه للمادة 23-2 وللمادة 23 -4 من القانون الفرنسي[1] الذي جعل مراقبة جدية الدفع من اختصاص محاكم الموضوع والمحاكم العليا(محكمة النقض ومجلس الدولة).

والملاحظ أيضا أن المشروع لم يحدد معايير مضبوطة لجدية الدفع وهو نفس التوجه الذي سارت عليه معظم التجارب المقارنة كالنظام الفرنسي والمصري والفلسطيني التي لم تضع معيارا حاسما حول جدية الدفع، وتركت الأمر بذلك لمحكمة الموضوع تفصل فيه بحكم يجوز أن يكون محلا للطعن استقلالا أمام المحكمة الأعلى، غير أن فقه القانون الدستوري[2] تكفل ببيان ذلك موضحا أن جدية الدفع بعدم الدستورية يقصد بها أمران:

الأول: أن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازما للفصل في الدعوى الموضوعية؛

الثاني: ضرورة قيام شك حول دستورية النصوص المدفوع بعدم دستوريتها، بمعنى أن مدى مطابقة تلك النصوص للدستور تحتمل اختلافات في وجهات النظر، وذلك لاستبعاد الدفوع التي ترمي إلى التسويف وإطالة أمد النزاع، ولعدم إثقال كاهل المحكمة الدستورية بدفوع لا طائل من ورائها.

كما اعتبر بعض الفقه[3] أنه يستفاد من معنى الجدية أنها تنتهي إلى استبعاد الدفوع الكيدية الواضحة والتي لا يقصد منها غير تعطيل الدعوى، وكذلك الدفوع غير المؤثرة في الفصل في الدعوى، كأن يتعلق الدفع بنص لا ينطبق على الواقعة محل النزاع حتى وإن ورد في ذات القانون.

المبحث الثالث :مدى نجاح خيار التصفية أمام محكمة النقض بالمغرب

مما لاشك فيه أن توجه مشروع القانون التنظيمي رقم 68.15 إلى اعتماد أو إقرار نظام للتصفية على مستوى محكمة النقض يحمل في طياته العديد من الإيجابيات، كما أن له سلبياته التي قد تعصف بهذا الحق الدستوري الجديد، وإذا كنا نميل إلى إسناد تصفية الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية دون غيرها بإحداث غرفة للتصفية بالمحكمة الدستورية لا يشارك قضاتها فيما

---

1 - القانون التنظيمي رقم 1523- 2009 بتاريخ 10 ديسمبر 2009 المتعلق بتطبيق الفصل 61-1 من الدستور الفرنسي.

-تنص المادة 23-2 من القانون التنظيمي رقم 1523- 2009 على أنه:"تبت المحكمة دون أجل، وبقرار معلل حول المسألة الدستورية ذات الأولية ، وتصدر عنها هذه الإحالة إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض إذا تم استيفاء الشروط التالية:

1- أن المقتضى المطعون فيه يطبق على النزاع، أو على المسطرة أو يشكل أساس المتابعات؛

2- ألا يكون قد سبق للمجلس الدستوري، وباستثناء حالة تغير الظروف، أن أعلن في حيثيات قراره ومنطوقه بمطابقة المقتضى المعني للدستور؛

3- أن المسألة غير مجردة من الطابع الجدي.

....."

- تنص المادة 23-4 من القانون التنظيمي رقم 1523- 2009 على بت مجلس الدولة أو محكمة النقض في إحالة المسألة الدستورية ذات الأولية على المجلس الدستوري داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ التوصل بالإحالة المنصوص عليها في المادة 23-2 أو الفقرة الأخيرة من المادة 23-1. تتم هذه الاحالة حين يتم استيفاء الشروط المنصوص عليها في الفقرتين 1 و 2 إضافة إلى كون المسألة إما جديدة أو ذات طابع جدي.

2- رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين-دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص 126

3- عزيزة الشريف " دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص 177.

بعد في البت في الدفع بعد إحالته إليها من لدن محكمة الموضوع التي تقدر الجدية بإجراء فحص مختصر لهذا الدفع[1]،فإنه يبدو في تقديرنا أن الظروف الموضوعية لم تنضج بعد لتحقيق هذا المبتغى بالنظر لحداثة تأسيس المحكمة الدستورية بالمغرب، ولغياب ممارسة قضائية سابقة في مجال الدفع بعدم الدستورية، لذا يستحسن إسناد عملية التصفية في هذه المرحلة التأسيسية-كما ذهب إلى ذلك المشروع – إلى محكمة النقض، لكن مع مراعاة جملة من المعطيات يمكن إجمالها في الآتي:

- يجب الأخذ بعين الاعتبار حجم وعدد القضايا المرتبطة بالدفع التي قد تحال على قضاء الموضوع ، وهو ما يقتضي توفير كافة الآليات لمواجهة ذلك، سواء من حيث العنصر البشري أو اللوجستيكي، كما أنه يستحسن إرساء آلية للتواصل بين محكمة النقض والقضاء الدستوري في إطار ما يسمى بحوار القضاة، حتى نكون في مستوى الانتظارات والتطلعات الرامية إلى حماية الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور عبر آلية الدفع بعدم الدستورية.
- إن نجاح نظام التصفية مرتبط بعدم تخويل محكمة النقض صلاحية تأويل الدستور، وينبغي أن يقتصر دورها على تطبيق الاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية المتعلق بوجود سابقة تتعلق بالمطابقة للدستور، وإذا ما ظهر هناك شك لدى محكمة النقض، فإن عليها أن تحيل المسألة إلى المجلس الدستوري؛
- يستحسن تفادي العمل بنظام الهيئة الواحدة المنصوص عليه في المادة11 من المشروع كآلية للتحقق من شروط الدفع بعدم دستورية قانون، والذي أثبتت التجربة فشله على مستوى القانون الفرنسي، حيث أوضح بعض الفقه 2 أنه تم تعديل القانون التنظيمي المنظم للمسألة الدستورية الأولوية بتاريخ 10 دجنبر 2009، وذلك بإلغاء الغرفة الخاصة التي تم إحداثها بمحكمة النقض والمختصة بإحالة المسألة الدستورية إلى المجلس الدستوري، والتي ساهمت في عرقلة إحالة المسألة الدستورية إلى المجلس الدستوري لتحل محلها الغرف العادية بمحكمة النقض.

خاتمة:

إذا كان لجوء المواطنين إلى القضاء الدستوري عن طريق تقنية الدفع قد أصبح حقا معترفا به في غالبية الدول، فإن اعتماد المشرع الدستوري المغربي للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال منح الأفراد الحق في ممارسة هذا الدفع، يشكل نقلة نوعية لتحقيق "عدالة دستورية مواطنة"،يكون فيها المواطن في قلب معادلة تحصين حقوقه وحرياته، بما يترتب عن ذلك من إشاعة ثقافة مجتمعية تتفاعل مع القضاء الدستوري بشكل إيجابي، وأيضا تكرس وعي المواطن بحقوقه والتزاماته ولما لذلك من أثر إيجابي في تكريس الأمن القانوني للدولة الذي يحمل في طياته أبعادا تنموية على سائر المستويات.

غير أن الحماية المنشودة للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، كمهمة أساسية للمحكمة الدستورية ترتبط بوجود نظام فعال لتصفية الطلبات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية يسعى لتحقيقه

مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، الذي وضع نظاما للتصفية من خلال محكمة النقض، وهو توجه محمود قد يسهم في التخفيف من عدد الطلبات الكيدية المحالة على المحكمة الدستورية، إلا أنه يخشى أن يتحول نظام التصفية أمام محكمة النقض إلى ممارسة هذه الأخيرة لمراقبة قبلية لدستورية القوانين، مما يشكل تدخلا في اختصاصات المحكمة الدستورية بصفتها صاحبة الاختصاص الأصيل للبت في الدفع بعدم دستورية القوانين طبقا للفصل 133 من الدستور، كما يخشى أن يتحول قاضي الموضوع إلى قاضي دستوري سلبي خصوصا في حالة تعطيله لعملية إحالة الدفوعات إلى المحكمة الدستورية بشكل مستمر،خاصة إذا علمنا أن القرارات الصادرة عن محكمة النقض برفض إحالة الدفع غير قابلة لأي طعن، مما يحول دون تقدير أو مراقبة التصفية من لدن المحكمة الدستورية.

1- يفضل الأستاذ دومينيك روسو إحداث غرفة للتصفية بالمحكمة الدستورية لكن قضاتها لا يجب أن يشاركوا فيما بعد في البت في الدفع.

Séminaire International sur la Cour Constitutionnelle CNDH - Rabat le 15-16 Octobre 2012

2 - Olivier Duhamel, Q P C la question prioritaire de constitutionnalité, Editions DALLOZ, 2011, p 53-56.

لذا يستحسن إيجاد صيغة لإعادة النظر في القرارات القاضية برفض الإحالة الصادرة عن محكمة النقض بإرساء آلية للحوار البناء والمثمر بين محكمة النقض والمحكمة الدستورية لتجاوز مختلف الصعوبات المرتبطة بالتصفية تحقيقا للعدالة الدستورية التي توخاها المشرع الدستوري المغربي من إحداث آلية الدفع بعدم دستورية قانون.

صعوبات المقاولة ودور القضاء في معالجتها

محمد بنسعيد

باحث بسلك الدكتوراه "القانون الخاص"

جامعة محمد الخامس – الرباط

كلّية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال – الرباط

" إن القضاء لم يصبح فقط أساسا لطمأنينة الرعية والمجتمع، بل أصبح أمرا ضروريا للنّماء، ولا يمكن للمغرب أن يفتح أبوابه للمال الأجنبي إذا لم يكن ذلك المال عارفا أنّه في مأمن من الشطط أو سوء الفهم" [1]

مقدمة :

إذا كان من الثابت أن استمرارية المقاولة شكلت إحدى أبرز هواجس المشرع المغربي عندما اعتمد نظام صعوبات المقاولة، الذي أضفى على الجهاز القضائي طابعا مميّزا جعله يتجاوز مهمّته التقليدية المتمثلة في الفصل في المنازعات، إلى لعب دور محوري في التنمية الاقتصادية والاجتماعية. فإنه من الثابت أيضا، أن هذه الاستمرارية تحقّق مصالح متعدّدة في آن واحد، مصلحة المقاولة في البقاء في ملكية صاحبها، مصلحة العمّال في الحفاظ على مناصبهم ومصلحة الدائنين المزدوجة المتجلّية في استيفاء ديونهم والحفاظ على مواردهم المالية[2]. وتشكل المقتضيات القانونية المتعلقة بالتسوية القضائية المرآة التي تعكس فلسفة المشرع وغاياته من سنّ نظام صعوبات المقاولة، وأهم مرحلة يبرز فيها الدور الاقتصادي الذي أنيط بالقضاء التجاري بمقتضى هذا النظام[3].

وخلافا لمقتضيات القانون التجاري القديم المتعلق بالإفلاس[4]، والذي كان يعتبر مجرّد التوقّف عن الدفع سبباً مؤديا إلى إفلاس التاجر، فإن المشرع المغربي باعتماده نظام التسوية القضائية، يكون قد خوّل للقضاء دورا هامّاً في تحديد درجة الاختلال الذي تعاني منه المقاولة[5]، والتصريح باستمراريتها في إطار نظام التسوية القضائية بدل تصفيتها، التي لن يجن الاقتصاد منها سوى المزيد من اليد العاملة المعطّلة، وتقليص موارد الدولة. وهكذا، فإن المحكمة التجارية إذا كانت تملك سلطة تقديرية كاملة للتثبّت من الوقائع والوقوف على مدى تحقّق الشروط اللازمة لفتح مسطرة المعالجة، فإنها لا تملك عند ثبوت هذه الشروط إلاّ أن تحكم بفتح إحدى المسطرتين، مسطرة **التسوية القضائية** إذا لم تكن وضعية المقاولة مختلة بشكل لا رجعة فيه، **ومسطرة التصفية القضائية** إذا كانت وضعية المقاولة مختلّة بشكل لا رجعة فيه، إلا أن ما يميز التشريع المغربي هو أنّه لم يجعل من التسوية القضائية أمرا إجباريا بخلاف المشرع

---

[1]- مقتطف من خطاب الملك الراحل الحسن الثاني رحمه الله، لدى استقباله أعضاء المجلس الأعلى للقضاء يومه الإثنين 24 أبريل 1995

[2]- وإن كان المشرّع المغربي لم يبين بصورة واضحة الغاية من سنّ هذا النظام، على عكس المشرّع الفرنسي الّذي عبّر صراحة في إطار مقتضيات الفصل الأول من قانون 25/01/1985 المتعلّق بالتّصحيح والتصفية القضائية والذي جاء فيه :" تحدث مسطرة للتّصحيح القضائي تهدف إلى حماية المقاولة والمحافظة على النشاط الإقتصادي والشغل وتصفية الخصوم"، لكن وباستقرائنا لمقتضيات الفصلين 603 و605 من مدونة التجارة، نستشّف أن الإبقاء على المقاولة يشكّل أحد الأهداف الأساسية لسنّ نظام صعوبات المقاولة من خلال المحافظة على استمرار الشغل داخلها وإقرار السلم الاجتماعي.

[3]- خالد بنكيران : "التوقف عن الدفع وسلطة القضاء في الإستجابة لطلبات التسوية"، مداخلة قدّمت في الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي التي احتضنتها الرباط، أيام 17 و 18 ماي 2002، منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية، ص: 26.

[4]- الإفلاس نظام يستمدّ أصوله من القانون الروماني، ذلك أن الرومان عرفوا نظاما لتصفية أموال المدين تصفية جماعية، إذا توقّف عن سداد ديونه، ولم يفرّق القانون الروماني بين التاجر وغير التاجر، فقواعده كانت واحدة تطبّق على المدين الذي لا يقوم بوفاء ديونه أيّا كان نشاطه.

عن التطور التاريخي لنظام الإفلاس، يراجع أحمد شكري السباعي :"الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها"، دار نشر المعرفة – الرباط، الطبعة الأولى 2000، ص: 19 ومابعدها.

[5]- في ظلّ تفشّي الأمراض الاقتصادية التي تخنقها من قبيل الديون المجحفة والمنافسة القاتلة وتقلّبات أوضاع الأسواق الداخلية والخارجية علاوة على المشاكل الجمّة التي يطرحها التسويق.

الفرنسي قبل تعديل **10 يونيو 1994**، وخلافا أيضا للمشرّع التونسي الذي ما زال يجعل التسوية القضائية إجبارية قبل الانتقال إلى التصفية القضائية[1].

إن التسوية القضائية أو التصحيح القضائي "Le redressement judiciaire "، هي السبيل إذن للإبقاء على المقاولة لفترة معينة في انتظار اتخاذ القرار المناسب لوضعيتها، وهذا ما يدفعنا إلى التطرق إليها لارتباطها الوثيق باستمرارية المقاولة داخل النسيج الاقتصادي.

وما دمنا سنبحث في دور الاجتهاد القضائي في نظام صعوبات المقاولة، فلابدّ من التركيز على تدخل القضاء لفتح مسطرة التسوية القضائية، إن على مستوى قضاء الحكم أو قضاء النيابة العامة، خاصة وأن مدونة التجارة لسنة 1996[2] جعلت السلطة القضائية تنغمس في الحياة الاقتصادية والمالية بفعل الصلاحيات التي منحت له.

فإلى أي حدّ ترجم القضاء المغربي على ضوء الأحكام والقرارات الصادرة عنه، أهداف المشرّع من اعتماد نظام صعوبات المقاولة ؟

يتطلب الحكم بالتسوية القضائية شروطاً لا بد من مراعاتها، سواء على مستوى الشكل أو على مستوى الموضوع، وسنسعى إلى إبراز هذه الشروط على ضوء العمل القضائي (**المبحث الأول**)، على أن نتطرق في (**المبحث الثاني**) لإحدى الفترات الحاسمة في حياة المقاولة، ألا وهي فترة إعداد الحل، هذه الفترة التي تعرف استمرارية نشاط المقاولة بقوة القانون، وإنجاز عمل هام ومصيري بالنسبة للمقاولة موضوع التسوية القضائية، محاولين الإجابة - كلّما اقتضى الحال - عن الأسئلة التي يطرحها تدخّل القضاء لإنقاذ المقاولة والمضيّ بها قدما نحو حلول اقتصادية ملائمة.

المبحث الأول : الإجراءات الخاصة بافتتاح مسطرة التسوية القضائية

تضمنت المواد من 560 إلى 570 من مدونة التجارة، إجراءات وشروط فتح مسطرة التسوية القضائية، والتي يمكن تقسيمها إلى: شروط شكلية بانتفائها تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى (مطلب أول)، وإلى شروط موضوعية باختلالها تصرح المحكمة برفض الطلب (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الشروط الشكلية لفتح مسطرة التسوية القضائية

تنقسم هذه الشروط إلى جزأين : شرط اختصاص المحكمة التجارية للبتّ في طلب التسوية القضائية المعروض عليها (فقرة أولى). وشرط توفر طالب فتح المسطرة على الصفة القانونية المحدّدة بمقتضى المواد من 561 إلى 563 من مدونة التجارة (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: اختصاص المحكمة التجارية للبت في طلبات التسوية القضائية

خصّ المشرع المغربي المحاكم التجارية دون غيرها بالنظر في الدعاوى المتعلقة بفتح مساطر صعوبات المقاولة، فكيف نظّم القانون رقم 95-53 المحدث للمحاكم التجارية هذا الاختصاص؟[3]، وما هي العوائق والصعوبات العملية التي تعترض القضاء في إطار اختصاصه نوعيا ومكانيا للبتّ في طلبات التسوية القضائية؟[4]

---

[1]- تطبيقا لمقتضيات الفصل 54 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، والذي جاء فيه: "تسبق إجراءات التسوية القضائية بالنسبة للمؤسسات الخاضعة لهذا القانون وجوبا إجراءات التفليس، باستثناء الحالتين المنصوص عليهما في الفصل 449 وفي الفقرة الثانية من الفصل 593 من المجلة التجارية"

[2]- ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) المتعلق بتنفيذ القانون رقم 15 لسنة 1995 المتعلق بمدونة التجارة و المنشور بالجريدة عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996).

[3]- لم تذكر المادّة 566 (المحكمة التجارية)، وكان ذلك طبيعيا لأنّ مدوّنة التجارة رقم 15.95 صدرت عن مجلس النواب في 13 ماي 1996، أمّا القانون رقم 53.95 المحدث للمحاكم التجارية (ج.ر عدد 4532 الصادرة بتاريخ 6 نونبر 1997)، فقد صدر عن ذات المجلس في 6 يناير 1997، أي أنّ المدونة سابقة عن قانون إحداث المحاكم التجارية، لذلك لم يكن في الإمكان الإشارة إلى شيء غير موجود. راجع في تبيان ذلك : أستاذنا الفاضل أحمد شكري السباعي :"الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها- الجزء الثاني"، دار نشر المعرفة - الرباط، الطبعة الأولى 2000، الهامش 4 من الصفحة 200.

[4]- عبد الواحد صفوري : "التوقف عن الدفع بين الفقه و القانون و القضاء"، مطبعة ابن سينا – الدار البيضاء – الطبعة الأولى 2008، ص: 102

1. الاختصاص النوعي Compétence d'attribution :

تختص المحاكم التجارية بالنظر في جميع الدعاوى المتعلقة بصعوبات المقاولة، وكذا القضايا المرتبطة بها. وفي هذا الإطار نصت المادة 566 من مدونة التجارة على أنه :

« تكون المحكمة المفتوحة مسطرة المعالجة أمامها مختصة للنظر في جميع الدعاوى المتصلة بها.

تدخل في إطار اختصاص المحكمة بصفة خاصة، الدعاوى المتعلقة بتسيير المسطرة أو التي يقتضي حلها تطبيق مقتضيات هذا القسم ».

كما تختص بالنظر في الدعاوى المرتبطة بالعقوبات المالية وسقوط الأهلية التجارية طبقا لمقتضيات المواد من 703 إلى 706 و712 من مدونة التجارة.

وقد سبق للقضاء المغربي أن طبّق هذه القواعد من خلال مجموعة من الأحكام، إذ قررت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء :

« بأن المحكمة المفتوحة مسطرة المعالجة أمامها تكون مختصة بالنظر في جميع الدعاوى المتصلة بها طبقا للمادة 566 من مدونة التجارة.

والمقصود بالدعاوى المتصلة بمساطر المعالجة حسب الرأي السائد في الفقه والقضاء كل الدعاوى المتوحدة عن هذه المساطر والتي ما كانت لتنشأ إلا بسبب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة وكذا الدعاوى التي تتأثر بها[1] ».

وإذا كان الفقه والقضاء المغربيين قد اختلفا في غياب أي نص تشريعي حول مدى تعلق الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية بالنظام العام، فإنه لا نقاش في كون الاختصاص المتعلق بمساطر معالجات صعوبات المقاولة مرتبطا بالنظام العام، نظرا لخصوصيته التي تسلب الأطراف الخيار المعطى لهم في إطار الفصل الرابع من مدونة التجارة، حيث يمنع عليهم عرض النزاع على محكمة أخرى غير المحكمة التجارية المختصة.

وعليه، فإذا تمت المطالبة بفتح مسطرة المعالجة طبقا لمقتضيات المادة 560 وما يليها من مدونة التجارة أمام المحكمة العادية، فيتعين على هذه الأخيرة التصريح تلقائيا بعدم اختصاصها نوعيا للبت في هذا الطلب.

وبناء على الدفع بعدم الاختصاص النوعي المثار من طرف النيابة العامة بعدم اختصاصها، أجابت المحكمة التجارية بوجدة بما يلي:

« وحيث إنه بخصوص الدفع المثار من طرف النيابة العامة بشأن عدم اختصاص هذه المحكمة نوعيا للبت في النازلة، تأسيسا على أن الشركة المدعية هي شركة مدنية وليس لها طابع تجاري يتعين رده، بعلة أن مساطر معالجة صعوبات المقاولة تنظمها مدونة التجارة في الكتاب الخامس، وأن جميع الطلبات المتعلقة بها تختص بالنظر فيها المحكمة التجارية؛ بغض النظر عن مآل موضوع الدعوى[2] ».

2. الاختصاص المحلي Compétence territoriale :

نصت المادة 11 من القانون المحدث للمحاكم التجارية على أنه: «استثناء من المادة 28 من قانون المسطرة المدنية، يرجع الاختصاص المحلي فيما يتعلق بصعوبات المقاولة إلى المحكمة التجارية التابعة لها مؤسسة التاجر الرئيسية، أو المقر الاجتماعي للشركة».

وعليه فلا يجوز المطالبة بفتح مسطرة التسوية القضائية، إلا أمام المحكمة التجارية التي يوجد في دائرتها المقر الاجتماعي للشركة أو المؤسسة الرئيسية للتاجر[3]، أي المحل الذي يمارس فيه التاجر أو الشركة نشاطهما التجاري بصفة أساسية، ويتم تحديد هذا المقر بناء على ما هو مدون في السجل التجاري من معلومات بهذا الخصوص[1].

---

[1]- قرار رقم 996-2000 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء بتاريخ 9 مايو 2000 ملف رقم 964-00-4. غير منشور.

[2]- حكم عدد 1-2001 صادر عن المحكمة التجارية بوجدة بتاريخ 21 نونبر 2001 ملف رقم 1-2001-5. غير منشور.

[3]- باستقرائنا للمادّة الأولى من المرسوم رقم 2.97.771 الصادر في جمادى الآخرة 1418 الموافق ل 18 أكتوبر 1997، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4532 الصادرة بتاريخ 6 نونبر 1997، توجد بالمغرب حاليا ستّ محاكم تجارية وثلاث محاكم استئناف تجارية، حدّدت مقارّها ودوائر اختصاصها.

ولعل السبب في ذلك، راجع لطبيعة هذه المسطرة التي تستلزم وجود المحكمة في موقع يسمح لها مباشرة بتشخيص الوضعية المالية والاقتصادية الحقيقية للمقاولة.

وفي هذا المجال، قضت المحكمة التجارية بفاس بعدم اختصاصها محليا للبت في النازلة، وإحالة الملف على المحكمة التجارية بوجدة معللة حكمها بما يلي:

«حيث انه من الثابت قانونا أن الدعاوى المتعلقة بمساطر صعوبات المقاولة تكون من اختصاص المحكمة التجارية التابع لها المقر الاجتماعي للشركة حسب المادة 566 من مدونة التجارة.

وحيث إنه من الثابت أن المقر الاجتماعي للمدعية المطلوب فتح مسطرة التسوية القضائية في حقها يقع بمدينة وجدة حسب شهادة التسجيل المستدل بها من طرفها والمسجلة به تحت عدد 7422.

وحيث إنه واعتبارا لما ذكر أعلاه، ولحسن سير المسطرة يقتضي قرب المحكمة من الأجهزة المسيرة وغيرها من الأطراف المعنية، فإنه يتعين التصريح بعدم اختصاص المحكمة التجارية بفاس محليا وإحالته على المحكمة التجارية بوجدة»[2].

الفقرة الثانية: طرق افتتاح مسطرة التسوية القضائية

يتم افتتاح مسطرة التسوية القضائية[3]، إما بناء على طلب من رئيس المقاولة، أو بناء على دعوى يقيمها أحد الدائنين لهذا الغرض[4]، أو بمبادرة من المحكمة، أو بطلب من النيابة العامة[5]. وسوف لن نتطرّق في بحثنا هذا إلى كلّ هذه المحاور بتفصيل لكثرة المراجع والمؤلّفات الفقهية من جهة، وعدم ارتباط هذه المحاور بصميم دراستنا التي تركّز على العمل القضائي في إنقاذ المقاولة وضمان استمراريتها.

---

[1]- قد يحدث ألا يكون للتاجر موطن أو مركز رئيسي واحد، أو ليس له موطن أو مركز رئيسي قارّ بالمرّة، كما هو الحال لصاحب السيرك الذي يجول ويصول في بقاع العالم طيلة السنة، فالمستقرّ قضائيا وتشريعيا في بعض الدول، أن المسطرة تكون من اختصاص المحكمة التي حصل في دائرتها التوقّف عن الدفع (وقد أخذ بهذا الحلّ القانون الكويتي في المادّة 563 من القانون التجاري التي جاء فيها : "إن لم يكن له موطن كانت المحكمة المختصّة هي التي وقف عن الدفع في دائرتها"). وذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى أن الدائن يكون حرّا في اختيار المحكمة التي يرفع إليها الدعوى.

ولم تتعرّض مدوّنة التجارة المغربية لمثل هذه الإشكالات الصّعبة، مكتفية بالفقرة الأولى من المادّة 560 التي تجعل الاختصاص المحلّي للمحكمة الموجودة في مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة، تاركة أمر البحث في إيجاد الحلول المرضية بيد القضاة، والحديث يجرّنا إلى دور القضاء في خلق القاعدة القانونية.

[2]- حكم عدد 4 صادر بتاريخ 31 أكتوبر 2001، ملف رقم 12-02-6. غير منشور.

[3]- حدّدت المادّتين 561 و 563 من مدونة التجارة الأطراف التي يجوز لها مبدئيا تحريك فتح مسطرة المعالجة، وهي أربعة أطراف : ثلاثة حافظوا على هذا الحقّ التقليدي الموروث عن نظام الإفلاس المنسوخ (وهم المدين أو رئيس المقاولة - المادة 561-، واحد أو أكثر من الدائنين -فق 1 من المادة 563-، والمحكمة التي تضع يدها على المسطرة تلقائيا –فق 2 من المادّة 563 -)، وطرف رابع توكل له هذه المهمّة لأوّل مرّة في تاريخ المغرب، وهو جهاز النيابة العامّة بمقتضى الفقرة 2 من المادّة 563 والمادّتان 2 و3 من القانون المحدث للمحاكم التجارية.

ويعدّ إقحام النيابة العامّة في مراقبة سير الحركة الاقتصادية والمالية خطوة تستحقّ التنويه، لما تملكه هذه الأخيرة من وسائل البحث والتقصّي سواء تعلّق الأمر بالمراقبة أو التسوية أو التصحيح.

وهكذا يمكن للنيابة العامّة أن تتقدّم بطلب فتح مسطرة المتابعة كيفما كانت طبيعة الدين، مدنيا كان أو تجاريا، على الرغم من أنّ طبيعة الدّين جاءت مقترنة بصفة الدائن فحسب لعيب في الصياغة (المادّة 563 من مدونة التجارة)، ولا يتقّيد هذا الحقّ أيضا بأيّ أجل، بمعنى أن حق النيابة العامة في طلب فتح مسطرة المعالجة يستمرّ باستمرار حالة التوقّف عن الدفع ما لم تتقادم الديون، إما بخمس سنوات إذا كان الدّين أو الالتزام تجاريا (المادّة 5 من مدونة التجارة)، أو خمس عشر سنة إذا كان الدّين أو الالتزام مدنيا (الفصل 387 من ق ل ع) مع مراعاة الاستثناءات الواردة في المواد من 388 إلى 392 من ق.ل ع.

[4]- للمزيد من التفاصيل راجع أستاذنا أحمد شكري السباعي، المرجع السابق، الفصل الأول من الباب الثاني من القسم الثالث المتعلّق بمساطر معالجة الصعوبات التي تعترض المقاولة، ص 169 - 199، محمد لفروجي :"صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة لمعالجتها"، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2000، ، ص 176 - 196.

[5]- أعطيت للنيابة العامة الحقّ في طلب فتح مسطرة المعالجة أسوة بتشريعات دول رائدة، منها القانون الفرنسي (المادة الرابعة من قانون 25 يناير 1985)، والقانون المصري (المادة 196 من القانون التجاري).

وهكذا، يجب على رئيس المقاولة التي توقفت عن دفع ديونها الحالة وبصفة إلزامية، أن يتقدم إلى المحكمة بطلب افتتاح المسطرة داخل أجل 15 يوما من تاريخ التوقف عن الدفع، وذلك بوضع طلبه لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة، مع الإشارة إلى أسباب التوقف عن الدفع وإرفاقه بالوثائق التالية :

- ✓ القوائم التركيبية لآخر سنة مالية ؛
- ✓ جرد وقيمة كل أموال المقاولة المنقولة وغير المنقولة ؛
- ✓ لائحة الدائنين والمدينين مع الإشارة إلى مكان إقامتهم، ومبلغ حقوقهم وديونهم وضماناتهم عند تاريخ التوقف عن الدفع ؛
- ✓ جدول التحملات.

ويجب أن تكون هذه الوثائق مؤرخة وموقعة ومصادق عليها من طرف رئيس المقاولة، وفي حالة تعذر تقديم إحدى هذه الوثائق أو أدلي بها بشكل غير كامل، وجب أن يشمل التصريح بيان الأسباب التي تمنع تقديمها، ويشهد كاتب الضبط على استلام هذه الوثائق.

ومن جملة ما يمكن ملاحظته عمليا، أن رئيس المقاولة لا يحترم الأجل المنصوص عليه في المادة المذكورة، رغم ورود مقتضياتها بصيغة الوجوب، كما أن القضاء المغربي لم يتقيّد بحرفية النصّ ولم يتشدّد في ذلك، في الوقت الذي تخوّل المادة 714 من مدوّنة التجارة الصلاحية في إسقاط الأهلية التجارية لرئيس المقاولة الذي أغفل عن التصريح بتوقّفه عن الدفع خلال أجل 15 يوما الموالية لواقعة التوقف عن الدفع[1]. وهو ما يعكس المرونة التي أصبح يتميّز بها القضاء التجاري مادامت المصلحة الفضلى في كلّ ذلك، هي إبقاء المقاولة في كنف الحياة الاقتصادية.

وإذا كان المشرع المغربي لم ينصّ على حالات معينة يترتب عليها تدخل المحكمة تلقائيا لفتح المسطرة، إلا أن العمل القضائي أفرز بعض الحالات، نذكر منها :

- الحالة التي يفشل المصالح في إجراء اتفاق ودّي بين الأطراف خلال مسطرة التسوية الودية، حيث يحال الملف من طرف رئيس المحكمة على محكمة الموضوع كي تفتح مسطرة المعالجة التي تراها ملائمة لوضعية المقاولة[2].
- الحالة التي يحيل فيها رئيس المحكمة الملف المعروض عليه في إطار الوقاية الخارجية إلى المحكمة، بعد أن يثبت له توقف المقاولة عن الدفع، وبالتالي عدم إمكانية تطبيق مسطرة الوقاية الخارجية في هذه الحالة.
- وأخيرا للمحكمة أن تضع يدها على المسطرة بطلب من النيابة العامة، لاسيما في حالة عدم تنفيذ الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي طبقا للمادة 556 من مدونة التجارة.

المطلب الثاني : الشروط الموضوعية لفتح مسطرة التسوية القضائية.

يستفاد من المادتين 560 و568 من مدونة التجارة، أن المشرع المغربي وضع ثلاثة شروط أساسية لتطبيق مسطرة التسوية القضائية، فمن جهة، لا يمكن فتح المسطرة إلا في مواجهة كل شخص طبيعي له صفة تاجر، وكل شخص معنوي له صفة شركة تجارية. ومن جهة أخرى، لا تفتح المسطرة إلا في مواجهة هؤلاء الأشخاص إذا كانوا غير قادرين على سداد الديون المستحقة عليهم، أمّا الشرط الأساسي الثالث، فمفاده أنّ التسوية القضائية لا يلجأ إليها إلا إذا كانت وضعية المقاولة غير مختلة بشكل لا رجعة فيه[3]. وهو ما سنبرزه وفق الترتيب التالي :

---

[1]- عبد الواحد صفوري، المرجع السابق، ص 106.

[2]- منح المشرع المغربي في مادة وقاية المقاولة من الصعوبات رئيس المحكمة التجارية صلاحية كبيرة في ما يتعلق بالاستجابة للطلب الذي يتقدم به رئيس المقاولة بشأن فتح مسطرة التسوية القضائية Règlement amiable، إذ يبقى رئيس المحكمة وحده مختصّا للنظر في هذا الطلب والتقرير بشأنه استجابة أو رفضا بناء على معرفته بحال المقاولة المعنية بهذا الإجراء مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 50 من مدونة التجارة، وفي حال قبول رئيس المحكمة فتح مسطرة التسوية الودية، فإنّه يبقى هو المشرف عليه أثناء جريانه وذلك من خلال تعيينه للمصالح وتحديد مهمته ومساعدته على القيام بها. للتوسّع في هذا الأمر، يراجع :
عبد اللطيف الشنتوف :"دور رئيس المحكمة التجارية في وقاية المقاولة من الصعوبات"، مطبعة دار السلام – الرباط، الطبعة الأولى 2012، ، ص 39 وما بعدها.

[3]- لكي تستجيب المحكمة لطلب فتح مسطرة التسوية القضائية، يجب عليها أن تتأكد من توفر ثلاثة شروط وهي :
* الشرط الأول : الصفة التجارية للشخص الطبيعي أو المعنوي.

الفقرة الأولى : الصفة التجارية للشخص الطبيعي والمعنوي

لا يقضى بالتسوية إلا بعد التأكد من الصفة التجارية للمدين؛ سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

1. الصفة التجارية للشخص الطبيعي:

نصت المادة 560 من مدونة التجارة، على أن مسطرة التسوية القضائية تفتح في مواجهة كل تاجر وكل حرفي وكل شركة تجارية ليس بمقدورهم سداد الديون المستحقّة عليهم عند الحلول. وتكتسب الصفة التجارية بالمزاولة الاعتيادية والحرفية للأنشطة المحددة في المادتين السادسة والسابعة من مدونة التجارة، أو لأي نشاط يمكن أن يماثل تلك الأنشطة، كما تعتبر المادة 58 من مدونة التجارة، التسجيل في السجل التجاري قرينة على اكتساب الشخص للصفة التجارية ما لم يثبت العكس[1].

وبهذا الخصوص، قضت المحكمة التجارية بالدار البيضاء بفتح المسطرة في مواجهة طبيب رغم وقوعه في حالة الحظر[2].

في حين ذهبت المحكمة التجارية بوجدة في اتجاه معاكس، حيث قضت بعدم قبول طلب فتح مسطرة التسوية القضائية المقدم من طرف شركة العيادة المتعددة الاختصاصات «سيدي علي» بالناظور، تأسيسا على أن: « الطب مهنة إنسانية تهدف إلى الوقاية من الأمراض وعلاجها، ولا يجوز أن تمارس باعتبارها نشاطا تجاريا سواء مورست بصورة انفرادية، أو بصورة جماعية على شكل شركة أو جمعية طبقا لمقتضيات المادة 49 من قانون رقم 94-1 المتعلق بمزاولة الطب... وبحكم طبيعتها المهنية فإن المدعية لا تتوفر على الصفة التجارية حتى يمكنها سلوك مسطرة المعالجة طبقا للمادة 560 من مدونة التجارة».

2. الصفة التجارية للشخص المعنوي:

نصت المادة 560 من مدونة التجارة، على أن مسطرة التسوية القضائية تفتح في مواجهة كل شركة تجارية[3].

وعليه، يتطلب فتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة شركة ما، أن تكون مكتسبة للصفة التجارية ومتمتعة بالشخصية المعنوية التي تجعلها مستقلة من الناحية القانونية عن الأشخاص الطبيعيين الذين يملكونها، وذلك بتسجيلها في السجل التجاري خلال آجل ثلاثة أشهر الموالية لتأسيسها، ومن ثمّ لا يمكن تطبيق المسطرة على الشركة الموجودة في فترة التأسيس السابقة للتسجيل في

---

* الشرط الثاني: توقف المقاولة عن دفع ديونها المستحقة.

* الشرط الثالث: ألا تكون وضعية المقاولة مختلة بشكل لا رجعة فيه.

[1]- وتفتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة الشخص المكتسب للصفة التجارية في حالتين:

الحالة الأولى: تتعلق بالتاجر الذي توقف عن دفع ديونه المستحقة أثناء ممارسته لعمله، وفتحت في حقه مسطرة التسوية القضائية، بطلب من أحد الأشخاص المعترف لهم قانونا بهذا الحق، وهي الحالة الأكثر شيوعا أمام المحاكم التجارية. **الحالة الثانية**: تتعلق بالتاجر الذي توقف عن ممارسة نشاطه التجاري نتيجة اعتزاله أو وفاته، والذي يمكن فتح المسطرة في مواجهته بعد التحقق من توفر شرطين:

1/- أن يتم تقديم طلب فتح المسطرة داخل أجل السنة الموالية لواقعة الاعتزال أو الوفاة ؛

2/- إثبات الدائن أن واقعة التوقف عن الدفع كانت سابقة لتاريخ اعتزال التاجر المدين أو وفاته.

وهناك **حالة ثالثة** ذات طابع استثنائي؛ وتتعلق بالشخص الذي اعتاد ممارسة نشاط تجاري رغم وقوعه في حالة الحظر أو السقوط أو التنافي، والذي يعتبر تاجرا طبقا لمقتضيات المادة 11 من مدونة التجارة.

[2]- ملف عدد 2573-98 بتاريخ 08-02-99. غير منشور.

[3]- تنقسم الشركات المنظمة في التشريع المغربي من زاوية أولى إلى فئتين، **الفئة الأولى** من هذه الشركات يطغى عليها الاعتبار الشخصي بحيث تسمى شركات الأشخاص Sociétés de personnes، كما هو الشأن بالنسبة لشركة التضامن Société en nom collectif وشركة التوصية البسيطة Société en commandité simple وشركة المحاصة Société en participation، **والفئة الثانية** يطغى عليها الاعتبار المالي وتسمى شركات الأموال Sociétés de capitaux، كما هو الشأن بالنسبة لشركة المساهمة Société anonyme وشركة التوصية بالأسهم Société en commandité par actions والشركة ذات المسؤولية المحدودة Société à responsabilité limitée. ومن زاوية ثانية، تنقسم الشركات في المغرب إلى نوعين؛ **النوع الأول** يهمّ الشركات التي لا تكون تجارية إلاّ إذا كان الغرض منها تجاريا ويتعلّق الأمر هنا بشركة المحاصة فقط، أما النوع الثاني فيتعلّق بالشركات التي تكون تجارية بحسب الشكل مهما كان غرضها، ويشمل هذا النوع سائر الشركات المذكورة فيما تقدّم ماعدا شركة المحاصة بطبيعة الحال. للمزيد من الإيضاح حول هذا الموضوع راجع :

محمد لفروجي :"التاجر وقانون التجارة بالمغرب"، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1999، ص 252 وما يليها.

وللإطلاع على القواعد الخاصّة بكل شركة تجارية على حدة وعلى القواعد العامّة التي تطبّق على كافّة الشركات التجارية في التشريع المغربي، أنظر:

عزّ الدين بنستي :"الشركات في التشريع المغربي والمقارن دراسة مقارنة"، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2000.

السجل التجاري لعدم توفرها على الشخصية المعنوية. وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة التجارية بالدار البيضاء حكماً قضى بعدم قبول الطلب، لأن المدعية لا تملك الصفة لطلب فتح مسطرة التصفية القضائية في حق المدعى عليها[1]، جاء فيه :

« وحيث إن المدعية تقدمت بطلبها الحالي بصفتها مالكة أسهم في الشركة المدعى عليها.

وحيث إن مشرع المساطر الجماعية حدد الأشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة، وهم بالإضافة إلى رئيس المقاولة الدائن والنيابة العامة والمحكمة تلقائيا.

وحيث إن المدعية لا تملك الصفة لطلب فتح مسطرة التصفية القضائية في حق المدعى عليها.

وحيث إن المحكمة وعند تحريك مساطر معالجة صعوبات المقاولة لم تعد مقيدة بصفة، وطلبات الأطراف والوثائق المرفقة بها، بل يصبح بإمكانها أن تضع يدها تلقائيا على القضية قصد ضبط المركز المالي الحقيقي للمدين، وهذا يعتبر استثناء من المبدأ العام الذي ينص على أن القضاء لا يبت إلا في حدود طلبات الأطراف طبقا للفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية.

وحيث إن التوقف عن الدفع كشرط موضوع لفتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة، هو عدم القدرة على سداد الديون المستحقة عند الحلول، الشيء الذي يتعين معه العجز وحصول الاختلال في الموازنة المالية للمقاولة.

وحيث إنه لا يوجد بالملف ما يفيد وجود مطالبات في مواجهة المدعى عليها من أجل أداء ديون مستحقة وحالة الأداء وكذا اختلال في وضعيتها المالية...».

وأصدرت نفس المحكمة حكما آخر قضى بعدم قبول الطلب لانتفاء صفة طالب فتح المسطرة[2]، ورد فيه :

«وحيث تقدمت المدعية الأولى بالطلب الحالي بصفتها مساهمة ودائنة للمدعى عليها في حين أن المدعي الثاني تقدم بنفس الطلب بصفته مساهما.

وحيث إنه من جهة فإن المشرّع المغربي لم يخول للمساهمين أو الشركاء الحق في طلب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة في حق الشركة التي يملكون فيها حصصا أو أسهما وأعطى هذا الحق بصفة قطيعة لرئيس المقاولة.

وحيث إنه، من جهة أخرى، فإن المدعية الأولى أدلت بمجموعة من الفواتير لإثبات دينه المتعلق بذمة المدعى عليها، مما يعني أن دين المدعية الأولى مازال متنازعا فيه، وبالتالي غير ثابت وغير مستحق الأداء، ومن تم لا يعطي لصاحبه الصفة في طلب فتح مساطر معالجة صعوبات المقاولة؛ فبالأحرى البحث في شرط التوقف عن الدفع بالنسبة للمقاولة، وعن مدى امتداد اختلال وضعيتها المالية...».

الفقرة الثانية: توقف المقاولة عن دفع ديونها الحالة والمستحقة

يعتبر هذا الشرط أساسيا وجوهريا لفتح مسطرة التسوية القضائية، و في هذا الصدد صدرت عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدة أحكام مصادفة للصواب، نذكر منها الحكم الذي قضى برفض طلب فتح المسطرة بناء على المعطيات المدونة بالقوائم التركيبية[3]. والذي جاء فيه :

«...وحيث إن التوقف عن الدفع حسب المادة 560 من مدونة التجارة، هو عدم القدرة على سداد الديون المستحقة عند الحلول، الشيء الذي يعني العجز وحصول الاختلال في الموازنة المالية للمقاولة.

وحيث يستفاد من القوائم التركيبية لآخر سنة مالية والمدعمة بلائحة الدائنين والمدينين، أن المقاولة مازالت تحافظ على رأسمالها البالغ 100 ألف درهم وحققت أرباحا تقدر ب 79448 درهم، إذ أن حجم رؤوس الأموال الذاتية ايجابيا ويفوق رأس المال، وأن الاحتياطي المتداول ايجابيا، ذلك أن التمويل الدائم والبالغ 179.448 يفوق بكثير الأصول، كما أن الخزينة الصافية ايجابية، الشيء الذي يدل على أن المقاولة لا تعرف خللا في موازنتها المالية وهو ما يتأكد من حجم الديون المستحقة للمقاولة على الغير، والتي تقدر حسب ما جاء في لائحة الدائنين بمبلغ 3341602 درهم، في حين أن المقاولة مدينة فقط بمبلغ 2858488 درهم.

[1]- حكم رقم 2005/197 تاريخ 13 يونيو 2005، ملف رقم 2004/10/372، غير منشور.

[2]- حكم رقم 260 تاريخ 30 أكتوبر 2006، ملف رقم 2006/21/84، غير منشور.

[3]- حكم رقم 11 الصادر بتاريخ 10 يناير 2005، ملف رقم 2004/10/346 غير منشور.

وحيث إن التوقف عن الدفع كشرط موضوعي لتبرير فتح مساطر معالجة صعوبات المقاولة، يتعين أن تكون هناك ديون ثابتة وحالة الأداء ومطالب بها من جهة ثانية؛ حسب ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في غرفتها التجارية في قرارها الصادر بتاريخ 17 يوليوز 1997، وهو ما استقر عليه كذلك الاجتهاد القضائي المغربي».

الفقرة الثالثة: ألا تكون وضعية المقاولة مختلة بشكل لا رجعة فيه

نصت المادة 568 من مدونة التجارة على أنه :

« يقضي بالتسوية القضائية إذا تبين أن وضعية المقاولة ليست مختلة بشكل لا رجعة فيه، وإلا فيقضي بالتصفية القضائية».

ويتبين من ظاهر هذه المادة، أنها تميز بين وضعيتين للشركة التجارية :

أولا: وضعية غير مختلة بشكل لا رجعة فيه والتي تبيح فتح مسطرة التسوية القضائية.

ثانيا: وضعية مختلة بشكل نهائي ولا رجعة فيه والتي تبيح فتح مسطرة التصفية القضائية.

ويلاحظ أن المشرع المغربي لم يعط أي تعريف للوضعيتين معا، غير أنه بالاطلاع على مجموعة من الأحكام القضائية المتعلقة بفتح مسطرة التسوية القضائية، نجد أن العمل القضائي استقر على عنصرين أساسين، وهما عنصر الاستمرارية في الاستغلال وعنصر أداء أجور العمال[1]، فكلّما تأكدت المحكمة من توافر هذين العنصرين في المقاولة موضوع طلب فتح المسطرة، إلّا وقضت بفتح مسطرة التسوية القضائية في حقّها، على اعتبار أن وضعيتها غير مختلة بشكل لا رجعة فيه.

وإن كان لنا من رأي نبديه في المسألة، فإن الاجتهاد القضائي المغربي قد صادف الصواب بارتكازه على هذين العنصرين، نظراً لأهميتهما بالنسبة للمقاولة. فاستمرار المقاولة في الاستغلال، يعتبر حافزا على السير نحو محاولة المحافظة على هذه الاستمرارية عن طريق التسوية القضائية، التي تمكن من تحديد مخطط الاستمرارية إذا ما كانت وضعية المقاولة قابلة لذلك. كما أن أداء أجور العمال يعتبر حافزاً لهؤلاء على العمل والإنتاج من أجل النهوض بالمقاولة. في حين، إذا اختلّ أحد هذين العنصرين، خاصة توقّف المقاولة عن الاستغلال، لم يعد هناك مبرر للتسوية القضائية، وعلى المحكمة في هذه الحالة أن تقضي بالتصفية القضائية[2].

وغني عن البيان، أن المحكمة المرفوع إليها الطلب الرامي إلى فتح مسطرة المعالجة، لا تكون ملزمة بضرورة الحكم بالتسوية القضائية في بداية الأمر، ثم تحويل هذه التسوية إلى تصفية قضائية كلما تبين لها - من خلال التقرير الذي يعدّه السنديك طبقا لمقتضيات المادة 579 من مدونة التجارة[3]- أن وضعية المقاولة المعنية لا تقبل التصحيح، بل يتعين على المحكمة أن تحكم مباشرة بالتصفية القضائية إذا كانت وضعية المقاولة مختلة بشكل لا رجعة فيه، وذلك تطبيقا لمقتضيات المادتين 568 و619 من مدونة التجارة.

---

[1] - وبالإضافة إلى هذين العنصرين، يجوز للمحكمة الاستعانة بعناصر أخرى، للتأكد من وضعية المقاولة وما كانت غير مختلة بشكل لا رجعة فيه، كالبحث عن مدى توفر المقاولة على الإمكانيات المادية لسداد ديونها المستحقة الأداء، من خلال الاطلاع ودراسة الوثائق المحددة في المادة 562 من مدونة التجارة. كما أنه ليس هناك ما يمنع المحكمة من إجراء خبرة للوقوف على الوضعية المادية للمقاولة.

[2] - عبد الواحد صفوري، المرجع السابق، ص 119.

[3] - ينصبّ التقرير الذي يعده السنديك في هذا الصدد على أربعة محاور أساسية وهي المحور المالي، المحور الإقتصادي، المحور الإجتماعي ومحور تصفية الخصوم والضمانات المحتملة للتنفيذ.

- **المحور المالي** : يجب أن يتضمن المحور المالي تحليلا حسابيا وماليا لوضعية المقاولة يتمثل في رأس المال والسيولة النقدية المتوفرة والمصاريف والإستهلاك والمداخيل المحتملة وإمكانات التمويل المتاحة وتقييم أدوات الإنتاج والخدمات والمنتوجات التي يمكن تطويرها والتي يمكن التخلي عنها، وبيان قدر المبالغ التي يمكن الحصول عليها سواء من أنشطة المقاولة أو من التفويت الجزئي لأصولها، وغيرها من العناصر المؤثرة في الخصوم والأصول.
- **المحور الاقتصادي** : بالنسبة للمحور الاقتصادي والتجاري يجب أن يتضمن جردا شاملا للمعطيات المتعلقة بتقنيات التسويق والسوق والمنافسة و وضعية الخدمات والإنتاج وجودتهما وآفاقهما المستقبلية وحالة العقود والتوزيع والمردودية المتوقعة وطرق التسيير والهيكلة ومختلف أنواع النشاط والفروع التي يلزم تفويتها والتي ينبغي توقيفها مؤقتا أو نهائيا، وغيرها من عناصر الإنتاج والتسويق والخصوم والأصول اللازم تقديرها تقديرا صحيحا وشاملا لإجراء عملية التسوية أو التصحيح.
- **المحور الاجتماعي** : ينبغي للسنديك أن يقوم بتحليل شامل للعنصر البشري للمقاولة، وبيان كيفية توظيف العمال والمستخدمين، وما إذا كان هذا التوظيف يستجيب أولا لحاجات المقاولة وإمكانياتها ومناصب الشغل والآفاق المستقبلية والطرق الجديدة التي يقترحها لاستخدام العنصر البشري استخداما عقلانيا، وبيان ما إذا كانت هناك رغبة في تسريح العمال والمستخدمين لأسباب اقتصادية، ومقدار التعويضات وكذا الإجراءات القانونية التي ينبغي اتخاذها طبقا لما تقرّره مدونة الشغل وغيرها من الإشكالات المرتبطة بالعنصر البشري والوضعية الإجتماعية للمقاولة.

و يمكن للسنديك أيضا – و للمحكمة تلقائيا – إن كانت استمرارية المقاولة تستدعي ذلك، أن يطلب من المحكمة تعليق اعتماد مخطط التسوية القضائية على استبدال مسير أو عدة مسيرين[1]، لأن تسوية المقاولة تكون دون جدوى إذا استمر مسير، أو مسيرو الشخص المعنوي على رأس المشروع مع ثبوت عدم كفاءتهم المهنية أو تأثيرهم السيئ في ميدان التسيير[2]، فقد تجد المحكمة أن من بين أسباب تعثّر المقاولة عدم أهلية المسير أو مسيري المقاولة مهنيا وسوء تسيير أو انعدام نزاهتهم وخبرتهم، مما يعني أن استمرارهم داخل المقاولة قد يزيد تفاقم وضعيتها عند تنفيذ الحل المسطري المزمع اختياره[3].

وعليه، فالمحكمة المقدم إليها طلب فتح مسطرة المعالجة لا تتقيد بسلوك مسطرة التسوية القضائية ابتداء ومسطرة التصفية القضائية انتهاء، كما أنها لا تتقيد بطلبات الأطراف وهذا على خلاف ما كان عليه القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 25 يناير 1985 قبل تعديله بقانون 10 يونيو 1994، حيث كان يلزم المحكمة المرفوع إليها طلب فتح مسطرة المعالجة، بضرورة الحكم بالتسوية القضائية في البداية، ثم انتظار انتهاء فترة الملاحظة لتحديد ما إذا كانت وضعية المقاولة قابلة للتقويم، أو أنه يجب تصفيتها قضائيا.

المبحث الثاني : اختيار مخطط لتسوية وضعية المقاولة

تبدأ مسطرة التسوية القضائية بمرحلة يتم خلالها ترقّب أحوال المقاولة وتتبّعها، على عكس مسطرة التصفية القضائية التي تتميّز بالبدء مباشرة، بعد صدور الحكم القاضي بذلك في التنفيذ على أموال المقاولة المعنية بالأمر، وذلك عن طريق بيع مالها من أصول بهدف تصفية خصومها. وقد عرفت بفترة الملاحظة Période d'observation كما يطلق عليها في ظلّ القانون الفرنسي، التي تقوم خلالها أجهزة المسطرة ببلورة الحلّ الذي من شأنه أن يجعل تقويم وضعية المقاولة أمراً ممكن التحقيق، وتنتهي هذه المسطرة بصدور الحكم القاضي باختيار الحل المناسب للمقاولة والذي لا يخرج عن إحدى الإمكانيات الثلاث، استمرارية المقاولة، أو تفويتها، أو التصريح بتصفيتها قضائيا.

وعليه، فالصلاحيات الاقتصادية المخوّلة للمحكمة بمقتضى قانون معالجة صعوبات المقاولة، لا تقف عند تنظيم المسطرة وتسييرها وتحديد المتدخلين فيها، وإنما تتعدّى ذلك إلى تنظيم المقاولة وفرض تغييرات على بنيتها والتدخل في شؤونها الإدارية والمالية والقانونية.

وسنرى كيف يتعامل القضاء في ظل هذه الصلاحيات، خلال فترة إعداد الحل ومراقبة استمرارية نشاط المقاولة من جهة (المطلب الأول)، والحسم في الاختيار المسطري وتحديد الحل المناسب لوضعية المقاولة من جهة أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول : فترة إعداد الحل ومراقبة استمرارية نشاط المقاولة[4].

● **محور التصفية أو تسديد الخصوم وضمانات التنفيذ**: يجب أن يحدد مشروع مخطط التسوية، إن تعلق الأمر باستمرارية المقاولة (المادة 592 و 585 من مدونة التجارة) طرق تسديد الخصوم أو الديون، والضمانات المحتملة التي يشترطها كل شخص لضمان تنفيذ هذا المخطط (المادة 580 من مدونة التجارة)، وتقدم هذه الضمانات من قبل رئيس المقاولة لتأمين حقوق الدائنين الذين ارتضوا الآجال الجديدة أو التخفيضات أو الاثنين معا (المادتان 585 و 586 من مدونة التجارة).

ويجب في كل الأحوال أن تؤدي الموازنة المالية والإقتصادية والإجتماعية بمختلف محاورها المبيّنة أعلاه إلى تقديم اقتراح مخطط للتسوية جدي ومعقول وقابل للتطبيق، وأن يكون مبررا أو مرفقا بالمعلومات والوثائق والخبرات المثبتة، حتى يتسنى للمحكمة أن تكون قناعتها، وتقرر عن بيّنة واقتناع استمرارية المقاولة أو تفويتها إلى أحد الأغيار أو التصفية القضائية.

[1]- المادة 584 من م.ت.

[2]- عبد الرحيم السلماني: " حصر المحكمة لمخطط الاستمرارية في إطار مسطرة التسوية القضائية "، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع : 7 يناير 2005 ص : 31.

[3]- إحسان الجيدي، " صلاحيات القضاء التجاري في معالجة صعوبات المقاولة – مرحلة التسوية – "رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس - الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال- الرباط، السنة الجامعية 2005 – 2004، ص : 164.

[4]- الحديث عن فترة إعداد الحلّ يقودنا حتما إلى التساؤل حول المدّة الدنيا والمدّة القصوى لهذه الفترة، وهكذا فإن المشرع المغربي أسوة بنظيره الفرنسي، لم يقم بتحديد المدّة الدنيا واكتفى بتعيين المدّة القصوى في أربعة أشهر طبقا لمقتضيات المادّة 575 من مدونة التجارة، ويمكن أن تجدّد مرّة واحدة عند طلب السنديك وذلك استنادا للمادّة 579 من مدونة التجارة، بمعنى أن المدّة التي تستغرقها فترة إعداد الحلّ لا يمكن أن تتجاوز ثمانية أشهر، وهنا نلاحظ أن تحديد المدّة مسألة في غاية التعقيد والبساطة معا، إذ أنّه كلّما كبر حجم المقاولة، كلّما تطلّب الأمر مدّة أطول لإعداد الحلّ المناسب لها وهذا ما ذهب إليه الفقيه Yves GUYON

Voir à ce propos, son ouvrage : « Droit des affaires, entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite », Tome II, 6ème édition 1996, P : 206.

إلا أن العبرة ليست بحجم المقاولة وإنما بحجم المشاكل التي تواجهها، فقد تكون المقاولة ضخمة لكن الصعوبات بسيطة والحلول ممكنة والعكس صحيح.

يقصد بفترة إعداد الحل – فترة الملاحظة كمرحلة انتقالية – الفترة الزمنية الفاصلة بين حكم التسوية القضائية والمدة المحددة لإعداد مخطط التسوية، الذي سيعرض على المحكمة في شكل اقتراح. والذي لا يكمن أن يكون إلا واحدا من ثلاثة حلول، إما استمرارية المقاولة أو تفويتها أو التصفية القضائية.

وتهدف هذه المرحلة، إلى توفير الوقت اللازم والكافي للتفكير في حاضر ومستقبل المقاولة، إتاحة الفرصة لأجهزة المسطرة لإعداد الموازنة الحقيقية، واقتراح الحلول الملائمة القابلة للتطبيق في الوقت المناسب[1].

وتعتبر متابعة نشاط المقاولة من المستجدات التي أتى بها قانون معالجة صعوبات المقاولة، والتي تترتب بقوة القانون بعد إصدار الحكم بالتسوية القضائية، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 571 من مدونة التجارة على أنه:

« يتابع نشاط المقاولة بعد إصدار الحكم بالتسوية القضائية ».

غير أنه، إذا كان متابعة نشاط المقاولة يتسبب في خسائر جسيمة للمقاولة ولا يحقق الغاية المتوخاة منه، والمتمثلة في توفير تمويل للمقاولة والحفاظ على مستوى التشغيل والزبائن، أمكن للمحكمة أن تأمر بإيقاف متابعة النشاط التجاري للمقاولة كليا أو جزئيا استنادا إلى المادة 572 من مدونة التجارة التي تنص على أنه :

«يمكن للمحكمة في أي وقت أن تأمر بتوقيف المقاولة عن نشاكها جزئيا أو كليا».

الفقرة الأولى : استمرار المقاولة في مزاولة نشاطها

إن صدور الحكم بالتسوية القضائية لا يؤثر على مواصلة تسيير المقاولة، بل تستمر هذه الأخيرة في مزاولة نشاطها بكيفية عادية وطبيعية، حتى إيجاد الحل المناسب.

وقد أخضع المشرع المقاولة في هذه المرحلة تحت إشراف دقيق للمحكمة، الأمر الذي يخول لهذه الأخيرة تحديد شكل تسيير المقاولة ومراقبة تسييرها.

1) تحديد شكل تسيير المقاولة :

تملك المحكمة السلطة التقديرية لاختيار الأسلوب الإداري المناسب لتسيير المقاولة في فترة إعداد الحل، مع حق تغييره في أي وقت بغية حسن التدبير واستمرارية الاستغلال. وفي هذا الإطار تعمل المحكمة على اختيار شكل من بين ثلاثة أشكال لتسيير المقاولة في هذه المرحلة، نعالجها تباعا في المسائل الآتية :

المسألة الأولى : إبقاء التسيير بيد رئيس المقاولة مع تكليف السنديك بالمراقبة.

يبقي هذا الشكل سلطة التسيير بيد رئيس المقاولة وحده، يتخذ مختلف القرارات بمحض إرادته، بينما يقتصر دور السنديك على مراقبة التسيير، وخاصة من حيث التزامه أو خروجه على المجرى العادي للأمور، مما قد يؤثر على وضعية المقاولة نحو مزيد من التدهور، فيرفع آنذاك السنديك تقريره إلى المحكمة لكي تتخذ الإجراءات والتدابير الملائمة.

والراجح أن تختار المحكمة هذا الشكل من أشكال التسيير، إذا ثبت لديها أن الصعوبات التي أدت بالمقاولة إلى التوقف عن الدفع لا دخل للمسيرين فيها، وإنما نتجت عن ظروف موضوعية ترجع إلى تقلبات الظرفية الاقتصادية.

ومن إيجابيات هذا الشكل، أنه يجعل المقاولة تستفيد من خبرة مسيريها ومعرفتهم بتقنيات التدبير وعلاقاتهم بالزبناء والممولين، غير أن هذا النظام يلزم رئيس المقاولة باطلاع السنديك على سائر القرارات المتخذة ومدى تنفيذها وتحقيق نتائجها، ليتمكن السنديك بدوره من إخبار المحكمة بمعطيات هذا التسيير في الوقت المناسب[1].

للإطلاع على كيفية تعامل المشرّع الفرنسي مع فترة إعداد الحلّ بين التحديد القانوني والعمل القضائي، أنظر: كريم ايت بلا : " استمرارية المقاولة في إطار التسوية القضائية على ضوء العمل القضائي"، مكتبة دار السلام - الرباط، الطبعة الأولى 2008. ص: 48 وبعدها.

[1]- لم يعد القاضي بهذه المهام الجديدة يحكم بالقانون فقط، وإنّما أصبح يبتّ في النازلة بمقتضى سلطة الملاءمة والتقدير في تبنّي الإختيار الأنسب لوضعية المقاولة التي تعاني من صعوبات. أنظر عبد الحميد أخريف : "الدور القضائي الجديد في القانون المغربي لمعالجة صعوبات المقاولة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2001-2000، ص: 2

والجدير بالذكر، أن هذا الأخير لا يمكن تعيينه من أقارب رئيس المقاولة أو أصهاره إلى غاية الدرجة الرابعة، وطلب استبدال السنديك ينبغي أن يقدم في أول الأمر إلى القاضي المنتدب[2]، لأن هذا الأخير هو المشرف على مراقبة وتتبع أعمال السنديك، وله اتصال مباشر مع رئيس المقاولة وبالتالي يوجد في وضعية تخول له إبداء رأيه بخصوص استبدال السنديك اعتمادا على معطيات ملموسة يتوفر عليها، وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة التجارية حكما قضى بعدم قبول طلب استبدال السنديك لأنه قدم مباشرة إليها[3] ومما جاء فيه :

«وحيث إنه باستقراء المادة 644 من مدونة التجارة يتضح أن طلب استبدال السنديك سواء كان بناء على تشك من الدائن أو المدين يجب أن يقدم في أول الأمر إلى القاضي المنتدب الذي يتقدم بعد ذلك بطلب إلى المحكمة قصد اتخاذ القرار المناسب».

المسألة الثانية: إشراك السنديك في عمليات التسيير

في هذه الحالة، تقرر المحكمة مساعدة رئيس المقاولة في مهام التسيير من طرف السنديك، وتتولى المحكمة التحديد الدقيق لنطاق الصلاحيات التي تشملها المساعدة، لأن الفقرة الثانية من المادة 576 من مدونة التجارة تنص على أن حكم المحكمة يكلف السنديك «بمساعدة رئيس المقاولة في جميع الأعمال التي تخص التسيير أو في بعضها».

ويلزم توخي الدقة في هذا التحديد تفاديا للنزاع حول تداخل الصلاحيات[4].

والغالب أن تقرر المحكمة شمول المساعدة لكل عمليات التسيير، إذا ثبت لديها أسباب تبرر هذا التقليص من صلاحيات رئيس المقاولة كسوء التسيير أو قلة الخبرة.

المسألة الثالثة : إقصاء رئيس المقاولة من عمليات التسيير وإسنادها للسنديك.

هنا تتجلى قوة السلطة التي تملكها المحكمة في مرحلة متابعة نشاط المقاولة خلال الفترة الإعدادية. حيث تصل هذه السلطة إلى حد الإبعاد الكلي أو الجزئي لرئيس المقاولة من ممارسة صلاحياته على رأس مقاولته، ويجعل هذا القرار المقاولة تحت الإشراف غير المباشر للقضاء، حيث يعتبر السنديك المسير الفعلي للمقاولة والممثل الوحيد لرئيس المقاولة. ولا تعمد المحكمة إلى اختيار هذا الأسلوب إلا في حالات صدور الأخطاء الجسيمة من المسير أو حالة عدم الكفاءة التامة من قبله.

وإذا كانت المحكمة تملك صلاحية تحديد شكل تسيير المقاولة، فإنها تملك أيضا صلاحية تغيير هذا الشكل حسب مصلحة المقاولة.

ومن الأسباب التي قد تدعو المحكمة إلى تغيير شكل التسيير، نشوء نزاع بين السنديك ورئيس المقاولة بخصوص الصلاحيات. فبالإضافة إلى حق القاضي المنتدب في التدخل في هذه الحالة للبت في هذا النزاع انطلاقا من دوره الساهر على السير السريع للمسطرة،

---

[1]- يتولى القاضي المنتدب بموازاة مع هذا تحديد الأجور المتعلقة بالأعمال التي يمارسها رئيس المقاولة أو مسيرو الشخص المعنوي، وعند انعدام الأجر يمكن للأشخاص المذكورين سلفا الحصول بالاقتطاع من أصول الشركة، لهم ولعائلتهم، على إعانات يحددها القاضي المنتدب (الفقرة الثانية من المادة 652 من مدونة التجارة).

[2]- اعتمد المغرب مؤسسة "القاضي المنتدب" لأول مرة بموجب ظهير 12 غشت 1913 المكون للقانون التجاري، واستمد المشرع معالمها من القانون الفرنسي النافذ آنذاك (قانون 4 مارس 1889)، ثمّ طوّرها مع مدوّنة التجارة متأثرا بتنظيمها الجديد في القانون الفرنسي. للتوسّع في تفاصيل هذه المؤسسة، يراجع المهدي شبّو: "مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقاولة –دراسة مقارنة-"، المطبعة الوطنية - مراكش، الطبعة الأولى 2006، (أصل هذا الكتاب أطروحة دكتوراه نوقشت بكلّية الحقوق بالدار البيضاء يوم السبت 17 يوليوز 2004).

[3]- حكم رقم 2005/65 الصادر بتاريخ 7 مارس 2005 ملف رقم 2005/25/17 غير منشور.

[4]- يعتبر السنديك المحرك الأساسي لمختلف الإجراءات التي تقتضيها مسطرة المعالجة، الأمر الذي يفرض أن يكون مزودا بخبرة وكفاءة عالية في الميادين الإقتصادية والمالية والقانونية على اعتبار أن قانون صعوبات المقاولة منح لهذا الأخير إختصاصات هامة ومعقدة، أما على مستوى القانون الفرنسي، فإنه عمد إلى إلغاء وظيفة السنديك، وبالمقابل خلق منصبين مستقلين يتعلق الأمر بالمسير القضائي Administrateur judiciaire ووكيل الدولة Mandataire liquidateur وذلك بمقتضى قانون رقم 99.85 بتاريخ 25 يناير 1985 كما تم تعديله بقانون 10 يونيو 1994. للتوسع في هذا المضمار يراجع، عبد الرحيم السلماني :" القضاء التجاري بالمغرب ومساطر معالجة صعوبات المقاولة – دراسة نقدية ومقارنة-"، طوب بريس - الرباط، الطبعة الأولى 2008، ص : 164 وما بعدها.

والبت في الشكاوى المقدمة ضد أعمال السنديك[1]. فإن المحكمة يمكنها التدخل لتغيير شكل التسيير وتحديد صلاحيات السنديك وصلاحيات رئيس المقاولة من جديد.

2) مراقبة تسيير المقاولة:

تتجلى مظاهر هذه الرقابة في تدخل المحكمة للترخيص بقيام السنديك ورئيس المقاولة ببعض التصرفات «المسألة الأولى»، وتدخلها لحل النزاعات المتعلقة بتنفيذ العقود الجارية «المسألة الثانية»، وتدخلها أيضا لحل النزاعات المتعلقة بتمويل المقاولة «المسألة الثالثة».

✓ **المسألة الأولى :** تدخّل المحكمة للترخيص بقيام السنديك ورئيس المقاولة ببعض التصرفات.

أخضع المشرع بعض التصرفات التي قد يقوم بها السنديك ورئيس المقاولة، لضرورة الحصول على إذن مسبق من القاضي المنتدب كيفما كان الشكل الذي اختارته المحكمة لتسيير المقاولة، وهذا يفيد أن القيام بهذه التصرفات لا يمكن أن يتم بدون مراقبة المحكمة (في شخص القاضي المنتدب) وتقديرها لملاءمتها.

✓ **المسألة الثانية :** تدخّل المحكمة لحل النزاعات المتعلقة بتنفيذ العقود الجارية.

العقود الجارية هي العقود التي أبرمها رئيس المقاولة أو مسيرها مع الأغيار في وقت سابق على فتح المسطرة، ولكن آثارها تستمر في السريان حتى بعد حكم فتح المسطرة، ولقد عرفها القضاء الفرنسي بأنها :

« كل عقد يتعلق بتقديم خدمة أو بتوريد أو بتأجير ساري التنفيذ في تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، ولو كان مبنيا على الاعتبار الشخصي للمدين »[2].

ولا يتم تنفيذ هذه العقود بقوة القانون، وإنما أسند المشرع للسنديك صلاحية المطالبة بالاستمرار في تنفيذها في مصلحة المقاولة، ويملك السنديك وحده هذه الصلاحية المطلقة دون حاجة إلى إذن من المحكمة أو من القاضي المنتدب، كما لا يكون في حاجة إلى استشارة رئيس المقاولة[3].

وإذا كان خيار تنفيذ هذه العقود أو عدم تنفيذها يرجع إلى صلاحيات السنديك، فإن النزاعات التي تنشأ بمناسبة إعمال خيار متابعة التنفيذ أو خيار عدم المتابعة، سواء بين السنديك والمتعاقد مع المقاولة أو بين هذا الأخير ورئيس المقاولة. أو بين السنديك ورئيس المقاولة، ترجع إلى صلاحيات المحكمة طبقا لمقتضيات المادة 566 من مدونة التجارة.

وأمام هذه العموميات، فإن القضاء المغربي مدعوٌّ للفصل بين حدود اختصاص المحكمة، واختصاص القاضي المنتدب في ما يرجع للنزاعات المرتبطة بتنفيذ العقود الجارية. ومن النزاعات التي قد تثار بخصوص هذا الموضوع والتي لها تأثير مباشر على الوضعية الاقتصادية للمقاولة وفرص تسويتها، عدم وفاء المقاولة بالتزاماتها الناشئة عن تنفيذ العقود الجارية[4].

---

[1]- المادة 638 من مدونة التجارة: «يسهر القاضي المنتدب على السير السريع للمسطرة وعلى حماية المصالح المتواجدة» و المادة 639 من نفس المدونة : «يبت القاضي المنتدب بمقتضى أوامر في الطلبات والمنازعات والمطالب الداخلة في اختصاصه وكذا الشكاوى المقدمة ضد أعمال السنديك. تودع أوامر القاضي المنتدب بكتابة الضبط فورا».

[2]- عبد الواحد صفوري، المرجع السابق، ص 129.

[3]- المادة 573 من مدونة التجارة وتعتبر مقتضيات هذه المادة من النظام العام، وهي مقتضيات مطلقة تشمل كل العقود الجارية دون استثناء.

[4]- يجب التمييز في هذا الصدد بين حالتين :

الحالة الأولى: الإلتزامات الناشئة قبل حكم فتح المسطرة

يجب على المتعاقد في هذه الحالة، الوفاء بالتزاماته السابقة عن حكم فتح المسطرة رغم عدم وفاء المقاولة بتلك الإلتزامات (إلا أن الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية سواء تعلقت بالعقود الجارية أو بعقود أخرى جديدة، يتم سدادها بالأسبقية على كل الديون الأخرى (أي الديون الناشئة قبل الحكم) سواء كانت مقرونة بامتيازات أو بضمانات أم لا (المادة 575 من مدونة التجارة)، وذلك لاعتبارات التسوية وإنقاذ المقاولة. ولا يجوز للمتعاقد – خلافا للقواعد العامة ولأي شرط تعاقدي – الدفع بعدم التنفيذ أو التمسك بعدم قابلية الالتزام للتجزئة (الفقرة الأخيرة من المادة 573 مدونة التجارة).

ولا يملك الدائن في هذه الحالة، إلا الحق بالتصريح بدينه في قائمة الخصوم، شأنه في ذلك شأن باقي الدائنين (قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 يناير 1974، وقرار أخر لنفس المحكمة بتاريخ 20 يونيو 1977). ويتجلى دور المحكمة هنا في إجبار المتعاقد على مواصلة تنفيذ العقد، لما في ذلك من فائدة لمتابعة نشاط المقاولة، وهو ما يعكس بجلاء الدور الإقتصادي الخلاق الذي يلعبه القضاء التجاري من أجل مقاولة حية ومنتجة.

الحالة الثانية: الالتزامات الناشئة بعد الحكم بفتح المسطرة

الفقرة الثانية: إيقاف نشاط المقاولة

قد لا يكون استمرار نشاط المقاولة أثناء الفترة الإعدادية أمرا مفيدا يساعد على تسوية وضعيتها، مما يجعل المحكمة تأمر بإيقاف نشاط المقاولة كليا أو جزئيا، حتى لا تزداد وضعيتها تدهورا.

وفي هذا السياق، نصت المادة 752 من مدونة التجارة على أنه :

« يمكن للمحكمة في أي وقت أن تأمر بتوقيف المقاولة عن نشاطها جزئيا أو كليا أو النطق بتصفيتها القضائية ».

وإذا كان طلب إيقاف النشاط هذا، يمكن أن يأتي معللا من طرف السنديك، أو من مراقب الدائنين، أو من رئيس المقاولة، فإن الأهم في ذلك هو أن المحكمة تملك أن تتخذ هذا القرار تلقائيا بناء على تقرير من القاضي المنتدب.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق، هو أن الأمر بالتوقيف الجزئي أو الكلي للنشاط، لا يترتب عليه النطق مباشرة أو تلقائيا بالتصفية القضائية.

فالتصفية القضائية ليست أثرا من آثار توقيف النشاط، وإنما هي مسطرة مستقلة يخضع النطق بها للسلطة التقديرية للمحكمة في أي وقت[1].

وعليه، فاختيار المحكمة لإيقاف نشاط المقاولة كليا خلال الفترة الإعدادية لاعتبارات اقتصادية أو مالية أو اجتماعية، لا يرتب بالضرورة إخضاع المقاولة للتصفية القضائية، وإنما قد يكون اختيارا اقتصاديا «تكتيكيا» تتخذه المحكمة لعدم قدرة المقاولة على الاستمرار، وهذا ريثما يتم إعداد الموازنة الشاملة[2] للمقاولة والتوصل بعروض الأغيار واقتراح مخطط الحل.

المطلب الثاني: تحديد المحكمة للحل المناسب لوضعية المقاولة

إذا كانت المحكمة مجبرة على اختيار حل من ثلاثة حلول : اثنين يهدفان إلى إنقاذ المقاولة، والثالث ذي طابع تصفوي، فالصلاحية تبقى لها في اختيار الحل المناسب حسب تقديرها وملاءمتها لوضعية المقاولة، بالرغم من المشاورات الواسعة التي تسبق تهيئ مشروع الحل، ولا شك أن كل حل من هذه الحلول الثلاثة له خصائص ومميزات وآثار متباينة على المقاولة[3]، لذا سنتطرق إلى كل واحد منها بشكل مستقل.

وهي الالتزامات الناشئة نتيجة تنفيذ العقود الجارية، ذلك أنه من حق المتعاقد مع المقاولة المطالبة بتنفيذها في تاريخ استحقاقها، إذا ما اختار السنديك متابعة التنفيذ.

ومن حق المتعاقد أيضا، الدفع بعدم التنفيذ أو المطالبة بالفسخ مع التعويض، وهنا تتدخل المحكمة للبت في هذه المطالبة والتصريح بالفسخ مع التعويض، غير أن المبلغ المحكوم به كتعويض لا يدفع إلى المتعاقد و إنما يدرج في قائمة الخصوم (يرى أستاذنا أحمد شكري السباعي أن هناك تفرقة تحكمية بين الديون الناشئة عن تنفيذ العقود الجارية التي تحظى بالأولوية، وبين التعويض عن الأضرار لعدم متابعة تنفيذ هذه العقود الذي يتوجب أن يدرج في قائمة الخصوم ضمانا للمساواة بين الدائنين. يراجع في ذلك : 'الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها - الجزء الثاني" دار نشر المعرفة – الرباط - الطبعة الأولى 2000. ص: 333).

[1]- أحمد شكري السباعي، المرجع السابق، ص 303 وما بعدها.

[2]- تقرير الموازنة يتخذ طابعا شموليا، بحيث يتناول الأبعاد المالية والاقتصادية والاجتماعية، فبالنسبة للجانب المالي-المحاسبي، فهو يتضمن جملة من المعطيات من ضمنها الإشارة إلى الحسابات السنوية للثلاث أعوام السابقة، الحالة الحقيقية للديون، الأموال التي تتوفر عليها المقاولة، ويكون الجانب المحاسبي سهلا إذا كانت هناك محاسبة ممسوكة بنظام وانتظام وتراقب باستمرار من طرف مراقب الحسابات، أما الجانب الاقتصادي، فيشمل نوع النشاط الذي تمارسه المقاولة، حجم المبيعات، دراسة وضعية السوق، القدرة التنافسية للمقاولة وغيرها من المعطيات، ويحتل الجانب الاجتماعي حيزا هاما في تقرير الموازنة الذي يتعين أن يتضمن إشارة إلى عدد العمال الذين تشغلهم المقاولة ووضعياتهم القانونية وكذا مستوى الأجور إضافة إلى ديون العمال. للمزيد من التفاصيل أنظر عبد الرحيم السلماني، مرجع سابق، ص : 183 وما بعدها.

[3]- تجدر الإشارة إلى أن الآثار المترتبة على الحكم بفتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة نوعان :

* الآثار الداخلية المتمثلة في آثار مسطرة التسوية القضائية على وضعية الاجراء وعلى عقود العمل،

* الآثار الخارجية المتمثلة في آثار مسطرة المعالجة على العقود الجارية و على الدائنين. للتوسع في هذا الصدد، راجع : إشراق الإدريسي :" الآثار المترتبة على الحكم بفتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة"، مجلة القانون المغربي، مطبعة دار السلام-الرباط، العدد 24 شتنبر 2014، ص 133 وما يليها.

الفقرة الأولى : اعتماد المحكمة لمخطط الاستمرارية

إذا تأكد للمحكمة وجود إمكانيات جدية لتسوية وضعية المقاولة وسداد خصومها، فإنها تتبنى مخطط الاستمرارية Le plan de continuation، هذا الأخير يتضمن تدخلين مختلفين : أحدهما إيجابي في مواجهة المقاولة[1]، وذلك باستمرارها في أداء نشاطها مع إدخال التغييرات الضرورية واتخاذ التدابير اللازمة لذلك، وثانيهما سلبي يتمثل أساسا في تنفيذ المقاولة لالتزاماتها بخصوص أداء الديون المستحقة وتصفية خصومها.

- **<u>أولا</u>: حصر مخطط استمرارية المقاولة:**

تعد استمرارية المقاولة من أهم آليات التسوية أو التصحيح الذي تسعى إليه سائر الأطراف من رئيس المقاولة والدائنين والأجهزة القضائية. ولا يمكن للمحكمة أن تقرر استمرارية المقاولة، إلا إذا توفر الشرطان الوردان في الفقرة الأولى من المادة 592 من مدونة التجارة وهما :

1/- أن تتوفر إمكانات جدية لتسوية وضعية المقاولة : وهذا يتطلب من المحكمة القيام بتقويم دقيق للوضعية المالية والقانونية للمقاولة[2]، وتحليل عميق للموازنة ودراسة متأنية للتقرير المقدم من السنديك، دون إغفال الاستفادة من أقوال الأطراف المستمع إليهم.

2/- أن تكون هناك إمكانات جدية لسداد الخصوم : ولهذا الشرط أهمية بالغة في الحكم باستمرارية المقاولة، وذلك حتى لا تكون تسوية وضعية المقاولة على حساب مصلحة الدائنين.

وبمراعاة هذه المعايير، يصبح مخطط الاستمرارية متضمنا لآفاق التمويل الكفيلة بتصحيح وضعية المقاولة، ولطرق تسديد الخصوم، إلى جانب تحديد مناصب الشغل[3] التي سيتم الاحتفاظ بها أو الاستغناء عنها.

- **<u>ثانيا</u> : سداد ديون المقاولة في إطار مخطط الاستمرارية:**

من المعلوم أن تصفية الخصوم في إطار تنفيذ مخطط الاستمرارية، يختلف عن تصفيتها في الأحوال العادية، ذلك أن المخطط غالبا ما يفرض تضحيات من جانب الدائنين والمقاولة على حد سواء، وهو ما من شأنه أن يؤثر بشكل أو بأخر على وضعية كل طرف على حدة، لهذا، سنتطرق أولا إلى وضعية الدائنين خلال تنفيذ مخطط الاستمرارية. وثانيا إلى وضعية المقاولة إبّان تنفيذ هذا المخطط.

أ. وضعية الدائنين خلال تنفيذ مخطط استمرارية المقاولة :

تواجه المقاولة في ظل حصر مخطط الاستمرارية ثلاثة أنواع من الدائنين :

1/- الدائنون الذين نشأت ديونهم قبل فتح مسطرة التسوية القضائية ؛

2/- الدائنون الذين نشأت ديونهم في المرحلة التي تقع بين الحكم الأول بفتح مسطرة التسوية القضائية، والحكم الثاني القاضي بحصر مخطط الاستمرارية ؛

---

[1]- وهنا يبرز دور القضاء التجاري في الحفاظ على التوازن الاجتماعي عند استمرار النشاط الاقتصادي سواء كان ذلك خلال تبني مخطط الاستمرارية أو أثناء اختيار التفويت كحلّ، للتوسع في الموضوع، يراجع :

حياة متوكل :" دور القضاء التجاري في الحماية الاجتماعية عند حصر مخطط الاستمرارية"، مجلة الحقوق مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، العدد 15 (يونيو 2013 يناير 2014)، ص 39-55.

[2]- والحديث هنا يجرنا إلى إبراز الدور المحوري للمراقب أو مراقبو الحسابات عند تعرض المقاولة لبعض الاختلالات التي يمكن أن تحول دون استمرار هده الأخيرة في استغلال نشاطها التجاري (م 546 من مدونة التجارة)، ويتمثل هذا الدور في الذي يكتسيه أهمية بالغة بالمقارنة مع باقي المهام الموكولة إليه قانونا، في تحريكه لمسطرة الوقاية الداخلية انطلاقا من إخبار رئيس المقاولة الذي يكون ملزما بالبحث عن حلول للأزمة، ثمّ إذا لم يستطيع هذا الأخير من إيجاد حلول ناجعة بمفرده أو بمساعدة مجلس الإدارة ومجلس المراقبة، يكون مراقب الحسابات ملزما بإبلاغ رئيس المحكمة للتدخّل كجهاز قضائي خارج عن المقاولة لإيجاد حلول وقائية لفائدة هذه الأخيرة. أنظر في هذا الصدد :

ذة. بنخير :"مراقب الحسابات ودوره في تفعيل مساطر الوقاية من الصعوبات" ورقة عمل قدمت ضمن فعاليات الندوة الجهوية الثامنة المنظمة احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) خلال الفترة الممتدّة من 21 إلى 22 يونيو 2007 بطنجة، ص 53-72.

[3]- للتوسّع في موضوع مظاهر حماية الأجير خلال سير مساطر المعالجة، يراجع :

خالد لعوان :"وضعية الأجراء ضمن مساطر معالجة صعوبات المقاولة –دراسة قانونية على ضوء مقتضيات مدوّنة النجارة ومدوّنة الشغل"، نشرة قرارات محكمة النقض، السلسلة 4، العدد 17 (الغرفة التجارية)، ص 199-201.

3/- الدائنون الذين نشأت ديونهم بعد مخطط الاستمرارية.

بعد حصر أنواع الدائنين، نشير إلى أن تصفية الخصوم أو تسديد الديون تعتبر من أهم آليات مخطط الاستمرارية[1]. فتحث طائلة الفسخ والحكم بالتصفية القضائية، نجد أن الدائنين أدوا فعلا ثمن هذه الصرامة، بمنح رئيس المقاولة أو مسيري الشركة الآجال والتخفيضات الجديدة اللازمة لإنجاز التسوية، وهكذا فبعد حصول السنديك خلال مرحلة الاستشارة الفردية أو الجماعية على موافقة كل دائن صرح بدينه بشأن الآجال والتخفيضات التي يفترضها لضمان تنفيذ مخطط استمرارية المقاولة، وإبلاغ المراقبين بالمقترحات التي يتم التقدم بها من أجل تسديد الديون طبقا لإعدادها تحت مراقبة القاضي المنتدب، يتم عرض الأمر على المحكمة قصد الإشهاد على الآجال، والتخفيضات الممنوحة للدائنين خلال الاستشارة، ويمكن للمحكمة أن تخفض هذه الآجال إن اقتضى الحال ذلك.

ب. وضعية المقاولة خلال تنفيذ مخطط الاستمرارية:

تخضع المقاولة في إطار مخطط الاستمرارية إلى عدة إجراءات صارمة، مما يفرض عليها أن تنفذ التزاماتها وفق الكيفيات والشروط المحددة في هذا المخطط[2]، وإلا يكون مصير هذا المخطط الفسخ من طرف المحكمة التجارية المفتوحة أمامها المسطرة.

الفقرة الثانية: اعتماد المحكمة لمخطط التفويت

إذا تأكد للمحكمة التجارية، أن مسألة استمرارية المقاولة في نشاطها التجاري أصبحت مستحيلة لعدم توفر شروطها وظروفها، يمكن لها أن تختار التفويت لإنقاذ المقاولة من الصعوبات التي تعترضها.

ويعتبر مخطط التفويت الوجه الثاني لمخطط التسوية الذي تخضع له المقاولة في مسطرة المعالجة، وهو مناسبة أخرى لإبراز حجم الصلاحيات الاقتصادية التي تمارسها المحكمة في القانون الجديد لمعالجة صعوبات المقاولة[3].

ويختلف نظام تفويت المقاولة اختلافا جوهريا وجذريا عن نظام استمرار المقاولة، فالأول ينقل ملكية المقاولة من مالكها الأصلي إلى الغير الذي دخل السوق برأسمال جديد، وسيحصل بدون شك بأفكار جديدة وسيطبق خططا مغايرة بغية إنقاذ المقاولة. أما النظام الثاني فيبقي على ملكية المقاولة لصاحبها القديم ولكن في شكل جديد[4].

---

[1]- بتعبير مغاير، فإنه من أقوى التعهدات الناشئة عن حكم حصر مخطط استمرارية المقاولة، الوفاء بالالتزامات المالية التي تقع على عاتق رئيس المقاولة أو المسير، سواء كانت هذه الالتزامات تعاقدية (لكون السنديك يحصل من خلال الاستشارة الفردية أو الجماعية على موافقة كل دائن صرح بدينه بشأن الآجال والتخفيضات التي يطلبها منهم لضمان تنفيذ مخطط استمرارية المقاولة في أحسن الأحوال –المادة 585 من مدونة التجارة-)، أو قضائية (لأن المحكمة تشهد على هذه الآجال والتخفيضات الممنوحة من الدائنين خلال هذه الاستشارة في حكم حصر مخطط الاستمرارية –المادة 598 من مدونة التجارة-).

[2]- من أهم هذه الكيفيات والشروط، نذكر:

1/- يمكن للمحكمة التجارية التي فتحت مسطرة التسوية القضائية، أن تقرر في الحكم الذي يقضي إما بحصر مخطط استمرارية المقاولة الخاضعة لمسطرة المعالجة، وإما بتغيير أهداف ووسائل هذا المخطط، عدم إمكانية تفويت الأموال التي تعتبرها ضرورية في استمرارية هذه المقاولة دون ترخيص منها، وذلك لمدة تحددها هذه المحكمة (المادة 597 من مدونة التجارة).

2/- استنادا إلى المادة 595 من مدونة التجارة، يمكن لمخطط استمرارية المقاولة الخاضعة لمسطرة المعالجة، أن يتضمن التغييرات التي يتعين إدخالها على النظام الأساسي للشركة أو للمجموعة ذات النفع الاقتصادي التي يكون لها غرض تجاري، وذلك كلما كانت هذه التغييرات ضرورية لاستمرارية المقاولة المعنية بالأمر، ويقوم السنديك في هذه الحالة باستدعاء الجمعية المختصة وفق الشكليات المنصوص عليها في النظام الأساسي لأجل إجراء التغييرات التي تضمنها مخطط الاستمرارية.

3/- إذا لم تنفذ المقاولة التزاماتها المحددة في مخطط الاستمرارية، يمكن للمحكمة التجارية المفتوحة أمامها المسطرة أن تقضي تلقائيا أو بطلب من أحد الدائنين، وبعد الاستماع إلى أقوال السنديك، بفسخ هذا المخطط، ووضع المقاولة في حالة التصفية القضائية (الفقرة الأولى من المادة 602 من مدونة التجارة). وتقضي المحكمة بفسخ مخطط الاستمرارية إذا لم تحترم المقاولة جدول الأداءات المنصوص عليها في مخطط الاستمرارية.

[3]- يعتبر مخطط التفويت نوع من النقل القضائي الجبري لملكية المقاولة من مالكها الأصلي إلى مالك جديد، بهدف الحفاظ على النشاط ومناصب الشغل الخاصة به أكثر من الإبقاء على المقاولة بالشكل الذي كانت عليه عند الحكم بفتح المسطرة. أما الدائنون فمصلحتهم في المرتبة الأخيرة، لأن حقوقهم تسدد من ثمن التفويت الذي قد يكون كاف لتغطيتها. مما جعل بعض الفقه الفرنسي يشبه نقل الملكية عن طريق التفويت إذا كان الثمن بخسا بنزع الملكية في القانون الخاص على حساب رئيس المقاولة القديم والدائنين.

[4]- ونظرا لأهمية هذا الحل القانوني والاقتصادي والاجتماعي، فقد حدد المشرع الأهداف التي يرغب في تحقيقها من التفويت طبقا للمادتين 603 و 615 من مدونة التجارة :

- الإبقاء على النشاط الذي من شأنه أن يتخذ شكلا مستقلا ؛

ولكن إذا كانت أهداف التفويت واضحة ولا تثير أي إشكال، فإن السؤال يبقى مطروحا بخصوص كيفية التفويت وأنواعه، والتزامات المفوت إليه والآثار المترتبة عن واقعة التفويت.

فاستناداً إلى المادة 603 من مدونة التجارة، فإن المشرع عمد إلى تعريف التفويت وبيان أغراضه وأهدافه، وهكذا يتعين على المحكمة عندما تقرر اعتماد مخطط تفويت المقاولة أو الشركة التجارية، أن تحدد في الحكم ذاته الذي يحصر هذا المخطط، أهداف ومضامين التفويت والإجراءات الكفيلة بانجاز عملياته، وما إذا كان التفويت كليا أو جزئيا مع نشر إعلان بهذا التفويت في صحيفة مخول لها بنشر الإعلانات القانونية أو في الجريدة الرسمية لمدة معينة. ويتعين على السنديك السهر على تعليق نسخة من هذا الإعلان على اللوحة المعدة لهذا الغرض بالمحكمة، وإعلام المراقبين ورئيس المقاولة بتاريخ تلقى العروض، وغير ذلك من الإجراءات القانونية الكفيلة بإنجاح عمليات التفويت.

كما أنه عند بتّ المحكمة في مسألة اختيار العرض المتعلق بالمجموعة المفوتة، والذي يضمن أطول مدة لاستقرار التشغيل وأداء مستحقات الدائنين، فإنه يتعين ابتداء إبلاغ السنديك بكل عرض داخل الأجل المحدد والذي أعلم به المراقبين.

كما يجب أن يفصل بين تاريخ توصل السنديك بالعرض[1]، وبين الجلسة التي تنظر خلالها المحكمة في مسألة اختيار العرض الأكثر ضمانا، مدة 15 يوما، إذا حصل اتفاق بشأن ذلك بين رئيس المقاولة والسنديك والمراقبين، عند ذلك يمكن تمديد الأجل.

وترفق بالعرض، الوثائق الخاصة بالسنوات المالية الثلاثة الأخيرة للمقاولة، حينما يكون صاحب العرض ملزما بإعدادها، كما يمكن للقاضي المنتدب أن يطلب من صاحب العرض شروحا تكميلية أو إضافية لتتضح الرؤية ويحسن الاختيار، كما يخبر السنديك المراقبين، وممثلي العمال، ورئيس المقاولة بمضمون العروض قصد إبداء ملاحظاتهم بهذا الخصوص.

ويقوم السنديك بعد ذلك بإخبار المراقبين وممثلي العمال بمضمون العروض المقدمة إليه، ثم يعرض على المحكمة جميع العناصر التي تسمح لها بالتأكد من جدية العروض لتتمكن من اختيار العرض الذي يخدم مصالح المقاولة بشكل كبير.

الفقرة الثالثة: اعتماد المحكمة لقرار التصفية القضائية

إذا استنفذت المقاولة جميع سبل المعالجة، بأن أصبحت وضعيتها المالية والاقتصادية مختلة بشكل لا يقبل التصحيح، فإن ذلك يقتضي حتماً إنهاء وجودها وإقبارها من الحياة الاقتصادية عبر نظام التصفية القضائية[2]، ويمكن أن تلجأ إليه المحكمة من تلقاء نفسها، بحيث يسوغ لها أن تقتضي بالتصفية القضائية دون المرور من نظام التصحيح القضائي، إذا كانت المقاولة في وضعية عجز بيّن[3]. وتختلف التصفية القضائية عن التسوية القضائية، في كون هذه الأخيرة لا تغل يد المدين عن إدارة أمواله، فتصرّفاته تكون نافذة في مواجهة الدائنين والأغيار على السواء[4].

- المحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل الخاصة بذلك النشاط ؛
- إبراء ذمة المقاولة من الخصوم ؛
- توزيع ثمن التفويت بين الدائنين حسب مرتبتهم.

[1]- ويجب أن تتضمن العروض البيانات التي نصت عليها المادة 604 من مدونة التجارة وهي :

1/- التوقعات الخاصة بالنشاط والتمويل ؛ 2/- ثمن التفويت وكيفية سداده ؛

3/- تاريخ إنجاز التفويت ؛ 4/- مستوى التشغيل وآفاقه حسب النشاط المعني ؛

5/- الضمانات المقدمة لأجل تنفيذ العرض المقدم؛ 6/- توقعات ببيع الأصول خلال السنتين التاليتين للتفويت.

[2]- وهو يشبه إلى حدّ كبير نظام الطلاق في الإسلام، وقد أكّد المشرع المغربي عدم الترابط أو التلازم بين مسطرة التسوية القضائية ومسطرة التصفية القضائية بصورة مباشرة (الفقرة الأولى من المادة 619 من مدونة التجارة)، وبصورة غير مباشرة (الفقرة الأولى من المادة 568 من نفس المدونة).

[3]- ويعبر عنه بوضعية المقاولة مختلّة بشكل لا رجعة فيه Irrémédiablement compromise، ويقصد بهذا المعيار المادي والإقتصادي، حالة المقاولة العاجزة أو غير القادرة بالمرّة عن الوفاء بالتزاماتها والميؤوس من تصحيحها أو تسويتها.

[4]- للمزيد من الإيضاح حول مسطرة التصفية القضائية في مدونة التجارة الجديدة ومقارنتها بالتصفية القضائية في نظام الإفلاس القديم، يراجع :

أستاذنا الفاضل احمد شكري السباعي : 'الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها - الجزء الثالث" دار نشر المعرفة الرباط - الطبعة الأولى 2000. ص: 7 وما بعدها.

أما التصفية القضائية فهي تغلّ يد المدين، ولا تعطي حق التسيير للمقاولة، ولكن السنديك هو الذي يباشر هذه التصرفات[1]، بحيث يتعين عليه بمجرد الشروع في مهمته – المتمثلة في محاولة بيع أصول الشركة لتصفية خصومها–، أن يطلب من رئيس المقاولة بالقيام بنفسه بجميع الأعمال الضرورية لحماية حقوق المقاولة ضد مدينها، والحفاظ على قدراتها الإنتاجية[2].

أولا: افتتاح مسطرة التصفية القضائية.

تفتح مسطرة التصفية القضائية بصدور حكم قضائي يعتبر نقطة البداية في تنفيذ مخطط التصفية من طرف أجهزة خاصة.

ويصدر الحكم بناء على طلب أو تلقائيا من طرف المحكمة التجارية المختصة، ووفقا لما تنص عليه المادة 561 من مدونة التجارة، فإن إمكانية تقديم طلب فتح مسطرة التصفية القضائية متاحة لكل من رئيس المقاولة، شريطة أن يودع الطلب مرفقا بمجموعة من الوثائق المنصوص عليها في المادة 562 من مدونة التجارة، داخل أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما، تبتدئ من تاريخ التوقف عن الدفع.

كما خول القانون تقديم طلب للدائنين أو أحدهم والسنديك أو أحد المراقبين. غير أنه في هذه الحالة الأخيرة لا يقبل الطلب إلا بناء على تقرير القاضي المنتدب، علاوة على ذلك؛ فإنه إذا تبين للنيابة العامة أن النظام العام الاقتصادي يقتضي تصفية مقاولة معينة، جاز لها أن تطلب من المحكمة فتح مسطرة التصفية القضائية.

إذا كان هذا، كل ما يتعلق بمجموعة الأطراف التي يجوز لها تقديم طلب افتتاح مسطرة التصفية القضائية، فإن الأجهزة الموكول لها أمر تحريك المسطرة تنحصر في القاضي المنتدب، الذي تلقى على عاتقه مهمة السهر على تعجيل مسطرة التصفية القضائية، وعلى حماية المصالح المرتبطة بالمقاولة خاصة حقوق الدائنين، والسنديك الذي يختص بممارسة حقوق المدين طيلة فترة التصفية. كما له وحده حق التصرف باسم الدائنين، والسنديك الذي يختص بممارسة حقوق المدين طيلة فترة التصفية. كما له وحده حق التصرف باسم الدائنين ولفائدتهم[3]، ويتعين عليه أيضا إخبار القاضي المنتدب لسير المسطرة[4]، وإخبار الدائنين واستشارتهم[5]. وقد أوكل القانون للمراقبين دور مساعدة السنديك والقاضي المنتدب في مراقبة تسيير المقاولة، وهم ملزمون بإبلاغ الدائنين الآخرين بكل ما تحقق في كل مرحلة من مراحل المسطرة[6].

ثانيا: عمليات التصفية القضائية

إن صدور حكم بفتح مسطرة التصفية القضائية، هو بمثابة الضوء الأخضر بالنسبة لأجهزة المسطرة للقيام بعمليات التصفية القضائية، ويقصد بتلك العمليات بيع موجودات المقاولة وتوزيعها على أصحاب الحق فيها، وهذا ما يصطلح عليها بيع الأصول لتصفية خصوم المقاولة، و سنفصله فيما يلي:

1 : بيع الأصول لتصفية خصوم المقاولة

إن أولى خطوات التصفية القضائية، تبدأ من مرحلة بيع الأصول إما عن طريق المزايدة العلنية أو بالتراضي بناء على أمر صادر من القاضي المنتدب[7]. ويشمل بيع الأصول : الأموال والحقوق المملوكة للمقاولة، والموجودة وقت صدور حكم افتتاح مسطرة التصفية.

وتشكل الأموال التي تعود إلى ذمة المدين، الضمان المشترك لسائر الدائنين، كما أنه في حالة وجود شركة تضامن بين مجموعة من الشركاء، فإن فتح مسطرة التصفية القضائية قد يؤدي إلى تصفية أموال جميع الشركاء المتضامنين.

وقد منحت المادة 626 من مدونة التجارة للسنديك، وبعد إذن القاضي المنتدب، صلاحية فك الأموال المرهونة من طرف المدين، أو الأشياء المحبوسة وذلك عند أدائه للدين، كما يترتب عن الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية حلول آجال الديون المؤجلة

[1]- الفقرة الثالثة من المادة 619 من مدونة التجارة.

[2]- الفقرة الأولى من المادة 646 من مدونة التجارة.

[3]- المادة 642 من مدونة التجارة.

[4]- المادة 641 من مدونة التجارة.

[5]- المادة 643 من مدونة التجارة.

[6]- المادة 645 من مدونة التجارة.

[7]- المادة 624 من مدونة التجارة.

تطبيقا للمادة 627 من مدونة التجارة، وذلك وفقا لمقتضيات المادة 628 من مدونة التجارة، التي تعطي للدائنين المتوفرين على امتياز خاص أو على رهن حيازي أو رسمي، وكذا للخزينة العامة بالنسبة لديونها الممتازة، ممارسة حق إجراء المتابعات الفردية إذا لم يقم السنديك بتصفية الأموال المثقلة داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية، وذلك شريطة أن يكونوا قد صرحوا بديونهم، وإن لم تقبل بعد. أما ثاني خطوة في مجال التصفية القضائية، فهي تصفية خصوم المقاولة، أو توزيع الناتج من بيع الأصول على مختلف الدائنين.

وتنص المادة 634 من مدون التجارة على أنه :

« يوزع مبلغ الأصول بين جميع الدائنين بالمحاصة مع ديونهم المقبولة بعد خصم مصاريف ونفقات التصفية القضائية، والإعلانات المقدمة لرئيس المقاولة أو مسيريها أو إلى عائلاتهم والمأذون بها من طرف القاضي المنتدب وكذا المبالغ التي تقاضاها الدائنون أصحاب الامتياز».

2 : قفل عمليات التصفية

إن انتهاء عمليات التصفية القضائية تتمّ بحكم من المحكمة المختصة، التي تملك حق قفل مسطرة التصفية القضائية في أي وقت ولو تلقائيا، وبعد الاستماع إلى رئيس المقاولة؛ وبناء على تقرير القاضي المنتدب، وذلك في الأحوال الآتية:

- إذا لم يعد ثمة خصوم واجبة الأداء، أو توفر السنديك على المبالغ الكافية لتغطية ديون الدائنين.
- إذا استحال الاستمرار في القيام بعمليات التصفية القضائية لعدم كفاية الأصول[1].

وفي هذا الصدد، أصدرت المحكمة التجارية بالدار البيضاء حكما قضى بقفل مسطرة التصفية القضائية، ومما جاء فيه :

« وحيث إنه طبقا للمادة 635 من مدونة التجارة؛ يمكن للمحكمة أن تقضى في أي وقت ولو تلقائيا بقفل التصفية القضائية إذا استحال الاستمرار فيها لعدم كفاية الأصول.

وحيث إن الثابت من وثائق الملف؛ أن الشركة المصفى لها لم تعد لها أية أصول، خاصة أن جميع عناصر الأصل التجاري للشركة، المادية منها والمعنوية، قد اندثرت بفعل تآكل البناية لوجودها على جانب البحر، بالإضافة إلى السرقة التي تعرضت لها أصول الشركة، ولا تتوفر على أصول أخرى تمكن السنديك من الاستمرار في القيام بعمليات التصفية.

وحيث إنه بذلك، يتعين القول بقفل التصفية القضائية أعلاه، عملا بمقتضيات المادة 635 من المدونة»[2].

خاتمة :

إن المتبصر في الإجراءات المسطرية التي أحدثها نظام صعوبات المقاولة، يستشفّ التغيير الحاصل في الوظيفة القضائية، فلم يعد دور القضاء يقتصر على فضّ المنازعات بين الأطراف من منظور الخصومة التقليدية، بل أصبح موكولا له اتخاذ قرارات تتعلّق بالتسيير وتدبير المقاولات، ومن ثمّ اختيار الحلول الاقتصادية الملائمة، ولا شك أنّ هذا الدور الجديد فرضته الحاجة الملحّة المتمثلة في ضرورة مساهمة القضاء في التنمية المستدامة، فالمؤسسة القضائية مدعوّة –أكثر من أيّ وقت مضى- إلى مواكبة العصر واستلهام أبعاد عولمة الاقتصاد والتخلّص من سلبيات الماضي، لذلك يمكن القول أن المشرع المغربي حاول جاهدا تجسيد هذه الهواجس في مسطرة صعوبات المقاولة، ويبقى عليه الاجتهاد أكثر في تحسين هذه الإجراءات خصوصا مع وجود مشروع قانون يخص ذلك مطروح للنقاش في هذه الآونة الأخيرة، فهل يمكن الحديث في قانون صعوبات المقاولة عن تأسيس قضاء اقتصادي؟

[1]- المادة 635 من مدونة التجارة.

[2]- حكم رقم 15 الصادر بتاريخ 17يناير 2005 ملف رقم 316-10-2004 غير منشور.

مواقع التواصل الاجتماعي و الحراك السياسي في المغرب
"دراسة ميدانية على عينة من النقابيين المغاربة"

رضوان قطبي

باحث في سلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس(الرباط)

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي-الرباط-

-المغرب-

-المقدمـة:

تزداد أهمية الإنترنت على المستوى الوطني و الدولي يوما بعد يوم مع تنوع استعمالاتها، وازدياد عدد المستخدمين لها، ولا تنحصر أهمية الانترنت في مجال تبادل المعلومات فقط، بل هي تؤدي اليوم أدواراً سياسية واجتماعية واقتصادية وعلمية وثقافية وترفيهية.

وقد ساهمت التطورات المتلاحقة في شبكة الإنترنت في إيجاد شكل جديد من الإعلام، تعددت تصنيفاته ومسمياته لدى المهتمين والمختصين الإعلاميين، الذي أطلقوا عليه الإعلام الجديد، والإعلام البديل، الذي يشمل الشبكات الاجتماعية الافتراضية، والمدونات، والمنتديات الإلكترونية والمجموعات البريدية، وغيرها من الأشكال والأنواع المتعددة.

فقد أصبحت وسائل الإعلام الرقمية والاتصالات عبر الإنترنيت أكثر انتشارا خاصة في حياة الشباب، فهم يتواصلون ويشاركون بالنص مع أصدقائهم من خلال هواتفهم الخلوية، والإنترنيت، ومواقع الشبكات الاجتماعية، ومواقع تبادل ملفات الفيديو.. وصارت هذه التكنولوجيا جزءا من حياة المراهقين والشباب في أقل من عقد من الزمن، ويبدو أن شباب اليوم في عصر يبحثون فيه عن الذات ويناضلون من أجل الاستقلال كما فعل أسلافهم ولكنهم يفعلون ذلك في ظل سياقات الاتصالات والصداقات واللعب والتعبير عن الذات[1]. وتعد مواقع التواصل الاجتماعي من الوسائل الاتصالية الحديثة التي يتواصل من خلالها الملايين من مستخدمي شبكة الأنترنيت لا تفصل بينهم أية عوامل مثل السن أو النوع أو المهنة أو الجنسية، فهؤلاء تجمعهم ميول واهتمامات مشتركة، وهو ما يجعل الشباب أكثر تعرضا لهذه المواقع نظرا لإقبالهم المتزايد على استخدام التكنولوجيا الحديثة المتمثلة في هذه الشبكات أكثر من أي فئة أخرى، وذلك بسبب بعض العوامل النفسية والاجتماعية المتمثلة في رغبة الشباب في إقامة علاقات وصداقات مع الآخرين في مختلف دول العالم[2].

والحقيقة، أن الشبكات الاجتماعية تمثل اليوم أهم ثورة إلكترونية عرفتها البشرية في مجال التواصل الاجتماعي والتفاعل الدائم بين أعضاء البنى الاجتماعية، ليكونوا بناءًا إلكترونيا تفاعليا يحقق لهم أسرع الطرق للتواصل وأبسطها لتلبية حاجاتهم ورغباتهم التي تتراوح بين الحاجة إلى المعرفة والوصول إلى المعلومة الجديدة، الاتصال، الانتماء، الترفيه... إلخ، ويبدو أن من أشهر الشبكات الاجتماعية وأكثرها جماهيرية، هناك الفايسبوك والتويتر، حتى وصل الأمر لاستخدامها كوسيلة سياسية تسهم في الحراك السياسي والاجتماعي لدول العالم[3].

1-أهمية الدراسة :

و أهمية هذه الدراسة تكمن في ندرة الأبحاث والدراسات الأكاديمية التي تناولت الدور الذي لعبته مواقع التواصل الاجتماعي، في حفز المواطنين على المشاركة في فعاليات الحراك السياسي و الجماهيري، وتزداد أهمية هذه الدراسة لكونها تعكس آراء شريحة اجتماعية ممثلة بالنقابيين المغاربة، والذين يأتون في مقدمة الشرائح والاتجاهات والتيارات التي تتصدى للقضايا الوطنية، لا سيما القضايا

[1] علياء سامي عبد الفتاح دور وسائل الاتصال الحديثة في تشكيل العلاقات الاجتماعية لدى الشباب الجامعي، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الإعلام، جامعة القاهرة،2007م.

[2] Boyd, Danah, and Ellison, Nicole, **Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship**, journal of computer mediated communication1, 13 (1),2007,p :26.

[3] Dewdney Andrew and Ride Peter, The new media handbook, London, routeledge, 2006, p: 210.

السياسية والاقتصادية والاجتماعية والحقوقية. كما أن هذه الدراسة من شأنها أن توفر رؤية علمية موضوعية، للوقوف على دور هذه المواقع في الحراك السياسي والجماهيري المغربي، وذلك من خلال توفيرها للنتائج العلمية المتعلقة بهذا الجانب.

2-أهداف الدراسة :

تسعى هذه الدراسة إلى التعرف على طبيعة الدور الذي تقوم به مواقع التواصل الاجتماعي، في حفز المواطنين المغاربة على المشاركة في الحراك السياسي الذي يعرفه المغرب منذ دستور يوليوز2011، كهدف رئيس لهذه الدراسة، وذلك من خلال النقابيين المغاربة في مدينة فاس، كما تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الفرعية التالية :

1- التعرف على مدى مشاركة النقابيين المغاربة واستخدامهم لمواقع التواصل الاجتماعي من عدمها.
2- التعرف على أسباب ودوافع استخدام النقابيين لمواقع التواصل الاجتماعي.
3- التعرف على مدى مشاركة النقابيين فيما يتعلق بالحراك السياسي والجماهيري، من خلال مواقع التواصل الاجتماعي.
4- التعرف على موضوعات الحراك السياسي والجماهيري، التي يشارك بها النقابيون، من خلال مواقع التواصل الاجتماعي.
5- التعرف على الطرق التي يساهم بها النقابيون في موضوعات الحراك السياسي والجماهيري من خلال مواقع التواصل الاجتماعي.

3-مشكلة الدراسة :

لقد وفر ظهور الفيسبوك فتحاً ثوريا نقل الإعلام إلى آفاق غير مسبوقة، وأعطى مستخدميه فرصاً كبرى للتأثير والانتقال عبر الحدود بلا قيود أو رقابة إلا بشكل نسبي محدود. إذ أوجد ظهور وسائل التواصل الاجتماعي قنوات للبث المباشر من جمهورها، في تطور يغير من جوهر النظريات الاتصالية المعروفة، ويوقف احتكار صناعة الرسالة الإعلامية لينقلها إلى مدى أوسع وأكثر شمولية، وبقدرة تأثيرية وتفاعلية لم يتصورها خبراء الاتصال... وأبرز حراك الشباب العربي الذي تمثل بالثورات التي شهدتها بعض الدول العربية قدرة هذا النوع من الإعلام على التأثير في تغيير ملامح المجتمعات، وإعطاء قيمة مضافة في الحياة السياسية، وإنذار لمنافسة الإعلام التقليدي[1]. وفي هذا السياق، يفتح إطار الإعلام المنتشر اليوم فرصا جديدة وعديدة للمشاركة المدنية الفاعلة والفعالة على نطاق أوسع، ويعيد تطور الحركات الاجتماعية عبر الشبكة التي يتمحور تنظيمها حول الأدوات الرقمية ومنصات الإعلام الاجتماعي صياغة المشاركة المدنية ليس فقط في حالة الثورات المدنية والسياسية واسعة النطاق فحسب، بل أيضا على صعيد المشاركة اليومية في المسائل الشخصية والعامة أيضا[2] .

وإذا كان ثمة من فضل أولي يذكر لهذه الشبكات، فيبدو أنه كامن بالأساس في قدرتها الهائلة على ضمان مبدأ ديمقراطية الوصول والنفاذ إلى المعلومات، ثم في قدرتها على تجاوز احتكار المعلومة من لدن الدولة، والمعرفة من لدن النخب "العالمة"، ثم في خاصية المرونة التي تمنحها الطبيعة العلائقية الأفقية لبنيتها التنظيمية، ثم في فسحها للمجال واسعاً أمام الجماهير للإسهام في مناقشة قضايا الشأن العام، إعمالاً لمبدأ أن من يملك المعلومة يملك السلطة، أو جزءًا معتبرًا منها على الأقل. وإذا كان الجيل الأول من هذه الشبكات قد سهل عملية الوصول إلى المعلومات والأخبار، وأتاح للأفراد إمكانيات إنتاج المضامين وبأشكال تعبيرية مختلفة (منتديات حوار، صفحات خاصة، غرف دردشة، مدونات وغيرها)، فإن الجيل الثاني من هذه الشبكات (جيل الفيسبوك وتويتر واليوتيوب تحديدًا) قد أتاح منابر واسعة للنقاش والحوار وتبادل الآراء والأفكار، وحشد الجماهير لمناصرة قضية من القضايا، أو لتكوين رأي عام حول القائم منها، أو لإثارة إشكاليات مجتمعاتية لم تكن وسائل الإعلام والاتصال التقليدية تعيرها الاهتمام الكافي، أو تتبرم منها، أو تمارس الرقابة على من يثيرها ويطرحها للعلن [3].

وهكذا، قام نشطاء الفيسبوك المغاربة بمجموعة من الفعاليات النضالية أبرزها: الحملة الوطنية للمطالبة بإلغاء مهرجان موازين، التنسيقية الوطنية للمطالبة بفتح دور القرآن، شباب مغربي ضد الفساد والاستبداد، مجموعة مقاطعة المنتجات الصهيونية

[1] د. نورة قنيفة، ممارسات الشباب الجامعي للمواطنة الرقمية عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مجلة علوم الإنسان والمجتمع، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد12، نونبر2014، ص: 380.

[2] نفس المرجع، ص:382.

[3] د. يحيى اليحياوي، الشبكات الاجتماعية والمجال العام بالمغرب: مظاهر التحكم والدمقرطة، مركز الجزيرة للدراسات، 08 نونبر2015ص:4.

ومناهضة التطبيع، صفحة القانون الجنائي لن يمر، صفحة لا للمدونة الرقمية، وكذلك صفحة لا للعفو على مغتصب الأطفال؛ فقد نجح نشطاء الفيسبوك على الشبكة وبالاحتجاجات الضخمة بالرباط والدار البيضاء في دفع الملك إلى التراجع عن قرار العفو، بالتزامن مع إعفائه لمندوب إدارة السجون وفتح تحقيق حول تعنيف المتظاهرين المعتصمين بالشوارع لهذه الغاية.

كل هذه المواقع والصفحات إنما تبين اللجوء المتزايد ل "الناشطين الافتراضيين" للشبكات الاجتماعية، إما للتنديد بسلوك مشين، أو الاعتراض على قرار غير سليم، أو التشهير بسياسات بحاجة إلى تقويم[1].

واستناداً إلى ما سبق، فإن مشكلة هذه الدراسة تتحدد في التعرف على طبيعة الدور الذي لعبته مواقع التواصل الاجتماعي، في حفز المواطنين المغاربة والنقابيين منهم على وجه الخصوص، للمشاركة في فعاليات الحراك الجماهيري والسياسي الذي يعرفه المغرب منذ دستور يوليوز2011م.

4-أسئلة الدراسة :

تسعى هذه الدراسة إلى الإجابة عن الأسئلة التالية:

1- ما أسباب ودوافع استخدام النقابيين المغاربة لمواقع التواصل الاجتماعي؟

2- ما أشكال تواصل النقابيين مع الآخرين عبر مواقع التواصل الاجتماعي؟

3- ما مدى مشاركة النقابيين في الحراك الجماهيري والسياسي عبر مواقع التواصل الاجتماعي؟

4-ما الأساليب التي يستخدمها النقابيون في المشاركة بموضوعات الحراك السياسي و الجماهيري عبر مواقع التواصل الاجتماعي؟

5- ما موضوعات الحراك السياسي والجماهيري، التي يشارك بها النقابيون، من خلال مواقع التواصل الاجتماعي ؟

6- ماهي الطرق التي يساهم بها النقابيون في موضوعات الحراك السياسي والجماهيري من خلال مواقع التواصل الاجتماعي؟

7-ما الدور الذي قامت به مواقع التواصل الاجتماعي في الحراك الجماهيري والسياسي بالمغرب بشكل عام من وجهة نظر النقابيين؟

5-فرضية الدراسة:

لقد أحدثت مواقع التواصل الاجتماعي والمواقع الإلكترونية تطوراً كبيراً ليس فقط في تاريخ الإعلام، وإنما في حياة الأفراد على المستوى الشخصي والاجتماعي والسياسي. وجاءت لتشكل عالماً افتراضياً يفتح المجال على مصراعيه للأفراد والتجمعات والتنظيمات بمختلف أنواعها، لإبداء آرائهم ومواقفهم في القضايا والموضوعات التي تهمهم بحرية غير مسبوقة[2]، واستطاعت هذه المواقع أن تمد المواطنين بقنوات جديدة للمشاركة في الأنشطة السياسية، الأمر الذي يجعل من السياسة شأناً عاماً يمارسه معظم أفراد الشعب دون أن يكون مقتصراً على فئات دون أخرى، وذلك لأن هذه المواقع تشجع الأفراد غير الناشطين أو الفاعلين سياسياً على المشاركة في الفعاليات السياسية، وبالتالي التأثير على منظومة صنع القرار. كما أن المعطيات الرسمية تشير إلى أن المواطنين المغاربة يستعملون شبكات التواصل الاجتماعي بشكل كبير في حياتهم اليومية ، وفي هذا الإطار نفترض أن استخدام شبكات التواصل الاجتماعي –خاصة الفيسبوك- للأغراض السياسية في تزايد مستمر، وأن هذه الشبكات ساهمت في حفز المواطنين المغاربة والنقابيين منهم على وجه الخصوص، على لمشاركة في فعاليات الحراك الجماهيري والسياسي الذي يعرفه المغرب منذ دستور يوليوز2011م.

6-الدراسات السابقة:

1- **دراسة عبد الرحمن امسيدر، فتح الله الدغمي وفريد التومي(2012)**, وعنوانها " الحراك الاجتماعي في زمن شبكات التواصل الاجتماعي: المغرب نموذجا ". وهدفت الدراسة إلى معرفة دور شبكات التواصل الاجتماعي في الحراك السياسي والاجتماعي بالمغرب سنة2011م، وحاولت الإجابة عن السؤالين التاليين: هل تشكل شبكات التواصل الاجتماعي عاملا موجها في دينامية الحراك السياسي والاجتماعي؟ وهل يمكن الحديث عن حراك سياسي إلكتروني؟. وقد وظفت الدراسة المنهج الوصفي, وأداة الاستمارة، أما العينة فقد تكونت في المرحلة الأولى من 127 طالب وطالبة ينتمون لجامعة ابن زهر, وقد أجري البحث الميداني

[1] المرجع نفسه، ص ص:13-14.

2حسن، أشرف جلال (2009)، أثر شبكات العلاقات الاجتماعية التفاعلية بالإنترنت ورسائل الفضائيات على العلاقات الاجتماعية والاتصالية للأسرة المصرية والقطرية، المؤتمر العلمي الأول "الأسرة والإعلام وتحديات العصر"، الجزء الثاني، فبراير، كلية الإعلام، جامعة القاهرة، ص :478 – 479.

بخصوص هذه العينة نهاية شهر ماي2012 تزامنا مع ديناميكية حركة 20فبراير. وفي المرحلة الثانية ضمت عينة البحث 500 مفردة تنتمي للمجال الحضري بمدينة أكادير, و قد أجري البحث في شهر يناير2012م. وخلصت الدراسة إلى جملة من النتائج أهمها:

- أن غالبية مستخدمي الأنترنت ضلوا متابعين فقط للتعبئة السياسية التي مثلتها حركة 20 فبراير ولم يكونوا جزءا منها.
- أن غالبية المبحوثين يتعاملون مع شبكات التواصل الاجتماعي كأدوات للترفيه والتعارف وبناء الصداقات.
- -أن مساهمة شبكات التواصل الاجتماعي في التعبئة السياسية والاجتماعية بالمغرب تبقى محدودة ومتواضعة[1].

2- **دراسة يحيى اليحياوي**(2015) بعنوان" الشبكات الاجتماعية والمجال العام بالمغرب: مظاهر التَّحكُّم والدَّمَقْرَطَة "، وهدفت هذه الدراسة إلى مساءلة وظيفة ودور شبكات التواصل الاجتماعي بالمغرب وأثرها على حركيَّة المجال العام في ضوء تجربة 20 فبراير/شباط 2011. وخلصت الدراسة إلى جملة من النتائج أبرزها :

- أن الشبكات الاجتماعية قد أسهمت حقًّا وحقيقة في تأسيس مفاصل المجال العام بالمغرب، ليس فقط بخصوص فضاء النقاش والحوار الذي فتحته أمام الجمهور، ولكن أيضًا كونها فسحت لهذا الأخير سبل الإسهام غير المباشر في اتخاذ القرار، ولعل تجربة 20 فبراير/شباط وما تلاها، خير نموذج على ذلك.

- أن شبكات التواصل الاجتماعي بالمغرب لم تُسهم فقط في إعادة تشكيل المجال العام كما عهدناه من قبل، بل أسهمت أيضًا في توسيع نطاقه، وتمديد فضاء فعله وتفاعله. ومن ثم، فالمجال العام الواقعي لم يعد محصورًا في الأطر الجغرافية أو السياسية أو الثقافية التي كانت ترسم حدوده، بل بات له رافد معتبر (إضافي يقول البعض) على الشبكات، يطول من خلاله جمهورًا ذا هوية افتراضية خالصة، وليس لبعض منه أدنى فكرة عما هو المجال العام المادي.

- ليس من الدقة كثيرًا الادعاء بأن شبكات التواصل الاجتماعي هي وسيط كباقي الوسائط (لاسيما التقليدية منها)؛ إنه كذلك في جزء منه، لكنه أيضًا فاعل مركزي وأساس، إذا لم يكن على مستوى الفعل المباشر، فعلى الأقل باعتباره بيئة تُسهّل التفاعل من خلال تعبئة الرأي العام .

- صحيح أن دور هذه الشبكات أساسيٌّ ومحوريٌّ في إعادة بناء رأي عام، مرتكز وقائم على توافر مجال عام، لكن ذلك لا يكفي في حدِّ ذاته، إذا لم يتم خلق جسور تصريف القرارات والمداولات بين هذا المجال الافتراضي والمجال العام على أرض الواقع[2].

3- **دراسة محمود عبد القوي(2009)**, وعنوانها "دور الإعلام البديل في تفعيل المشاركة السياسية لدى الشباب: دراسة تطبيقية على الشبكات الاجتماعية". هدفت هذه الدراسة إلى التعرف, على دوافع استخدام الشباب للشبكات الاجتماعية الافتراضية, و دور هذه الشبكات في تنمية الوعي السياسي لدى الشباب وتشكيل اتجاهاتهم نحو المشاركة السياسية, باستخدام المنهجين الوصفي والمقارن, على عينة من الشباب قوامها (370) مفردة من طلاب جامعة المنيا وعلى موقع الفيس بوك. وأوضحت الدراسة أن نسبة الذين يستخدمون شبكة "الفيس بوك" لأغراض سياسية بلغت7.50% , ولم تكن هناك أية فروق ذات دلالة إحصائية بين الذكور والإناث، وأظهرت أيضا أن تعددية الآراء ومناقشة القضايا السياسية كانت على درجة كبيرة من الحرية على الفيس بوك، وأن إتاحة الفرصة للتعليق وإبداء الرأي في القضايا المثارة, ساعد على جذب انتباه الشباب نحو المضامين السياسية المثارة على الفيس بوك دون تمييز بين الذكور والإناث. وفي الأخير توصلت الدراسة إلى وجود علاقة ارتباطية بين استخدام الشباب للفيسبوك لأغراض سياسية واتجاه الشباب نحو المشاركة السياسية, ويتضح من ذلك أهمية الدور الذي يقوم به موقع التواصل الاجتماعي الفيس بوك في تشكيل اتجاه الشباب نحو المشاركة السياسية[3].

---

[1] Abderrahmane AMSIDDER, Fathallah DAGHMI,Farid TOUMI,ESSACHESS.Journal for communication studies,vol5,no.1(19)/2012 151-161 version française (essachress.com).

[2] د. يحيى اليحياوي ، مرجع سابق.

[3] محمود عبد القوي " دور الإعلام البديل في تفعيل المشاركة السياسية لدى الشباب. دراسة تطبيقية على الشبكات الاجتماعية الافتراضية"، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر العلمي الخامس عشر "الإعلام والإصلاح. الواقع والتحديات"، القاهرة، جامعة القاهرة، كلية الإعلام، الجزء الثاني، 2009 م.

4 - دراسة سحر خميس وجولد وكاترن فون(2012), بعنوان " ما وراء ثورة الفيس بوك في مصر وانتفاضة يوتيوب : مقارنة السياق السياسي واستراتيجيات الاتصال". استخدمت هذه الدراسة المنهج الوصفي. وهدفت إلى وصف كيفية استخدام النشطاء السياسيين لأشكال الاتصال الجديدة خاصة الرقمية, ووسائل التواصل الاجتماعي مثل: تويتر وفي سبوك ومواقع تبادل الفيديو كأدوات لتسليط الضوء على انتهاكات النظم السياسية ضد مواطنها. وتشجيع صحافة المواطن وتشكيل الرأي العام وتنظيم وتعبئة المواطنين, كما اهتمت الدراسة بالكيفية التي تم بها التكامل بين النشطاء الإلكترونيين والنشطاء على أرض الواقع. وخلصت الدراسة إلى مجموعة من الخلاصات على النحو التالي: حيث تشير النتائج في هذه الدراسة إلى أن التكنولوجيا لا تسبب التغيير السياسي, ولكنها تقدم وتوفر قدرات جديدة. بعبارة أخرى, فإن الجهات النشيطة والفاعلة على المستوى السياسي هي التي تسبب التغيير السياسي الحقيقي حيث كانت إرادة الشعوب العربية وتصميمها على تحقق التغيير في بلادها الدافع القوي والرئيس وراء الثورات العربية. وتعززت هذه الإرادة بواسطة انتشار وسائل الإعلام والتي كانت بمثابة الحافز لعملية التعبئة والحشد للعمل السياسي على أرض الواقع[1].

5-دراسة جوزيف غراف (2006), وعنوانها " الجمهور على المدونات السياسية ". سعت الدراسة للبحث في سمات وخصائص زائري المدونات من خلال دراسة ميدانية على عينة عشوائية من متصفحي الإنترنت بالاعتماد على المنهج الوصفي وتقنية الاستمارة. وتوصلت الدراسة إلى عدة نتائج منها :على الرغم من إطلاع نسبة عالية من مستخدمي الشبكة الدولية على المدونات ، غير أن نسبة ضئيلة (9% ممن شملهم المسح) هم من يطلعون بصورة يومية أو شبه يومية ،وقد حدد هؤلاء الأشخاص الذين يرتادون المدونات يوميًا أسباب اطلاعهم عليها باعتبارها مصدرًا للمعلومات ووسيلة إعلام بديلة لوسائل الإعلام التي عبروا عن ازدرائهم لها، كما أنهم اعتبروا المدونات مصدرًا للمعلومات، ثم أداة للتغيير السياسي ، ثم وسيلة للتسلية إنهم يطلعون على المدونات الأكثر شهرة ، حيث تركزت تفصيلاتهم في عدد قليل من المدونات إنهم يعتبرون أنفسهم جزءً من الطيف السياسي, ويميلون لاتخاذ مواقف إزاء القضايا الاجتماعية إنهم يندمجون بقوة في السياسة ويميلون للاستجابة لدعوات المدونين للمشاركة السياسية ، إذ يتبادلون الأخبار السياسية ، ويوقعون على العرائض ، ويراسلون السياسيين[2].

7-تعليق الباحث على الدراسات السابقة:

لقد انحصر اهتمام الدراسات السابقة- وبخاصة العربية منها- على دراسة شبكات التواصل الاجتماعي ودورها في إمداد الشباب بالمعلومات السياسية، والمشاركات الاجتماعية، والمشاركة في الاحتجاجات والثورات، في حين لم تتطرق أية دراسة سابقة في المغرب- في حدود علم الباحث- إلى دور شبكات التواصل الاجتماعي في الحراك السياسي والجماهيري لدى النقابيين. كما ساعدت الدراسات السابقة الباحث على صياغة المشكلة البحثية، وتحديد الأداة البحثية المناسبة وكيفية بنائها؛ بما يحقق أهداف الدراسة، ويجيب على تساؤلاتها، وأيضًا في وضع استمارة الاستبيان، بالإضافة إلى الوقوف على النقاط التي لم تتناولها الدراسات السابقة، حتى تتمكن الدراسة من تقديم قيمة علمية مضافة للوسط الأكاديمي والعلمي.

8-مفاهيم الدراسة :

***مواقع التواصل الاجتماعي:** شبكات اجتماعية تفاعلية تتيح التواصل لمستخدمها في أي وقت، ومن أي مكان، وقد ظهرت على شبكة الإنترنت منذ سنوات قليلة وغيرت في مفهوم التواصل والتقارب بين الشعوب، واكتسبت اسمها الاجتماعي من كونها تفرز العلاقات بين أبناء المجتمع الإنساني، وتعدت في الآونة الأخيرة وظيفتها الاجتماعية لتصبح

[1] Sahar khamis,Paul B(2012),Gold and Katherine Vaughn,Beyond Egypts 'Face book Revolution 'and Syria's" youtubeUprising"comparing Political contexts, Actors and communication strategies, Arab Media society,No:15.

[2] Joseph Graf (2007). The Audience for Political Blogs " Institute for Politics ,Democracy & the internet, The George Washington University October 2006 ,

Available at http://www.Knightdigitalmediacentre.Org/resources/Pdf/2007 Election08-The20% Audience 20% for20%political20%Blogs.pdf.

وسيلة من وسائل النضال السياسي السلمي والحضاري، وأصبحت بمثابة سلاح قادر على المساهمة في التغيير السياسي ونشر قيم الديمقراطية وترسيخ فلسفة حقوق الإنسان، وأبرز تلك المواقع الاجتماعية: (الفيس بوك، تويتر، يوتيوب).

***الحراك السياسي:** ويقصد به جميع الفعاليات النضالية التي نظمها المواطنون المغاربة منذ بدأ العمل بدستور يوليوز (2011)، والتي تشتمل على المسيرات الاحتجاجية والتضامنية والوقفات الاحتجاجية وإصدار البيانات التضامنية والتنديدية والتعليق على القضايا والأحداث السياسية الوطنية والإقليمية والدولية .

***النقابيون المغاربة:** ويقصد بهم الأعضاء النشطون في النقابات المهنية المغربية.

I-الإطار النظري للدراسة:

تستند الدراسة على الأطر النظرية التالية :

1- نظرية الاستخدامات والإشباعات:

وتعد هذه النظرية نقطة تحول مهمة في تاريخ الإعلام عموما والإعلام السياسي خصوصا، حيث تحول التساؤل الرئيس من: ماذا تفعل وسائل الإعلام بالجمهور؟ إلى: ماذا يفعل الجمهور بوسائل الإعلام؟ ويقوم هذا المدخل على مقولة رئيسة، هي: إن الجمهور يختار وسيلة إعلامية معينة، أو رسائل إعلامية معينة لإشباع حاجة معينة لديه[1]. ويعد ذلك تحولاً عن الآراء التي سبقتها بشأن الدور الذي يقوم به الجمهور في عملية الاتصال، حيث كان الاعتقاد السائد هو أن الجمهور ليس سوى متلق سلبي للرسائل التي تبثها أو تنشرها وسائل الإعلام.

-ماهية الاستخدامات والإشباعات:

يعرف مدخل الاستخدامات والإشباعات بأنه مدخل يوضح و يفسر الدور الحقيقي للجمهور في العملية الاتصالية، وذلك من خلال النظرة إليه على أنه جمهور نشط، ويتمثل نشاطه قبل وبعد وأثناء التعرض؛ حيث يختار الجمهور- قبل التعرض– المحتوى الذى يفي بحاجاته، ويحقق له إشباعات معينة، وأثناء التعرض فإن الجمهور يهتم برسائل معينة ويدركها، ويميز بين ما هو مهم وما هو أقل أهمية، وبعد التعرض فإن الجمهور ينتقي استرجاع المعلومات التي تعرض له, وبمعنى آخر فإن الجمهور له غاية محددة من تعرضه لوسائل الإعلام، ويسعى إلى تحقيق هذه الغاية من خلال التعرض الاختياري الذى تمليه عليه حاجاته ورغباته[2].

-عناصر نظرية الاستخدامات والإشباعات:

1- **الجمهور النشط:** ويقصد به أن أفراد الجمهور لديهم نشاط وإيجابية في استقبال الرسالة وليسوا مجرد مستقبلين سلبيين لوسائل الإعلام، وأصبحوا يتعرضون لهذه الوسائل بما يشبع احتياجاتهم ورغباتهم من وسائل الإعلام.

2- **الأصول الاجتماعية والنفسية لاستخدامات وسائل الإعلام.**

3- **حاجات ودوافع تعرض الجمهور لوسائل الإعلام: وتنقسم إلى قسمين:**

أولًا: دوافع نفعية: وهى تستهدف التعرف إلى الذات، واكتساب المعارف والمعلومات والخبرات، وجميع أشكال التعلم بوجه عام، وتعكسها نشرات الأخبار والبرامج التعليمية والثقافية.

ثانيًا: دوافع طقوسية:وهى تستهدف إضاعة الوقت، والاسترخاء، والصداقة، والألفة مع الوسيلة، والهروب من المشكلات، وتنعكس هذه الفئة في البرامج الترفيهية، مثل المسلسلات، والأفلام، والمنوعات، وبرامج الترفيه المختلفة[3].

*إشباعات وسائل الإعلام، وتنقسم إلى:

[1] عبد الصادق حسن عبد الصادق، "تأثير استخدام الشباب الجامعي في الجامعات الخاصة البحرينية لمواقع التواصل الاجتماعي على استخدامهم وسائل الاتصال التقليدية"، المجلة الأردنية للعلوم الاجتماعية، المجلد7، العدد1،2014، ص:35.

[2] محمد بن سعود البشر، مقدمة في الاتصال السياسي، الرياض: مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية،1429هـ،ص: 47.

[3] عماد مكاوي، وليلى السيد، الاتصال ونظرياته المعاصرة ،الطبعة الأولى، القاهرة، الدار المصرية اللبنانية،1998، ص:247.

أولاً: إشباعات المحتوى، وتحتوي على نوعين من الإشباعات:

أ: إشباعات توجيهية: وتتمثل في الحصول على معلومات، وتأكيد الذات ومراقبة البيئة، وهى إشباعات ترتبط بكثرة التعرض والاهتمام بالوسائل والاعتماد عليها.

ب: إشباعات اجتماعية: ويقصد بها ربط المعلومات التي يحصل عليها الفرد بشبكة علاقاته الاجتماعية؛ حيث يستخدم أفراد الجمهور وسائل الإعلام لتحقيق نوع من الاتصال بينهم وبين أصدقائهم وأسرهم، من خلال تحقيق إشباعات مثل إيجاد موضوعات للحديث مع الآخرين، والقدرة على إدارة النقاش والتمكن المعرفي، والقدرة على فهم الواقع، والتعامل مع المشكلات.

ثانيا: إشباعات عملية الاتصال : وتنقسم هي الأخرى إلى نوعين:

أ: إشباعات شبه توجيهية : وتتحقق من خلال تخفيف الإحساس بالتوتر والدفاع عن الذات، وتنعكس في مواضيع التسلية والترفيه والإثارة.

ب: إشباعات شبه اجتماعية : وتتحقق من خلال التوحد مع شخصيات وسائل الإعلام، وتزداد هذه الإشباعات مع ضعف علاقات الفرد الاجتماعية، وزيادة إحساسه بالعزلة، مثل تحرير الخيال، واستثارة العواطف، والتخلص من الشعور بالملل والضيق، والتخلص من الشعور بالوحدة والعزلة، والتوحد أو الاندماج مع الشخصيات.

2-الأنترنيت وآفاق المشاركة السياسية :

تعرف المشاركة السياسية، حسب علماء السياسة، بكونها كل الأنشطة الإدارية التي يقوم بها المواطن بهدف التأثير في القرارات والسياسات التي يتخذها المسؤولون، وتشمل هذه الأنشطة التصويت ومتابعة الأمور السياسية والدخول مع الغير في مناقشات سياسية وحضور ندوات ومؤتمرات عامة أو المشاركة في الحملة الانتخابية بالمال والدعاية، والانضمام على جماعات المصالح والانخراط في عضوية الأحزاب والاتصال بالمسؤولية والترشيح للمناصب العامة وتقلد المناصب السياسية كما تتضمن أساليب التظاهر والإضراب والاحتجاج[1]. غير أن هذه المشاركة لم تعد مقتصرة على الأساليب التقليدية فقط، "فقد أثار ظهور الانترنيت على الساحة السياسية تحولات عميقة على مستوى المفاهيم التقليدية المؤسسة للسياسة فكرا وفعلا، كالسيادة الشعبية، و الديمقراطية المباشرة،و المساواة والمواطن الكوني والتصويت الإلكتروني والتفاعلية[2]"، والنضال والاحتجاج والتظاهر.

فالأنترنت أصبح أحد المصادر المهمة لدى الشباب للحصول على المعلومات السياسية. فقد انتشرت المواقع الالكترونية التي تقدم المعلومات السياسية على الانترنت، وسعت الحكومات والأحزاب ومؤسسات المجتمع ومراكز الأبحاث بل والافراد لإنشاء مواقع الكترونية تقدم المعلومات لمستخدمي الأنترنت، كما سعت وسائل الإعلام التقليدية إلى تقديم خدماتها الإخبارية على شبكة الانترنت[3].

ويستخدم الأنترنت أيضا كأداة للتعبئة السياسية للشباب وتسهيل جهود تجميعهم وتنظيمهم لتحقيق هدف سياسي معين مثل تحفيز الشباب للتسجيل في قوائم الناخبين، أو المشاركة في مشروعات الخدمة العامة، أو تنظيم حملات تأخذ شكل التأييد أو الاحتجاج على سياسات أو تصرفات معينة. كما يستخدم الأنترنت في تعبئة الشباب في العديد من القضايا المتعلقة بالحريات والحقوق العامة[4]. وقد برز استخدام الانترنت كأداة لتعبئة الشباب في الانتخابات الأمريكية الأخيرة، حتى وصل الأمر بالبعض إلى الاعتقاد مجازا أنه لولا الانترنت ما كان لأوباما أن يصل إلى البيت الأبيض حيث استطاع أن يسخر الانترنت للتواصل والحوار مع الشباب، وإقناعهم بأهمية مشاركتهم في الانتخابات وقدرتهم في إحداث التغيير[5].

---

[1]-عليوة منى محمود : المشاركة السياسية – موسوعة الشباب السياسية، مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية بمؤسسة الأهرام القاهرة 2000 ص :5

[2]- عبد الناصر فتح الله، صفقوا الخطبة الزعيم ، الاتصال السياسي في المغرب ، الرباط مطابع أمبريال ،2002،ص :80

[3]أحمد سعيد تاج الدين الشباب والمشاركة السياسية، الهيئة العامة للاستعلامات، القاهرة،2010، ص: 35-36.

[4]نفس المرجع،ص:37.

[5] نفس المرجع،ص: 37.

والواقع، أن الأنترنت يعد من أبرز المستحدثات التكنولوجية ووسائل الإعلام الجديد في عالم الثورة المعلومات، حتى أصبحت أسلوبا للتعامل اليومي ونمطا للتبادل المعرفي كما أن الانتشار السريع لهذه الشبكة جعلها من أهم معالم العصر الحديث، لما أحدثته من آثار عميقة وتغيرات جذرية في أساليب وأشكال التواصل والاتصال المباشر وغير المباشر[1].

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من الباحثين أكدوا ابتداء من سنوات السبعينات أن تكنولوجيا الإعلام والاتصال تدعم الديمقراطية بشكل إيجابي، كما شدد آخرون خلال سنوات الثمانينيات على دورها في دفع الأنظمة الديمقراطية نحو مزيد من التداول والمشاركة المباشرة للمواطنين في الحياة السياسية، وهكذا في إطار أزمة الدمقراطية التمثيلية التي تعرفها المجتمعات الغربية، ومع انتشار الانترنت وازياد استعمالها وسهولة الوصول إليها، ارتفعت التوقعات الجديدة التي تشير إلى أن الإعلام الجديد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال الجديدة تقدم وسيلة للتواصل يمكن الوثوق بها تضمن قدرات تخزين للمعلومات، وتقلل من تكاليف عمليات الاتصال، وبالتالي يمكن أن تساهم في فعالية المسار السياسي والأداء الحكومي[2]. وخير شاهد على ذلك، ما وقع في إسبانيا سنة 2004، فقد مثلت المظاهرات التي عرفتها إسبانيا في 13 مارس 2004، عقب تفجيرات مدريد الإرهابية تحديا مهما للبحث في ميدان التواصل السياسي، حيث تم اللجوء لأول مرة في إسبانيا، إلى تكنولوجيا الاتصال (الأنترنت) من أجل تنظيم العصيان المدني السلمي ومطالبة الحكومة بكشف الحقيقة[3].

II-الإطار الميداني:

1-الجوانب المنهجية:

- **-نوع الدراسة ومنهجها :**

تعد هذه الدراسة من الدراسات الوصفية، التي تقوم على رصد ومتابعة دقيقة لظاهرة أو حدث بطريقة كمية أو نوعية في فترة زمنية [4]، ومن ثم تحليلها وتفسيرها وصولاً إلى حقائق دقيقة، كما تعتمد هذه الدراسة على المنهج الكمي.

- **مجتمع الدراسة وعينتها :**

تكوّن مجتمع الدراسة من النقابيين المغاربة في مدينة فاس، على اعتبار أن هذه الشريحة الاجتماعية المغربية، تهتم بالشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية المحلية وتتفاعل مع القضايا الوطنية والاقليمية و الدولية. وقد تشكلت العينة من 300 مفردة من النقابيين الذين ينتمون للنقابات الخمس الأكثر تمثيلية حسب انتخابات ممثلي المأجورين الأخيرة (2015) بواقع 60 مفردة لكل نقابة (**الاتحاد المغربي للشغل ، الكنفدرالية الديمقراطية للشغل، الاتحاد العام للشغالين بالمغرب ،الاتحاد الوطني للشغل بالمغرب، و الفدرالية الديموقراطية للشغل)**. وتشكل الإناث حوالي 100/20 من عينة الدراسة انسجاما مع النتائج الأخيرة لهيئة المأجورين. كما روعي في اختيار أفراد العينة الانتماء النقابي منذ 2011م.

- **حدود الدراسة: تمثلت حدود الدراسة الحالية فيما يلي:**

. **الحدود الموضوعية:** حيث تقتصر الحدود الموضوعية للدراسة على الموضوعات والقضايا التي تعالجها الدراسة، وهي استخدام مواقع الشبكات الاجتماعية، وعلاقته بتحفيز النقابيين المغاربة على المشاركة في الحراك السياسي والجماهيري الذي يعرفه المغرب منذ 2011م.

---

[1] عزة مصطفى الكحكي، استخدام الانترنت وعلاقته بالوحدة النفسية وبعض العوامل الشخصية لدى عينة من الجمهور بدولة قطر،، أبحاث المؤتمر الدولي الإعلام الجديد: تكنولوجيا جديدة، لعالم جديد، جامعة البحرين 7-9 أبريل 2009،ص 268.

[2] -محمد بنهلال، الإعلام الجديد ورهان تطوير الممارسة السياسية : تحليل لأهم النظريات والاتجاهات العالمية والعربية، مؤلف جماعي " الإعلام وتشكيل الرأي العام وصناعة القيم " مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة كتب المستقبل، العدد69، ط1 ، بيروت ، نونبر، 2013 ، ص : 18.

[3] -Oscar Garcia Lnengo, « E. Activism ; new Ledia and Politica Participation in Europe, » Confimes (2-4 August- Decembre 2006) ; p :59.

[4] عليان، ربحي مصطفى وغنيم، محمد عثمان ، مناهج وأساليب البحث العلمي، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان،2000،ص: 43.

. **الحدود الزمنية:** وتمثلت في الفترة 2016/03/01 إلى 2016/03/31. (المدى الزمني لتطبيق استمارة الاستبيان).

- **أدوات جمع البيانات: تم جمع بيانات الدراسة الحالية من خلال أداة الاستبيان.**

حيث أن الاستبيان قادر على استثارة الأفراد المبحوثين بطريقة منهجية للحصول منهم على أفكار وآراء معينة في إطار البيانات المرتبطة بموضوع البحث وأهدافه.

- **إجراءات تطبيق الاستبيان:**

- اختار الباحث الطريقة العشوائية غير المنتظمة من بين النقابيين المغاربة لمدينة فاس.
- وضع الباحث في الاعتبار أن يكون تطبيق الاستبيان على عدد يزيد عن الأعداد المطلوبة بنسبة (15%) احتياطيًّا؛ لاحتمال وجود استمارات غير صحيحة فيمكن استبعادها.
- وزع الباحث الاستبيانات، وأوضح للمبحوثين تعليمات الإجابة على كل جزء من أجزائه.
- تم التطبيق في الفترة من 2016/03/01 وحتى 2016/03/31.

ويوضح الجدول رقم (1) كيفية توزيع مفردات العينة

توزيع عينة الدراسة

النقابة	الذكور	الإناث
الاتحاد المغربي للشغل	48	12
الكنفدرالية الديمقراطية للشغل	48	12
الاتحاد العام للشغالين بالمغرب	48	12
الاتحاد الوطني للشغل بالمغرب	48	12
الفدرالية الديموقراطية للشغل	48	12
المجموع	**240**	**60**

- **<u>أداة الدراسة :</u>**

اعتمد الباحث على الاستمارة كأداة أساسية لجمع المعلومات من أفراد العينة، الذين يمثلون النقابيين في مدينة فاس، على اعتبار أن هذه الأداة توفر قدراً جيداً من الموضوعية العلمية بعيداً عن التحيز.

<u>2-تحليل النتائج وتفسيرها:</u>

جدول رقم (2)

توصيف مجتمع الدراسة

البدائل والتكرارات / المتغير	البدائل	ك	%
الجنس	ذكر	240	80
	أنثى	60	20
	المجموع	**300**	**100**
السن	25 سنة فأقل	36	12
	26 – 35 عاما	64	21.33
	36 – 45 عاما	60	20.00
	46 عاما فأكثر	140	46.66
	المجموع	**300**	**100**
الانتماء الحزبي	منتمٍ حزبياً	92	30.66

	غير منتمٍ	208	69.33
	المجمـوع	**300**	**100**
جهة العمل	قطاع عام أو شبه عام	163	54.33
	قطاع خاص	137	45.66
	المجمـوع	**300**	**100**

تشير بيانات الجدول رقم (2) إلى أن (80%) من أفراد العينة هم من الذكور وما نسبته (20%) من الإناث, وأن نسبة الذين تقل أعمارهم عن (25) عاماً بلغت (12%), أما الذين تراوحت أعمارهم ما بين (26-35) عاماً فقد بلغت نسبتهم (21.33%), فيما بلغت نسبة الذين تراوحت أعمارهم ما بين (36-45) عاماً حوالي (20.00%)، أما الذين فاقت أعمارهم 46 عاماً فقد بلغت نسبتهم(46.66%). وبخصوص الانتماء الحزبي، فقد بلغت نسبة أفراد العينة المنتمية حزبيا ما نسبته (30.66%), فيما بلغت نسبة غير المنتمين (69.33%).

وفيما يتعلق بجهة العمل فقد بلغت نسبة الذين يعملون بالقطاع العام أو شبه العام (54.33%) , أما الذين يعملون بالقطاع الخاص فقد بلغت نسبتهم (45.66%).

1. مدى استخدام أفراد العينة لمواقع الشبكات الاجتماعية:

استعان الباحث بهذا التساؤل لمعرفة مدى استخدام النقابيين لمواقع الشبكات الاجتماعية ومدى إقبالهم عليها كوسيلة اتصال جديدة تتيح لهم التواصل والتعارف ومبادلة الآراء ومعرفة الأخبار المختلفة .

يتضح لنا أن: نسبة 82.00% من أفراد العينة يستخدمون مواقع الشبكات الاجتماعية (282), ونسبة 06.00% منهم لا يستخدمونها(18).

2- دوافع استخدام أو عدم استخدام أفراد العينة لمواقع التواصل الاجتماعي:

أسباب عدم استخدام النقابيين لمواقع التواصل الاجتماعي

الجدول رقم (2)

الأســـباب	التكرار	النسبة المئوية
يتعرف المستخدم على أشخاص غير أسوياء عبر تلك المواقع	4	22.22
هذه المواقع تروج للإشاعات المغرضة وتشويه سمعة الآخرين	3	16.67
يتم استغلال هذه المواقع وفقاً لدوافع استغلالية تؤدي إلى انتشار الفضائح	5	27.78
تحتوي هذه المواقع دعاوى تحريض تسعى لنشر الفتن بين أبناء الوطن	6	33.33
المجمـــوع	**18**	**100**

تشير بيانات الجدول رقم (2) إلى أن النقابيين الذين لا يستخدمون مواقع التواصل الاجتماعي والذين بلغ عددهم (18) فرداً بما نسبته (06.00%)، تعود إلى أن هذه المواقع تحوي دعاوى تحريضية تسعى لنشر الفتن بين أبناء الوطن وبما نسبته (33.33%) في المرتبة الأولى، تلاه في المرتبة الثانية أنه يتم استغلال هذه المواقع وفقا لدوافع استغلالية تؤدي إلى انتشار الفضائح وبما نسبته (27.78%) ، ثم لأن المستخدم يتعرف على أشخاص غير أسوياء عبر تلك المواقع بما نسبته (22.22%)، وأخيرا لأن هذه المواقع تروّج للإشاعات المغرضة وتشويه سمعة الآخرين بنسبة (16.67%).

دوافع استخدام الشباب لمواقع التواصل الاجتماعي

الجدول رقم (3)

الدوافـع	التكرار	النسبة المئوية
لأنها تتيح الفرصة للتعبير عن الآراء بحرية	90	31.91
التواصل مع الأصدقاء والأقارب وتكوين صداقات وعلاقات جديدة	51	18.09
التسلية والترفيه في مواقع التسلية	33	11.70
لأنها تنمّي المهارات الشخصية والحياتية والتعامل مع الآخرين	28	09.93
لأنها تتيح للمستخدم مناقشة قضايا المجتمع مع الآخرين	65	23.05
لأنها تنفس عن الذات	10	03.55
أخـرى	5	01.77
المجمـــوع	**282**	**100**

تشير بيانات الجدول رقم (3) إلى أن دافع "لأنها تتيح الفرصة للتعبير عن الآراء بحرية" جاء في مقدمة الأسباب التي تدفع النقابيين للمشاركة في مواقع التواصل الاجتماعي، إذ حصل على ما نسبته (31.91%)، تلاه دافع " لأنها تتيح للمستخدم مناقشة قضايا المجتمع مع الآخرين " بما نسبته (23.05%)، وفي المرتبة الثالثة دافع " التواصل مع الأصدقاء والأقارب وتكوين صداقات وعلاقات جديدة بنسبة (18.09%)، ثم دافع "التسلية والترفيه في مواقع التسلية التي توفرها هذه المواقع بما نسبته (11.70%)، ولأنها تنمي المهارات الشخصية والحياتية والتعامل مع الآخرين بنسبة (09.93%)، وكذلك لأنها تنفّس عن الذات في بما نسبته (03.55%)، وأخيراً دوافع أخرى بما نسبته (01.77%).

ويتضح من هذه النتائج أن أهم دوافع استخدامات االنقابيين المغاربة لمواقع التواصل الاجتماعي تمثلت في حرية التعبير عن الآراء، ومناقشة قضايا المجتمع، وذلك لعدم وجود أي نوع من الرقابة على الآراء التي يطرحها المشاركون في هذه المواقع، عكس وسائل الإعلام التقليدية.

3. ترتيب مواقع التواصل الاجتماعي الأكثر تفضيلًا لدى الشباب الجامعي:

استعان الباحث بهذا التساؤل لمعرفة أي مواقع التواصل الاجتماعي يحظى باهتمام النقابيين المغاربة وتفضيلهم له .

الجدول رقم (4)

شبكات التواصل الاجتماعي	التكرار	النسبة المئوية
الفيسبوك	199	70.57
تويتر	53	18.80
امستغرام	17	06.03
أخرى	13	04.60
المجموع	282	100

يتضح لنا أن: أهم مواقع التواصل الاجتماعي الأكثر تفضيلًا هي:

موقع فيس بوك (Facebook) بما نسبته (70.57%), يليه موقع تويتر بما نسبته (18.80%)، ثم امستغرام بما نسبته (06.03%) وأخيرا شبكات أخرى مثل لنكدن ومايسبيس بما نسبته(04.60%). وقد جاءت النتائج لتؤكد ما ذهب إليه" التقرير الصادر عن كلية دبي للإدارة الحكومية سنة2011 ، حيث أن عدد مستخدمي موقع الفيس بوك في الوطن العربي يقدر بـ (27 مليون) مستخدم وهو أكبر دليل على المكانة التي تشغلها وسائل الإعلام المجتمعية في الحياة"[1]. كما تشير هذه النتيجة إلى أن المبحوثين يفضلون موقع الفيس بوك لأنه لا يقتصر على نوع واحد من المحتوى بل أنه يجمع ما بين الصور ومقاطع الفيديو والكتابات أو التعليقات وهو بذلك يوفر فرصاً مختلفة للمبحوثين للمشاركة.

4.الوقت الذي يقضيه أفراد العينة في استخدام مواقع التواصل الاجتماعي

الجدول رقم (5)

الوقت	التكرار	النسبة المئوية
أقل من 3 ساعات يومياً	170	**60.29**
من 3 – 5 ساعات يوميا	90	**31.91**
أكثر من 5 ساعات يوميا	22	**07.80**
المجموع	**282**	**100**

توضح بيانات الجدول رقم (5) أن (60.29%) من المستجوبين يقضون أقل من 3 ساعات يومياً في استخدام مواقع التواصل الاجتماعي، وأن ما نسبته (31.91%) يقضون ما بين 3 – 5 ساعات يومياً، فيما بلغت نسبة الذين يستخدمون هذه المواقع أكثر من 3 ساعات (07.80%)، مما يعني أن النقابيين يقبلون على استخدام مواقع التواصل الاجتماعي، وأن هذه المواقع لها دور في حياتهم الشخصية والاجتماعية نظرا لطبيعة الأوقات التي يقضونها في استخدامها، مما يعني أن هذه المواقع تقدم خدمات متنوعة تحظى بإقبال الشباب عليها.

5. أهم الموضوعات التي يفضل النقابيون مناقشتها عبر مواقع الشبكات الاجتماعية:

استخدم الباحث هذا التساؤل لمعرفة أهم الموضوعات التي يفضل النقابيون مناقشتها والتحدث فيها عبر مواقع الشبكات الاجتماعية وذلك لمعرفة موقع الموضوعات المتعلقة بالحراك السياسي وأهميتها بين هذه الموضوعات والتي جاءت في ترتيب متقدم .

الجدول رقم (6)

المواضيع المناقشة	التكرارات	النسب المئوية
الاجتماعية	116	41.13
الحقوقية	70	24.82
السياسية	74	26.23
العلمية والثقافية	16	05.70
مواضيع أخرى	06	02.12
المجموع	282	100

[1] تقرير الإعلام الاجتماعي العربي، كلية دبي للإدارة الحكومية، الإصدار الثاني، الإمارات العربية المتحدة، مايو2011.

يتضح لنا أن: أهم الموضوعات التي يفضل النقابيون مناقشتها عبر مواقع الشبكات الاجتماعية هي: الموضوعات الاجتماعية بما نسبته 41.13%، ثم الموضوعات السياسية بما نسبته 26.23 % في الترتيب الثاني، وحلت الموضوعات الحقوقية في الترتيب الثالث بما نسبته 24.82%، ثم جاءت الموضوعات العلمية والثقافية بما نسبته 05.70%، وأخيراً مواضيع أخرى بنسبة 02.12%.

ومما سبق، يتضح حصول الموضوعات الاجتماعية و السياسية والحقوقية على المراتب الثلاث الأولى من بين أهم الموضوعات التي يفضل النقابيون مناقشتها عبر شبكات التواصل الاجتماعي، وهذا يدل على أن الشئون السياسية وما يتعلق بها أصبحت تحتل مكانة متقدمة في ترتيب أولويات اهتمام النقابيين.

" حيث أصبحت مفردات مثل المدونات « bloggs »، والفيس بوك « facebook »، واليوتوب « youtube » من الألفاظ الشائعة في مجال العمل السياسي في العديد من دول العالم"[1].

6-أشكال تفاعل النقابيين مع الآخرين عبر مواقع التواصل الاجتماعي

الجدول رقم (7)

أشكال التفاعل	التكرار	النسبة المئوية
تقاسم المعلومات والأخبار والفيديوهات	180	29.13
مناقشة جماعية داخل المجموعات	111	17.96
مناقشة جماعية مفتوحة مع الجميع	164	26.54
تعليقات	73	11.81
رسائل محادثة (شات)	64	10.35
أشكال أخرى	26	04.21
المجموع*	618	100

*سمح لأفراد العينة باختيار أكثر من إجابة.

وفيما يتعلق بأشكال تفاعل النقابيين مع الآخرين عبر مواقع التواصل الاجتماعي، فقد أظهرت النتائج أن (29.13%) من النقابيين يلجؤون إلى تقاسم المعلومات والأخبار والفيديوهات وما نسبته (26.54%) يستخدمون المناقشة الجماعية المفتوحة، في حين (17.96%)يستخدمون المناقشة الجماعية داخل المجموعات، وما نسبته (11.81%) يعتمدون على التعليقات، بينما (10.35%) يلجؤون لرسائل المحادثة (شات) للرسائل البريدية، أما 04.21 %) يستخدمون أشكالا أخرى للتفاعل. على العموم، تظهر النتائج أن النقابيين يستخدمون أشكال التفاعل المباشرة مع الآخرين بالدرجة الأولى، والتي تتيح تبادل الآراء وتنسيق المواقف، والتحفيز على المشاركة المدنية والسياسية الفاعلة.

7-مشاركة النقابيين في الحراك الجماهيري من خلال مواقع التواصل الاجتماعي

جدول رقم (8)

المتغير	التكرار	النسبة المئوية
دائماً	80	28.37
أحيانا	88	31.20
نادراً	76	26.95

[1] أحمد سعيد تاج الدين، مرجع سابق ، ص:35.

لا أشارك	38	13.48
المجمـــوع	**282**	**100**

أما فيما يتعلق بمشاركة النقابيين في الحراك السياسي، الذي يطالب بتوسيع هامش الحريات والحقوق وتعزيز المكتسبات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في المغرب، عبر مواقع التواصل الاجتماعي. تشير بيانات الجدول رقم (8) إلى أن (28.37%) من النقابيين يشاركون دائما، وما نسبته (31.20%) من النقابيين يشاركون أحياناً، و (26.95%) يشاركون نادراً، فيما بلغت نسبة الذين لا يشاركون(13.48%).

تفيد النتائج أن ما نسبته (86.52%) من النقابيين يشاركون في الحراك الجماهيري عبر مواقع التواصل الاجتماعي ، مما يعكس طبيعة الاهتمام والتفاعل الذي يوليه النقابيون لموضوعات الحراك الجماهيري، خاصة وأن طبيعة الاهتمام والمشاركة ترتبط بطبيعة الأدوار والمهام التي تؤديها النقابة.

كما تدل النتائج على "أن الأنترنت أصبح يستخدم في تنظيم حملات تأخذ شكل التأييد أو الاحتجاج على سياسات أو تصرفات معينة، كما يستخدم في تعبئة الشباب في العديد من القضايا المتعلقة بالحريات والحقوق العامة"[1].

8-العلاقة بين السمات الديموغرافية للنقابيين والمشاركة في الحراك الجماهيري من خلال مواقع التواصل الاجتماعي

وحول العلاقة بين السمات الديموغرافية للنقابيين، والمشاركة في الحراك الجماهيري عبر مواقع التواصل الاجتماعي، تشير البيانات إلى عدم وجود علاقة إحصائية دالة. ويعزو الباحث ذلك إلى ما تتميز به مواقع التواصل الاجتماعي من سمات تتمثل بتعددية الآراء ومناقشة القضايا الجماهيرية بدرجة كبيرة من الحرية، وأن إتاحة هذه المواقع الفرصة للتعليق وإبداء الآراء في القضايا المثارة، ساعد في جذب الجمهور نحو مضامين هذه المواقع دون تمييز بين ذكور وإناث، أو أصحاب الدخل المختلف وأيضاً بين من ينتمون حزبياً أو من لا ينتمون.

وعموما، تعد مواقع التواصل الاجتماعي من الوسائل الاتصالية الحديثة التي يتواصل من خلالها الملايين من مستخدمي شبكة الانترنيت لا يفصل بينهم أية عوامل مثل السن أو النوع أو المهنة أو الجنسية، فهؤلاء تجمعهم ميول واهتمامات مشتركة وهو ما يجعل الشباب أكثر تعرضا لهذه المواقع، نظرا لإقبالهم المتزايد على استخدام التكنولوجيا الحديثة المتمثلة في هذه الشبكات أكثر من أي فئة أخرى وذلك بسبب بعض العوامل النفسية والاجتماعية المتمثلة في رغبة الشباب في إقامة علاقات وصداقات مع الآخرين في مختلف دول العالم[2].

- **<u>أهم النتائج:</u>**

وفيما يلي أهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة:

1- أظهرت نتائج الدراسة استخدام النقابيين لشبكات التواصل الاجتماعي بشكل كبير؛ وهذا بدوره أدى إلى تكوين المجموعات والعلاقات بين النقابيين وتقاسم الأخبار والمعلومات، أي أنها أصبحت وسيلة إعلام اجتماعي وسياسي جديدة، لها دورها السياسي الذي لا يمكن تجاهله أو تبخيسه.

- تشير نتائج الدراسة إلى أن نسبة عالية من شباب مجتمع الدراسة تستخدم شبكات التواصل الاجتماعي، وجاء موقع (فيس بوك) في الترتيب الأول، باعتباره أفضل مواقع التواصل الاجتماعي لدى الشباب وذلك بنسبة 70.57%, يليه (تويتر) بنسبة18.80%, ثم (امستغرام)

[1] أحمد سعيد تاج الدين، مرجع سابق، ص:37.

[2] Boyd, d. & Ellison, N. B. (2007). Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship.*Journal of Computer-Mediated Communication*, 13(1),p :26.

بنسبة06.03% الذي أتى في المرتبة الثالثة؛ وهو ما يؤكد أن موقع (فيس بوك) كان له تأثير كبير على الحراك السياسي والاجتماعي للنقابيين المغاربة.

- جاءت الموضوعات الاجتماعية والسياسية والحقوقية في مقدمة الموضوعات التي يفضل النقابيون مناقشتها عبر مواقع التواصل الاجتماعي؛ وهذا يرجع إلى طبيعة المرحلة السياسية التي يعيشها المجتمع المغربي بعد هبوب رياح الربيع العربي وإصدار دستور يوليوز2011 م وإلى طبيعة الدور الاجتماعي والدستوري الذي تلعبه النقابات المغربية.

- تشير نتائج الدراسة إلى تنوع دوافع استخدام النقابيين لمواقع الشبكات الاجتماعية، حيث جاء دافع إتاحة الفرصة للتعبير عن الآراء بحرية في المرتبة الأولى، وهذا يرجع إلى أن الاهتمامات المتعلقة بتوسيع مساحات الحرية والحقوق لدى النقابيين أصبحت تحتل مكانة متقدمة في استخدامهم لشبكات التواصل الاجتماعي.

-تظهر النتائج أن النقابيين يستخدمون أشكال التفاعل المباشرة مع الآخرين بالدرجة الأولى، والتي تتيح تبادل الآراء وتنسيق المواقف، والتحفيز على المشاركة المدنية والسياسية الفاعلة.

-تفيد النتائج أن ما نسبته (86.52%) من النقابيين يشاركون في الحراك الجماهيري عبر مواقع التواصل الاجتماعي ، مما يعكس طبيعة الاهتمام والتفاعل الذي يوليه النقابيون لموضوعات الحراك الجماهيري، خاصة وأن طبيعة الاهتمام والمشاركة ترتبط بطبيعة الأدوار والمهام التي تؤديها النقابة.

- **<u>التوصيات:</u>**

- تعد النقابات المهنية من أكثر المؤسسات المجتمعية المغربية اهتماماً وتفاعلاً مع القضايا والشؤون العامة، الأمر الذي يدعو القائمين عليها إلى تشجيع المنتسبين إليها على مواكبة التطور التكنولوجي وثورة الإعلام والاتصال ، وذلك باستخدام مواقع التواصل الاجتماعي نظراً لأهمية الدور الذي باتت تلعبه هذه المواقع في العديد من المجالات الحياتية وخاصة موضوع المشاركة السياسية والمدنية الفاعلة.

- إجراء دراسات مماثلة على مجتمعات مختلفة تتجاوز نقابيي مدينة فاس وتضم كل فئات النقابيين المغاربة، وكذلك إجراء دراسات مقارنة على المجتمعات العربية وخاصة تلك التي تعرف حراكا سياسيا ملحوظا.

حق المطلقة في المتعة بين التشريع والتطبيق

_ دراسة مقارنة –

فتح الله تزاوي

طالب باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة محمد الأول بوجدة

مقدمة:

حظي حق المطلقة في المتعة في الشريعة الإسلامية بأهمية خاصة سواء بالنص القرآني الصريح، أو السنة النبوية الشريفة، أو ما اجتهد فيه الفقه الإسلامي، كما وتعتبر من أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية، شرعت لجبر الضرر اللاحق بالمطلقة، ويثير إعمال المقتضيات القانونية الورادة بخصوصها مجموعة من الصعوبات في الواقع العملي لما قد يشوب النص القانوني من نواقص أحيانا، وما يكرسه القضاء من حالات شاذة أحيانا أخرى، ويتم التعرض في هذا البحث لمفهوم المتعة وسندها الشرعي والتشريعي (المطلب الأول) وكذا للحق فيها على ضوء العمل القضائي الأسري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف حق المتعة وسنده الشرعي والتشريعي

يتم التعرض في هذا المطلب لتعريف حق المتعة وسندها الشرعي (الفقرة الأولى) والتشريعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف حق المتعة وسندها الشرعي

المتعة لغة: اسم لما ينتفع به، ومتعة المرأة ما توصلت به بعد الطلاق، وشرعا هي ما يؤمر الزوج بمنحه للمطلقة جبرا لها عن ألم فراقها[1]، وتجد سندها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فمن القرآن الكريم نجد قوله تعالى:"**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين**"[2]، وقوله جل وعلا أيضا:"**وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين**"[3]، وقوله عز وجل أيضا:" **يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا**"[4].

ودليلها من السنة النبوية الشريفة ما روي عن سهل بن سعد وأبي أسيد، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج أميمة بنت شرحبيل، فلما أدخلت عليه بسط يده إليها فكأنما كرهت ذلك فأمر أبا أسيد أن يجهزها ويكسوها ثوبين أزرقين[5].

وقد شرعت المتعة لما لها من حكمة بالغة تتجلى أساسا في مواساة الزوجة عما قد يلحقها من ضرر[6].

واختلفت مواقف الفقه الإسلامي بشأن المتعة بين اتجاهين أساسيين، حيث يذهب المالكية إلى أن المطلقة متى كان زوجها قد دخل بها وسمي لها مهر في أصل النكاح فعليه المتعة غير أنه لا يجبر عليها، أما التي طلقت قبل الدخول وكان قد سمي لها الصداق فلا متعة لها[7]، وهو موقف الأحناف في أحد أقوالهم، ودليلهم أن الله سبحانه وتعالى جعل المتعة مقترنة بالإحسان والتقوى، في قوله عز

---

[1] محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، الجزء الرابع، طبعة 1984 دار الفكر بيروت، ص 194.

[2] سورة البقرى الآية 236.

[3] سورة البقرة الآية 241.

[4] سورة الأحزاب الآية 49.

[5] أبو الفداء اسماعيل ابن كثير،تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول دار القلم بيروت، الطبعة الأولى دون ذكر سنة الطبع، ص 250.

[6] ذ أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 42.

[7] الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، مقدمات ابن رشد، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون ذكر بيانات أخرى، ص 229.

وجل:"**متعوهن على المحسن قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين**"[1]، وقوله سبحانه وتعالى أيضا:"**وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين**"[2]، وبذلك فالإحسان والتقوى عبارات مفادها الاستحباب دون الوجوب[3].

خلاف ذلك يذهب الشافعية إلى القول بوجوب المتعة للمطلقة ما عدا التي وقع طلاقها قبل الدخول وكان قد سمي لها المهر[4]، وهو مذهب الحنفية أيضا في قول لهم والشيعة الإمامية، غير أنهم يقصرونها على حالة واحدة هي حالة المطلقة قبل الدخول دون أن يسمى لها مهر[5].

خلاف ذلك يؤكد ابن حزم أن المتعة فرض على كل مطلق ودليله أنها وردت في القرآن الكريم عامة دون تحديد، ومن ذلك قوله تعالى :"**وللمطلقات متاع بالمعروف**"[6] وقوله عز وجل أيضا :"**فتمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا**"[7] حيث ورد حق الزوجة في المتعة مطلقا دون تعليق ذلك على أي شرط سواء بعد الدخول أو قبله[8].

هذا قد انقسم الفقه حول أسس تقدير المتعة خاصة وأنه لم يرد بشأنها أمر صريح من الشارع الحكيم، رغم ما ورد في قوله عز وجل :"**ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف**"[9]، إذ يمكن القول انطلاقا من هذه الآية أن ما يتم مراعاته في تقدير المتعة هو حال الزوج بالمعروف، غير أن ذلك ليس محددا قاطعا بشأن تقدير المتعة، مما يكون معه الأمر متروكا للاجتهاد، ويتوجب الرجوع فيه إلى القاضي الذي ينطلق من الوثائق الملفاة بالملف[10]، خاصة منها المثبتة لدخل الزوج والمعلومات المدونة بمحضر الصلح، وغيرها من الوثائق التي يتم بواسطتها إثبات كون الطلاق كان مبررا من عدمه.

هذا وقد استحب الأستاذ ابن معجوز أن يكون تقدير المتعة مستندا لمقدار الصداق باعتباره المعيار الذي تعرف به حالة الزوجين ومستواهما[11]، كما ذهب أبو حنيفة إلى أنه متى تنازع الزوجان في مقدار المتعة وجب للزوجة نصف مهر مثلها واستحب الشافعي أن تكون ثلاثين درهما [12].

الفقرة الثانية: حق المتعة وسنده التشريعي:

لقد أوجب الفصل 52 مكرر من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة[13] على:" كل مطلق بتمتيع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها، إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول.

إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعين أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار"، وهو مقتضى جاءت به تعديلات 10 شتنبر 1993[1]، غير أنه على الرغم مما أعطاه المشرع للقضاء في إطار هذا الفصل من سلطة تقديرية فانه

---

[1] سورة البقرة، الآية 236.

[2] سورة البقرة الآية 241.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، أحكام الأسرة، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة 2005 م، دار الكلام الطيب، دمشق، ص 250.

[4] أوب الفداء اسماعيل ابن كثير، المرجع السابق، ص 250.

[5] سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، 1986 الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، 288، 289.

[6] سورة البقرة الآية: 239.

[7] سورة الأحزاب الآية 49.

[8] الإمام ابن حزم المحلى، المجلد السابع، الجزء العاشر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع، ص 257.

[9] سورة البقرة الآية 234.

[10] ذ محمد مصطفى الزحيلي، متعة الطلاق، مجلة منار الإسلام، العدد الخامس، مارس 1982، ص 85.

[11] ذ. محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الخطبة والزواج، أركانه وآثاره، طرق انحلال ميثاق الزوجية المترتبة على ذلك، الطبعة الثانية 1994، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 309.

[12] أبو الفداء اسماعيل ابن كثير، المرجع السابق، ص 250.

[13] ظهير شريف، رقم 343/ 57/ 1 منشور بالجريدة الرسمية عدد: 2354 بتاريخ: 13 جمادى الأولى عام 1377، موافق ل 06 دجنبر 1957.

مع ذلك لم تكن لديه الجرءة الكافية للتنصيص صراحة على الحكم بالتعويض، بل خول فقط إمكانية الزيادة في المتعة مراعاة للضرر اللاحق بالزوجة الناتج عن الطلاق دون مبرر، فبقي متمسكا بالمتعة دون التعويض، مع أن الأمر خلاف ذلك[2].

فمن خلال قراءة مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية الملغاة وقانون المسطرة المدنية[3] بشأن المتعة يمكن القول أنهما يجعلان أحقية المطلقة فيها متوقفا على كون الطلاق جاء من جانب الزوج مع انعدام الدافع لديه في إيقاعه، أما إن كان من جانب الزوجة أو توفر الدافع لدى المطلق إليه كانت المطلقة محرومة من متعتها حسب مفهوم المخالفة لمقتضيات المادة 52 مكرر من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

هذا الاتجاه كانت تنحوه أيضا المحكمة العليا الجزائرية حسب ما يتبين من قرار صادر عنها جاء فيه أنه من :"المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر وتسقط بتحميلها جزءا من المسؤولية فيه"[4]، وهو ما يعتبر مخالفة صريحة للآية القرآنية السالفة الذكر التي تجعل الحق في المتعة قائما بمجرد طلاق المرأة بصفة عامة، دون تمييز بين كون الطلاق من جانبها أو من جانب الزوج ووجود الدافع لدى هذا الأخير من عدمه.

وقد جعل الفصل 45 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة مفهوم المطلقة يشمل المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي، مما يجعل الحق في المتعة قائما للمطلقات في الحالات السالفة الذكر ما دام الطلاق صادرا عن الزوج دون مبرر، ما لم يكن الطلاق قد تم قبل الدخول وسمي لها مهر[5].

ونظرا لعدم كفاية الحماية التشريعية في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لحق المطلقة في المتعة جاءت مدونة الأسرة بمجموعة من المستجدات إذ جعلت المتعة حقا للمطلقة سواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده، من جانب الزوجة أو من جانب الزوج، بمبرر أو بدونه، ويستثنى من ذلك انحلال الزواج عن طريق الفسخ ما دام أن هذا الأخير لا يعد طلاقا[6].

وقد انتقد الأستاذ عادل حاميدي هذا المقتضى لعدم جدوى تمتيع الزوجة في الحالة التي تكون فيها المسؤولة عن حدوث الفراق، لتمتيعها عن ميثاق قوضته بإرادتها المنفردة، خاصة وأن الحكمة من تشريع المتعة هي جبر خاطر الزوجة من جراء فراق لم تكن سببا في وقوعه، ولا متعة في الحالة التي يكون فيها طلاق الزوج مبررا، كما أن المشرع المغربي في إقراره للمتعة بعموم قوله تعالى:" **وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم**"[7]، مضيفا أنه اعتمد في كل ذلك اتجاه المذهب الظاهري[8].

والرأي فيما أعتقد أن ما ذهب إليه الاتجاه أعلاه فيه مخالفة صريحة للآيات القرآنية الكريمة الواردة بشأن وجوب تمتيع الزوجة، كما أن المذهب الظاهري يبقى مذهبا كسائر المذاهب الإسلامية، وموقف الظاهرية المستدل به جاء في غير محله إذ ورد في الأصل بخصوص استحقاق المطلقة المتعة قبل البناء، ولم يرد بشأن أحقيتها في المتعة سواء كان الطلاق من جانبها أو دون ذلك.

هذا وقد حددت الفقرة الأولى من المادة 84 من مدونة الأسرة أسس تقدير المتعة والمتمثلة في ضرورة مراعاة فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في إيقاع هذا الطلاق، وبذلك فالحكم بالمستحقات يتم استنادا لمجموعة من

---

[1] ظهير شريف رقم 347/ 93/ 1 بمثابة قانون صادر بتاريخ 10/ 09/ 1993 منشور بالجريدة الرسمية عدد: 4222 بتاريخ: 29/ 09/ 1993 المعدل لمدونة الأحوال الشخصية لسنتي 1957 / 1958.

[2] ذ ادريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات، ظهير 10/ 09/ 1993، طبعة 2002، دار النشر الجسور، ص 285.

[3] قانون المسطرة المدنية، ظهير شريف بمثابة قانون رقم: 447/ 74/ 1 بتاريخ: 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3230، مكرر 13 بتاريخ: 30 شتنبر 1974،ص 2741.

[4] المحكمة العليا الجزائرية، قرار صادر بتاريخ 27/ 01/ 1986 ملف رقم: 39731، دون ذكر بيانات أخرى، أورده الأستاذ

[5] ذ الشمانتي الهواري، المرجع السابق، ص 104.

[6] ذ محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 59 .

[7] سورة البقرة الآية 237.

[8] ذ عادل حاميدي، التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية، الطبعة الأولى، 2007، 2008، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 237.

المحددات التي يعتبر دخل الزوج واحدا منها، ومتى وجدت منازعة جدية حوله يمكن للمحكمة القيام ببحث بشأنه، أو أن تعتمد في ذلك دخل الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس وضعية الزوج[1].

المطلب الثاني:المتعة على ضوء العمل القضائي الأسري:

حدث في مصر أن تزوج رجل امرأة بغرض الاستيلاء على إرثها وبعد أن تم له ذلك طلقها ليتزوج كاتبة لديه، وحين تأكد للمحكمة الهدف من الزواج الأول تم الحكم لفائدة الزوجة بمتعة في شكل إيراد عمري[2]، جبرا لخاطرها، وضمان سبل عيشها خاصة وأنها بقيت دون معيل[3]، غير أن تطبيق ذلك في المغرب يبقى أمرا مستبعدا، إذ من غير المنطقي أن يبقى الشخص مدينا طيلة حياته، خاصة مع غياب النص القانوني.

وبالمقابل يكون من الواجب على المحكمة مراعاة الضرر الذي قد تحدثه الزوجة لزوجها المطلق، من قبيل قيامه بممارسات لا أخلاقية، أو غير ذلك مما قد يعكر صفو العلاقة الزوجية متى كان أحد هذه الوقائع هو الدافع إلى انحلال الرابطة الزوجية[4]، كما يوضح ذلك الحكم التالي:" بخصوص الواجبات – المستحقات – الواجبة على المطلق أداؤها بالحكم على المطلق بأدائه لفائدة المطلقة ما يلي:"

أ - ...

ب – عن المتعة 70 درهما"[5]، فتم الحكم بمبلغ زهيد جدا كمتعة للزوجة لارتكابها جريمة الخيانة الزوجية، التي كانت الدافع لدى الزوج في إيقاع الطلاق.

هذا ويحدث في مجموعة من الأحيان أن تقع بعض المحاكم في الخلط بين مفهومي كل من المتعة والتعويض، فيتم الخفض من مبلغ المتعة مقابل الرفع من مبلغ التعويض، كما هو وارد في مجموعة من الأحكام ومن ذلك ما جاء به الحكم التالي:" ...وحيث إن ما سعى إليه الزوج من تعويض ضد زوجته له ما يبرره، سيما أن هذه الأخيرة لم تبرز أسبابا موضوعية واضحة للتطليق ... تحدد مستحقات الزوجة على الشكل التالي:"...متعتها في مبلغ 4000 درهم ...

2 _ بالنسبة للمقال المضاد الحكم على المدعى عليها فرعيا ... بأدائها لفائدة مفارقها المدعي فرعيا ... تعويضا مدنيا قدره عشرون ألف (20000) درهم"[6]، بل إن المحكمة الابتدائية ببركان تجعل للمتعة والتعويض مفهوما واحدا، كما يوضح ذلك الحكم التالي:"...حيث إن طلب التعويض ليس له ما يبرره ويتعين رفضه ما دام أن المحكمة قد أخذت بعين الاعتبار الضرر اللاحق بالمدعية فرعيا عند تحديدها لمتعة المدعية"[7].

وقد يتم تقدير المتعة بجانب التعويض بطريقة موضوعية، مراعاة للضرر الذي يكون قد ألحقه أحد الزوجين بالآخر، حيث حدد حكم صادر عن ابتدائية مراكش مستحقات الزوجة:"المترتبة عن التطليق في مبلغ ثمانية آلاف درهم مقابل متعتها ... وفرعيا بأدائها لفائدة المدعي تعويضا عن الضرر قدره خمسة آلاف درهم"[8].

---

[1] المرجع السابق، ص 130.

[2] ذ محمد الكشبور الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة الناجح الجديدة الطبعة الخامسة 203، ص 62.

[3] ذ رشيد مشقاقة، تعديل مدونة الأحوال الشخصية من منظور قضائي، تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظهائر 10 / 09/ 1993 حصيلة أولية، سلسلة الندوات رقم 01، جامعة محمد الخامس سويسي، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، ص 183.

[4] ذ محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 62.

[5] المحكمة الابتدائية بانزكان، حكم عدد: 444- 2006 بتاريخ 08/ 05/ 2007 في الملف عدد: 226/ 2006، (غير منشور).

[6] المحكمة الابتدائية بفاس، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 2785/ 04 بتاريخ 06/ 06/ 2005 في الملف عدد: 2479 / 04، (غير منشور).

[7] المحكمة الابتدائية ببركان، حكم عدد: 360/ 08 صادر بتاريخ 25/ 03/ 2008 في الملف رقم: 169/ 07، (غير منشور).

[8] المحكمة الابتدائية بمراكش حكم عدد: 536 بتاريخ: 20/ 09/ 2005، في الملف عدد: 194/ 06/ 05، (غير منشور).

والرأي فيما أعتقد أن الاتجاه الذي ذهبت فيه ابتدائية مراكش أقرب للصواب، حيث يتم تقدير المتعة بصفة مستقلة عن التعويض والقول بغير ذلك يفرغ نصوص مدونة الأسرة المتعلقة بهما من محتواها، ويجعل كلا من التعويض والمتعة مفهوما واحدا كما كان عليه الأمر منذ تعديلات 10 شتنبر 1993 بشأن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

هذا إضافة إلى أن القول بجعل كل واحد من التعويض والمتعة مستقلا عن الآخر، يخول إمكانية استعمال السلطة التقديرية للمحكمة بشأن مستحقات الزوجة استنادا إلى أسس موضوعية، ويؤكد ذلك جليا منطوق الحكمين السابقين، إذ تم الأخذ في الحكم الأول بعين الاعتبار الضرر الذي تسببت فيه الزوجة في تقدير المتعة فكان مبلغها زهيدا، في حين لو تم ذلك التقدير بصفة مستقلة عن التعويض لفاق المبلغ ما تم الحكم به، وهو ما يتضح جليا من القيمة التي تم تحديدها في الحكم الثاني، حين تم تقدير مبلغ كل من المتعة والتعويض بصفة مستقلة.

وفيما يلي جدول يوضح مختلف المعايير المعتمدة لأجل تقدير متعة المطلقة:

مهنة الزوج أو دخله	فترة الزواج	سبب الطلاق	مبلغ المتعة
حال الزوج	11 سنة	تعذر المساكنة	2000 درهم [1]
عامل بالخارج	03 سنوات	الامتناع من تمكين الزوجة لزوجها	60000 درهم[2]
حال الزوج	05 سنوات	رغبة الزوجة في الطلاق دون إثبات	8000 درهم[3]
حال الزوج	05 سنوات	سبب الشقاق يعود للزوجين معا	7500 درهم [4]
حال الزوج	10 سنوات	سبب الشقاق يعود للزوجين معا	10000 درهم [5]
أستاذ جامعي	***	***	20000 درهم [6]
1800 درهم	04 سنوات	إخلال الزوج بواجباته الزوجية	5000 درهم[7]

ومن خلال الجدول أعلاه يمكن القول أنه رغم التنصيص في مجموعة من الأحكام على المعايير الواردة في الفقرة الأولى من المادة 84 من مدونة الأسرة[8]، لأجل تقدير المتعة، غير أن المعيار الأساسي الذي يتم اعتماده في غالب الأحيان هو الوضع المادي للزوج المحكوم عليه، كما يتضح جليا من الجدول، ذلك أن أطول فترة للزواج كانت هي الحالة الأولى مقارنة بباقي الحالات الواردة بالجدول، إذ وصلت مدتها

[1] المحكمة الابتدائية بانزكان، حكم عدد 740/ 05، بتاريخ: 30/ 10/ 2005 في الملف رقم 64/ 05، (غير منشور).

[2] المحكمة الابتدائية بالناظور، حكم تحت عدد: 127، بتاريخ: 01/ 02/ 2006، (ملف بدون رقم) غير منشور.

[3] المحكمة الابتدائية بانزكان حكم دون رقم، بتايخ 07/ 05/ 2006، في الملف عدد 226/ 2005، (غير منشور).

[4] المحكمة الابتدائية بانزكان، حكم عدد: 333/ 05، بتاريخ: 23/ 05/ 2005، في الملف عدد: 66/ 05، (غير منشور).

[5] المحكمة الابتدائية بانزكان، حكم عدد: 473/ 05، بتاريخ 04/ 07/ 2005، دون ذكر باقي البيانات، (غير منشور).

[6] المحكمة الابتدائية بالرباط/ حكم تحت عدد: 532، صادر بتاريخ 28/ 03/ 2005، في الملف عدد: 20/ 1384/ 04، (غير منشور).

[7] المحكمة الابتدائية بالعرائش، حكم رقم 384، بتاريخ 15/ 08/ 2006، في الملف رقم: 65، 08/ 2005، (غير منشور).

[8] تنص الفقرة الأولى من المادة 84 من مدونة الأسرة على ما يلي:"تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه".

11 سنة ورغم ذلك تقرر فيها أدنى مبلغ محكوم به وهو المحدد في 2000 ألفي درهم، وبالمقابل فأقصر فترة للزواج محددة في ثلاث سنوات فقط وتم تقدير أكبر مبلغ مالي لها وصل 60000 ستون ألف درهم.

ونفس الأمر يقال عن سبب الطلاق ذلك أن الحالة الثانية المتعلقة بامتناع الزوجة من تمكين زوجها يرجع فيها السبب المباشر في حل الرابطة الزوجية إلى الزوجة وتم تقدير مبلغ 60000 درهم كمتعة لها، خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للحالة الأخيرة مثلا والتي يرجع فيها سبب الطلاق لإخلال الزوج بواجباته الزوجية ورغم ذلك لم يتم تحديد سوى مبلغ 5000 درهم كمتعة، ويعزى ذلك إلى أنه وإن تم أخذ مجموع المعايير الواردة في المادة 84 من مدونة الأسرة في تقدير المتعة بعين الاعتبار إلا أن العنصر والمعيار الأساس يبقى هو الوضعية المادية للزوج.

وما يلاحظ على العديد من الأحكام القضائية أنها مختلفة فيما بينها بشأن الحكم بالمتعة دون طلبها من عدم ذلك[1]، إذ جاء في حكم صادر عن ابتدائية فاس في وقائعه أن الزوجة تلتمس:"تطليقها من المدعى عليه للشقاق وبأدائه نفقتها عن المدة من 01/ 07/ 2004 إلى حين سقوط الفرض عنه شرعا"[2]، حيث إنه وإن لم تطلب الزوجة المتعة فقد حددتها المحكمة في نطاق سلطتها التقديرية في مبلغ 4000 أربعة آلاف درهم.

ومن جهة أخرى لم تحدد بعض الأحكام مبلغ المتعة المستحق للزوجة المطلقة لعدم طلبها لها، ومن ذلك ما جاء في الحكم التالي:"على المدعى عليه بأدائه للمدعية نفقتها بحسب مبلغ 400 درهم شهريا ونفقة ابنتها بشرى بحسب مبلغ 300 درهم شهريا"[3].

غير أن العمل القضائي لدى محاكم أخرى استقر على التمييز بين المتعة في حالات التطليق الواردة في المادة 98 من مدونة الأسرة التي تحيل عليها مقتضيات المادة 113 من نفس القانون، إذ يكون الأمر متوقفا على المطالبة القضائية، استنادا للفقرة الثانية من المادة 113 التي تنص على ما يلي:"تبت المحكمة أيضا عند الاقتضاء في مستحقات الزوجة والأطفال المحددة في المادتين 84 و 85 أعلاه"، ذلك أن عبارة "عند الاقتضاء" تجعل البت في المستحقات متوقفا على طلب، خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة لباقي حالات انحلال الرابطة الزوجية والتي بمجرد انتهائها تبت المحكمة في المستحقات[4].

ويكون الأجدر والأولى الحكم بالمتعة حتى دون طلبها وفقا لما تقتضيه القراءة السليمة للفقرة الأولى من المادة 97 من مدونة الأسرة، التي تنص على أن المحكمة :"تحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و 84 و 85 أعلاه"، وما دامت المتعة واحدا من المستحقات المنصوص عليها في المادة 84 من مدونة الأسرة، فيكون الحكم بها حتى دون طلب ذلك أمرا واجبا، وإن كان فيه ذلك خروجا عن مقتضيات الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية الذي يقيد المحكمة بأن تبت في حدود طلبات الأطراف، غير أنه واستثناء يتم خرق ذلك المقتضى مراعاة لخصوصية القضايا الأسرية، كما هو وارد في مجموعة من مواد مدونة الأسرة[5].

وما يثير الجدل هو إمكانية الحكم بالمتعة حتى قبل الدخول من عدم ذلك إذ وردت مقتضيات مدونة الأسرة بهذا الشأن بصفة عامة دون تحديد ما إن كان الأمر يقتصر على المطلقة بعد الدخول أم تشمل أيضا المطلقة قبل الدخول، غير أن غالبية الأحكام القضائية تذهب إلى حرمان المطلقة قبل البناء من حقها في المتعة، ومن ذلك ما ورد في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببركان الذي قضى:"بتطليق المدعية من المدعى عليه طلقة بائنة للشقاق قبل البناء مع الإشهاد على تنازل المدعي عما زاد عن نصف الصداق مع

[1] ذة أحلام عليمي، واقع انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق"جهة تطوان طنجة نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2005/ 2006، ص 49.

[2] المحكمة الابتدائية بفاس، حكم عدد: 2785/ 04 بتاريخ 06/ 06/ 2005 في الملف عدد: 2479/ 04، (غير منشور).

[3] المحكمة الابتدائية ببركان، سم قضاء الأسرة، حكم عدد: 471 صادر بتاريخ: 24/ 04/ 2007 في الملف عدد: 183/ 07، (غير منشور).

[4] مقابلة مجراة مع السيد رئيس قسم قضاء الأسرو بسلا، ونائبة رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ: 25/ 12/ 2007.

[5] كمثال على ذلك السلطة التقديرية المخولة للمحكمة من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 45 من مدونة الأسرة من إمكانية اللجوء التلقائي لتطبيق مسطرة التطليق للشقاق متى توافرت شروطه، حتى ولو لم يطلب ذلك الأطراف.

تحميل المدعى عليها الصائر وإعفائها منه طبقا للقانون"[1]، ونادرا ما يتم الحكم بالمتعة للمطلقة قبل البناء، ومن ذلك ما قضت به ابتدائية طنجة من تطليق قبل البناء للشقاق طلقة واحدة بائنة وبتحديد مستحقات المطلقة على الشكل التالي:"... المتعة ثلاثة آلاف درهم"[2].

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من الأحكام القضائية تقدر مقابل المتعة مبالغ هزيلة جدا، إذ جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بانزكان ما يلي:"بخصوص الواجبات – المستحقات- الواجبة على المطلق أداؤها بالحكم على المطلق بأدائه لفائدة المطلقة ما يلي:"

أ - ...

ب عن المتعة 70 درهما"[3].

بل إن بعض المحاكم ذهبت إلى حرمان الزوجة من حقوقها المترتبة عن الطلاق، ومن ذلك الحكم الصادر عن ابتدائية الدار البيضاء الذي حرم الزوجة التي تم ضبطها متلبسة بجريمة الخيانة الزوجية من جميع مستحقاتها[4]، وهو اتجاه مجانب للصواب ذلك أن حقوق الزوجة وخاصة المتعة يحكم بها في جميع الحالات، ولا مجال لإعمال المحكمة سلطتها التقديرية بهذا الشأن وما تملكه فقط هو إمكانية الرفع من مبلغها أو الخفض منه.

وعلى الرغم من أن مبالغ المتعة المحكوم بها تكون في كثير من الأحيان متواضعة، فإنه وفي حال استئناف الحكم القاضي بها، تقوم محاكم الاستئناف بالإنقاص منها، ومن ذلك ما جاء في حكم صادر عن ابتدائية الرباط حدد مبلغ المتعة في 26000 درهم [5]، وعند استئنافه أصدرت استئنافية الرباط قرارها الذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي:" ...وحيث ادعى المستأنف أن والد المستأنف عليها التزم بحكم ولايته عليها لقصر سنها في تحديد كافة مستحقات الطلاق في 10000 درهم وأدلى بالالتزام المذكور، وادعت المستأنف عليها أن والدها تراجع عن ذلك الالتزام، فهذا الالتزام هو صلح عن إنكار لا يجوز نقضه... مما يتعين معه تعديله، وذلك بتنفيذ الالتزام المشار إليه وتحديد المستحقات المذكورة في 10000 درهم"[6].

فمحكمة الاستئناف اعتمدت في قرارها تعديل المستحقات – ومن بينها المتعة – بعد أن كانت محددة ابتدائيا في 26000 درهما، على ما تضمنه الالتزام المبرم بين المستأنف ووالد المستأنف عليها، وهو خرق صريح لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 84 من مدونة الأسرة التي تحدد الأسس المعتبرة في تقدير المتعة، أو تعديلها، وليس من بينها ما اعتمدته محكمة الاستئناف في قرارها.

غير أنه وبالمقابل صدر قرار آخر عن نفس المحكمة جاء فيه أن:"...المستأنف بعد عودته من إيطاليا واستقراره بالمغرب بصفة نهائية ضعف دخله وأصبح لا يعيش إلا من كسبه كمصلح لأنابيب المياه ولا يتجاوز دخله 2000 درهم شهريا، وحينما قدرت المحكمة واجب المتعة في المبلغ المحكوم تكون قد أساءت تطبيق المادة 84 من مدونة الأسرة، مما يتعين معه تعديل الحكم المستأنف وذلك بتخفيض

[1] المحكمة الابتدائية ببركان، حكم رقم 215/ 08، بتاريخ: 10/ 04/ 2008 في الملف عدد: 272/ 08، (غير منشور).

[2] المحكمة الابتدائية بطنجة، حكم رقم 1164، صادر بتاريخ: 17/ 05/ 2006، في الملف رقم 834/ 06/ 33 أورده الأستاذ ادريس الفاخوري، دور القضاء في تحديد مستحقات الزوجة والأطفال، سلسلة النداوت 2، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلة والمعوقات، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والاسرة، يومي 15 و 16 مارس 2007 بكلية الحقوق وجدة، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2008، ص 120.

[3] المحكمة الابتدائية بانزكان، حكم رقم 444/ 2006 بتاريخ 08/ 05/ 2007 ، في الملف رقم 226/ 2006، (غير منشور).

[4] المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، حكم صادر بتاريخ 21/ 02/ 2005 في الملف عدد: 1024/ 04 دون ذكر باقي البيانات، أورده الأستاذ ادريس الفاخوري، المرجع السابق، ص 122.

[5] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، قسم قضاء الأسرة، تحت عدد: 823 بتاريخ 23/ 06/ 2005، في الملف عدد: 32/ 319/ 05، (غير منشور).

[6] محكمة الاستئناف بالرباط، الغرفة الشرعية قرار رقم 525، صادر بتاريخ: 03/ 7/ 2006، في الملف رقم: 756/ 2005/ 11 ، (غير منشور).

واجب المتعة إلى 15000 درهم"[1]، وبذلك تم تطبيق مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 84 من مدونة الأسرة بشكل سليم، حيث تمت مراعاة الأسس الواردة فيها خاصة ما يتعلق بالوضعية المالية للزوج.

هذا وقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي:"لكن حيث إن الوسيلتين اللتين اعتمدهما الطالب في عريضة النقض انحصرت في المنازعة في أسباب التطليق للشقاق الذي يصدر الحكم به نهائيا وغير قابل لأي طعن باعتباره ينهي العلاقة الزوجية طبقا لمقتضيات المادة 128 من مدونة الأسرة، الشيء الذي يتعين معه القول بعدم قبول الطلب"[2]، وعلى فرض أن المنازعة انحصرت فعلا في أسباب التطليق للشقاق فإن ذلك لا يمنع من أن تأخذها بعين الاعتبار لما لها من تأثير في ما يمكن أن يحكم به على الزوج لفائدة الزوجة من متعة مراعية مدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق.

وبموجب مقتضيات الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود تعتبر المتعة واحدا من الديون الممتازة، حيث ينص على ما يلي:"الديون الممتازة على كل المنقولات هي التي ستذكر فيما بعد وهي تباشر وفقا للترتيب التالي:

...

ثانيا مكرر: الديون الناشئة عن مهر الزوجة ومتعتها المراعى في تقديرها ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار بسبب الطلاق غير المبرر".

والرأي فيما أعتقد أنه رغم ما قد يبدو عند قراءة هذا الفصل من قصر الامتياز على حق المتعة عند حل الرابطة الزوجية من طرف الزوج دون مبرر يدعوا لذلك، أما والحال أن مدونة الأسرة قد وسعت من نطاق حق الزوجة في المتعة لتشمل جميع حالات الطلاق والتطليق، فإن ذلك يعد مبررا كافيا للقول بتوفير هذه الحماية للمتعة سواء كان الطلاق من قبل الزوج أو الزوجة، مبررا أم غير مبرر.

خاتمة:

مما سلف ذكره يتبين أن لحق المطلقة في المتعة أهميته رغم ما انصب حوله وحول وقت استحقاقه وكيفيته ومبلغه من خلاف ونقاش فقهي وتشريعي وانعكاس ذلك على الواقع العملي في الأحكام القضائية الصادرة عن مختلف المحاكم بدرجاته، والتي وصلت حد حرمان المطلقة من المتعة في حالة كونها هي مقدمة طلب التطليق، فما هي إذا مختلف توجهات المحاكم بشأنها؟ وما سندها الشرعي والتشريعي؟.

[1] محكمة الاستئناف بالرباط، الغرفة الشرعية، قرار عدد: 791، صادر بتاريخ: 04/ 12/ 2006، في الملف رقم: 31/ 384/ 05، (غير منشور).

[2] قرار المجلس الأعلى عدد 186، المؤرخ في 28/ 03/ 2007، في الملف الشرعي عدد: 621/ 2/ 1/ 2006، (غير منشور).

قطاع الاتصال السمعي البصري بالمغرب
من الاحتكار إلى ضمان الحق في الخبر والمعلومة

عبد الغني السرار

طالب باحث بسلك الدكتوراه،كلية الحقوق السويسي

جامعة محمد الخامس الرباط

مقدمة:

من الأكيد أن الحق في المعلومة كان ولا زال يشكل عنصرا مهما في حياة الأفراد وذلك منذ أن ظهر الجنس البشري على وجه الأرض، وقد تطورت الحاجة إلى المعلومات بالموازاة مع تطور البشرية نفسها فتوافر المعلومات يساعد الإنسان على نقل خبراته وابتكاراته وآرائه ومعارفه للآخرين ليستعينوا بها على إدارة شؤونهم وتطوير وسائل إنتاجهم[1].

فإذا كان الاقتصاد العالمي قديما قد قام على إنتاج السلع والخدمات، فإنه اليوم يقوم على إنتاج المعارف والأفكار بحيث أصبحت المعلومات والأفكار في الآونة الأخيرة تشكل مصدرة قوة في اقتصاديات الدول، كما أن محددات النمو الاقتصادي أصبحت تقاس بمدى استثمار الدول في مجال تكنولوجيا المعلوميات وكذا بحجم المعلومات التي بحوزة الدولة وهو ما أصبح يصطلح عليه "باقتصاد المعرفة"[2].

فأمام "الثورة التكنولوجية والصناعية" التي يشهدها العالم في كافة المجالات وخاصة منها قطاع الإتصالات وكذا التطورالتكنولوجي الهائل لهذه المنظومة تراجعت المؤشرات التقليدية التي كانت تعتبر حتى عهد قريب مصدرا لثروات الدولة في مقابل تصدر تقنيات التواصل الحديثة المكانة الأولى في التعاملات الإقتصادية[3] والإدارية تحول رافقه أيضا إلتزام الدول بالمقتضيات الدولية التي تنص على حق الأفراد في الخبر والمعلومات واستعمال تقنيات التواصل الحديثة.

وتتجلى أهمية الحق في الخبر والمعلومة في كونهما يعدان من الحقوق الأساسية للمواطنين، من خلال حقهم في إعلام[4] حر ونزيه وموضوعي ينقل لهم كل القضايا والأحداث الساخنة التي تشهدها الساحة الدولية بصفة عامة والوطنية بصفة خاصة هذا دون أن نستثنى حقهم في التعبير عن رأيهم بكل حرية وبدون تمييز علاوة على حقهم في مشهد إعلامي متنوع ومتعدد.

---

[1]- محمد علي حوات: قراءة في الخطاب الإعلامي والسياسي المعاصر، نظرية نقدية، مكتبة مدبولي 2005، ص 23.

[2]- اقتصاد المعرفة هو مصطلح يركز على إنتاج وإدارة المعرفة من خلال استخدام تقنيات المعرفة الجديدة (تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، برامج الكمبيوتر ...) لانتاج فائدة اقتصادية وخلق وظائف جديدة، ففي حين كانت الأرض، ورأس المال واليد العاملة هي العوامل الثلاثة الأساسية للإنتاج في الاقتصاد القديم، أصبحت الروافد المهمة في الاقتصاد الجديد هي المعرفة الفنية، والإبداع، والذكاء، والمعلومات ...، ويعتبر الإقتصادي الأمريكي بيتر دركر Peter F. Drucker أول من استخدم هذا المفهوم في كتابه عصر الإنقطاع أو التغيير The age Of Discontinuites، الصادر سنة 1968، وفي وقت لاحق قال بيتر بأن "عمال المعرفة" Knowledge Workers هم الذين سيقودون الاقتصاد، بدلا من "عمال العضلات" الذين حركوا الآلات والمصانع...

[3]- يذهب ألفين وهيدي توفلر في الفصل الثالث من كتابه، إنشاء حضارة جديدة سياسة الموجة الثالثة، إلى أن الأنظمة الاقتصادية كلها تقوم على قاعدة المعرفة (...) وخلافا لرأس المال، والعمل والأرض لم يهتم علماء الاقتصاد بهذا العنصر المعرفي وخاصة عندما يحسبون رأس المال. وفي موضع آخر من الفصل الثالث يقول: بأن المعرفة تمثل على المدى الطويل بالنسبة للسلطة المالية تهديدا أخطر بكثير من تهديد النقابات العمالية والأحزاب السياسية المعادية للرأسمالية.
للتوسع أكثر، راجع، ألفين وهيدي توفلر: إنشاء حضارة جديدة سياسة الموجة الثالثة، ترجمة حافظ الجمالي، منشورات اتحاد الكتاب العرب، 1998، الصفحات، 33 حتى 37.

[4]- جدير بالذكر هنا أن نشير إلى كلا من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966، ينصان من خلال المادة 19 منهما على أنه:" لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، (...)، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية".

إذ بفضل الثورة التكنولوجية التي أصبحت تغزو العالم بأسره، متخطية كل الحدود الجغرافية ورافعة كل الحواجز، ظهرت قنوات دولية غير مكترثة بعنصر السيادة الوطنية La Souveraineté National[1] وخارجة عن تحكم السلطات الداخلية، فما لا يمكن مشاهدته وسماعه في القنوات الوطنية أصبح ممكنا التقاطه عبر الفضائيات الدولية.

ومن انعكاسات التدفق الإعلامي تخلي المشاهدين عن قنواتهم الوطنية التي أضحت عاجزة عن إشباع رغبتهم في إنتاج الخبر والمعلومة، وذلك مقابل توجههم للفضائيات الأجنبية وخصوصا منها الغربية التي تكشف لهم عما يجري داخل حدودهم وأوطانهم[2].

وهكذا، فإن إمكانية استقبال أكثر من قناة إخبارية واحدة جعلت من احتكار المشهد السمعي البصري أمرا لا قيمة له، الشيء الذي دفع عدة دول إلى التخلي عن احتكار هذا المجال الحيوي، وقد أنشأ في بريطانيا في عام 1945 أول تلفزيون خاص وفي عام 1972 ظهر عدد محدود من محطات الراديو الخاصة مثل الإذاعة البريطانية بي بي سي للمذيعين، وفي فرنسا وجدت حرية منظمة وأنشات محطات راديو عديدة محققة بذلك نجاحا كبيرا، وفي سنة 1975 رأت المحكمة الدستورية في إيطاليا أن إحتكار قطاع السمعي البصري مخالف لأحكام ومقتضيات الدستور[3].

أما في المغرب فقد ظهرت أولى المطالب بتحرير المشهد الإعلامي إبان المناظرة الوطنية الأولى للإعلام والإتصال التي عقدت في مارس 1993 حيث تمت المطالبة بضرورة تحرير هذا القطاع ومنذ ذلك الحين بدأت الدولة المغربية في التفكير في إمكانية رفع يدها عن إحتكار المشهد الإعلامي وتحريره وفتح المجال أمام المبادرة الخاصة، وذلك بغية تحقيق تعددية شاملة تعبر عن كل الأراء والأطياف السياسية وتضمن حرية التعبير السمعي البصري[4].

بعد هذه التوطئة البسيطة نرى بأنه من المفيد طرح بعض الإشكالات والإستفهامات التي قد تسعفنا في الإحاطة بموضوع السمعي البصري بالمغرب، وهذه الأسئلة من قبيل:

ما هي أهم المراحل التي مر بها تحرير قطاع الإتصال السمعي البصري بالمغرب ؟. وما هي الدوافع التي أدت إلى تحريره ؟.

أي دور تضطلع به الهيأة العليا للإتصال السمعي البصري في مجال ضمان الحق في الخبر والمعلومة وحماية الأفراد من الأنباء الزائفة؟.

كيف تعاملت الهيأة العليا مع مطالب بعض الهيئات النقابية والفاعلين السياسيين بخصوص الولوج المنصف والعادل لقطاع السمعي البصري ؟، وماهي أهم القرارات التي أصدرها المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري في هذا المجال ؟.

المطلب الأول: مسار تحرير المشهد السمعي البصري بالمغرب

منذ سنة 1956 تاريخ حصول المغرب على الإستقلال احتكرت الدولة هذا القطاع وبسطت وصايتها عليه إذ في 18 ماي 1959 تم إصدار الظهير الشريف رقم 1.59.173 بشأن إستغلال بعض مؤسسات الإذاعة اللاسلكية والذي نص في فصله الأول، على أنه يجب على

[1]- Pouvoir suprême reconnu à l'État, qui implique l'exclusivité de sa compétence sur le territoire national (souveraineté interne) et son indépendance absolue dans l'ordre international où il n'est limité que par ses propres engagements (souveraineté externe). Cette notion apparaît aux XVIIe et XVIIIe siècles avec John Locke (1632-1704) et Montesquieu (1689-1755) qui énoncent le principe de séparation des pouvoirs, fondement des systèmes de représentation.

[2]- سعيد خمري : محاضرات في قانون الإعلام و الإتصال ، الكلية المتعددة التخصصات أسفي 2007 ص 26/27. مطبوع غير منشور.

[3]- عبد الهادي عباس : حقوق الإنسان، الجزء الثالث، دار الفاضل للتأليف والنشر 2003، ص 282.

[4]- جاء هذا التحرير نتيجة لمجهودات جمة من بينها المناظرة الوطنية الأولى للإعلام و الإتصال التي عقدت في مارس 1993 والتي طالبت بضرورة تحرير القطاع.

المؤسسات الإذاعية اللاسلكية الموجودة في جميع تراب المملكة غير مؤسسات الإذاعة الوطنية المغربية أن تكف عن كل إذاعة (أي البث) في أجل أقصاه 31 دجنبر 1959[1].

وفي سياق إحتكار الدولة المغربية لقطاع السمعي البصري صدر في 13 يونيو 1959 المرسوم رقم 2.59.506 لتطبيق الظهير الشريف رقم 1.59.173 بشأن إستغلال بعض مؤسسات الإذاعة اللاسلكية والذي أخضع المؤسسات الإذاعية واللاسلكية لضرورة الحصول على تأشيرة مدير الإذاعة الوطنية المغربية وجعلها تخضع لمراقبته الإحتياطية، وهكذا أصبحت النشرات الإخبارية وكذا التعاليق تخضع لمراقبة مندوب الإذاعة الذي يمكنه منع إذاعتها[2]، وفي 3 مارس 1962 غداة الاستقلال، تم إنشاء القناة الوطنية المغربية التي كانت تابعة وخاضعة لوزارة الإعلام[3].

والجدير بالذكر أن التشريع القانوني لسنة 1959 لقي معارضة سياسية قوية من لدن أحزاب المعارضة وخاصة أحزاب، التقدم والإشتراكية، الإستقلال والإتحاد الإشتراكي للقوات الشعبية، التي كانت ترى بأن كل النصوص القانونية التي صدرت بعد الإستقلال كانت تصب كلها في اتجاه تكريس السيطرة الكلية للدولة على المجال السمعي البصري[4]، فطوال عشر سنوات الممتدة من 1960 إلى 1970 كانت الإذاعة والتلفزة تحت وصاية وزارة الإعلام والتي وضعت بدورها تحت وصاية وزارة الداخلية[5] وكان على رأس التلفزة المغربية مدير عام يعينه وزير الداخلية[6].

ورغم كون الإطار القانوني الذي كان ينظم القطاع السمعي البصري لم يكن يسمح بالمبادرة الخاصة فإن ذلك لم يمنع من ظهور بعض الإستثناءات عليه، وهكذا جاء تأسيس إذاعة البحر الأبيض المتوسط (ميدي 1 MEDI) في سيبتمبر 1980 بعدما أبرمت الدولة المغربية اتفاقية مع شركة سوفيراد الفرنسية خولت بموجبها الحكومة المغربية لهذه الشركة إنشاء محطة إذاعية حرة تملك فيها مؤسسات مغربية 51 في المائة من رأسمالها[7].

هذا، وفي إطار الإستثناءات الواردة على تشريع 1959 المتعلق بقطاع السمعي البصري بالمغرب تم في وقت لاحق إنشاء القناة الثانية 2M، التي تعتبر هي الأخرى مشروع سياسي ثقافي فرنسي مغربي وذلك بمقتضى اتفاقية أبرمتها الدولة المغربية مع شركة سورياد الفرنسية في 20 فبراير 1988 كانت 51 في المائة من رأسمالها يملكها المغرب[8]، وكانت القناة الثانية في بدايتها الأولى غير مجانية حيث كانت تزود مشتركيها بالبث المشفر وهو ما جعلها عرضة لظاهرة القرصنة خصوصا في غياب قانون يجرمها في تلك الفترة، وبعدها بسبع سنوات، وبالضبط سنة 1996، إنسحبت مجموعة أونا (ONA) والتي كانت المساهم الرسمي في رأسمال القناة، الشيء الذي عجل بتدخل

---

[1] - الفصل الأول من الظهير الشريف رقم 1.59.173 بشأن استغلال بعض مؤسسات الإذاعة اللاسلكية، صادر في 22 ماي 1959، الجريدة الرسمية عدد 2430، بتاريخ 22 ماي 1959، الصفحة 1591.

[2] - الفصل الثاني من المرسوم رقم 2.59.506 لتطبيق الظهير الشريف رقم 1.59.173 بشأن استغلال بعض مؤسسات الإذاعة اللاسلكية، الجريدة الرسمية عدد 2434 بتاريخ 19 يونيو 1959، ص 1879.

[3] - في أبريل 2005، وفي سياق تحرير القطاع السمعي البصري المغربي تحولت الإذاعة والتلفزة المغربية -"إ.ت.م" إلى "الشركة الوطنية للإذاعة و التلفزة"- "ش.و.إ.ت".

[4] - نص الفصل الأول من ظهير 1959 على أنه: "يجب على المؤسسات الإذاعية اللاسلكية الموجودة في جميع تراب المملكة بتاريخ نشر الظهير الشريف باستثناء مؤسسات الإذاعة الوطنية المغربية أن تكف عن البث يوم 31 دجنبر 1959 كحد أدنى".

[5] - حيث كان وزير الداخلية في تلك المرحلة يجمع بين حقيبة الداخلية والإعلام معا مما سيجعل العلاقة بين القوى السياسية والوسائل السمعية البصرية جد متوترة بحكم احتكار الدولة لهذا القطاع.

[6] - عبد العزيز النويضي: الهيأة العليا للاتصال السمعي البصري في المغرب دراسة في النشأة و المهام الطبعة الأولى، 2004 دار الأمان الرباط ص14.

[7] - إن ميلاد هذه المحطة لم يكن رغبة من الدولة في إنهاء الاحتكار بل جاء كتدبير مرحلي أملته اعتبارات ذات طابع سياسي محض وجاء في سياق ذو طبيعة إستراتيجية اقتضت سياسة المغرب آنذاك الاقتراب من فرنسا ومحاباتها خاصة وأنها كانت تسير في منحى معاكس لمصالح المغرب السياسية في ما يخص بعض القضايا الكبرى. أورده، المختار ولد زيدان ونجاة بوتفوست: تحرير القطاع السمعي البصري بالمغرب ومسألة الاستثمار، بحث لنيل دبلوم المعهد العالي للإعلام والاتصال الرباط، سنة 2007/2006، ص14.

[8] - في عام 1988، وقعت شركة Soread مع الحكومة المغربية عقدا يتيح لها بث برامجها التلفزيونية على نطاق وطني كامل، وبعد التوقيع على اتفاقية بين الطرفين شرعت القناة في بث برامجها تجريبيا وفق دفتر تحملات وظيفي متفق عليه وكانت انطلاقتها الرسمية في 4 مارس 1989.

الحكومة المغربية سنة 1997 لشراء 68 في المئة من رأسمال الشركة[1]، وبعدها وبالضبط في 10 يناير 1997 عرضت القناة لأول مرة للجميع على الصعيد الوطني مجانا حيث صارت القناة المغاربية الأكثر مشاهدة من خلال الأقمار الصناعية والبث الرقمي.

هذا الإستثناء لم يكن ناتجا عن إرادة فعلية لوضع حد للإمتياز الاحتكاري بقدر ما كان الأمر نوعا من المحاباة لفرنسا قبل أن تبدأ الدولة بالتفكير في تحرير هذا القطاع، خاصة وأن المغرب صادق في 3 ماي 1979على العهدين الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية[2] الذي نصت مادته 19 على أنه، لكل إنسان الحق في حرية التعبير وتلقي المعلومات والأفكار ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها وكذا مع المقتضيات المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948[3].

وقد عكست الرسالة الملكية الموجهة إلى أسرة الصحافة والإعلام بمناسبة اليوم الوطني للإعلام بتاريخ 15 نونبر 2002، عزم المغرب على إنهاء مسألة احتكار الدولة للمشهد الإعلامي وفتح المبادرة للخواص من أجل الاستثمار فيه شريطة احترام خصوصيات الأفراد والإلتزام بالنزاهة والموضوعية في نقل وإذاعة الأخبار والمعلومات، حيث أكد جلالة الملك على أنه: "لا يمكن للإعلام أن يكتسب المصداقية الضرورية، وأن ينهض بالدور المنوط به، ويتبوأ المكانة الجديرة به ما لم تمارس هذه الحرية في نطاق المسؤولية مضيفا أنه لا سبيل لنهوض وتطور صحافة جيدة دون ممارسة لحرية التعبير"[4].

وتقرر رسميا إنهاء هذا الإمتياز الإحتكاري في ميدان البث الإذاعي والتلفزي بموجب المرسوم رقم 2.02.663 الصادر في 10 شتنبر 2002[5] ، وإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.02.212 الصادر في 31 غشت 2002[6] وإصدار القانون المتعلق بالاتصال السمعي البصري[7] وهي خطوات هامة تسير في اتجاه دمقرطة وتحديث القطاع خصوصاً وكذا المجتمع عموماً، مع احترام القيم الثقافية والهوياتية للبلاد[8].

وقد انطلق مسلسل التحرير عمليا منذ ماي 2006 حين منحت الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري عدة تراخيص تقضي بإحداث واستغلال خدمات إذاعية عبر الساتل بهدف إغناء المشهد السمعي البصري الذي أصبح يسمح للمواطنين بالولوج إلى خدمات سمعية بصرية متنوعة[9].

---

[1] - وثائقي موجز أعدته قناة دوزيم 2M تحت عنوان:" قصة القناة الثانية 2M من 1989 إلى 2015 ، وتم نشره على موقع اليوتوب بتاريخ 16 نونبر 2015.

[2] - بموجب الظهير الشريف رقم 1.79.186 بتاريخ 8 نونبر 1979، ج.ر.ع3525، (21 ماي1980)، ص 631.

[3] - تنص المادة 19 منه، على أنه لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، (...)، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية.

[4] - مقتطف من الرسالة الملكية الموجهة إلى أسرة الصحافة والإعلام بمناسبة اليوم الوطني للإعلام بتاريخ 15 نونبر 2002.

[5] - مرسوم رقم 2.02.663 القاضي بإلغاء احتكار الدولة للمجال السمعي البصري الصادر في 10 شتنبر 2002، الجريدة الرسمية عدد 5038، بتاريخ 12 شتنبر 2002.

[6] - الظهير الشريف رقم 1-02-212 صادر في 22 من جمادى الآخرة 1423 (31 أغسطس 2002) يقضي بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي- البصري، الجريدة الرسمية رقم 5035 الصادرة يوم الاثنين 2 شتنبر 2002. والذي تم تغييره وتتميمه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-03-302 الصادر في 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003)، والظهير الشريف رقم 1-07-189 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) والظهير الشريف رقم 1-08-73 صادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008).

[7] - يتعلق الأمر هنا بالظهير الشريف رقم 1-04-257 الصادر في 25 من ذي القعدة 1425 (7 يناير 2005) بتنفيذ القانون رقم 03-77 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، الجريدة الرسمية رقم 5288 بتاريخ 23 ذو الحجة 1425 (3 فبراير 2005).

[8] - فيما يخص تأخر إعلان قرار التحرير، سبق وأوضح وزير الإتصال آنذاك السيد محمد نبيل بن عبد الله، أن الموضوع ليس سهلا، لأنه مرتبط بخيار سياسي حساس بالنسبة للدولة يقر بمبدأ جديد للحقل الإعلامي المغربي وتعدد مصادر الخبر، لذلك كان من الضروري أن تنضج الفكرة وأن تترسخ القناعة بأن فوائد هذه الخطوة أكثر من سلبياتها. أوردته نزهة باعزيزي: إصلاح القطاع السمعي البصري في المغرب والرهانات المستقبلية ،مرجع سابق، ص18.

[9] - ويتعلق الأمر بالجيل الأول من التراخيص التي تحصلت عليها الإذاعات التالية: إذاعة ميدي 1، راديو سوا، إذاعة أطلنتيك، هيت راديو، أصوات إف إم ، إم إف إم أطلس، إم إف إم سايس ، إم إف إم سوس، إذاعة كازا إف إم ، إم إف إم الشرق، الصحراء إم إف إم، شدى إف إم، راديو بلوس أكادير، راديو بلوس مراكش، كاب راديو. وترخيصا واحدا لتلفزة (ميدي1 سات).

وسيعرف المشهد السمعي البصري منح الجيل الثاني من التراخيص الإذاعية والتلفزية، بحلول سنة 2009، وتمكين المتعهدين السمعيين البصريين من الاستثمار في القنوات الخاصة في مجموع المناطق الجغرافية المكونة للتراب الوطني، وهو ما سيتم تعزيزه من خلال منح التراخيص لأربع إذاعات جديدة بتاريخ 29 فبراير 2009 (ميد راديو، راديو مارس، مدينة إف إم، راديو لوكس). مع الإشارة إلى أهمية استحضار التواجد الإعلامي السمعي الفرنسي والأمريكي المتمثل في كل من إذاعة "سوا" وإذاعة "ميدي1"[1].

إذن فما هي المؤثرات التي تحكمت في قرار التحرير؟.

الفقرة الأولى: المؤثرات الخارجية

مما لا ريب فيه أن المغرب واحد من بين الدول التي أدركت التدفق الإعلامي الكبير في مجال الإعلام والإتصال من خلال ظهور فضائيات وقنوات دولية عابرة للحدود والجغرافيا وغير مكثرتة بمبدأ السيادة، وأمام إنتشار الأقمار الصناعية وبنوك المعطيات وشبكات الأنترنيت حيث تبين بالواضح بأن قطاع الإتصال والإعلام الذي يؤسس لمجتمع المعلومات يجب أن لا يبقى ذا وظيفة إدارية ما دام أن المعلومة أمست هي الأساس في بناء الإقتصاد، وظهور إقتصاد المعرفة الذي أبان عن الفجوة بين الدول المتقدمة الغنية والدول المتقدمة والفقيرة أساسه معلوماتي.

ورغبة من المغرب في مسايرة ومواكبة هذه الثورة المعلوماتية التي يعيشها العالم في زمن العولمة أو بتعبير ألفين وهيدي توفلر مواكبة حضارة الموجة الثالثة[2]، إختمرت فكرة وضع حد لإحتكار الدولة لقطاع السمعي البصري وتحريره وفسح المجال للخواص.

الفقرة الثانية: المؤثرات السياسية

لقد لقي الإمتياز الإحتكاري للقطاع السمعي البصري معارضة سياسية قوية ترجمت أولها في المذكرة التي رفعها حزبا الإستقلال والإتحاد الإشتراكي للقوات الشعبية إلى المؤسسة الملكية في أكتوبر 1991 والتي تضمنت مطلب إنشاء مجلس أعلى للإعلام، فرغم كونها كانت عبارة عن إشارات مقتظبة لكن تحمل في ثناياها دلالات عميقة، هذا الأمر تم تداركه في المذكرة الثانية المقدمة في يونيو 1992 والتي أسهبت في تفسير المقصود[3].

وفي خضم البحث عن أرضية توافقية بين مختلف الفاعلين في الحقل الإعلامي إنعقدت المناظرة الوطنية للإعلام والإتصال نهاية مارس 1993 والتي جاءت كتزكية لمطالب أحزاب الكتلة ومن توصياتها ضرورة تحرير قطاع السمعي البصري وإنشاء مجلس أعلى يهتم بقطاع الإعلام برمته.

وقد لقيت هذه المطالب إستجابة من قبل أعلى سلطة في البلاد حيث أعلن جلالة الملك محمد السادس في رسالته الموجهة للمناظرة عن إحداث هيئة عليا للإعلام والإتصال ودعت القطاع الخاص للمساهمة في تنشيط وتطوير قطاع الإعلام ، كما دعت الإدارة إلى إنفتاح أكبر على وسائل الإتصال بجميع مكوناته[4].

[1] - Http://Www.Haca.Ma.

[2] - ألفين وهيدي توفلر: إنشاء حضارة جديدة سياسة الموجة الثالثة، ترجمة حافظ الجمالي، منشورات اتحاد الكتاب العرب، 1998.

[3] - المختار ولد زيدان ونجاة بوتفوست: تحرير القطاع السمعي البصري بالمغرب ومسألة الاستثمار، بحث لنيل دبلوم المعهد العالي للإعلام والاتصال الرباط، سنة 2007/2006، ص21.

[4] - سعيد خمري : م س ص 40.

الفقرة الثالثة: تأثير المجتمع المدني

من بين العوامل التي كانت لها تأثير ودور كبير في المطالبة بوضع حد لهيمنة الدولة على القطاع السمعي البصري نجد ردود فعل المجتمع المدني والتي كان أهمها عزوف المشاهد المغربي عن التلفزة الوطنية التي أضحت عاجزة عن إشباع رغبته في الأخبار ومعرفة الحقيقة كما هي، وذلك مقابل توجههم إلى الفضائيات الأجنبية، وقد أظهرت استطلاعات الرأي أجريت عام 1998 أن نسبة المشاهدة في المغرب بلغت 25 في المائة فقط بالنسبة للقناة الأولى، و40 في المائة للقناة الثانية، و35 في المائة للقنوات الأجنبية، وقد ارتفعت هذه النسبة بشكل مدهل لصالح القنوات الأجنبية خاصة بعد إحداث 11 شتنبر 2001[1].

هذا، بالإضافة إلى الحقوقيين الذين كان لهم دورلا يقل أهمية في المطالبة بالسير نحو التحرير ووضع حد للاحتكار، وهكدا نجد المنظمة المغربية لحقوق الإنسان في دراسة لها حول الصحافة والإعلام بالمغرب 1995، طالبت بإصلاح التلفزة والاذاعة معتبرة أن هذا المطلب لايمكنه أن يتأتى إلا بإلغاء الاحتكار ووضع حد لوصاية السلطة التنفيذية على برامج هذا المرفق العام وفتح المبادرة للخواص وضمان تعددية الإعلام والبرامج ذات الصبغة السياسية والثقافية وأخد التنوع اللغوي والجهوي بعين الاعتبار، وأوصت بانشاء هيأة عليا تتمتع بالاستقلال لضمان التنوع والحياد والاستقلال وولوج القوى السياسية بدون تمييز للاعلام السمعي البصري[2].

المطلب الثاني: الحق في الخبر والمعلومة من خلال قرارات المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري

تعتبر سنة 2002 منعطفا هاما في تاريخ الإتصال السمعي البصري وذلك من خلال إلغاء إحتكار الدولة للقطاع السمعي البصري بموجب مرسوم رقم 2.02.663 الصادر في 10 شتنبر 2002[3]، وقد جاء قرار تحرير فضاء السمعي البصري كمطلب مجتمعي من خلال المناظرة الوطنية الأولى للإعلام والإتصال التي عقدت سنة 1993 والتي شكلت نقطة إنطلاق لسلسلة من اللقاءات إنتهت آخر حلقاتها بإعلان الدولة لإنهاء الإحتكار عبر وضع إطار قانوني ينظم الممارسة الإعلامية[4].

وفي إطار تفعيل السياسة الحكومية الرامية لتحرير قطاع السمعي البصري أنشئت في نفس السنة الهيأة العليا للاتصال السمعي البصري وأوكلت إليها مهمة ضبط وتنظيم عملية تحرير القطاع بالارتكاز على مبادئ النزاهة والشفافية والحياد والعمل على تحقيق الانسجام في الممارسة الإعلامية، وبلورة التوجهات الوطنية الإستراتيجية في ميدان الإعلام، بالإضافة على السهر على احترام حرية التعبير التعددي والحق في المعلومة واحترام القيم الحضارية الأساسية[5].

وفي إطار المهام المسندة لها في مجال ضمان التعددية السياسية والثقافية واللغوية، تعمل الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري على الإسهام من زاوية اختصاصها على ضمان الممارسة الكاملة للحريات والحقوق الأساسية المرتبطة بالعملية الانتخابية، وذلك من خلال إصدار القواعد التي تضمن الولوج المنصف لوسائل الاتصال السمعي البصري حيث أصدرت، من خلال المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري، مجموعة من القرارات التي تضمن الولوج العادل والمنصف للأحزاب السياسة لوسائل الإعلام وخاصة بمناسبة الإستحقاقات الإنتخابية سواء التشريعية أو الجماعية.

---

[1] - عبد العزيز النويضي م س ص 22.

[2] - أصدرت المنظمة المغربية لحقوق الإنسان، في ماي 1995 دراسة حول موضوع "حرية الصحافة والإعلام بالمغرب: الحدود والآفاق" بتعاون مع المركز الدولي لمناهضة الرقابة بلندن.

[3] - مرسوم رقم 2.02.663 القاضي بإلغاء احتكار الدولة للمجال السمعي البصري الصادر في 10 شتنبر 2002، الجريدة الرسمية عدد 5038 بتاريخ 12 شتنبر 2002.

[4] - خديجة بناحي: الإعلام السمعي البصري بالمغرب ورهان التغيير .الشركة و. إ . ت، نموذجا .بحث لنيل دبلوم المعهد العالي للإعلام والإتصال الرباط 2009/2008 ص16.

[5] - ظهير شريف رقم 1.02.212 صادر في 22 من جمادى الأخرة (31 غشت 2002) يقضي بإحداث الهيأة العليا للاتصال السمعي البصري، الجريدة الرسمية عدد 5035 الصادرة بتاريخ 2 شتنبر 2002، كما تم تغييره وتتميمه في سنوات 2003 و2007 2008.

وفي سنة 2011 تم الإرتقاء بالهيأة العليا للاتصال السمعي البصري إلى مصاف الهيئات الدستورية، حيث نص الفصل 165 من الدستور على أن تتولى الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري السهر على احترام التعبير التعددي لتيارات الرأي والفكر، والحق في المعلومة في الميدان السمعي البصري، وذلك في إطار احترام القيم الحضارية الأساسية وقوانين المملكة، وقد تضمن دستور 2011 مجموعة من الفصول التي تضمن حرية الرأي والتعبير بجميع أشكاله[1].

ومن أجل القيام بمهامها على أحسن وجه تضم الهيأة في تشكيلتها مجموعة من الهيئات المختصة ويعتبر المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري، المنصوص عليه في الباب الأول من الظهير الشريف المحدث للهيأة العليا للاتصال السمعي البصري، من بين الهيئات الأساسية التابعة لهذه الهيأة، بحيث يعمل على ضمان حرية الإتصال السمعي البصري من خلال عدة جوانب من قبيل إحترام التعددية والمشاركة السياسية، والحق في المعلومة والحق في الرد وكما أن هناك بعض القنوات التي يمكن أن تسيء إستعمال هذه الحرية كنشر أخبار زائفة بقصد أو بدونه أو الإستهتار بأخلاقيات المهنة لذا وجب حماية المشاهد.

وبتاريخ 20 يوليوز 2016 صادق مجلس النواب، خلال جلسة عامة بالإجماع على مشروع قانون رقم 11.15 يتعلق بإعادة تنظيم الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري[2]، وبعد الإطلاع على هذا النص القانوني تبين بأنه سيمكن الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري من أدوات جديدة قصد السهر على إرساء مشهد سمعي بصري متنوع وتعددي ومتوازن ومتكامل يكرس قيم الكرامة الإنسانية ومحاربة كافة أشكال التمييز.

وينص هذا المشروع على أن الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري مؤسسة مستقلة لتقنين مجال الاتصال السمعي البصري بحيث تتولى ضمان ممارسة الاتصال السمعي البصري كمبدأ أساسي واحترام التعبير التعددي لتيارات الرأي والفكر والحق في المعلومة (...)[3].

هذا، وسيتيح هذا المشروع للهيئة الإسهام في ضمان حق المواطنين والمواطنات في الإعلام، والحق في الخبر في الميدان السمعي البصري، وتعزيز حرية الاتصال السمعي البصري وحمايتها، في إطار احترام القيم الحضارية الأساسية للمملكة.

من جهة أخرى، يتضمن المشروع مقتضيات أساسية تتعلق بإمكانية تلقي المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري لشكايات، من مجلسي البرلمان أو الحكومة أو المنظمات السياسية أو النقابية أو جمعيات المجتمع المدني المهتمة بالشأن العام[4] تهم خرق أجهزة الاتصال السمعي البصري للقوانين أو للأنظمة المطبقة على قطاع الاتصال السمعي البصري، كما يخول المشروع للأفراد الحق في توجيه شكايات خاصة إلى المجلس الأعلى في هذا الشأن، ويعمل المجلس المذكور على بحثها في أجل 60 يوما قابلة للتمديد 30 لمدة 30 يوما[5].

هذا، وأسندت للمجلس الأعلى بموجب مشروع القانون المذكور، صلاحيات جديدة فبالإضافة إلى مهام الضبط والتقنين التي كان يمارسها سابقا أصبح يسهر أيضا على ضمان الحق في الخبر والإعلام وحرية التعبير وحمايتها ودعم مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان

[1]- من خلال الفصل 25 الذي ينص على: حرية الفكر والرأي والتعبير مكفولة بكل أشكالها، والفصل 27 الذي يضمن للمواطنات والمواطنين حق الحصول على المعلومات، الموجودة في حوزة الإدارة العمومية، والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام، وكذا الفصل 28 الذي ينص على أنه للجميع الحق في التعبير، ونشر الأخبار والأفكار والآراء، بكل حرية، ومن غير قيد، عدا ما ينص عليه القانون صراحة.

[2]- ومن المنتظر أن يمكن هذا النص القانوني الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري من إرساء مشهد سمعي بصري متنوع ومتوازن ومتكامل والإسهام في ضمان حق المواطنين والمواطنات في الإعلام، والحق في الخبر في الميدان السمعي البصري، وتعزيز حرية الاتصال السمعي البصري وحمايتها، في إطار احترام القيم الحضارية الأساسية للمملكة. بحسب المادة الأولى من المشروع.

[3]- المادة الأولى من مشروع قانون رقم 11.15 يتعلق بإعادة تنظيم الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري. كما تمت إحالته على مجلس النواب.

[4]- المادة 6 مشروع قانون رقم 11.15 يتعلق بإعادة تنظيم الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري. كما تمت إحالته على مجلس النواب.

[5]- الفقر الثانية من المادة 6 من مشروع قانون رقم 11.15 يتعلق بإعادة تنظيم الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري. كما تمت إحالته على مجلس النواب.

في مجال الإتصال السمعي البصري، ولعل أهم مستجد هو طال صلاحيات المجلس هو المتمثل في السهر على تجنب الإحتكار في ملكية وسائل الإتصال السمعي البصري وتكافؤ الفرص[1].

ومادام أن قانون رقم 11.15 الذي يتعلق بإعادة تنظيم الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري لم يصدر في الجريدة الرسمية بعد، ومن أجل التطرق للمهام التي أنيطت بالمجلس المذكور في مجال حماية وضمان الحق في الخبر والمعلومة باعتبارهما من المبادئ الأساسية للأفراد والهيئات السياسية والنقابية، سنعتمد على القانون الذي لا زال معمولا به حاليا أي الظهير الشريف رقم 212-02-1، الذي يتضمن الفصل الأول منه مجموع المهام الموكولة للمجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري في مجال السمعي البصري ونخص منها بالذكر:

أ- مهام الضبط والتقنين

يبحث المجلس الأعلى طلبات التراخيص والأذون بإحداث واستغلال منشآت الاتصال السمعي- البصري؛

يمنح المجلس تراخيص وأذون استعمال الترددات الراديوكهربائية المخصصة لقطاع الاتصال السمعي-البصري.

(...).

ب- مهام المراقبة والجزاء

يسهر المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري على تقيد جميع السلطات والأجهزة المعنية بالقوانين والأنظمة المطبقة على قطاع الاتصال السمعي- البصري؛

يسهر المجلس على التقيد بتعددية التعبير عن تيارات الفكر والرأي، ولاسيما ما يتعلق بالإعلام السياسي؛

يسهر المجلس على تقيد أجهزة الاتصال السمعي البصري بالنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في ميدان الإشهار، وتراقب كيفية برمجة الفقرات الإشهارية التي تتولى بثها هيئات الاتصال السمعي البصري؛

يتلقى المجلس ويبت في الشكايات المتعلقة بخرق أجهزة الاتصال السمعي البصري للقوانين أو الأنظمة المطبقة على القطاع أو النزاعات الناتجة عن بث معلومة تمس بشرف شخص أو مخالفة للحقيقة؛

وفيما يلي عرض لأهم القرارات التي أصدرها المجلس في مواضيع مختلفة والتي تصب في اتجاه ضمان الحق في الخبر والحق في المعلومة.

الفقرة الأولى: احترام التعددية والمشاركة السياسية

تضطلع وسائل الاتصال السمعي البصري بدور أساسي في التوعية السياسية للمواطن، وتساهم في تعبئته وحثه على الانخراط في العملية الانتخابية باعتبارها محطة رئيسية في البناء الديمقراطي، وآلية من آليات المشاركة السياسية لاختيار من يمثله و ينوب عنه في تسيير الشأن العام[2].

[1]- الفقرة 10 من المادة 3 من مشروع قانون رقم 11.15 يتعلق بإعادة تنظيم الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري. كما تمت إحالته على مجلس النواب.

[2]- القرار رقم14.07 لضمان التعددية السياسة خلال فترة الإنتخابات التشريعية العامة 2007 في وسائل الإتصال السمعي البصري. الصادر في 8 جمادى الأولى 1428(25.05.2007).

وقد أسندت المادة 3 في فقرتها 13 من الظهير المحدث للهيأة العليا للإتصال السمعي البصري للمجلس الأعلى إختصاص السهر على تقيد وسائل الإعلام السمعي البصري وخاصة العمومية منها بضمان تعددية التعبير عن تيارات الفكر والرأي ولاسيما ما يتعلق بالإعلام السياسي[1].

وتفعيلا لمضامين الدستور، وفي إطار المهام المسندة لها في مجال ضمان التعددية السياسية والثقافية واللغوية، تعمل الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري على الإسهام من زاوية اختصاصها على ضمان الممارسة الكاملة للحريات والحقوق الأساسية المرتبطة بالعملية الانتخابية، وذلك من خلال إصدار القواعد التي تضمن الولوج المنصف لوسائل الاتصال السمعي البصري، حيث أصدرت من خلال المجلس الأعلى، مجموعة من القرارات التي تضمن الولوج العادل والمنصف للأحزاب السياسة لوسائل الإعلام وخاصة بمناسبة الإستحقاقات الإنتخابية سواء التشريعية أو الجماعية.

وهكذا نجد القرار رقم 46-11، المتعلق بضمان التعددية السياسية في وسائل الاتصال السمعي البصري خلال فترة الانتخابات التشريعية العامة 2011[2]، ثم القرار رقم 26.15 القاضي بإصدار توصية لوسائل الاتصال السمعي البصري بمناسبة الانتخابات الجماعية والجهوية لسنة 2015[3]، وفي وقت سابق تم إصدار القرار رقم14.07 لضمان التعددية السياسة خلال فترة الإنتخابات التشريعية العامة 2007 في وسائل الإتصال السمعي البصري[4].

وبحسب المادة 5 من قرار المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري، رقم 46-11، يتم تقدير الولوج المنصف للأحزاب السياسية لبرامج الفترة الانتخابية على أساس توازن عادل بين مبدأي المساواة وتمثيلية الأحزاب السياسية في مجلسي البرلمان، على الشكل التالي[5]:

المجموعة الأولى: تتكون من الأحزاب السياسية التي تتوفر في إحدى غرفتي البرلمان على عدد المقاعد اللازم لتشكيل فريق برلماني. تستفيد الأحزاب السياسية المشكلة لهذه المجموعة من 35% من الحجم الزمني الإجمالي لبرامج الفترة الانتخابية، موزعة بينها بالتساوي.

المجموعة الثانية: تتكون من الأحزاب السياسية التي تتوفر على الأقل على نائب أو مستشار بالبرلمان، بحيث تستفيد الأحزاب السياسية المشكلة لهذه المجموعة من 35% من الحجم الزمني الإجمالي لبرامج الفترة الانتخابية، موزعة بينها بالتساوي.

المجموعة الثالثة: تتكون من الأحزاب السياسية غير الممثلة بالبرلمان. تستفيد الأحزاب السياسية المشكلة لهذه المجموعة من 30% من الحجم الزمني الإجمالي لبرامج الفترة الانتخابية، موزعة بينها بالتساوي. وكل حزب سياسي جديد يتم تأسيسه بعد صدور هذا القرار، طبقا للنصوص القانونية والتنظيمية الجاري بها العمل، يضاف تلقائيا لهذه المجموعة.

فهذا القرار يؤسس لمجموعة من القواعد الهادفة إلى ضمان الولوج المنصف والمنتظم للأحزاب السياسية المشاركة في الإنتخابات التشريعية العامة لسنة 2011 إلى وسائل الإعلام السمعي والبصري، ويأتي هذا القرار في سياق تكملة النصوص التنظيمية المقررة لتمكين الأحزاب السياسية من مدد الولوج المنصف على الإعلام السمعي البصري العمومي إنسجاما مع مقتضيات المادة 295 من مدونة

---

[1]- ظهير شريف رقم 1.02.212 صادر في 22 من جمادى الأخرة (31 غشت 2002) يقضي بإحداث الهيأة العليا للاتصال السمعي البصري كما تم تغييره وتتميمه.

[2]- قرار المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري، رقم 46-11، الصادر في 13 ذي القعدة 1432 موافق لـ11 أكتوبر 2011،المتعلق بضمان التعددية السياسية في وسائل الاتصال السمعي البصري خلال فترة الانتخابات التشريعية العامة 2011.

[3]- قرار المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري رقم 26.15 الصادر بتاريخ 20 يوليوز 2015، القاضي بإصدار توصية لوسائل الاتصال السمعي البصري بمناسبة الانتخابات العامة الجماعية والجهوية لسنة 2015.

[4]- صادر في 25 ماي 2007، يتعلق بضمان التعددية السياسية خلال فترة الإنتخابات التشريعية لسنة 2007 في وسائل الإعلام، ج.ر.ع 5532 بتاريخ 7 يونيو 2007، الصفحة 2003.

[5]- قرار المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري، رقم 46-11، الصادر في 13 ذي القعدة 1432 موافق لـ11 أكتوبر 2011،المتعلق بضمان التعددية السياسية في وسائل الاتصال السمعي البصري خلال فترة الانتخابات التشريعية العامة 2011.

الإنتخابات، التي تقضي بإستعمال وسائل الإعلام السمعية البصرية من لدن الأحزاب السياسية المشاركة في الإنتخابات العامة الجماعية والتشريعية[1].

وفي نفس االسياق نجد القرار رقم 46.06[2] بشأن قواعد ضمان التعبير عن تعددية تيارات الفكر والرأي في خدمات الإتصال السمعي البصري خارج فترة الإنتخابات والذي يكرس لقاعدة إحترام تعددية تيارات الفكر والرأي ولاسيما في ميدان الإعلام السياسي على أساس أنها حق للمواطن، وقد عمل المجلس الأعلى للإتصال السمعي البصري من خلال هذا القرار على حماية التعددية والإنصاف الواجبين في ميدان الإعلام السياسي.

فبمقتضى هذا القرار يتعين على متعهدي الاتصال السمعي البصري المعنيين منح الأحزاب والمنظمات النقابية والمهنية والتمثيلية في المجال الاقتصادي وكذا المنظمات الاجتماعية الأخرى ذات الطابع الوطني، حسب أهميتها وتمثيليتها المؤسساتية أو المجتمعية، مددا منصفة من البث وتناول الكلمة في برامج الإعلام.

و إستنادا على هذا القرار أصدر المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري قراره رقم 14-19[3]، بشأن إخلال الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة بقواعد ضمان التعبير عن تعددية تيارات الفكر والرأي، حيث توصلت الهيأة العليا للاتصال السمعي بشكايات من مجموعة من الأحزاب السياسية، سواء الممثلة أو غير الممثلة في البرلمان، تشتكي مما تعتبره حيفا من خلال عدم احترام خدمات الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة لالتزاماتها المتعلقة بالتعددية السياسية، وبعد أن تداول أعضاء المجلس في الشكايات الواردة عليه قرر ما يلي:

1. أن الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة قد أخلت بالتزاماتها الخاصة بضمان التعبير عن تعددية تيارات الفكر والرأي في خدمات الاتصال السمعي البصري خارج فترات الانتخابات؛
2. توجيه إنذار إلى المتعهد؛
3. يأمر بتبليغ قراره هذا إلى الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة، وبنشره في الجريدة الرسمية.

الفقرة الثانية: الحق في المعلومة والحق في الرد

1) الحق في المعلومة

يعتبر الحق في المعلومة من بين الحقوق التي ورد التأكيد عليها في الرسالة الملكية الموجهة إلى الصحفيين سنة 2002[4]، وورد التأكيد عليها في الظهير المنشئ للهيئة العليا للاتصال السمعي البصري،(...واقتناعا من جلالتنا الشريفة بوجوب ضمان الحق في الإعلام، كعنصر أساسي لحرية التعبير عن الأفكار والآراء...-الديباجة-)، وكذا في القانون المتعلق بالإتصال السمعي البصري من خلال ديباجته.

[1] - ظهير شريف رقم 83-97-1 صادر في 23 من ذي القعدة 1417 بتنفيذ القانون رقم 97-9 المتعلق بمدونة الانتخابات (ج. ر بتاريخ 24 ذي القعدة 1417 - 3 أبريل 1997)، كما عدل وتمم.

[2] - قرار المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري رقم 46-06 الصادر في 04 رمضان 1427 (27 شتنبر 2006)، بشأن قواعد ضمان التعبير عن تعددية تيارات الفكر والرأي في خدمات الاتصال السمعي البصري خارج فترات الانتخابات.

[3] - قرار رقم 14-19، صادر في 07 ذو الحجة 1435 الموافق لـ (02 أكتوبر 2014).

[4] - سعيد خمري: محاضرات في قانون الإعلام والاتصال، الكلية المتعددة التخصصات الموسم الجامعي 2007/2006، غير منشور، الصفحة 41. أنظر كذلك نجاة بوتفسوت والمختار أمباب ولد زيدان : تحرير القطاع السمعي البصري بالمغرب ومسألة الاستثمار بحث لنيل دبلوم المعهد العالي للإعلام والاتصال ص88 الرباط 2007/2006.

وسعيا من الهيأة لتطبيق وتكريس هذا المبدأ نجد بأن المجلس الأعلى للإتصال السمعي البصري قام بإصدار مجموعة من القررات في محاولة منه لحماية حق الجمهور في الإخبار والحصول على المعلومة دون تمييز، ومن هنا صدرت مجموعة من القررات من ضمنها القرار 06.08[1] المتعلق بشكاية حزب الإتحاد الديمقراطي ضد الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة.

حيث يشير الأخير في شكايته إلى إجتماع عقده بمقر حزب الحركة الشعبية بالرباط بتاريخ03 فبراير 2006 رفقة الأحزاب الثلاثة المكونة لإتحاد الحركة الشعبية، إلا أنه فوجئ بالشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة التي تحذف في نشرتها التي بثت كل ما يتعلق بحزب الإتحاد الديمقراطي، وإعتبر هذا التصرف تحيزا مكشوفا لجهة معينة وقد قبل المجلس الأعلى للإتصال هذه الشكوى شكلا ومضمونا وقرر بأن إمتناع الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة عن تغطية أنشطة الحزب هو أمر مصادف للصواب، ودعا الشركة بالتقيد بمبدأ التعددية في التعبير عن الفكر و الرأي ، والولوج العادل للهيئات السياسية[2].

2) الحق في الرد

إن حق المرء في الرد أمر ضروري وهو الشيء الذي سعى المجلس الأعلى للإتصال السمعي البصري لضمانه وذلك من خلال مجموعة من القرارت التي صدرت في هذا الإتجاه وهو ما تكرس مع طلب حق الرد الوارد من حزب الأصالة والمعاصرة بتاريخ 3 دجنبر 2015، والتي يطلب فيها مصطفى الباكوري من المجلس المذكور تمكينه من حق الرد على السيد عبد الإله بن كيران الأمين العام لحزب العدالة والتنمية، الذي أدلى:" بمجموعة من التصريحات التي تتضمن العديد من الادعاءات والمغالطات والكثير من الإساءة اتجاه حزب الأصالة والمعاصرة وقيادييه"، خلال البرنامج الخاص الذي استضافت فيه القناة التلفزية "ميدي 1 تيفي" لهذا الأخير، بتاريخ 29 أكتوبر 2015.

وبعد التداول في الطلب قرر المجلس المذكور ما يلي[3]:

في الشكل

يصرح بقبول طلب حق الرد، الذي تقدم به الأمين العام لحزب الأصالة والمعاصرة؛

في الموضوع

يأمر شركة ميدي 1 تيفي بـ :

1. منح الأمين العام لحزب الأصالة والمعاصرة حق الرد، جوابا على ما صرح به السيد عبد الإله بن كيران رئيس الحكومة والأمين العام لحزب العدالة والتنمية خلال البرنامج الخاص، بخصوص التصريحات التي مست بشرف الحزب وقيادييه؛

[1] - قرار المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري رقم 06.08 الصادر في 20 بربع الأول 1427 (19 أبريل 2006) المتعلق بشكاية حزب الإتحاد الديمقراطي ضد الشركة الوطنية للإذاعة و التلفزة.

[2] - قرار المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري رقم 06.08 الصادر في 20 بربع الأول 1427 (19 أبريل 2006) المتعلق بشكاية حزب الإتحاد الديمقراطي ضد الشركة الوطنية للإذاعة و التلفزة.

[3] - قرار المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري رقم 16-03، الصادر في 10 ربيع الثاني 1437 (20 يناير 2016)، بشأن طلب حق الرد الوارد من حزب الأصالة والمعاصرة.

- تقديم رد السيد الأمين العام لحزب الأصالة والمعاصرة في القناة التلفزية ميدي 1 تيفي، وفق شروط بث مماثلة للبرنامج الخاص للسيد رئيس الحكومة والأمين العام لحزب العدالة والتنمية، في سقف زمني لا يتجاوز 12 دقيقة؛
- السهر على ضمان تقيد طالب حق الرد بتوضيح العناصر التي كان فيه مس بشرف حزب الأصالة والمعاصرة وقياديه ؛

2. يأمر بتبليغ قراره هذا إلى الأمين العام لحزب الأصالة والمعاصرة وإلى شركة ميدي 1 تيفي، وبنشره في الجريدة الرسمية.

في نفس الإطار نجد طلب الأمين العام لحزب الاستقلال السيد حميد شباط، الوارد على المجلس المذكور، بتاريخ 23 دجنبر2013 ، يطلب من خلاله حقه في الرد على رئيس الحكومة السيد عبد الإله ابن كيران، بخصوص تصريحاته المتعلقة بحزب الاستقلال وبأمينه العام ضمن البرنامج الخاص الذي استضافت فيه، كل من القناة التلفزية الأولى التابعة للشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة والقناة التلفزية الثانية التابعة لشركة "صورياد"، السيد رئيس الحكومة مساء يوم الأحد 13 أكتوبر 2013 .

وبعد التداول في الطلب قرر المجلس ما يلي[1]:

في الشكل:

بقبول الطلب الذي تقدم به الأمين العام لحزب الاستقلال السيد حميد شباط.

في الموضوع:

1.يأمر ":"الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة" بـ:

- منح الأمين العام لحزب الاستقلال السيد حميد شباط حق الرد جوابا على ما صرح به السيد عبد الإله ابن كيران رئيس الحكومة خلال البرنامج الخاص؛
- تقديم رد السيد الأمين العام لحزب الاستقلال في القناة التلفزية الأولى في شروط بث مماثلة للبرنامج الخاص للسيد رئيس الحكومة، في سقف زمني لا يتجاوز 13 دقيقة ؛
- السهر على ضمان تقيد طالب حق الرد بتوضيح العناصر التي مست بشرفه بصفته أمينا عاما لحزب الاستقلال و بصفته الشخصية؛

2.يأمر بتبليغ قراره هذا إلى الأمين العام لحزب الاستقلال السيد حميد شباط ، وإلى الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة وبنشره في الجريدة الرسمية.

الفقرة الثالثة: حماية المشاهد من الإشهار الكاذب وعدم الاستهتار بأخلاقيات المهنة

طالما ظل تنظيم مجال الإشهار يعرف فراغا قانونيا، ووعيا من المشرع بخطورة هذا الفراغ التشريعي نجد القانون رقم 77.03[2] جاء ليسد هذا الفراغ الذي ظل يميز السوق الإشهارية المغربية ويجعل من حماية المشاهدين من الإشهار الكاذب وعدم الإستهتار بأخلاقية المهنة التي تقتضي حدا من الإلتزام بالشفافية والإنضباط بسلوك ينأى عن تقديم أنباء وأخبار زائفة من بين أولوياته.

وهكذا نجد القانون رقم 77.03 يمنع في مادته الثانية الإشهار الذي يتضمن بأي شكل من الأشكال مزاعم وبيانات أو تقديمات خاطئة أو من شأنها أن توقع المستهلكين في الخطأ، تلك التي تخترق حقهم في سرية المعلومات المتعلقة بحالتهم الصحية أو تتضمن بيانات كاذبة عن صحتهم، والإشهار الذي من شأنه أن يلحق ضررا معنويا أو بدنيا بالقاصرين...

[1]- قرار "م.أ.ت.س.ب" رقم 02-14، الصادر في 04 من ربيع الثاني 1435 الموافق لـ (04 فبراير 2014)، بشأن طلب حق الرد الوارد من حزب الاستقلال.

[2]- ظهير شريف رقم 1.04.257 صادر في 7 يناير 2005، بتنفيذ القانون رقم 77.03 المتعلق بالسمعي البصري، ج .ر.ع 5288 بتاريخ 3 فبراير 2005، كما تم تغييره وتعديله.

ويمنع القانون نفسه في المادة 68 كل إشهار سمعي بصري كاذب أو مضلل يحتوي على إدعاءات أو بيانات أو تقديمات مغلوطة أو من شأنها أن توقع الغير في الخطأ ويتم تحديد طابع المحظور طبقا للنصوص التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل .

ويدخل ضمن لائحة الإشهار الممنوع كذلك:

كل إشهار يحتوي على عناصر للتمييز بين العرق أو الجنسية و الديانة وكل المشاهد التي تحط من كرامة الإنسان أو تمس بحقوقه، أومشاهد العنف و التحريض على سلوكيات مضرة بالصحة وبسلامة الأشخاص و الممتلكات أو بحماية البيئة.المادة 2 .

الخطابات التي تحتوي بطريقة صريحة أو بأي إيحاء ضمني سواء بواسطة صور أو أقوال، على مظاهر العنف أو مظاهر منافية للأخلاق الحميدة وللنظام العام أو عناصر يمكن ان تشجع على التجاوزات أو التهور أو الإهمال أو على عناصر يمكنها أن تمس بالإعتقادات الدينية أو السياسية للعموم أو على عناصر تستغل قلة خبرة وسذاجة الأطفال المراهقين.المادة 67 من قانون رقم 77.03

وفي هذا السياق قامت مصالح المديرية العامة للإتصال السمعي البصري بإجراء عدة تحقيقات في إشهارات القناتين الأولى والثانية بمناسبة شهر رمضان حماية للمستهلك من أي معلومة مغلوطة أو زائفة، طالت رقابتها الجدول الزمني المخصص للوصلات الإشهارية على شاشة القناتين[1] .

ومن بين القررات التي أصدرها المجلس الأعلى للسمعي البصري والتي تقضي بالإلتزام بإحترام أخلاقيات المهنية وعدم الإستهتار بها نجد القرار 62.10[2]، حيث أن النقل المباشر من قبل القناة الأولى يوم 18 شتنبر 2010 لمقابلة كرة القدم بين فريقي المغرب التطواني ووداد فاس، عرف تلفظ المديع المكلف بالتعليق على المباراة بكلمات مشينة ونابية تشكل مسا جليا بأخلاقيات المهنة وإخلالا بمقتضيات قانون الإتصال السمعي البصري، وأخلاقيات المهنة، وشكل خرقا واضحا لدفتر تحملات الشركة وميثاقها الأخلاقي، وتهاون المتعهد في إتخاذ الإجراءات الضرورية خصوصا التقنية منها من أجل التحكم في البث مهما كانت الظروف وقام بفرض عقوبة مالية على القناة الأولى قدرها 250.000 درهم.

خاتمة

من خلال ما تقدم يتضح لنا بأن القطاع السمعي البصري بالمغرب عرف تحولا جذريا وذلك لمواكبة التحولات التي يعيشها المنتظم الدولي من خلال إنتشار الفضائيات والقنوات الدولية العابرة للحدود الجغرافية والتي جعلت من إحتكار قطاع السمعي البصري أمرا لا قيمة له.

وفي إطار مواصلة الإصلاحات التي يعيشها المغرب في كل القطاعات الحيوية جاء إحداث الهياة العليا للإتصال السمعي البصري بمبادرة ملكية سامية والتي تعد خطوة مهمة في ميدان إصلاح السمعي البصري وضمانة أساسية لحق الفاعلين السياسيين في الولوج المنصف والعادل لهذا القطاع، وهو المطلب الذي ما فتئت تطالب به الهيئات الناشطة في حقل السمعي البصري بالمغرب، هذا دون أن ننسى الدور الإيجابي الذي تضطلع به من خلال مراقبتها لجودة الخدمات و حماية المشاهد من الإعلام و الإشهار الكاذب .

[1]- نجاة بوتفسوت والمختار أمباب ولد زيدان : تحرير القطاع السمعي البصري بالمغرب ومسألة الاستثمار بحث لنيل دبلوم المعهد العالي للإعلام و الإتصال بالرباط2007/2006، ص 90.

[2]- القرار رقم 62.10 الصادر في (13 أكتوبر 2010) المتعلق بعدم التحكم في البث خلال النقل المباشر لمباراة كرة القدم من قبل القناة التلفزية الأولى التابعة للشركة الوطنية للإذاعة و التلفزة .

غير أنه لا بد من توضيح شيء أساسي وضروري في هذا المجال، ألا وهو أن حرية الإتصال السمعي البصري لا تعني أنه بإمكان القنوات والإذاعات اللاسلكية أن تقول ما تشاء كنشر أخبار أو أنباء زائفة ومغلوطة، أو كأن تتدخل في الأمور و المعطيات الشخصية للأفراد عن قصد أو كالإخلال ببعض الثوابث والقيم التي تشكل في عمقها أساس أي نظام سياسي دستوري، لأن الحرية بهذا المعنى ستصبح فوضى والحياة في المجتمعات المنظمة لا تقوم على الفوضى، لهدا نجد في كافة دول المعمور ترسانة قانونية تنظم هذا القطاع الحيوي و الهام.

ماهي حدود سلطة المحاسب العمومي في مجال تقييم الضمانات المقدمة لإيقاف التحصيل؟

لبنى الحيمر

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية بسلا

الأصل أن الضرائب والرسوم المدرجة في الجداول تصبح مستحقة وواجبة الأداء في الشهر الثاني الموالي لشهر الشروع في استخلاصها[1]، دون اعتبار للمطالب التي تقدم أمام الإدارة في كل تظلم إداري أو أمام القضاء في شكل دعاوى جبائية. و لمواجهة أي تقصير قد يحدث في تحصيل الديون العمومية منع القانون أي سلطة إدارية أو عمومية من إيقاف وتأجيل استخلاص الدين العمومي أو عرقلة سيره العادي تحت طائلة إثارة مسؤوليتها الشخصية والمالية[2]. لكن هذا المبدأ تقابله استثناءات يتقرر من خلالها تأجيل الوفاء بهذه الديون العمومية، وتختلف هذه الاستثناءات بين ما هو حق منحه المشرع للمدين، وهي الحالة التي يمكن فيها للمدين التوجه مباشرة إلى المحاسب العمومي من أجل إيقاف مطالبته بدين أو متابعته بأي إجراء من إجراءات التحصيل[3]، وذلك إلى حين البت في شكايته أو صدور حكم في الدعوى المرفوعة أمام القضاء. وهناك استثناء ثان يندرج في إطار السلطة التقديرية للإدارة وهو ما يعرف بالتسهيلات في الأداء، وهو الأمر الذي تم التنصيص عليه بشكل صريح من طرف المشرع، بحيث يمكن للمدين أن يطلب من المحاسب تقسيط الدين إلى أقساط[4]. هاتان الحالتان تستلزمان من المدين تقديم ضمانة بين يدي المحاسب المكلف بالتحصيل من أجل ضمان استخلاص الدين العام. أما الاستثناء الثالث فهو يدخل في دائرة اختصاص القضاء وذلك بعد إحالة النزاع عليه، حيث يمكن للسلطة القضائية، المكلفة بالبت في النزاع المعروض، الأمر بإيقاف تنفيذ الدين العمومي لفائدة المدين، وذلك إلى حين البت بحكم نهائي في المنازعة موضوع الدين، وفي هذه الحالة يعفى المدين من تقديم الضمانة، وذلك متى توفر شرطا جدية المنازعة وحالة الاستعجال.

والمحاسب العمومي، في هذا الصدد أي في إطار الحالات[5] التي ألزم فيها المشرع المدين بضرورة تقديم ضمانات تؤمن الدين العمومي، يتمتع بسلطة واسعة تتأرجح بين التحديد والإطلاق، لكنها في جميع الأحوال تبقى مؤطرة بالنصوص التشريعية ورقابة القاضي الإداري. لكن في كثير من الأحيان يقع خلاف بين القابض والمدين حول الضمانة بين الكفاية والعدم، وهذا الجانب سكت عنه المشرع، والأجدر به أن يتطرق إليه بنصوص صريحة واضحة، وذلك لإجلاء الغموض عن مجال السلطة التقديرية للمحاسب وكذا عن مجال تدخل القضاء.

---

[1]- المواد 105 و 106 و107 من مدونة تحصيل الديون العمومية

[2]- يرى بعض الفقه ان مقتضيات المادة 124 من مدونة تجصيل الديون العمومية لا تسري على القضاء: بمعنى ان القاضي بإمكانه ان يؤجل او يوقف استخلاص الدين الضريبي بدون التقيد بما هو وارد من شروط في المدونة وذلك في إطار ما يسمى بوقف التنفيذ، وقد دأب القضاء الاداري المغربي أسوة بنظيره الفرنسي على اشتراط عنصرين هما : 1/ جدية المنازعة. 2/ عنصر الاستعجال.

[3]- لقد اقر المشرع هذا الحق من أجل حماية الحقوق المالية للمدين الذي يرى أن تسديد الدين المطالب به في الوقت الحالي سيؤثر سلبا على توازنه المالي.

[4]- هي وسيلة يلجأ إليها المدين الذي لا ينازع في المبالغ التي بذمته، ولكن يقدم ما يبرر أنه يمر بوضعية مالية صعبة تجعله غير قادر على الأداء في تاريخ الاستحقاق، وقد نصت المذكرة المصلحية رقم 06/4 الصادرة بتاريخ 6 يناير 2006 عن الخازن العام هذه المسطرة.

[5]- ألزم المشرع المغربي المدين بضرورة تقديم الضمانات في حالتين هما: 1/ حالة طلب تسهيلات في الأداء وهو بذلك خالف نظيره الفرنسي الذي أعفى المدين من ذلك . 2/ حالة إيقاف الأداء وذلك متى اجتمعت شروط شكلية موضوعية. اما الاجتهاد القضائي المغربي فقد أعفى من تكوين الضمانات متى توجه المدين إلى القضاء الاستعجالي من اجل إيقاف التنفيذ وذلك متى توفر شرطا الجدية وحالة الاستعجال.

المبحث الأول: السلطة التقديرية المحددة في تقييم الضمانات.

يتمتع المحاسب بسلطة تقديرية محددة تجاه الضمانات[1] المقدمة[2]، وسلطة تقديرية غير محددة[3] ، لكنها في جميع الأحوال تخضع لرقابة القاضي الإداري، كما أنه خلال فحصه للضمانات المعروضة تعترضه إكراهات حول تحديد مدى كفاية الضمانات، خصوصا وأن هذه الضمانات تتأرجح بين ضمانات سهلة التقييم وأخرى صعبة التقييم[4].

وقد نصت المادة 118 من مدونة تحصيل الديون العمومية على مجموعة من الضمانات التي يمكن تقديمها من أجل تأمين استخلاص الدين العمومي[5]" يمكن تكوين الضمانات المشار إليها في المادة السابقة على شكل : إيداع في حساب للخزينة - سندات ممثلة لحقوق دين المنصوص عليها في القانون رقم 35.94 المتعلق ببعض سندات الدين القابلة للتداول، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.3 بتاريخ 24 من شعبان 26) 1415 يناير 1995) - سندات عمومية وغيرها من القيم المنقولة - كفالة بنكية - ديون على الخزينة - سند التخزين - رهن أصل تجاري - تخصيص عقار للرهن الرسمي" .

وهكذا يلاحظ أن من بين تلك الضمانات ما يحتاج إلى تقدير أو تقييم للتأكد من مدى تغطية الدين، وبالتالي يتوفر المحاسب على سلطة رهيبة[6]لاتخاذ القرار المؤثر في وضعية المدين إذا ما تجاوز هامش الملاءمة. بحيث يمكنه أن يقترح على المدين تعديلات للضمانة إما بالزيادة أو النقصان، كما أن معايير تقدير لضمانة تختلف من قابض إلى آخر، مما يجعلنا أمام تقديرات شخصية غير محددة وفق ضوابط قانونية، أو إجراءات داخلية للإدارة المكلفة بالتحصيل وذلك في إطار الحفاظ على مبدأ الشفافية خصوصا وأننا أمام جهتين مختلفتين مكلفتين بالتحصيل: قابض إدارة الضرائب والخزينة العامة للملكة.

والملاحظ بشان هذه الضمانات هو غلبة الطابع المالي عليها، ولعل السبب في ذلك هو تبسيط عملية تقييمها من طرف المحاسب. لكن عمليا، الثابت أن الضمانات التي تقدم عادة ليست لها صلة بما تضمنته المادة 118، حيث يتم تقديم منقولات، سيارات، آلات، عقارات ،حسابات بنكية.....

فالمحاسب المكلف بالتحصيل متى قدمت له ضمانة من الضمانات المنصوص عليها، لا يمكنه رفضها، وإلا بطلت الإجراءات الجبرية اللاحقة على طلب وقف الأداء. وقد نظم المشرع هذه السلطة بمقتضى المادتين 117 و118 من المدونة، هذا مع ترك هامش من السلطة التقديرية للمحاسب لممارسة الملاءمة[7].

---

[1]- وقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الضمانة، فهناك من يعرفها بالكفالة الضامنة للحق، وهناك من يقول بأنها المقابل العيني أو النقدي الكفيل بالدين، وهناك من يربطها بمخصصات لتغطية الدين العمومي. لكن الأكيد أنه مهما اختلفت النعوت وتعددت الوسائل فإن الهدف منها هو تكوين مخصصات نقدية أو عينية لتغطية الدين العمومي المطالب به مقابل تأجيله إلى حين البت في النزاع.

[2]-Selon l'instruction générale p201 :" L'attention des comptables publics est attirée lors de la constitution des garanties, sur la nécessité , de :

• privilégier les garanties dont la réalisation ne soulève pas de difficultés particulières ;

• s'assurer que les garanties présentées ne sont pas grevées de charges privilégiées ;

• veiller à ce que la valeur des garanties proposées soit en rapport avec le montant des créances à recouvrer et qu'elle constitue le moins de contrainte pour le redevable ;

• Veiller à ce que la constitution de garanties soit la moins contraignante possible pour le redevable. Les frais de constitution des garanties sont à la charges du redevable".

[3]- فضلت هنا استخدام السلطة غير المحددة بدل المطلقة لأنه متى تحدثنا عن السلطة المطلقة وكأننا نغيب رقابة القاضي الإداري ورقابة الأجهزة الرقابية الأخرى.

[4]- فضلت استخدام التقييم بدل التقويم، لأن التقييم ينصرف معناه إلى إعطاء قيمة للشيء، وهو ما نقصده في موضوعنا هذا، أما التقويم فينصرف معناه إلى إصلاح الاعوجاج. وقد أجاز مجمع اللغة العربية" التقييم "لبيان القيمة وأورده في المعجم الوسيط، وفيه: قَيَّمَ الشيءَ تقييمًا: قدَّر قيمتَه، وعليه يكون الفرق بين الكلمتين هو أنّ" التقويم "لتعديل الشيء، أمّا" التقييم"، فلبيان القيمة.

[5]- وللإشارة فلائحة هذه الضمانات هي أوسع بكثير من اللائحة التي كان منصوص عليها في ظهير 21 غشت 1935.

[6]- محمد بيصة"المنازعة في قانونية قرارات الادارة المكلفة بربط الضريبة بين دعوى الإلغاء وطعون القضاء الشامل"أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق.جامعة الحسن الثاني.كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية.الدار البيضاء.2004/2003. ص: 332

[7]- محمد شكيري."آليات تأجيل الوفاء بالدين الضريبي في المغرب بين إرادة المشرع واجتهاد القضاء".م م إ ت م ،سلسلة مواضيع الساعة.العدد 50.السنة 2005.ص99.

وهذه السلطة التقديرية المحددة التي منحت للمحاسب العمومي تعترضها إكراهات خصوصا وأن الضمانات التي نص عليها المشرع المغربي تتأرجح بين ضمانات سهلة التقييم وضمانات صعبة التقييم. فكيف يتعامل المحاسب العمومي مع كلتا الحالتين؟ وما هي حدود سلطته في هذا الإطار؟

المطلب الأول: السلطة التقديرية والضمانات السهلة التقييم

يندرج في هذا الإطار كافة الضمانات التي يسهل تقييمها بالنسبة للمحاسب المكلف بالتحصيل. ويتعلق الأمر هنا بالضمانات التالية:

- إيداع أموال في حساب لدى الخزينة.
- ديون على الخزينة.
- الكفالة بنكية .
- القيم منقولة.
- سند التخزين.

فباستثناء الضمانتين الأخيرتين،لا تثير باقي الضمانات أية إشكالات بتاتا حيث يمكن للمحاسب تقدير قيمتها المالية في الحال دون أدنى صعوبة. ومع ذلك فقد ذهب معظم الباحثين إلى إدراج تلك الضمانتين ضمن خانة الضمانات السهلة التقييم، وهذا الإدراج من وجهة نظري يرجع إلى سببين رئيسيين هما:

السبب الأول: يمكن تقدير قيمتها بمستندات ولا تتطلب عناء في ذلك إذا قارناها مع طائفة الضمانات الموالية.

السبب الثاني: كونها تتموقع في مرتبة اقرب إلى الضمانات السهلة التقييم منه إلى الصعبة التقييم.

ويميز أغلب الأساتذة في هذه الضمانات السهلة التقييم، بين ضمانات تستعمل على نطاق واسع(الفرع الأول)، وضمانات نادرة الاستعمال(الفرع الثاني).

الفرع الأول:ضمانات مستعملة على نطاق واسع.

ويعمد المدين إلى هذا النوع من الضمانات نظرا لسهولة تكوينها، كما أنها غير مكلفة ماديا. ونقصد هنا :الإيداع في حساب الخزينة(الفقرة الأولى)، الكفالة البنكية(الفقرة الثانية)، ثم رهن القيم المنقولة(الفقرة الثالثة)،

الفقرة الأولى:الإيداع في حساب الخزينة.

يعتبر الإيداع في حساب الخزينة أحد الضمانات الجديدة التي أضيفت إلى لائحة الضمانات، بموجب الفقرة 1 من المادة 118 من المدونة.

هي آلية شديدة البساطة، لكن في المقابل لا يمكن اللجوء إليها إلا في الحالة التي يكون فيها مبلغ الدين محل النزاع صغيرا.

فالمدين هنا يقوم بإيداع مبلغ من المال، يعادل مبلغ الدين محل النزاع، في صندوق المحاسب المكلف بالتحصيل. وهذا المبلغ يودع في حساب خاص مفتوح في اسم المدين خلال مدة وقف الأداء، ولا يمكن أن يخصص لأي غرض آخر سوى ضمان أداء الدين محل النزاع[1]. في مقابل هذا الإيداع يتسلم المدين إيصالا أو تصريحا بالإيداع يحتفظ به إلى حين أن يطلب منه عند استرجاع الأموال. كما يتعين عليه أن يصاحب هذا الإيداع بالتزام بتخصيص الإيداع لضمان دينه فقط دون غرض أخر[2].

[1]- ينص الفصل 1203 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي:" ليس للدائن الحق في حبس المرهون من اجل ديونه الأخرى على المدين سواء كانت لاحقة أو سابقة على إنشاء الرهن، ما لم يكن قد اتفق على أن الرهن يضمن أيضا تلك الديون".

[2]- محمد بيصة"المنازعة في قانونية قرارات الإدارة المكلفة بربط الضريبة بين دعوى الإلغاء وطعون القضاء الشامل"م.س .ص 349.

الفقرة الثانية:الكفالة البنكية.

هي ضمانة بسيطة واسعة الاستعمال، وهي أيضا من الضمانات الجديدة التي جاءت بها مدونة التحصيل، ويرجع الإقبال على استعمالها بشكل واسع من طرف المدينين بالأساس، نظرا لمرونتها وسهولة تكوينها مقارنة مع باقي الضمانات.

ويقصد بالكفالة حسب مقتضيات الفصل 1117 من قانون الالتزامات والعقود:"الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين،إذا لم يؤده هذا الأخير بنفسه".

أما مدلولها في مسطرة وقف الأداء فهي "العقد الذي بموجبه يلتزم احد البنوك بأداء الدين محل النزاع بدلا من المدين وفي محله في حالة تقصير هذا الأخير"[1].

فالكفالة البنكية تعتبر بمثابة كفالة شخصية ترد في شكل التزام، حيث تلتزم المؤسسة البنكية بمقتضاه أداء مبلغ الدين مع فوائده إذا لم يؤده المدين،عند انتهاء الأجل المحدد في الالتزام.

والأصل أن تغطي الكفالة البنكية المبلغ الكلي المتنازع حوله، لكن يمكن للبنك الكفيل أن يشترط تحديد التزامه في مبلغ يقل عن الجزء المتنازع حوله، هنا يطلب القابض من المدين تقديم ضمانة إضافية تكميلية وإلا فسوف يعرض نفسه لمتابعات التحصيل الجبري بمختلف درجاته إلى غاية تحصيل الدين.

لكن الواقع العملي اثبت أن هناك بعض الكفالات البنكية هي غير مقبولة على الأقل لسببين رئيسيين[2]:

السبب الأول: أغلبية الكفالات البنكية المقدمة يكون مبلغها مساويا لمبلغ الدين الضريبي ، غير أن هذه الكفالات إذا كانت كافية لتغطية الدين الضريبي وقت تقديم، أو حين صدور الأمر بوقف التنفيذ: فإنها قد لا تكون كذلك طيلة المدة التي سيتم فيها وقف التنفيذ، باعتبار أن مبلغ الدين الضريبي يتزايد بفعل فوائد التأخير التي تترتب عليه.

السبب الثاني: إن جل الكفالات البنكية المقدمة لا تتعدى سنة، وهناك كفالات أخرى لا تتعدى شهر إلى ثلاثة أشهر، وقد لوحظ أن بعض الأوامر القضائية قد لا تنتبه أو لا تأخذ بعين الاعتبار هذه المسألة، إذ أن هذه الأوامر تقضي بوقف التنفيذ إلى غاية صدور الحكم النهائي في دعوى الموضوع الذي يتطلب صدوره مدة أكثر بكثير من مدة الكفالة.

الفقرة الثالثة: رهن القيم المنقولة.

يتحدد الإطار القانوني لرهن القيم المنقولة في الفصول من337الى 340 ومن 537 إلى 544 من مدونة التجارة، والمادتان 14و18 من قانون البورصة، والمواد من 245 و 246 و253 و254 من قانون الشركات المساهمة، والفصول من 1184الى 1230 من قانون الالتزامات والعقود.

والقيم المنقولة ثلاث فئات:

- مختلف أنواع الأسهم والسندات التي تصدرها الشركات المجهولة الاسم.
- السندات العمومية: وهي سندات قابلة للتداول تصدرها مؤسسة عامة للعموم أو للقطاع البنكي(سندات الخزينة- سندات الاقتراض).

[1]- محمد أمين إدريسي."دور القضاء الاستعجالي في إيقاف تحصيل الدين الضريبي".بحث لنيل دبلوم ماستر في القانون العام والعلوم السياسية.أكدال.الرباط.2008/2007. ص 32

[2]- مصطفى التراب. أي تطور للقضاء الاستعجالي الاداري في مجال المنازعات الجبائية؟ دفاتر المجلس الأعلى . العدد 16 .السنة 2011. ص: 196

- سندات الديون القابلة للتداول: وهي سندات ممثلة لحقوق الدين وهي تصدر باسم المصدر، وتم التنصيص عليها في القانون 35.94 المتعلق ببعض سندات الدين القابلة للتداول الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.3 بتاريخ 1995/01/26. وهي تشتمل على:

☜ شهادات الإيداع: وهي سندات تصدرها البنوك المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة 10 ص الظهير الشريف، المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.147 بتاريخ 15 من محرم 1414 (6 يوليو 1993)المتعلق بنشاط مؤسسة الائتمان ومراقبتها، وتكون قابلة للتداول وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وتتضمن التزام مصدريها بإرجاع مبلغ منتج لفائدة عند حلول أجل معين[1].

☜ أذون شركات التمويل: وهي سندات تصدرها شركات التمويل المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 10 من الظهير الشريف المشار إليه أعلاه المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.147 بتاريخ 15 من محرم 1414(6 يوليو 1993) وتتوافر فيها الشروط المقررة في المادة 5 بعده. وتمثل الأذون المذكورة الحق في دين بفائدة لمدة محددة وتكون قابلة للتداول وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون[2].

☜ أوراق الخزينة : هي سندات تصدرها الأشخاص المعنوية التي تتوافر فيها الشروط المحددة في المادة 6 من نفس القانون، وهي تمثل الحق في دين بفائدة لمدة محددة وتكون قابلة للتداول وفق الشروط المنصوص عليها في نفس القانون.

فيما يخص مسطرة إنشاء الرهن، نميز بين مسطرتين:

←**مسطرة خاصة بالقيم المنقولة المسجلة ببورصة القيم:** يتم تحرير عقد الرهن بين المدين والمحاسب المكلف بالتحصيل، ويرفق به نسخة من الشهادة الاسمية للأسهم محل الرهن، ثم يتم تسجيل الرهن والتأشير على الشهادة الاسمية للأسهم، وذلك حسب مقتضيات المادة 245 من قانون الشركات المساهمة، والمادة 18 من قانون بورصة القيم.كما يتوقف التعامل بهذه القيم على شرطين:

1/ أن يتم التعامل داخل قاعة مختصة في بورصة القيم.

2/ أن يتم التعامل بواسطة شركات البورصة كوسيط مالي بين المتعاملين.

←**مسطرة خاصة بالقيم المنقولة غير المسجلة في بورصة القيم[3]:**

فبالنسبة لإنشاء الرهن على القيم المنقولة الاسمية، يكون بواسطة الحوالة على وجه الضمان على أساس الفصل 195 من ق.ل.ع، أو بواسطة التظهير على وجه الضمان على أساس المادة 38 من مدونة التجارة.

بينما يتم إنشاء الرهن على القيم المنقولة للحامل بواسطة المناولة اليدوية المؤيدة بعقد الرهن.

وحسب فقه الإدارة الضريبية، تكون سندات الديون القابلة للتداول كضمانة عن طريق تسليم الوثيقة المكونة لسند الديون القابلة للتداول إلى المحاسب، بينما يتم تكوين بقية القيم المنقولة الأخرى كضمانة عن طريق الإدلاء بشهادة مسلمة من طرف الشركة التي أصدرت القيم المنقولة المعطاة كضمانة،أو من المؤسسة الماسكة لحساب السندات المعنية بالأمر[4].

الفرع الثاني:ضمانات نادرة الاستعمال.

هي ضمانات، بحسب طبيعتها، لا يتاح للجميع استعمالها. وتتمثل في: سند التخزين(الفقرة الأولى)، الديون على الخزينة(الفقرة الثانية).

---

[1]- المادة 2 من الظهير الشريف رقم 1.95.3 صادر في 24 من شعبان 1415(26 يناير 1995) بتنفيذ القانون رقم 35.94 المتعلق ببعض سندات الديون القابلة للتداول.

[2]- المادة 3 من الظهير الشريف رقم 1.95.3 صادر في 24 من شعبان 1415(26 يناير 1995) بتنفيذ القانون رقم 35.94 المتعلق ببعض سندات الديون القابلة للتداول.

[3]-محمد بيصة"المنازعة في قانونية قرارات الإدارة المكلفة بربط الضريبة بين دعوى الإلغاء وطعون القضاء الشامل".م س .ص :352.

[4]- محمد بيصة "المنازعة في قانونية قرارات الإدارة المكلفة بربط الضريبة بين دعوى الإلغاء وطعون القضاء الشامل".م س .ص: 353

الفقرة الأولى: سند التخزين.

هي ضمانة جديدة جاءت بها مدونة ت.د.ع من خلال المادة 118، ولم تكن مدرجة في لائحة الضمانات التي نصت عليها الفقرة 1 من الفصل 16 من ظهير 1935، لأن مجال استعمالها محدود جدا ولا يتم استعمالها إلا نادرا ومن طرف قطاعات مهنية محدودة[1].

وكما عرفه الأستاذ شكيري "هو نوع من الكمبيالة أو سند مضمون برهن على سلعة مودعة في مستودع عام، الذي يمنح المودع وصل إيداع وضمان رسمي يسمى warrant، وهو مصطلح انجليزي مشتق من الضمان warranty، ويتضمن قيمة السلعة زيادة على أن هذه السلعة في الغالب تكون مؤمن عليها وفقا لقيمة معينة"[2].

ويتحدد إطارها القانوني كضمانة في المواد من 341 إلى 354 من مدونة التجارة.

فحسب المادة 341 من مدونة التجارة، يسلم المخزن العمومي لمودع البضاعة إيصالا، تلحق به بطاقة رهن تسمى سند التخزين، ويبين الإيصال وسند التخزين المعلومات التالية: الأسماء العائلية والشخصية-عناوين المودعين- طبيعة السلع المودعة وكذا كل البيانات الخاصة بتحديد هويتها وقيمتها[3].

ويعد تظهير بطاقة الرهن بانفصال عن التوصيل رهنا للبضاعة لفائدة المفوت إليه الرهن[4].

ويتحقق المحاسب المكلف بالتحصيل مما إذا كانت السلع مؤمن عليها جيدا، ومما إذا كانت البيانات المرتبطة بهويتها وتحديد قيمتها متطابقة مع تلك المقيدة في الإيصال.

ولتحديد قيمتها، توجد وسيلة تتمثل في التسعيرة، بل ويمكنه التحقق منها عن طريق استشارة مصلحة الوعاء للتأكد من مدى صحتها.

ويجب أن تغطي الضمانات المعروضة مجموع المبلغ الذي صدر الأمر بتحصيله، وكذلك الجزاءات المرتبطة به، إضافة إلى جزاءات التأخير حسب ما هو معمول به في المادة 21 من المدونة[5].

فتكوين الضمانة هنا يكون عن طريق تظهير سند التخزين لفائدة الخزينة.

الفقرة الثانية: ديون على الخزينة.

لقد كرست الفقرة 1 من المادة 118 من مدونة التحصيل مقتضيات الفقرة 1 من الفصل 16 من ظهير 21 غشت 1935، حيث نصت على الديون على الخزينة ضمن لائحة الضمانات التي يمكن تكوينها من أجل تدعيم طلب المدين.

وهي تعتبر ضمانة تتكون من تفرغ لفائدة الخزينة عن دين يعود إلى المدين بالدين على هذه الأخيرة. وقد اعتبر المشرع الديون على الخزينة العامة بمختلف أنواعها دون حصر، إذا ما وضعت كضمانة مع توفر الشروط المنصوص عليها، فإنها تكون كفيلة بتأجيل الأداء[6].

ويمكن أن تشمل هذه الضمانة[7]:

---

[1] -- محمد شكيري."آليات تأجيل الوفاء بالدين الضريبي في المغرب بين إرادة المشرع واجتهاد القضاء".م س . ص: 100

[2] - محمد شكيري."آليات تأجيل الوفاء بالدين الضريبي في المغرب بين إرادة المشرع واجتهاد القضاء".م س . ص: 100

[3] -المادة 341 من مدونة التجارة.

[4] -المادة 343 من مدونة التجارة.

[5] - تنص المادة 21 من المدونة على أنه:"وإذا لم يتم الأداء قبل تاريخ الاستحقاق فان المبالغ غير المسددة تخضع لزيادة عن التأخير قدرها5% بالنسبة إلى لشهر الأول عن التأخير و 0.50% عن كل شهر أو جزء شهر إضافي...."

[6] - محمد بيصة"المنازعة في قانونية قرارات الإدارة المكلفة بربط الضريبة بين دعوى الإلغاء وطعون القضاء الشامل".م س .ص:355

[7] -Selon SAFAA TANANE et SANAE BENKADDOUR "contentieux en matière de recouvrement des créances publics" .mémoire de fin de formation. ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION .RABAT.4ème promotion .p :13"cette garantie est constituée par une cession au profit du trésor d'une créance détenue par le redevable sur celui-ci.au titre d'un marché public ou d'un salaire notamment. elle fait l'objet d'un contrat entre le comptable et

←الديون المصفاة: أي التي أصبحت معينة المقدار،إلا أنه لم يصدر الأمر بتحصيلها.

←الديون محل النزاع بالنسبة للجزء الذي ليس محل نزاع.

←يمكن أن ينجم الدين عن صفقة عمومية أو أجرة وربما مبلغ الإسقاط الممنوح للملزم برسم ديون أخرى والذي ما زال في حوزة المحاسب.

يدلي الملزم في هذه الحالة بشهادة تسلم له من مصلحة تصفية الدين، تبين طبيعة التوريدات أو الخدمات التي قام بها الملزم ومبلغ الدين المستحق على الخزينة، مع تحديد الصندوق الذي تقرر أداء الدين منه.

وتشكل الديون على الخزينة موضوع عقد رهن يبرم بين المدين والمحاسب يسجل ويبلغ إلى المحاسب الدافع على حساب الملزم[1].

المطلب الثاني: إشكالية السلطة التقديرية و الضمانات الصعبة التقييم.

يندرج في هذا الإطار الضمانات التي يصعب تقدير قيمتها المالية، فالمحاسب هنا يتحتم عليه الاستعانة بجهات أخرى(مصالح الوعاء)، خصوصا وأن هذه الضمانات ذات قيمة متقلبة بحسب الزمن والمكان، كما أن قيمتها المالية تستند إلى عدة مؤشرات يجب الاعتماد عليها.

و تتمثل هذه الضمانات في :

- رهن أصل تجاري.
- تخصيص عقار للرهن الرسمي.

وتندرج في هذا الإطار مختلف الضمانات، التي وإن نص عليها المشرع، إلا أنها تطرح صعوبات حقيقية فيما يخص تقدير قيمتها، ويمكن أن تؤدي إلى نشوب نزاعات بين المدين والمحاسب. ويتعلق الأمر هنا بتخصيص عقار للرهن الرسمي(الفقرة الأولى)، ورهن الأصل التجاري(الفقرة الثانية).

لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الإطار: عندما نكون أمام ضمانات صعبة التقييم، فهل يجوز للمحاسب العمومي في هذه الحالة أن يلجأ إلى القضاء من أجل طلب التقييم في إطار الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية، كإجراء خبرة تقويمية في هذا الباب، أو يجعل من ذلك مرحلة تواجهية ويلتمسها في إطار الفصل 149من المسطرة المذكورة أم أنه يجبر المدين على تقييمها؟

الفرع الأول: تخصيص عقار للرهن الرسمي.

بناء على الفقرة 1 من المادة 118 من مدونة التحصيل، والتي تقابلها الفقرة 1 من الفصل 16 من ظهير 1935، يعتبر تخصيص عقار للرهن الرسمي من الضمانات الواجب على المحاسب المكلف بالتحصيل قبولها عند كفايتها لتغطية الدين محل النزاع. طبقا لمقتضيات الفصل 157 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة، فإن"الرهن الرسمي حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لأداء الالتزام، وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة، ويبقى بكامله على العقارات المخصصة له وعلى كل جزء من هذه العقارات، ويتبعها في أيد تنتقل إليها العقارات"[2].

---

le redevable. celui-ci est conclu sous condition suspensive.la cession de créance ne devenant ainsi définitive qu'après l'échec de la réclamation introduite par le redevable)

[1]- محمد بيصة "المنازعة في قانونية قرارات الإدارة المكلفة بربط الضريبة بين دعوى الإلغاء وطعون القضاء الشامل". م س .ص: 356.

[2]-ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة.

وبصيغة أدق"الرهن الرسمي هو حق عيني يترتب على عقار يبقى في حوزة صاحبه ويخصص لضمان الوفاء بالتزام، وبمقتضاه يمنح الدائن، وفي حالة عدم أداء المدين التزامه، حق نزع ملكية العقار محل الرهن أيا كان حائزه، واستيفاء دينه من الثمن بالأفضلية على سائر الدائنين"[1].

فالرهن الرسمي المعروض كضمانة هنا، لا يمكن أن يتعلق إلا بالعقارات المحفظة أو التي توجد في طور التحفيظ، وهو ما يستلزم إبرام عقد بين المحاسب والمدين يكون إما رسميا أو عرفيا، والذي بمقتضاه ينقل المدين عقارا أو عدة عقارات يملكها، بهدف ضمان أداء الدين الذي على عاتقه، ويسجل الرهن باسم الخزينة العامة الممثلة من طرف المحاسب المعني بالأمر.

ويستعين المحاسب في البحث عن عناصر المقارنة لتقييم العقار المقدمة من طرف الملزم، والتي يمكن مقارنتها مع القيم المعتمدة في مصالح الوعاء(التسجيل) حول ثمن البيوعات والأكرية الأكثر حداثة للعقارات المماثلة الواقعة في نفس المنطقة، كما يجب أن يتأكد المحاسب أيضا من الوضعية القانونية للعقار، إن كان مثقلا أو غير مثقل برهن رسمي أو ارتفاق أو حق انتفاع مما يؤثر على قيمته كضمانة"[2].

ويجب أن ينص عقد الرهن على البيانات التالية:

⟵اسم العقار الواقع عليه الرهن، رقم رسمه ومكانه.

⟵فيما يخص الدين الذي يحصل من طرف المحاسب المكلف بالتحصيل يجب التنصيص على: الجدول، الفصل ،تاريخ إصدار الأمر بالتحصيل، مقدار الجزء المتنازع فيه من ضريبة بموجب مطالبات تطبيقا لمقتضيات المادة 117 من مدونة تحصيل الديون.

⟵جزء مصاريف المتابعات الذي يرتبط بالدين محل النزاع.

⟵جزاءات التأخير المنصوص عليها في المادتين 21 و22 من المدونة.

ويجب أن يدلي المدين بنسخة من الرسم العقاري لأجل تقييد الرهن الرسمي.

ويخضع عقد الرهن الرسمي الاتفاقي لشكلية التسجيل، ثم يقيد في المحافظة العقارية التي يوجد العقار في دائرتها، ولا يأخذ الرهن مرتبته ولا يمكن أن يكون له أثر سواء من منظور حق الأفضلية إلا من يوم تقييده[3].

والمثير للانتباه في هذا الإطار أن المشرع المغربي قد أورد تخصيص عقار للرهن الرسمي الاتفاقي ضمن لائحة الضمانات المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 118 من المدونة، لكنه لم يدرج في المقابل الرهن الرسمي القانوني على عقارات الملزمين، المنصوص عليه في المادة 113 من نفس المدونة، ضمن تلك اللائحة رغم أن له مزايا كثيرة مقارنة مع الرهون الرسمية الاتفاقية: فإذا كان تكوين هذه الأخيرة يتطلب:

- - ضريبة التسجيل المفروضة على عقد الرهن والتي تقدر ب 1% من مبلغ الدين.
- - مصاريف تقييد الرهن في السجل العقاري:حسب مرسوم 30 يونيو 1997 المتعلق بتحديد تعريفة رسوم المحافظة على الأملاك العقارية،يتم تقييد الرهن الرسمي الاتفاقي مقابل أداء رسم نسبي بحسب قيمة مبلغ الدين المضمون على النحو التالي:

- إلى غاية 50.000 درهم.....0.50%

- من 50.001 درهم إلى 150.000 درهم.....0.75%

- من 150.001 درهم إلى 5.000.000 درهم.....1%

[1]-مامون الكزبري ."التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية".الطبعة 2 سنة 1987.أشار إليه عبد الرحيم احزيكر."الرهن الرسمي للخزينة على ضوء مقتضيات التحفيظ العقاري".م م أ ت م العدد43 ابريل 2002

[2]- شكيري "آليات تأجيل الوفاء بالدين الضريبي بالمغرب بين إرادة المشرع واجتهاد القضاء"..م س .ص 101

[3] - الفصل 77 من المرسوم الملكي بشان التحفيظ العقاري المؤرخ في 1913/09/12

-5.000.001 درهم إلى 100.000.000 درهم.....0.75%

- ما زاد على ذلك.....0.50%

هذا بالإضافة إلى رسم ثابت قدره 50 درهما يستوفى عن كل عقار سيثقله الرهن.

- - احتمال مصاريف التشطيب عليه من السجل العقاري.
- - واحتمالا أجرة الشخص الذي قام بتحرير العقد الرسمي أو العرفي للرهن.

فإنه بالمقابل الرهن الرسمي القانوني[1] له نفس الآثار القانونية بل وفي نفس الوقت لا يكلف الملزم شيئا(عدم إبرام عقد الرهن الرسمي، عدم أداء ضريبة التسجيل،عدم أداء أجرة من يحرر عقد الرهن، إعفاء تقييد الرهن في السجل العقاري من أداء الرسوم).

الفرع الثاني: رهن الأصل التجاري.

هو من الضمانات التي كرستها مدونة ت. د. ع الجديدة من خلال الفقرة 1 المادة 118. وقد أحجمت غالبية التشريعات المقارنة كالتشريع السويسري والفرنسي والانجليزي والألماني والتشريع المغربي القديم عن تعريف الأصل التجاري[2]، وقد حاول المشرع المغربي تجاوز هذا القصور من خلال المادة 79 من مدونة التجارة، بحيث عرف الأصل التجاري بكونه "مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية".

وبصيغة أخرى"فالأصل التجاري يعتبر حسب هذا التعريف عبارة عن مال منقول معنوي، فله إذن صفة منقول، إلا أن هذا المنقول يتعلق بجميع الأموال المنقولة المخصصة للعملية التجارية أو لعدة عمليات تجارية"[3].

ويعرف رهن الأصل التجاري بأنه"عقد يخصص بموجبه تاجر أصله التجاري(باستثناء البضائع)لضمان دين أو عدة ديون لصالح دائن أو عدة دائنين بدون أن يفقد الحيازة، ويعطي الدائنين المرتهنين على هذا النحو حق أفضلية على ثمن الأصل التجاري"[4].

ويتحدد الإطار القانوني لرهن الأصل التجاري في المواد من 106 إلى 151 من مدونة التجارة.

والأصل التجاري يثير بعض الصعوبات كضمانة للدين محل النزاع نظرا لصعوبة تقييمه، ولكونه ذو قيمة متقلبة، زيادة على ارتفاع مصاريف تكوينه"[5] . فلتقدير قيمته، يلتجئ المحاسب إلى عناصر التقدير التي يدلي بها المدين نفسه، ثم يطلب من مصالح الوعاء أن تؤكد أو تنفي عناصر التقدير المذكورة، كما يمكنه الأمر بإجراء خبرة إذا اقتضى الأمر ذلك[6]. ويمكنه الاستعانة بثمن اقتناء الأصل التجاري ومبلغ الأرباح التجارية المحققة، كما يمكنه الرجوع إلى بيان الأصول التابعة والاستهلاكات الملحقة بالموازنة برسم السنوات الأخيرة.

وينبغي على المحاسب أن يتأكد من أن الأصل التجاري غير مثقل بحجوزات لفائدة الأغيار، وكذلك المدين يجب أن ينتبه إلى ذلك لأن الأصل المثقل بديون لا يمكن اعتباره ضمانة[7].

---

[1] - للمزيد من الاطلاع حول الرهن القانوني:راجع"الرهن الرسمي للخزينة على ضوء مقتضيات نظام التحفيظ العقاري.قراءة أولية في أهم الضمانات الجديدة لتحصيل الديون العمومية " للأستاذ عبد الرحيم احزيكر.م.إ.م.ت العدد 43.ابريل 2002

[2] - أحمد بقالي."حجز ورهن وبيع الأصل التجاري بين مدونة التجارة وقانون المسطرة المدنية ومدونة تحصيل الديون العمومية".مجلة القانون المغربي.العدد 02 السنة2002 .ص:9 .

[3] - علي العبيدي. دراسات في القانون المغربي. الطبعة 1966.ص 184. مطبعة الأمنية. الرباط.

[4] - محمد أمين إدريسي."دور القضاء الاستعجالي في إيقاف تحصيل الدين الضريبي"..م س. ص:38

[5] - محمد شكيري.آليات تأجيل الوفاء بالدين الضريبي في المغرب بين إرادة المشرع واجتهاد القضاء.م م إ ت م ،سلسلة مواضيع الساعة.العدد 50.السنة 2005.ص 100:

[6] -الأمر الاستعجالي الصادر عن إدارية الرباط.ملف رقم 2010/1/7.أمر رقم 75.بتاريخ 2010/02/03.حكم غير منشور أوردته ضمن الملحقات.

[7] - الأمر الاستعجالي الصادر عن إدارية الرباط.ملف عدد 2010/1/44 أمر رقم 95.بتاريخ 2010/02/10.حكم غير منشور أوردته ضمن الملحقات.

ويتم رهن الأصل التجاري بواسطة عقد الرهن، الذي يمكن أن يتخذ شكل عقد رسمي أو عرفي. ويجب أن يبين العقد المنشئ للرهن العناصر المعنية بالرهن على نحو صريح ودقيق في أحد بنوده، ويجب أن يخضع العقد لشكلية التسجيل التي يتحمل المدين كلفتها . وبعد التسجيل، يتم إيداع نسخة من عقد الرهن داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ إيداعه لدى كتابة ضبط المحكمة التي يستغل الأصل التجاري أو مؤسسته الرئيسية في دائرتها، ثم يقيد موجز هذا العقد في السجل التجاري، لكن هذا القيد لا يخضع للنشر في الجرائد.وعدم تقييد الرهن بالسجل التجاري يجعل محصل الضرائب محقا في الاستمرار في عملية الاستخلاص[1].

هناك من يعترض على بعض الأصول التجارية التي تقدم كضمانة وذلك لمجموعة من الأسباب[2]:

أولا: لأنها لم تكن مسجلة أو مدرجة ضمن الأصول التجارية الثابتة للمقاولة، وبالتالي فهي أصول غير نظامية خاصة من الناحية المحاسبية.

ثانيا: غالبا ما يجري تقييم الأصل التجاري من طرف المدين بواسطة خبرة جزافية تحدد قيمته هكذا دون الاستناد إلى أية معايير، وقد كنا نرفض هذا الأر لمجموعة من الأسباب:

- لأن هذه الخبرة غير تواجهية، وذلك لأنها تجرى بطلب من المدين وعلى حسابه دون حضور الجهة المكلفة بالتحصيل.
- لان بعض هذه الأصول التجارية قد تكون مثقلة بديون سابقة وبالتالي فهي غير كافية لتغطية الدين موضوع النزاع، وهذا ما يفقد المحاسب حق الأسبقية بفعل تواجده إلى جانب دائنين آخرين.
- لأن تقييم الأصل التجاري يجب أن يستند إلى القيمة المحددة له في البيان الختامي للمقاولة بعد تحيينها، وفي حالة عدم وجود تحديد لهذه القيمة، يتم الاعتماد على مجموعة من المعطيات المكونة للأصل التجاري خصوصا عنصر الزبائن ن هذه المعطيات تتعلق أساسا برقم المعاملات المصرح به، فكلما كان هذا الرقم مرتفعا كلما كانت قيمة الأصل التجاري مرتفعة.

من هنا ينبغي القول أن الأصل التجاري وغيره من الضمانات يجب أن يعرض بداية على المحاسب المكلف بالتحصيل فهو من يحوزه قانونيا ومن تم فهو من له الحق في تسجيله كضمانة في السجل التجاري حتى تكسب الضمانة قيمتها القانونية.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية غير المحددة في تقييم الضمانات.

تستشف هذه السلطة التقديرية الغير محددة من منطوق الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 118 من المدونة:"...على أنه يمكن للمدين أن يعرض أشكالا أخرى من الضمانات، على أن يتم قبولها من طرف المحاسب المكلف بالتحصيل".

وتعتبر هذه العبارة تكريسا للضمانات الممنوحة للمدين، فهي توسع قاعدة الضمانات التي يمكن تقديمها، وتفتح بالتالي فرصة أخرى أمامه للاستفادة من الأثر الواقف، وهنا يتمتع المحاسب بسلطة تقديرية واسعة، فله أن يقبلها وله أن يرفضها إذا ما ارتأى عدم كفايتها لتغطية الدين المراد إيقاف أدائه.

ومسألة تقدير المحاسب للضمانات تطرح عدة مشاكل عملية ترتبط بقدرة المحاسب على التقدير الموضوعي، خصوصا وأن تكوين المحاسبين يغلب عليه الطابع الإداري والمحاسبي دون التكوين القانوني[3].

وفي كل الأحوال، فإن تقدير المحاسب يشوبه قدر من الذاتية والملاءمة، وعليه أن يأخذ بعين الاعتبار العناصر التي أدلى بها المدين للحسم في مدى كفاية الضمانة أو عدم كفايتها.

---

[1]- قرار صادر عن محكمة النقض.عدد 98.رقم الملف 2001/4/168.حكم منشور في "أحكام اجتهاد القضاء الإداري".لعبد الحق عميمي.م س.ص:193

[2]- مصطفى التراب." أي تطور للقضاء الاستعجالي الإداري ف مجال المنازعات الجبائية؟" دفاتر المجلس الأعلى .العدد 16.السنة: 2011.ص: 197.

[3]- عبد الرحمان ابليلا ورحيم الطور"تحصيل الضرائب والديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة قانون 15-97".مطبعة الأمنية. ص 102.

المطلب الأول: تجليات السلطة التقديرية غير المحددة للمحاسب العمومي

لقد نص المشرع من خلال الفقرة 1 من المادة 118 على لائحة الضمانات التي يمكن عرضها أمام المحاسب المكلف بالتحصيل، كما فسح المجال لضمانات أخرى غير واردة، يمكن عرضها، لكن شريطة موافقة المحاسب عليها. فما الهدف من إقرار ضمانات أخرى؟ وما هي بعض الأمثلة عنها؟ وهل الجانب العملي يؤكد ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 118؟ وما هي توجهات القضاء الإداري في هذا الصدد؟

الفرع الأول: إمكانية عرض ضمانات أخرى.

لقد حددت الفقرة 1 من الفصل 16 من ظهير 21 غشت 1935 طائفة الضمانات التي يمكن تكوينها، وهي: تخصيص الرهون الرسمية، رهن الأصل التجاري، القيم المنقولة، ديون على الخزينة أو سندات مكفولة.

وقد كانت الإدارة الضريبية آنذاك، تدافع في المذكرات الجوابية التي تدلي بها إلى القضاء على توجه مفاده أن تلك الضمانات وضعت على سبيل الحصر. لكن بالمقابل، اعتبرت المحاكم الإدارية أن تلك اللائحة هي وضعت على سبيل المثال لا الحصر.

وهكذا اعتبر قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بفاس، أن حجز الأصل التجاري من طرف السيد القابض يقوم مقام الضمانة المشترطة في الفصل 16 من ظهير 1935 وبناء عليه، أمر بإيقاف تنفيذ الإنذار الضريبي[1]. كما اعتبر القضاء الاستعجالي الإداري أن المنقولات المحجوزة من لدن إدارة الضرائب، هي ضمانة كافية للوفاء بالدين تعادل إحدى الضمانات المنصوص عليها في الفصل 16 من ظهير 1935 ما دامت قيمة هذه المنقولات تعطي أصل الدين وفوائده وتوابعه ومصاريفه[2].

وفي نازلة[3] أخرى من هذا القبيل، قضت المحكمة الإدارية بأكادير بتأجيل الاستخلاص الجبري للدين الضريبي مقابل إيداع ضمانة لدى صندوق المحكمة، هي بمثابة شيك بنكي يحمل مبلغ الدين الضريبي، حيث جاء في حيثيات الحكم:"....وحيث إنه بالإضافة إلى شرط المنازعة في صحة الضريبة لقبول تأجيل استخلاصها، لا بد للملزم المنازع من تقديم ضمانة تحقق استيفاء الضريبة فيما لو تم القضاء برفض طلبه. وحيث أن الضمانات المشار إليها في الفصلين 15 و16 من ظهير 21 غشت 1935، واردة على سبيل المثال لا الحصر، ويبقى بذلك للقضاء سلطة تقييم الضمانات المقدمة من طرف المدين وتقرير ما إذا كانت تؤمن استيفاء الدين الضريبي.....".

كما جاء في حكم لإدارية الرباط أن شرط الضمانة محقق من خلال قيام إدارة الضرائب برهن جبري على الرسم العقاري...لأجله يلتمس التصريح بإيقاف تنفيذ إجراءات الرهن المتعلقة بالسمين العقاريين...[4]

وهكذا جاءت الفقرة 2 من المادة 118 لكي تكرس التفسير القضائي للمادة أعلاه، حيث عبرت صراحة على إمكانية عرض ضمانات أخرى غير تلك الواردة في المادة 118 لكن بموافقة المحاسب عليها.

الفرع الثاني: نماذج من الضمانات الأخرى التي يمكن تقديمها.

في فرنسا، درجت الإدارة على قبول أنواع مختلفة من الضمانات من بينها[5]:

⟵تخصيص الرصيد الدائن لحساب إيداع الأموال لدى الخزينة كليا أو جزئيا كضمانة للضريبة.

⟵إيداع سبائك الذهب.

---

[1]-أمر رقم 94/7 بتاريخ 1994/07/19 صادر عن المحكمة الإدارية بفاس. أورده أمين الإدريسي.مرجع سابق .ص 39.

[2]- لحسن السيمو."الإجراءات المتبعة أمام قاضي المستعجلات الإداري".منشورات م م إ م ت .سلسلة مواضيع الساعة.عدد 9 السنة 1996.ص 154

[3]-أمر رقم 95/2202 بتاريخ 15-11-1995،في قضية رضا أحمد ضد الخازن العام للمملكة،حكم منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية.عدد مزدوج 14-15 ماي-يونيو.1996.ص:225 إلى 229.انظر نسخة من القرار بملحقات هذا البحث.

[4]- أمر رقم 72.ملف رقم 2010/1/39.بتاريخ 2010/02/03.حكم غير منشور أوردته ضمن الملاحق.

[5]- محمد بيصة ."المنازعة في قانونية قرارات الإدارة المكلفة بربط الضريبة بين دعوى الإلغاء وطعون القضاء الشامل".م س.ص:360

←الحسابات في الدفاتر لدى الأبناك.

←رهن الحصص في الشركات ذات المسؤولية المحدودة كضمانة لأداء الضريبة.

أما في المغرب، فإن واقع الممارسة العملية قد أثبت أن الضمانات المقدمة من طرف المدين في هذا الشأن عديدة، يمكن حصر أهمها في[1]:

* العقارات غير المحفظة.

* العقارات الفلاحية.

* تقديم كفيل.

* ضامن ميسور.

* تقديم حصة في شركة.IDA3 DAMANA LADA SONDOK LMAHKAMA/HOKM 4055 JURISPRUDENCE

* رهن منقول مثل: الحافلات، السفن، السيارات، سبائك الذهب...

* الرهن الحيازي.

وهكذا، فقد دأب المحاسب المكلف بالتحصيل على قبول نوعين من الضمانات بطريقة آلية تلقائية وهما:الكفالة الشخصية (أولا)، والرهن الحيازي للمنقول(ثانيا).

أولا:الكفالة الشخصية والتضامنية.

حسب المذكرة العامة المتعلقة: "لا يمكن أن تقدم الكفالة الشخصية والتضامنية إلا من طرف شخص مشهور بالملاءة، يلتزم بالأداء بدلا من المدين بالضريبة في حالة تقصير هذا الأخير، ويشكل التزامه موضوعا لعقد مكتوب خاضع لجميع شروط بتحصيل الديون العمومية تكوين العقد بما فيها شكلية التسجيل"[2].

ثانيا:الرهن الحيازي للمنقول.

الرهن الحيازي للمنقول هو حق عيني يقع على منقول، يضعه مالكه في حيازة الدائن أو حيازة من اتفق عليه العاقدان، ضمانا لالتزام عليه أو على غيره، ويخول للدائن حق حبس المنقول حتى وفاء الالتزام، وفي حالة عدم الوفاء، حق بيعه واستيفاء الدين من الثمن بالأفضلية على سائر الدائنين[3].

لتكوين الرهن الحيازي للمنقول، ينبغي أن يشكل موضوعا لعقد مبرم بين المحاسب والمدين، ويخضع هذا العقد للتسجيل الذي يتحمل المدين مصاريفه[4].

---

[1]- كريم لحرش."شرح القانون الضريبي المغربي".سلسلة اللامركزية والإدارة الترابية.الطبعة 2 العدد 32.ص:236

[2] -Trésorerie générale du royaume "instruction relative au recouvrement des créances publiques" .p 208 : "La caution personnelle et solidaire ne peut être fournie que par une tierce personne notoirement solvable qui s'engage à payer aux lieu et place du redevable, en cas de défaillance de celui-ci. Son engagement fait l'objet d'un acte écrit soumis à toutes les conditions de formation d'un contrat, y compris aux formalités d'enregistrement".

[3]- مجلة الفقه والقانون. الرهن الرسمي.العدد 19. بتاريخ ماي 2014

[4]-D'après l'instruction relative au recouvrement des créances publiques p 208" Le dépôt en gage ne peut concerner que des objets de valeur expertisés et dont la garde ne devrait pas poser de difficulté particulière au comptable. Le gage fait l'objet d'un contrat entre le comptable et le redevable, au terme duquel celui-ci donne en garantie l'objet qui lui appartient, pour paiement des créances mises à sa charge. Ce contrat est soumis aux formalités d'enregistrement dont les frais sont à la charge du redevable.

فالقضاء الاستعجالي ذهب في الكثير من أحكامه، إلى اعتبار أن المنقوات المحجوزة من طرف إدارة الضرائب هي ضمانة كافية في حد ذاتها للوفاء بالدين، وهي لها نفس القيمة القانونية للضمانات المنصوص عليها، مادامت قيمة هذه المنقولات تغطي أصل الدين وفوائده وتوابعه ومصاريفه[1].

وقد كرست المحاكم الإدارية هذا الاجتهاد في إطار مدونة التحصيل، حيث اعتبر القاضي الإداري[2] أن الحجز في حد ذاته يعتبر ضمانة للمطالبة بإيقاف التنفيذ، تقوم مقام الضمانة المشترطة بالمادتين 117 و118 من مدونة التحصيل، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في هذا الشأن[3].

المطلب الثاني: رقابة القضاء الإداري على سلطة المحاسب العمومي

يفرض القاضي الإداري رقابته على سلطة المحاسب العمومي في تقييم الضمانات المقدمة لإيقاف التحصيل وخصوصا عندما يتعلق الأمر بضمانات غير واردة في لائحة الضمانات المنصوص عليها في المادة 118 من المدونة كما يتحقق من مدى كفايتها لتغطية الدين موضوع النزاع.

الفرع الأول: تقدير القضاء الاستعجالي لمدى كفاية الضمانة خصوصا غير الواردة في المادة 118

إن قاضي المستعجلات لا يتوانى عن الاستجابة للطلبات الرامية إلى إيقاف إجراءات الاستخلاص الضريبي وإبداء رأيه في مدى كفاية الضمانات المقدمة أمام القابض، حيث اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط وهي ترفض الدفع الذي تقدم به قابض تمارة الذي التمس من خلاله رفض طلب الطاعنين على اعتبار أن الضمانة المقدمة لا ترقى إلى مستوى الضمانات المنصوص عليها في المادة 118 من مدونة تحصيل الديون العمومية، وبالتالي فهي غير كافية لتأمين الدين وفق ما تقضي به المادة 117 من نفس المدونة، حيث أن تقديم المدعيين لضمانة عقارية بين يدي القابض لتأمين استخلاص مجموع الدين الضريبي هي ضمانة من ين الضمانات المقبولة طبقا لمقتضيات المادة 118 السالفة الذكر خاصة في ظل غياب الطعن فيها[4].

وفي نفس الاتجاه، اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط انه بتقييد القابض رهنا جبريا على الرسم العقاري عدد 03/100387 يكون قد وفر للخزينة العامة للمملكة الضمانة المنصوص عليها في المادة 118[5].

هذا وقد وقع خلاف حول قيمة الضمانة: فهل المطلوب أن تؤمن الضمانة قيمة الدين فقط أم تؤمن حتى الزيادات في التأخير والصوائر؟

فهناك من يرى في تقدير مدى كفاية الضمانة تناقضا مع متطلبات تامين الدين الضريبي، وذلك على اعتبار أن أغلب الكفالات البنكية المقدمة من قبل المدينين يكون مبلغها مساويا لمبلغ الدين، وبالتالي فإن كفايتها لا تتعدى تاريخ تقديم الطلب او تاريخ صدور الأمر بوقف التنفيذ على اعتبار أن فوائد التأخير التي تترتب على الدين طيلة مدة الإيقاف تفقد هذه الضمانات قيمتها، كما أن مدتها المحددة قد لا تتلاءم مع منطوق الأحكام القضائية التي تقضي بالإيقاف إلى حين البت في دعوى الموضوع.

والواقع أن هذا التوجه مخالف لإرادة المشرع من جهتين:

1/ الكفالة البنكية هي من الضمانات المكرسة بنص المادة 118 من مدونة تحيل الديون العمومية، والتي بمقتضاها يمكن للإدارة الرجوع على الكفيل في أداء أصل الدين والفوائد المترتبة عنه[1].

---

[1]- لحسن السيمو."الإجراءات المتبعة أمام قاضي المستعجلات الإداري".منشورات م م إ م ت .سلسلة مواضيع الساعة.عدد 9 السنة 1996.ص:145

[2]-الأمر الصادر عن قاضي المستعجلات بمكناس رقم 1/2002/56س،ملف عدد 1/2002/47 س بتاريخ 2002/06/18.حكم أشار إليه العربي الكزداح في أطروحته"الطعون الجبائية في ظل المحاكم الإدارية بالمغرب"أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق.جامعة محمد الخامس.أكدال الرباط.السنة 2004/2003.ص:364.

[3]- العربي الكزداح في أطروحته"الطعون الجبائية في ظل المحاكم الإدارية بالمغرب"أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق.جامعة محمد الخامس.أكدال الرباط.السنة 2004/2003.ص:364.

[4]- الأمر رقم 14 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/01/14 في الملفات من : عدد 08/658 س إلى العدد 08/665 س.

[5]- الامر رقم 508 الصادر عن المحكمة الادارية بالرباط بتاريخ 2009/04/08. الملف رقم 09/1/206.

2/ المشرع المغربي عندما ألزم المدين تقديم ضمانة أمام المحاسب المكلف بالتحصيل فإنه لم يشر إلى ضرورة تأمينها مبلغ الدين وكذا الزيادات المحتملة في التأخير، بل أشار فقط لمبلغ الدين المتنازع فيهن مع العلم أن الزيادات في التأخير المحتملة لا يمكن تقديرها وقت تقديم الضمانة أو حال صدور الأمر الاستعجالي خصوصا وأنها لم تكن مماطلة كيدية أو التسويف من قبل المدين و إنما هي نتيجة أمر قضائي بإيقاف الإجراءات المتعلقة باستخلاص أصل الدين.

وفي هذا الصدد، وفي إطار تقييد سلطة الإدارة الضريبية، فقد اعتبر القضاء الاستعجالي أن لجوء هذه الأخيرة إلى رفض تأجيل أداء الدين بعلة عدم كفاية الضمانة المنصوص عليها يقتضي منها إثبات ذلك.. فهذه محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في القرار عدد 472، بتاريخ 2009/03/26 في الملف عدد 9/08/261 أكدت أن القابض سبق له إيقاع رهن رسمي على عقارات في ملكية المستأنف عليه وذلك لضمان استخلاص الديون الضريبية موضوع النزاع.

نفس الاتجاه سارت عليه المحكمة الإدارية بمكناس[2]، حيث اعتبرت أن إبرام السيد القابض لعقد رهن مع المدعي مصحح الإمضاء (.....) لضمان أداء مبلغ 130.441.09 درهم يكون قد قبل إيقاف المتابعات بشان الدين الضريبي المذكور واقتنع من جهته بالضمانة الكافية والضرورية ويكون بالتالي الحجز المضروب على الحساب البنكي في غير محله ويتعين الحكم برفضه.

ويشكل قبول الضمانة من طرف المحاسب المكلف بالاستخلاص تقييدا لاختياراته في متابعة المدين، حيث يتعين عليه الالتزام بتحقيق الضمانة المتفق عليها دون سواها ولا سبيل إلى اللجوء إلى الاستخلاص الجبري، فإذ كان الدين مضمونا برهن رسمي فإنه يتعين تحصيله بهذه الوسيلة، أي تحقيق ذلك الرهن بمباشرة إجراءات بيع العقار موضوعه واستيفاء الحق المتبقي على المدين من منتوج عملية البيع[3] .

الفرع الثاني:هل يعتبر التنفيذ على أموال المدين كضمانة كافية؟

لقد استقرت رقابة القضاء الاستعجالي على مراقبة عمل الإدارة المكلفة بالتحصيل في مجال الاستجابة إلى طلبات تأجيل الدين العمومي، بداية من خلال إعادة تقييم الضمانات المقدمة ثم من خلال اعتبار أن الحجز المفروض على أموال المدين بمثابة ضمانة كافية تؤمن الدين العمومي بمفهوم الفصل 16 من ظهير 1935، الذي حلت محله مقتضيات المادة 118 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

فهذه المحكمة الإدارية بمكناس اعتبرت أن الحجز يعتبر في حد ذاته ضمانة كافية للاستفادة من إيقاف الأداء، فهي تقوم مقام الضمانة المشترطة بالمادتين 117و118 من مدونة التحصيل[4].

وفي نفس الاتجاه، اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط أن الرهن الرسمي يقوم مقام الضمانة، فتقييد القابض رهنا جبريا على الرسم العقاري يكون قد وفر للخزينة العامة للمملكة الضمانة المنصوص عليها في المادة 118 من مدونة التحصيل[5]

وهكذا نلاحظ أن سلطات قاضي لمستعجلات آخذة في الاتساع تدريجيا بهدف توفير الحماية الوقتية التي تقتضيها تأمين الضمانات المشروعة للمدينين، حيث تعدت هذه السلطات إمكانية إيقاف إجراءات التحصيل إلى الأمر برفعها، وهذا ما يشكل إحدى

---

[1]- محمد بنعزي.وقف تنفيذ تحصيل الدين العمومي على ضوء المادة 242 من المدونة العامة للضرائب: الإشكاليات القانونية والعملية في المجال الضريبي.دفاتر المجلس الأعلى. العدد 16.السنة 2011.ص: 196

[2]- الأمر رقم 8/2002/35 ش .صادر عن المحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 2002/11/7 في لملف رقم 8/2002/59 ش.

[3]- العربي الغمري.الإشعار للغير الحائز مفهومه والمنازعة فيه.أعمال الندوة الوطنية حول المنازعات الضريبية. 4 و5 دجنبر 2009.عدد خاص لمجلتي القسطاس والزيتونة.مطبعة سلسبيل.مكناس. الطبعة الأولى يوليوز 2010.ص: 201.

[4]- الأمر رقم 56/2002 1س، صادر عن قاضي المستعجلات بمكناس، بتاريخ 2002/06/18 في الملف رقم 2002/47.

[5]- الامر عدد 508 الصادر عن المحكمة الادارية بالرباط بتاريخ 2009/04/08 في الملف عدد 09/1/260.

الأوجه البارزة للتكامل الحاصل بين الرقبة الممارسة من قبل قضاء الموضوع، وتلك التي يمارسها قاضي المستعجلات في إطار المنهجية الاستباقية[1].

خاتمة:

وهكذا نجد أن المحاسب العمومي له سلطة تقديرية محددة تجاه الضمانات المنصوص عليها بصريح العبارة في المادة 118 من مدونة تحصيل الديون العمومية، فمتى تقدم المدين بضمانة منصوص عليها لا يسع المحاسب العمومي إلا أن يقبلها. لكن الإشكال المطروح يكمن في تكوين الضمانة، فمعلوم أنه لكل ضمانة مسطرة خاصة ينبغي الالتزام بها، خصوصا وأن مسطرة تكوين الضمانات من الامور التي سكت عنها المشرع في هذه المدونة، وهذا الأمر أكسبها نوعا من التعقيد والتشتت بين عدة قوانين. فلتكوين كل ضمانة ينبغي اتباع مسطرة خاصة، وإجراءات خاصة، كما أن مصاريف تكوينها يختلف من ضمانة إلى أخرى، وهي مصاريف أقل ما يمكن أن يقال عنها أنها تثقل كاهل المدين، والأسوأ من ذلك أن المدين يتحملها بمفرده حتى ولو صدر قرار أو حكم لصالحه.

أما بالنسبة للسلطة التقديرية الغير المحددة والتي تهم مختلف الضمانات الغير المنصوص عليها في المادة 118، لكن وكما قلنا فهي تظل سلطة نسبية، لأن القضاء الإداري حاضر باجتهاداته، باسط رقابته على مسؤوليات المحاسب العمومي يحاول سد الثغرات التي أغفلها المشرع بل وإنشاء قواعد جديدة مواكبة للحقبة ومسايرة للتطورات الجديدة. وهكذا اعتبر أن القرار الصادر عن المحاسب المكلف بالتحصيل بعدم الاستجابة الكلية أو الجزئية لطلب وقف الأداء قرارا إداريا بطبيعته، وبالتالي فهو كبقية القرارات الإدارية الأخرى قابل للطعن بالإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة، وهي إمكانية متاحة للمدين أو غيره للتظلم من قرار المحاسب الرافض للطلب. لكن هناك من الفقه من يرى أن منازعات التحصيل لا يمكن أن تكون موضوع دعوى إلغاء، وحتى في حالة رفعها بهذه الصفة فان القضاء يعيد تكييفها ويبت فيها في إطار القضاء الشامل[2].

وفي هذا الاطار اعتبر قرار المحاسب المكلف بالتحصيل الرافض لطلب المدين بوقف الأداء قرارا إداريا كبقية القرارات الإدارية، قد يأتي لأحد الأسباب التالية:

- ✓ إما لعدم تقديم ضمانات كما هو منصوص عليها في المادة 118.
- ✓ لتقديم ضمانات غير كافية لتغطية الدين المطالب به.
- ✓ أو لتقديم ضمانات غير مقبولة كأن يشكك المحاسب في قيمتها أو في ملكية المدين لها.

ونظرا للطابع الاستعجالي الذي تعرفه هذه المسألة، فقد ذهبت بعض التشريعات المعاصرة ومنها التشريع الفرنسي، إلى ضرورة إخضاع قرار المحاسب برفض طلب وقف الأداء للأسباب الثلاثة المذكورة إلى رقابة القضاء الاستعجالي، وذلك نظرا لما يحققه من سرعة وفعالية.

بل والأكثر من ذلك، ذهبت هذه التشريعات إلى أنه بمجرد أن يحيل المدين نزاعه على القضاء بشأن الضمانة المقدمة، يمنع على المحاسب أن يجري في حقه أية متابعة إلى حين أن يبت القضاء في الموضوع. "لكن اللجوء إلى هذه المسطرة الاستعجالية في القانون الفرنسي مشروط بوضع ما يعادل 10% من مبلغ الضريبة موضوع المنازعة".

[1]- رضوان اعميمي. ضمانات المدين في الاستخلاص الجبائي بين امتيازات الادارة الضريبية وسلطات القضاء الإداري. أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية . كلية االعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا. السنة الجامعية 2015/2014. ص: 484

[2]- سعيد طبطي." إيقاف تحصيل الدين العمومي بين القابض والقاضي" . مقال صادر عن لجنة تحرير الخزينة الجهوية لمراكش. منشور في مجلة الخزينة.العدد:3.

وهناك من الفقه من ذهب إلى القول بأن الطعن في قرار رفض الضمانة ليس من الحالات التي نص عليها المشرع بنصوص خاصة، ما لم يثبت صاحب المصلحة قيام حالة الاستعجال.

الحماية القانونية للمرآة الأجيرة
من خلال أحكام مدونة الشغل

الزيتوني ياسير
طالب باحث بسلك الدكتوراه
كلية الحقوق مراكش

يشكل الحق في العمل والحرية في اختياره احد أهم مقومات الكرامة الإنسانية،[1] فهدا الأخير هو من اكتر الحقوق التي نال اهتمام مختلف قوانين الدول وغالبية لأوقاف الدولية.[2]

وادا كان من المتعارف عليه أن شغل المرأة أصبح يعول عليه كثيرا في الوقت الراهن إلى جانب الرجل، من أجل تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية ومن اجل مواكبة التطورات التي يعرفها العالم.

فقد حضي تشغيل النساء بمكانة خاصة بمختلف التشريعات، حيث أن هده الأخيرة عملت على تمكينها من جميع الوسائل المتاحة حتى تستطيع المشاركة في الإنتاج، والمساهمة في التنمية الاجتماعية والاقتصادية.

اد انه لما أضحى خروج المرأة المغربية إلى العمل ومشاركتها في الإنتاج ضرورة اجتماعية، فقد عمل المشرع المغربي ومسايرتا منه لهدا الواقع الاجتماعي على العمل على ملائمة مدونة الشغل لدلك.[3]

وفي سبيل دلك - تشجيع المرأة على الشغل –جاءت مدونة الشغل بالعديد من المقتضيات القانونية الحمائية للأجيرة، من اجل تتمكن هده الأخيرة من ممارسة عملها بشكل طبيعي وبدون أدنى نقص.

وكما هو معلوم فمدونة الشغل جاءت بالعديد من المقتضيات القانونية التي أسست لحماية خاصة للطبقة العاملة بشكل عام، والأجيرة على وجه الخصوص[4].

وإن من أهم ما رسخته مدونة الشغل في هدا الإطار هو إقرار مبدأ المساواة بين الجنسين من حيث فرص الشغل وامتيازاته، زيادة على دلك عمل المشرع على وضع مجموعة من الضوابط القانونية المتعلقة بتشغيل النساء ودلك من خلال منع قيامهم ببعض الأعمال التي قد لا تتناسب مع بنيتهم الجسدية، وكذلك سن بعض القواعد المتعلقة بتشغيلهم ليلا لتعدد المهام التي يطلعون بها، وكذلك ضمان حماية خاصة للأجيرة الحامل خلال هده المرحلة وبعد الوضع.

ومن خلال ما تقدم سنحاول معالجة هدا الموضوع وفق التقسيم التالي.

المبحث الأول:مظاهر وصور الحماية القانونية للمرأة الأجيرة من خلال أحكام مدونة الشغل.

المبحث الثاني:مظاهر الحماية القانونية للمرأة الأجيرة الحامل.

---

[1] عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل الجزء الاول علاقات الشغل الفردية، الطبعة الاولى ، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش 2004، ص 522.

[2] دنيا مباركة ، قضايا مدونة الشغل بين التشريع والقضاء ،سلسة المعارف القانونية والقضائية، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الاولى 2016. ص 79

[3] دنيا مباركة مرجع سابق ص 80

[4] إن الأصل أن جميع النصوص القانونية المتعلقة بتشغيل الأجراء تسري أيضا على النساء، دون تمييز عن العمل الواحد بينهم، إد المقصود في قانون الشغل بالأجير كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر، ومما لا شك فيه أن عبارة كل شخص طبيعي تشمل الذكور والإناث.
د.عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل الجزء الاول علاقات الشغل الفردية، المرج السابق ص 547 و548

المبحث الأول:مظاهر وصور الحماية القانونية للمرأة الأجيرة من خلال أحكام مدونة الشغل

إن مساهمة المرأة الأجيرة في التنمية في جميع المجالات ومساهمتها الفعالة في بناء المجتمع، فرض على مختلف التشريعات والمواثيق الدولية التدخل والعمل على ضمان تمتيع المرأة بنفس الحقوق والامتيازات التي يحظى بها زميلها في الشغل (المطلب الاول) . زيادة على دلك فإن تمييز المرأة بصفات فيزيولوجية تختلف تماما عن الرجل، واطلاعها بمهام عديدة سواء داخل المنزل او خارجه فرض على التشريعات كذلك التدخل وسن قواعد حمائية خاصة بالنساء الأجيرات، سواء من خلا منع تشغيلهم في بعض المهن الشاقة التي لا تتناسب مع تركيبتهم الفيزيولوجية، أو من خلال حصر الحالات التي يمكن ان يشغلوا بها ليلا (المطلب الثاني).

المطلب الأول : المساواة بين الجنسين من خلال أحكام مدونة الشغل

في البداية لابد من الإشارة أن مبدأ المساواة في أحكام التشغيل بين المرأة والرجل، يعد أحد الضمانات الهامة التي تحول دون التمييز بين الجنسين في أحكام التشغيل. وتكريسا لدلك أصدرت منظمة العمل الدولية الاتفاقية رقم 111 سنة 1958 الخاصة بمنع التمييز في الاستخدام والمهنة، والتي عرفته بأنه " أي تفريق واستبعاد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو **الجنس**، يكون من شأنه إبطال أو إضعاف تطبيق تكافؤ الفرص والمعاملة في الاستخدام أو المهنة " فهده الاتفاقية تقضي بإلغاء كل أشكال التمييز بين الجنسين، عبر تطبيق سياسة وطنية ترمي تشجيع تكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة والتشغيل وإقامة تعاون بين منضمات أصحاب العمل ومنضمات العمل لتشجيع هده السياسة والالتزام بها.[1]

وإذا كان التمييز يعتبر بأنه مفاضلة بين شخصين أو أكتر مخالفة لمبدأ المساواة ويعمل على إلغاء هده الأخيرة عن طريق الإضرار ببعض الأشخاص بالاعتماد على بعض المعايير التي يمنع القانون أن تؤسس عليها المعاملات كالجنس.[2] فإن منع التمييز كمبدأ قد كرسه الدستور المغربي من خلال العديد من المقتضيات،حيت اعتبر ان القانون هو أسمى تعبير عن الإرادة الأمة والجميع أشخاص ذاتيين أو اعتباريين بما فيهم السلطات العمومية متساوون أمامه وملزمون بالامتثال إليه.

وجاء فيه المادة 19 منه، بان الرجل والمرأة يتمتعون على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية الواردة في هدا الباب.

أما بخصوص مدونة الشغل (م ش) فإنه وبالرجوع إلى المادة (م) 9 يلاحظ أن المشرع المغربية أكد كذلك على هدا المبدأ حينما نص على أنه "يمنع كل تمييز بين الأجراء من حيث السلالة أو اللون أو **الجنس**... يكون من شأنه خرق أو تحريف مبدأ تكافؤ الفرص أو عدم المعاملة بالمثل في مجال التشغيل أو تعاطي مهنة لاسيما فيما يتعلق بالاستخدام، او إدارة الشغل وتوزيعه والتكوين المهني، والأجر والترقية والاستفادة منا لامتيازات الاجتماعية والتدابير التأديبية والفصل من الشغل."

نفس الأمر ثم التأكيد عليه كذلك من خلال أحكام المادة 478 من م ش حيث ثم منع وكالات التشغيل الخصوصية[3] من إجراء كل تمييز يقوم على أساس العرق او اللون او **الجنس**، من شأنه المس بمبدأ تكافؤ الفرص والمعاملة في ميدان التشغيل.

---

[1] نزهة حسني، المركز القانوني للأجيرة في قانون الشغل المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، 2008-2009 ص 12

[2] -سميرة كميلي، القانون الجنائي للشغل الجزء الاول، الطبعة الاولى، مطبعة بني ازناسن 2015، ص 42.

[3] تتم الوساطة في التشغيل عن طريق مصالح تحدث لهده الغاية من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالشغل تكون غاية هده الوساطة تسهيل التقاء العرض والطلب في مجال التشغيل، ويمكن أن تضطلع بهده المهمة كذلك وكالات التشغيل الخصوصية بعد الحصول على ترخيص من السلطة الحكومية المكلفة بالشغل.
ويقصد بهاده الوكالات كل شخص اعتباري يقوم بالإعمال التالية:
يقصد بوكالة التشغيل الخصوصية، كل شخص اعتباري يقوم بالأعمال التالية أو بإحداها:
أ) التقريب بين طلبات وعروض الشغل دون أن يكون القائم بالوساطة طرفا في علاقة الشغل التي قد تنشأ عن ذلك؛
ب) تقديم أي خدمة أخرى تتعلق بالبحث عن شغل أو ترمي إلى الإدماج المهني لطالبي الشغل؛
ج) تشغيل أجراء بهدف وضعهم، مؤقتا، رهن إشارة شخص ثالث يسمى " المستعمل" يحدد مهامهم ويراقب تنفيذها.

من خلال ما تقديم يلاحظ أن المشرع منع كل تميز بين الجنسين من شأنه المس بمبدأ تكافؤ الفرص في ميدان التشغيل، وما يجب على المشغل أو وكالات التشغيل الخصوصية التقيد به عند التشغيل، فقط ما جاء في م 507 من د ش والمتمثل في مراعاة فقط ما يتوفر عليه طالبو الشغل من مؤهلات وما لديهم من خبرات أو تزكيات مهنية.

ومن بين المجالات التي يمارس فيها كذلك التمييز بين الجنسين مجال الأجور غير أن المشرع تدخل كذلك في هدا الإطار من خلال المادة السابقة - م9 م ش- التي منع من خلالها كل تميز على أساس الجنس عند تحديد الأجور،وثم التأكيد على دلك من خلال م34 من د ش التي منعت كل تمييز بين الجنسين عن الأجر عند تساوت قيمة الشغل الذي يؤديانه.

ولفرض احترام هده المقتضيات القانونية عمل المشرع على فرض غرامات زجرية عن كل مخالفة للمقتضيات التي تمت الإشارة إليها، فعند مخالفة المشغل لأحكام المادة 9 من م ش تفرض عليه غرامات مالية تحدد في نطاق 15000و30000 وتضاعف في حالة العود حسب م 12 من م ش.

كما تعاقب وكالات التشغيل الخصوصية عن كل تمييز على أساس الجنس من شأنه المساس بمبدأ تكافؤ الفرص والمعاملة في ميدان التشغيل، بغرامة تتراوح ما بين 25000 و30000 درهم وتضاعف في حالة العود حسب م494 من م ش.

ومن بين الأمور التي يمنع فيها كذلك التمييز–حسب م9 من م ش- حالة الفصل، إذ أن قيام أي مشغل بفصل أجراءه على أساس الجنس.يعرض نفسه لغرامات زجرية حددتها م 12 في حدود 15000 و30000 درهم وتضاعف هده الغرامة في حالة العود.

هدا الأمر أشارت له كذلك المادة 35 التي نصت على أنه يمنع فصل الأجير دون مبررمقبول وحسب م 36 من م شلا تعد الأمور المقبول لأتخاد العقوبات التأديبيةأوالفصل من الشغل

".....

العرق أو اللون أو **الجنس** أو الحالة الزوجية "

وبالتالي فإن أي إجراء تأديبي يعتبر باطلا، وكل فصل والحالة هده يعتبر تعسفيا تستحق على إثره الأجيرة المفصولة، المطالبة إما بالرجوع إلى العمل أو المطالبة بالتعويضات المستحقة عن الفصل التعسفي.

أما بخصوص إبرام عقود الشغل فالملاحظ أنه وقبل صدور مدونة الشغل كانت هده العلاقة تخضع لظهير الالتزامات والعقود فكان الفصل 726 يميز بين الأجيرة المتزوجة وغير المتزوجة، حيت أن هده الأخيرة كان لها إمكانية إبرام عقد الشغل دون إمكانية إلزامها بالحصول على اي ادن بخلاف النساء المتزوجات اللاتي كان يفرض عليهن الحصول على ادن الزوج قبل إبرام عقد الشغل.[1]

فهدا البند كان يعتبر فيه حيف في حق النساء وتمييز بين الجنسين. وفي إطار التخفيف من هدا البند كان يذهب بعض الفقه إلى القول أن هدا الحق الممنوح للزوج يجب أن يستعمل في حدوده المشروعة، وعدم استعماله بكيفية تعسفية لمنع الزوجة من إبرام عقد الشغل[2].

غير أن هدا المقتضي قد تم تجاوزه من خلال أحكام مدونة الشغل، اد انه وحسب المادة 9 من هده الأخيرة، أنه يترتب على منع التمييز بين الأجراء حق المرأة في إبرام عقد الشغل دون الزامها بالحصول على ادن زوجها، وبالتالي استبعاد ما كان يتضمنه الفصل 726 من ق ل ع.

الفصول 475 و476 و477 من م ش.

[1]- موسى عبود، دروس في القانون الاجتماعي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الاول 1987 ، ص 185.

[2]مرجع سابق ص185

وإذا كانت الإشارة إلى المتزوجة بالنسبة للانضمام إلى النقابة المهنية قد تثير بعض اللبس والتساؤل حول سبب عدم التأكيد على دلك عند إشارة المشرع إلى حق المرأة في إبرام عقد الشغل. فإن فيه دلك عدم دقة الصياغة فقط إذ أن المبدأ ورد في الفقرة الثانية من م 9بتفعيل عدم التمييز بسبب الجنس والحالة الزوجية، أما ما يترتب على دلك ليس إلى تفسير وتأكيد للقاعدة العامة.[1]

المطلب الثاني:حضر تشغيل النساء في بعض المهن وأثناء الليل

استكمالا لصور الحماية القانونية التي حرصت جل التشريعات الدولية على توفيرها للنساء الأجيرات،واستجابت الاتفاقيات العمل الدولية، عمل المشرع المغربي من خلال مدونة الشغل في هدا الإطار، على التأسيس للعديد من المقتضيات القانونية التي تراعي الوضعية الخاصة والمتميزة للمرأة.

دلك أنه إدا كانت العديد من المهام[2] التي قد يكون لها نفس الشأن بالنسبة للجنسين معا، إلا أنه نضرا للبنية الفيزيولوجية المختلفة بينهما، والمهام العائلية الملقاة على عاتقها يجعل المرأة الاجيرة محض اهتمام وعناية، توجب إفراد مقتضيات قانونية تصون مصالحها، ليس عطفا من المشرع ولا كف حقا يجيب تمتيع النساء الأجيرات به.

وفي هدا الإطار اعتمد مؤتمر العمل الدولية في دورة 18اتفاقية العمل الدولية رقم 42 لسنة 1934 بشأن تعويض العمال عن الأمراض المهنية.حيت تضمنت هده الاتفاقية حضر لأعمال التي ينتج عنها إصابة العاملات بالأمراض المهنية، والتي يحضر تشغيل النساء فيها لمخاطرها على صحتهم ومن بين هده الأعمال:

"....العمل تحت سطح الأرض في المناجم

العمل في الأفرنة

العمل في دبغ الجلود"

هدا الأمر ثم التأكيد عليه كذلك من خلال الاتفاقية العربية رقم 6 لسنة 1976بشأن مستويات العمل التي جاء في مادتها 6 " يحضر تشغيل النساء في أعمال المناجم تحت الأرض وفي جميع الأعمال الخطيرة والمضرة بالصحة او الشاقة التي تحددها القوانين والقرارات واللوائح الخاصة لكل دولة."

هده الحماية ثم تكريسها من خلال أحكام مدونة الشغل كذلك، والتي جاء في مادتها 179أنه " يمنع تشغيل النساء في المقالع وفي الأشغال الجوفية التي تؤدى في أغوار المناجم " كما تقضي أحكام المادة 181على " أنه يمنع تشغيل النساء في الأشغال التي تشكل مخاطر بالغة عليهم، أو تفوق طاقتهم وقد يترتب عنها ما قد يخل بالآداب العامة".

فمن خلال ما سبق إدا كان المشرع المغربي قد منع تشغيل النساء في الأعمال الشاقة والباطنية نضرا لاعتبارات صحية بدرجة الأولى، فقد منع تشغيل نفس الفئة كذلك في الأعمال التي من شأنها أن تؤثر على أخلاقهم وتخل بالآداب العامة.[3]

وعند مخالفة هده المقتضيات فقد حدد المشرع غرامات مالية تحدد ما بين 300 غلى 500 درهم وتكرر هده الغرامة بتعدد الأجراء الدين لم يراع في حقهم تطبيق أحكام المادتين السابقتين على ألا يتجاوز مجموع الغرامات مبلغ 20000 درهم.وان كنا نعتقد أن المشرع لم يكن موفقا في تحديد سقف لهده الغرامة اد كان من الأفضل ترك باب مضاعفة هده العقوبة مفتوحا دون ان يحدد لها سقف.

[1]- محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل علاقات الشغل الفردية الجزء الثاني المجلد الاول، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ،طبعة يناير2007، ص 116.

[2]- نزهة حسني مرجع سابق ص21.

[3]- سميرة كميلي مرجع سابق ص 701

أما بخصوص التشغيل الليلي، فإذا كان الاشتغال بالنهار يعتبر هو المبدأ سواء بالنسبة للرجل والنساء، فإن الواقع العملي والتطور الاقتصادي والرغبة في الاستجابة للمتطلبات المتزايدة والمتنوعة للمستهلكين فرض تعبئة الجهود والطاقات من أجل دلك واستغلال جميع الأوقات سواء كانت بالنهار أو الليل.

غير أن الاستجابة لهده المتطلبات كانت له مجموعة من الآثار غير المرغوب فيها سواء على المستوى الصحي والاجتماعية لطبقة الأجراء وبالخصوص النساء منهم، دلك أنه إدا كان من المقبول ومن مقدور الرجال أن يشتغلو سواء في الليل أو النهار دون أن يكون لدلك تأثيرا كبيرا على صحة بدنهم أو علاقاتهم الاجتماعية والأسرية، فإن الأمر يختلف بالنسبة للنساء حيت أن تشغيلهم بالليل سيثقل كاهل وسيعرضهم لمشاق سواء أتناء أدائهم لعملهم الليلي أو أتناء تواجدهم بمنازلهم خلال النهار وتكبد مشاق رعاية الأبناء والقيام بالأشغال المنزلية....، كما أنه إن كان من اليسير إيجاد من يسهر على رعاية الأبناء بالنهار فإن دلك سيصل درجة الاستحالة بالليل لأنه من الصعب إيجاد شخص قد يطلع بهده المهمة من غير الأمهات.

غير أن الملاحظ أن ما ذهبت إليه معايير العمل الدولية هو السماح بتشغيل المرأة بالعمل ليلا كأصل عام، أسوة بالعمال الذكور تفعيلا لمبدأ المساواة الذي كرسته الاتفاقية الدولية رقم 111 لسنة 1958 بشأن حضر التميز في الاستخدام والمهنة، ومن ثم فإن المرأة تعمل ليلا مثل الرجل كأصل عام، في حين فحضر العمل ليلا هو مجرد استثناء.[1]

هدا المبدأ كرسه المشرع المغربي بدوره من خلال أحكام المادة 172 من م ش والتي جاء في فقرتها الأولى " يمكن تشغيل النساء مع الأخذ بعين الاعتبار وضعيتهن الصحية والاجتماعية، في أي شغل ليلي مع مراعاة الاستثناءات التي تحدد بنص تنظيمي.

فالمشرع المغربي بدوره ومن خلال أحكام هده المادة أقر مبدأ تشغيل النساء ليلا، ولا يمنع هدا الأخير إلا إدا كان فيه تأثير على وضعهن الصحي والاجتماعي، أوفي حالة الاستثناءات التي يحددها النص التنظيمي بحسب الفقرة الأولى من م 172 من م ش.

بل يمكن تشغيل النساء ليلا ودون مراعاة الاستثناءات التي تحدد بنص تنظيمي، بالنسبة للمؤسسات التي تحتم ضرورة أن يكون النشاط فيها متواصلا أو موسميا .... كما يمكن تشغيل النساء ليلا ودون مراعاة الاستثناءات ادا تعرضت المؤسسة لظروف استثنائية وتعذر عليها بسبب نشاطها او بسبب طبيعة شغلها الاستفادة من الاستثناء الوارد في الفقرة الأولى من المادة 173 من المدونة شريطة التوفر على رخصة استثنائية من مفتش الشغل.[2]

وللتخفيف من مشاق الشغل الليلي على النساء عمل المشرع المغربي ومن خلال النص التنظيمي[3] المتعلق بتحديد الشروط الواجب توفيرها لتسهيل تشغيل النساء في أية شغل ليلي على وضع مجموعة من الشروط التي يتعين الالتزام بها:

-توفير وسائل النقل

-تمتيع النساء براحة لا تقل عن نصف ساعة بعد كل 4 ساعات من العمل المتواصل

- توفير وسائل الراحة ..."

وعليه فان تقييد تشغيل النساء ليلا بمراعاة وضعهن الصحي والاجتماعي وبتوافر شروط تسهيل تشغيلهن في أي عمل ليلي، فان دلك لا يشكل حماية فعالة للنساء الأجيرات من مخاطر هدا العمل .[4]

---

[1]- عبد الباسط عبد المحسن ورقة عمل حول الحماية القانونية للمرأة في تشريعات العمل العربية دراسة للواقع والمأمول في ضوء معايير العمل الدولية و العربية ، المنامة .البحرين 20و 21 نوفمبر 2013 ص 17.

[2] المادة 173 من مدونة الشغل.

[3]- مرسوم رقم 568 -204 صادر في 16 من دي القعدة 1425 (29 ديسمبر 2004) بتحديد الشروط الواجب توفيرها لتسهيل تسفير النساء في أية شغل ليلي.

[4] دنيا مباركة، قضايا مدونة الشغل بين التشريع والقضاء، مرجع سالبق، ص 90

دلك انه كان من الفضل منع تشغيل النساء ليلا وجعل هدا الأخير حالة استثنائية لا يلجأ إليها إلا عند الاضطرار، ودلك لما اشرنا إليه من ضعف قدرة المرأة على تحمل الأشغال الليلية ،وكدا تعدد المهام التي تضطلع بها.

المبحث الثاني :مظاهر الحماية القانونية للمرأة الأجيرة الحامل

إن المرأة قبل أن تكون عاملة فهي الركن الأساسي الذي تقوم عليه الأسرة، فقد حبها الله عز وجل عن الرجل بمجموعة من الصفات والخصائص التي لا تجود فيه ومن ضمنها وظيفة الإنجاب التي بفضلها يتكاثر العنصر البشري الذي يحافظ على بقاء الأمم ورقيها، ولا شك بأن هده الوظيفة وعلى الرغم مما يميزها من فضل على المجتمع إلا أنها لا تخلوا من مشاق ومخاطر تواجه المرأة سواء أتناء الحمل أو الولادة أو بعدهما. وتستدعي هده الفترات أن تتمتع فيها المرأة بشكل عام والأجيرة على وجه الخصوص بعناية وحماية خاصة، تضمن سلامتها وسلامة جنينها وكذلك رعاية مولودها خاصة في الأسابيع الأولى للولادة.

بهدا الخصوص سنحاول الوقوف على اهم ما جاءت به مدونة الشغل من أحكام حمائية تضمن ما تم الإشارة إليه ودلك من خلال معالجة هدا المبحث في مطلبين.

الأول سنحاول تخصيصه للحماية القانونية للأجيرة الحامل من خلال أحكام مدوة الشغل والتاني للحماية القانونية للأجيرة بعد الوضع

المطلب الأول:الحماية القانونية للأجيرة الحامل من خلال أحكام مدونة الشغل.

تعتبر فترة الحمل من أهم المراحل التي تحتاج فيها المرأة بصفة عامة والأجيرة على وجه الخصوص لعناية خاصة، لأنها مرحلة حرجة، تكون فيها قدراتها ضعيفة وقواها منهكة خاصة خلال الأسابيع الأخيرة من الحمل.

وتعد إجازة الوضع إحدى صور هده الحماية القانونية التي وفرتها قوانين الشغل للنساء الأجيرات، فهده الإجازة تكون غايتها حماية صحة المرأة العاملة وصحة جنينها، وتأسيسا لدلك عملت منضمة العمل على تأكيد هده الحماية من خلال العديد من الاتفاقيات الصادرة عنها ومنها الاتفاقية رقم 183 لسنة 2000 بشان حماية الأمومة، حيث رفعت هده الاتفاقية مقدار الإجازة الممنوحة للمرأة الأجيرة بمناسبة الوضع إلى 14 أسبوع توزع على فترتين قبل وبعد الوضع.

هدا المقتضى كرسه المشرع المغربي من خلال أحكام مدونة الشغل والتي جاء في م 152 منها "أن المرأة الأجيرة تتمتع عند إثبات حملها بشهادة طبية بإجازة ولادة مدتها 14 أسبوعا ما لم تكن هناك مقتضيات أفيد في عقد الشغل أو اتفاقيات الشغل الجماعية أو النظام الداخلي.

وحسب المادة 154 من م ش فإن للمرأة الأجيرة أن توقف سريان عقد الشغل فترة تبتدئ قبل تاريخ توقع الوضع بسبعة أسابيع.

وإذا تم إثبات بشهادة طبية نشوء حالة مرضية عن الحمل تجعل من الضروري إطالة فترة توقف العقد، فإنه يتم الزيادة في إجازة الولادة مدة استمرار الحالة المرضية، بشرط ألا تتعدى فترة التوقف 8 أسابيع قبل تاريخ توقع الوضع.

كما انه من خلال مقتضيات المادة 158 من م ش فإن الأجيرة التي تبت حملها بشهادة طبية كذلك ترك شغلها دون أخطار، ولا يلزمه تأدية أي تعويض عن عدم الإخطار ولا عن إنهاء العقد. وبالتالي فالإنهاء والحالة هده يعتبر مبررا ولا يمكن للمشغل أن يعتبره إنهاء تعسفيا يستحق بموجبه التعويض.

في حين فإنه وحسب م 159 من م ش فإنه لا يمكن للمشغل إنهاء عقد شغل أجيرة أثبتت حملها بشهادة طبية، كما لا يمكن للمشغل أن يقوم بإنهاء عقد شغل أجيرة حامل بسبب نشوء حالة مرضية عن هدا الأخير.

وكل فصل وحالة هده يعتبر تعسفيا يخول معه للأجيرة حق المطالبة إما بالرجوع على العمل أو المطالبة بالتعويضات المستحقة عن الفصل التعسفي.

كما لا يمكن للمشغل أن يقوم بتبليغ الفصل للأجيرة المفصولة بسبب ارتكاب خطأ جسيم خلال فترة إجازة الأمومة –توقف عقد الشغل -وكل تبليغ مخالف لدلك يعد عديم الأثر.

زيادة على دلك فكل إجراء مخالف يعرض المشغل إلى غرامات مالية تقدر ب 10000 وفي حدود 20000- م 165من مش.

وحسب م 153من م ش فإنه يجب على المشغل كذلك السهر على تخفيف الأشغال التي تكلف بها الأجيرة الحامل، فالمشغل ملزم باتخاذ جميع الإجراءات الممكنة التي قد تحول دون تعرض الجيرة الحامل وجنينها إلى أي أدى، كالتخفيف من أعباء العمل الشاق الذي كانت مكلفة به من قبل، او العمل على تغيرها من مصلحة إلى أخرى تراعي وضعيتها الخاصة خلال هده الفترة.

المطلب الثاني:الحماية القانونية للأجيرة بعد الوضع من خلال أحكام مدونة الشغل

تعتبر فترة ما بعد الوضع من أهم اللحظات في حياة المرأة ومن أكترها تأثيرا على صحتها. خاصة إذا لم تحضا بالرعاية المتطلبة، حيث أنه خلال هده الفترة تكون قوى المرأة منهكة ويكون من الصعب عليها القيام بأي أعمال. هدا الأمر فرض توفير حماية خاصة للمرأة بشكل عام والأجيرة على وجه الخصوص، ودلك حتى تتمكن من استرجاع عافيتها، وكذلك حتى تتاح لها الفرصة للقيام برعاية مولودها.

ومن أجل دلك عمل المشرع المغربي من خلال مدونة الشغل على التأسيس لهده الحماية ،في فترة النفاس ومن خلال م 151 فإن للأجيرة الحامل بعد الولادة حق توقيف سريان عقد الشغل ينتهي بعد تاريخ الوضع ب 7 أسابيع، بل إنه أكثر من دلك وإعمالا لمقتضيات نفس المادة فإن الأجيرة التي تبت بشهادة طبية وجود حالة مرضية ناتج عن الوضع، بإمكانها أن تطيل مدة توقف العقد لمدة تصل 14 أسبوع بعد تاريخ الوضع دون أن يمكن أن تزيده على ذلك.

وإذا كانت الأجيرة العامل ووفقا لمقتضيات م 154 من م ش حق الاستفادة من إمكانية توقيف عقد الشغل 14 أسبوعا توزع قبل وبعد الوضع. فإنه في حالة حدوث ولادة فجائية فإنه يمكن للأجيرة الاستفادة من المدة التي لم تستغلها قبل الولادة الى ما بعد الولادة، بل إن للأجيرة أن تستمر في عملها إلى أن تحين فترة الولادة مع إمكانية استفادتها من الأسابيع التي لم تستفد منها قبل الوضع إلى ما بعد الوضع.

كما أن للأجيرة الأم الاستفادة من الحق في عطلة استثنائية لا ترتبط بعطلة الولادة ولا بعطلة نشوء حالة مرضية من الولادة، ولكن عند رغبة الأجيرة الأم في تربية مولودها شريطة أن تشعر مشغلها في أجل أقصاه 15 يوما من انتهاء إجازة الأمومة وأن لا تتجاوز هده الفترة 90 يوما مع ان هده الأخيرة تضاف إلى الفترة القانونية المحدد إما في 7 أسابيع أو14 أسبوعا عند نشوء حالة مرضية من عدمه.[1]

وإذا كان ما تمت الإشارة إليه يعتبر من حقوق المرأة الأجيرة تستأثر به دون اتفاق مع المشغل، فإنه يمكن لها وحسب المادة156 من م ش الاستفادة من عطلة غير مدفوعة الأجر لمدة سنة من اجل تربية مولودها ولا كن بعد الاتفاق مع المشغل.

كما مكن المشرع الأجيرة من خلال أحكام 157 م ش من حق العدول عن استئناف شغلها ووضع حد للعلاقة الشغلية التي تربطها بمشغلها دون مراعاة أجل الإخطار أو أداء أي تعويض، بشرط أن توجه إلى مشغلها وقبل انتهاء فترة توقف عقدها ب 15 يوما على الأقل رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل تستعرض فيها أنها لن تستأنف شغلها بعد انتهاء مدة التوقف المذكورة بسبب الولادة.

[1]- محمد سعيد بناني مرجع سابقص 682

وزيادة على ما سبق وإيمانا من المشرع بالدور الكبير الذي تقوم به الرضاعة الطبيعية في نمو المولود، ومالها من تأثير على تمتعه بصحة جيدة خولت مدونة الشغل من خلال المادة 161 للأم الأجيرة الحق في أن تتمتع يوميا وعلى مدى سنة كاملة من تاريخ استئنافها الشغل على إثر الوضع باستراحة خاصة يؤدى عليها الأجر باعتبارها وقتا من أوقات الشغل، مدتها نصف ساعة صباحا ونصف ساعة ضهرا من أجل إرضاعها لمولودها خلال أوقات الشغل.

مع الملاحظ أن هده الساعة تكون مستقلة عن فترات الراحة المعمول بها بالمقاولة وكل مخالفة لدلك تعرض المشغل لغرامات مالية تقدر ب 2000 إلى 5000 درهم حسب م 165 من م ش.

وفي نفس الإطار يجب على المشغلين تجهيز غرفة خاصة للرضاعة داخل كل مقاولة أو على مقربة منها مباشرة إدا كانت تشتغل فيها ما لا يقل عن خمسين أجيرة تتجاوز سنهن 16 سنة، وكل إجراء مخالف يعرض المشغل لغرامة تقدر ب 2000 إلى 5000 درهم.

كما يمكن إنشاء دار للحضانة بمساهمة عدة مقاولات متجاورة بمنطقة مهنية مع تجهيزها وفق الظروف الملائمة.

من خلال ما تقدم ادا كان يمكن القول أن حق الأجيرة الحامل في توقيف عقد الشغل خلال فترة الحمل يعتبر حقا خالص للأجيرة، لها ان تستعمله دون اي تدخل من المشغل.حيث أنه لا يمكن لهدا الأخير أن يوقف هدا العقد من تلقاء نفسه بدعوى ضرورة استفادة الأجيرة الحامل من العطلة التي منحها لها المشرع او بدعوى نقص مردوديتها، بل هو حق للأجيرة فقط يمكن أن تستعمله متى شاءت وواجب تجاه المشغل يلتزم بالامتثال له وقتما أرادت الأجيرة الاستفادة منه.

وذلك بخلاف الحالة التي يتوقف فيها عقد الشغل بعد الولادة إد أنه لا يمكن للمشغل سواء بإرادته وبإرادة الأجيرة أن تستأنف هده الأخيرة الشغل خلال هده الفترة، أو يشغل أجيرة جدية لأول مرة خلال 7 أسابيع الأولى من الوضع [1]وكل مخالفة لدلك تعرض المشغل لغرامة مالية تقدر ب 10000 إلى 20000 درهم.

[1] م 153 من مدونة الشغل

مسؤولية الدولة في إطار علم الضحايا

علاء الدين تكتري

باحث في صف الدكتوراه في العلوم القانونية

استاد محاضر في الدروس التطبيقية بكلية الحقوق طنجة

إن الحديث عن مسؤولية الدولة، لم يكن بالأمر السهل، فقبل الاعتراف بها مرت المسؤولية الإدارية بتطورات تاريخية، ابتدأت بنفي مسؤولية الدولة بكيفية مطلقة، وانتهت بإقرارها كمبدأ عام، اعتبارا لحقوق المواطنين، وضمان لحسن سير الإدارة، مع الاحتفاظ ببعض الاستثناءات التي تبقى فيها الدولة غير مسؤولة عن بعض الأنشطة في ميادين محدودة، نظرا لطبيعتها الخاصة، أو الأهداف المتوخاة منها.

وقبل التطرق في الموضوع وجب وضع السادة القراء الى تفسير مفاهيم الموضوع

وتحديد المفاهيم والمصطلحات العلمية، على اعتبار أن تحديد المفاهيم هو أحد الطرق المنهجية الهامة في أي بحث علمي وخاصة في أي دراسة قانونية، فالتحديد الدقيق لمصطلحات الرسالة يبدد الغموض ويمنع اللبس ويساعد على الفهم الصحيح لموضوعها، وانطلاقا من ذلك سوف يتم التعرض إلى تحديد المقصود بالكلمات الرئيسية المكونة لعنوان المقال.

1:مسؤولية الدولة:

يقصد بالمسؤولية في اللغة هي مشتقة من فعل "سأله" أو "ساءله" ويقال سأله عن كذا، أي استخبره عنه وجاء في القرآن الكريم " بأنها الذين أمنوا لا تسألوا عن أشياء إن نبدلكم نسؤكم[1] كما جاء فيه" فاسأل به خبرا[2].

ويقصد بمسؤولية الدولة، التزامها بدفع تعويض لمن يصيبه أضرار، نتيجة ممارسة، النشاط الإداري للدولة، وذلك في إطار أوضاع وأحكام المسؤولية المعمول بها.

ودعوى التعويض هي الوسيلة القانونية القضائية الممنوحة للأفراد والتي يهدفوا من ورائها الحصول على تعويض عن ضرر أصابهم من جراء نشاط إداري للدولة[3].

ويعتبر مبدأ "مسؤولية الدولة" مبدأ دستوري منصوص عليه في الفصل السادس من الدستور[4] والذي يقضي بكون السلطات العمومية متساوية أمام القانون، وملزمة بالامتثال إليه، وهذا يعني خضوع الدولة للقانون، وإمكان مقاضاتها أمام القضاء، ونزولها على أحكامه، وهي مسؤولية مرتبطة من جهة بواجب السلطة العامة ويعبئها، ومن جهة أخرى لصيقة بما يطرأ على الحياة العامة من تقدم تكنولوجي، وجريمة منظمة، مما يستدعي مسايرة هذه المسؤولية للتطورات الطارئة[5].

الدولة لقد وسع بعض الفقهاء من الألفاظ المتصرفة في تعريف الدولة، وضيق الآخر منها، وإن كان المعنى واحد، حيث جاءت تعريفاتهم متضمنة الأركان الدولة وهي الشعب والإقليم والسلطة والاستقرار، فعرفها بعض الفقه، بأنها عبارة عن جماعة من الأفراد،

---

[1]. سورة المائدة الآية 101.

[2]. سورة الفرقان الآية 59.

[3]. د. محمد مدحت النهري" مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، قضاء التعويض، مكتبة النهضة العربية، 1997.1996، ص 156.

[4]. الفصل 6 من الدستور.

[5]. لطيفة الخال، مسؤولية الدولة عن تعويض أضرار الإرهاب، بحث لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق الرباط، الموسم الجامعي 2013، ص16.

تقطن على وجه الدوام والاستقرار إقليما جغرافيا معينا وتخضع في تنظيم شؤونها لسلطة سياسية تستقل من أساسها عن أشخاص من يمارسها[1].

والبعض الآخر عرفها بأنها جماعة من الناس يقطنون على وجه الاستقرار أرضا معينة ومستقرة، ويخضعون لنظام سياسي وحكومة منظمة مهمتها الحفاظ على كيان هذه الجماعة وإدارة شؤونها ومصالحها العامة[2].

ذلك أن المسؤولية تعني تحمل التبعات، أي تحمل تبعات الفعل أو الخطأ أو الإهمال والتقصير، وهي إما أن تكون مسؤولية سياسية أو أخلاقية أو مسؤولية قانونية.

فالمسؤولية القانونية إما أن تكون جنائية أو مدنية، حيث أن المسؤولية الجنائية يتولى بحثها التشريع الجنائي، في حين يتولى التشريع المدني تناول المسؤولية المدنية، التي تنقسم بدورها إلى نوعين:" مسؤولية عقدية أساسها الإخلال بالتزام تعاقدي أو مسؤولية تقصيرية أساسها الإخلال بالتزام قانوني كمبدأ إما بتحقيق نتيجة أو بدل عناية[3].

والمسؤولية التقصيرية من جهة أخرى إما أن تكون مبنية على خطأ واجب الإثبات[4]، أو خطأ مفترض[5] أو على أساس نظرية المخاطر[6].

2:تعريف علم الضحية:

يعتبر علم الضحية فرع من العلم الجنائي، الذي يعنى بدراسة الصفات البيولوجية والنفسية والإجتماعية بل وحتى الثقافية كما يدرس دور الضحية في الفعل الإجرامي[7] سواء في خلق الجريمة أو تسهيلها أو التشجيع عليها، كما إمتد هذا العلم إلى دراسة حقوق الضحية من خلال الإجراءات التي يجب أن يسلكها لضمان حقه في تعويض عادل عن الأضرار الناجمة عن الجريمة سواء من الأفراد أو من الدولة.

فإذا كان مولد علم الإجرام سنة 1876 بظهور كتاب "الإنسان المجرم" للمبروزو lombroso، فإن علم الضحية يعتبر قد بدأ بكتاب « Hansvon Hentig » عن الجاني وضحيته « The criminal and his victim » وذلك سنة 1948 [8] ، حيث بين أن الدراسة النظرية لمكافحة الجريمة ليست لها أهمية دون المعرفة الحقيقية لضحية

ففي الربع الأخير من القرن الماضي- تم الإهتمام أكثر بعلم الضحايا، لإزاحة الستار عن معاناة ضحايا الجريمة بقصد التخفيف عنهم، وضمان حقوقهم التي أهدرتها الجريمة، فانتقل بذلك علم الضحية من العلم الذي يهتم ببيان دور الضحية في الظاهرة الاجرامية إلى العلم الدي يهتم بالدفاع عن حقوق الضحية.

فوضحت أبحاث العلماء ما يجب توفيره لهؤلاء الضحايا من عدالة و إنصاف و رعاية بعد ارتكاب الجريمة و ضرورة اشراكهم في الدعوى الجنائية، و توفير المساعدة لهم في جميع مراحل الاجراءات الجنائية، و اعلامهم بحقوقهم و سبل اقتضائها و تيسير هذه السبل

[1]. حول الالتزام بتحقيق نتيجة أو بدل عناية وكيفية تطبيق ذلك من طرف القضاء المغربي خاصة في قضايا المسؤولية الطبية، راجع عبد الكبير العلوي الصوصي، العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية، نشر دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى، 2014.

[2]. نص الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود أنه" كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.

[3]. كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية عن القاصرين والمجانين وغيرهم من مختلي العقل (فصل 85 من ق.ل.ع) وحراسة الحيوان.

[4]. قضايا الألغام كنموذج.

[5]. حسن خليل" النظام السياسي والقانون الدستوري" الجزء الأول: النظام الدستورية، منشأة المعارف، 1988، ص:19.

[6]. محمد أنس جعفر: النظم السياسية والقانون الدستوري" دار النهضة العربية، 1999،ص:12.

[7] محمد الامين البشري ، المرجع السابق ، ص 43.

[8] جعفر علوي ، مفهوم الضحية في القانون الجنائي وفي علم الاجرام ، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد 16 ، سنة 1999 ، ص 83.

لهم، وتنمية روح التصالح بين الضحية و الجاني، و ضرورة تعويض ضحايا الجريمة عما لحقهم من أضرار، إلى غير ذلك من الحقوق التي ظلت حتى وقت قريب لا تحظى بغير القدر اليسير من الرعاية و الحماية[1].

ولم يقتصر مجال الإهتمام بدراسة علم الضحية وفق تلك الخطوات ، بل لقد توجت الجهود بإصدار أول مجلة علمية متخصصة في علم الضحية وذلك في سنة 1976 تحت عنوان " المجلة الدولية لدراسة علم الضحية. [2] "

وبعد كل هذه المجهودات التي قام بها هؤلاء الباحثين في سبيل بروز علم الضحية كعلم مستقل بذاته ، تم تأسيس الجمعية العالمية لعلم الضحية في سنة 1979 ، و نظمت عدة لقاءات دولية لدراسة الضحية، كما عقدت عدة مؤتمرات متخصصة في هذا المجال منها المؤتمرالأول لدراسة الضحايا الذي عقد بواشنطن، والمؤتمر الثاني الذي عقد في روما سنة 1985 و المؤتمر الثالث الذي عقد في طوكيو سنة 1990.[3]

كما بدأت الأمم المتحدة تهتم بهذا العلم حيث عمدت في سنة 1985 إلى إعلان حقوق ضحايا الجريمة وسوء إستخدام السلطة ، ليعقبه بعد ذلك صدور مرشد العدل للضحايا ودليل صناع السياسات بشأن تطبيق إعلان الأمم المتحدة للمبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة وذلك في سنة 1999.[4]

فقد عرف إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة رقم 40/34 المؤرخ في 29نونبر 1985 الضحايا بأنهم " الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو التمتع بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الإنسانية عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكات للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما في ذلك القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة. "

كما نصت المادة 18 من نفس الإعلان على أن " يقصد بمصطلح "الضحايا" الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فرديا أو جماعيا، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية، عن طريق أفعال أو حالات إهمال لا تشكل حتى الآن انتهاكا للقوانين الجنائية الوطنية، ولكنها تشكل انتهاكات للمعايير الدولية المعترف بها والمتعلقة باحترام حقوق الإنسان."

ويلاحظ بأن تعريف الأمم المتحدة لضحية قد حدد فئات مختلفة كضحايا الجريمة وضحايا استعمال السلطة.

بالّرجوع إلى النصوص القانونية وبصفة خاصة قانون العقوبات الفرنسي نجد أن الضحيّة تعرف على أنها " كل شخص تعّرض إلى ضرر" أو هي "كل شخص تحمل ضررا ناجما عن جريمة"[5]."Ayant personnellement souffert du dommage causé par l'infraction

وفي المغرب فقد أوصت ندوة السياسة الجنائية بالمغرب، واقع وآفاق التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9 و 10 و11 دجنبر 2004 بتوفير الحماية للفئات المستضعفة، ولاسيما إنصاف الضحايا ومساعدتهم.[6]

---

[1] أحمد محمد عبد اللطيف الفقي : المرجع السابق، ص : 11.

[2] عارف عثمان ، المرجع السابق ، ص 20.

[3] لمزيد من التفاصيل حول هذه المؤتمرات و غيرها ، انظر : صالح السعد: علم المجني عليه وضحايا الجريمة، ط1، 1999، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، ص : 53 وما يليها.

[4] محمد عارف عثمان ، نفس المرجع ، ص 14.

[5] Voir : **Robert cario** : " La Victime définition et enjeux", (www.dalloz/www dalloz) service".visité le 5.4.2005.

[6] ندوة السياسة الجنائية بالمغرب: واقع وآفاق، أشغال المناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9 و 10 و11 دجنبر، الطبعة الأولى منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 4، 2005، ص:258.

إلا أن هنالك بعض الفقهاء أمثال الفقيه " بنيامين مندلسون " لا يوافق على هذا الاتجاه ذاهبا إلى أنه من الضروري إعطاء مفهوم واسع لعلم الضحية مفاده أن هذا العلم يهتم بدراسة جميع أنواع الضحايا بشكل عام سواء كانوا ضحايا الإجرام أم ضحايا الكوارث الطبيعية أوغير ذلك من الأسباب والعوامل التي تقف وراء تضرر الضحية. لذلك يفضل أنصار هذا الاتجاه تسمية هذا العلم " بعلم الضحية " حتى يشمل دراسة ضحية الجريمة وضحية غيرها من الضحايا بشكل مطلق.[1]

وبعلاقة علم الضحية بعلم الإجرام،فهناك من يعتبر أن العلاقة بينهما مترابطة، فإذا كان علم الاجرام يهتم بدراسة الجريمة في مفهوما القانوني باعتبارها واقعة مادية في محيط الجماعات والفرد،[2] ويهتم أيضا بالمجرم من حيث الأسباب الدافعة للإجرام وجوانبه العضوية والنفسية والاجتماعية. اما علم المجني عليه فإنه يهتم بنفس الجوانب لكن لدى المجني عليه وايضا علاقته بالجاني.

بينما يرى الأستاذ B.Mendelson أنه يجب الفصل التام بينهما، لأنه من غير الوجيه إقتصار علم المجني عليه على دراسة الجريمة فقط، بل يجب أن تشمل جميع الضحايا.[3]

وهكذا، فإنه مهما تعددت أراء الفقهاء في إعطاء مفهوم موحد لعلم الضحية ، فإن ذلك يظل عمل نسبي لا يخضع لتقنيات محددة ومضبوطة ، وذلك راجع كما أسلفنا سابقا لكونه علم مركب يستحيل جمع عناصر ثابتة وشاملة تسمح بإعطاء تعريف موحد .

و من خلال ماسبق، و إختلاف التحديد الدقيق لمفهوم علم الضحايا، بين من حصره في ضحايا الجريمة ، ومن وسعه إلى كل ضحايا حقوق الإنسان، سوف نعمل نحن في بحثنا هدا على تحديد حدود الموضوع على المفهوم الكلاسيكي، الذي خلق به علم الضحية وكذلك المنصوص عليه في تعريف الأمم المتحدة لضحية والدي يعترف به غالبية الفقهاء والمفكرين، ألاوهو ضحايا الجريمة.

وهكذا بعد تحديدنا للمصطلاحات نتجه لتحديد مدى تحمل الدولة مسؤوليتها في تعويض الضحايا؟

الفكرة التي كانت تقضي بأن يحكم على السلطة العامة، بدفع تعويضات للخواص عن الأضرار التي تلحقها بهم، ليست من الأفكار التي ارتكزت على عرف ثابت، حيث كان مبدأ عدم مسؤولية الدولة هو الراجح، وكان يبدو أمرا غير عاديا أن تثار مسؤولية الحاكم بذريعة أنه ليس بوسع هذا الأخير فعل سوء[4]. غير أن التطور المستمر لتدخل الدولة والتوسع في اختصاصاته في جميع المجالات الحيوية داخل المجتمع، جعل من الجهاز الإداري جهازا ضخما يتدخل في جميع القطاعات، ولا يمكن بالتالي استثناؤه من الرقابة القضائية، لأن ذلك من شأنه أن
يؤدي إلى انهيار المشروعية.[5]

وقد أدى هذا التدخل إلى ارتفاع عدد الضحايا وانعدام مبدأ العدالة والمساواة بين المواطنين في تحمل الأعباء العامة الناتجة عن مختلف أنشطة المرافق العمومية، مع ضرورة أن يتلقى الضحايا تعويضات عن الأضرار التي أصابتهم جراء ذلك.

لذلك سرعان ما تمت مهاجمة مبدأ عدم مسؤولية الدولة بالنقد العنيف من طرف الفقهاء الفرنسيين الذين نادوا بضرورة خضوع الدولة لقواعد المسؤولية، وهكذا ظهر في فرنسا بقلم أحد مستشاري مجلس الدولة الفرنسي "جورج تيسي" كتاب خصصه لمسؤولية السلطة العامة، أثار فيه على وجه التحديد مبادئ التكافل والإنصاف، لدحض المبدأ عدم مسؤولية الدولة، لذلك نشأت قواعد المسؤولية الإدارية أول مرة في فرنسا . مهد القانون الإداري . ولقد ساعد على ذلك الأخذ بنظام القضاء المزدوج، حيث كان السبب

---

[1] benjamin mendelsohn "Victimology and Contemporary Society's Trends" cited in victimology an international-Vole1 _ Number 1 – spring, visage press – U.S.A 1976 – P.8.

[2] د.فهد فالح مطر المصيريع"النظرية العامة للمجني عليه"دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه, جامعة القاهرة مصر، كلية الحقوق 1991، ص45.

[3] benjamin mendelsohn cited in victimology an international-Vole1 _ Number 1 – spring, visage "Victimology and Contemporary Society's Trends" press – U.S.A 1976 – P.8.

[4] . كانت هذه الحجة تتضمن فيها مضي تبريرا مفاده القول: أن الأضرار التي يتسبب فيها الحاكم ليست إلا المقابل المؤسف والمحترم أيضا للمنافع التي تجنيها الجماعة من وراء نشاط الدولة لفائدة المصلحة العامة، ومع ذلك فإن غير المستبعد تعويض الضرر الناشئ في هذه الحالة، ولكن من جهة يكون التعويض تعويضا استثنائيا، ومن جهة أخرى لا يكون ممكنا إلا في إطار طعن استعطافي، وليس كنتيجة للالتزام بالتعويض الذي يحتمل أن يكون على عاتق السلطة العامة.

[5] . بشرى التيموبي:" مسؤولية الدولة عن الأعمال الإرهابية"، بحث لنيل دبلوم ماستر القانون العام، كلية الحقوق طنجة، السنة الجامعية: 2008.2007، ص:4.

الرئيسي لنشأته في فرنسا هو تعسف المحاكم القضائية وإسرافها في التدخل في شؤون الإدارة، وبعد الثورة الفرنسية، ظهرت الرغبة في نشأة قضاء يتولى فحص المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها[1].

وهكذا، فقد ظلت الدولة بصفة عامة والإدارة بصفة خاصة ولحقبة طويلة من الزمن غير مسؤولة عن أعمالها المختلفة وكذا عن أخطاء موظفيها، ويعود ذلك إلى الفكرة التي كانت سائدة أنذاك وهي أن الدولة شخص معنوي مجسد في شخص الملك الذي لا يخطئ أبدا The King can do no worng The وأنه امتداد لإرادة وظل الله في أرضه، وهو ما جعله يتمتع بسلطة مطلقة في تسيير شؤون الدولة وعدم خضوعه للرقابة بما فيها الرقابة القضائية.

وأمام هذا التطور الذي عرفته المسؤولية، لم يكن أمام القضاء والمشرع في مختلف الدول، إلا أن يقروا مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة الإدارية.

ففي فرنسا ساهمت أحكام ومجلس الدولة ومحكمة التنازع في إرساء أسس وقواعد المسؤولية الإدارية، حيث أنه منتصف القرن **19**، أخذت المحاكم الإدارية الفرنسية في الأخذ بالمسؤولية الإدارية عن أعمال موظفيها التي تسبب أضرارا للغير من الأفراد أثناء قيامهم بأعمالها الوظيفية، فهكذا جاء حكم "بلانكو" عام **1873**، ليعطي للقضاء الإداري الفرنسي، إشارة الضوء الأخر، لشق طريقه بكل جرأة[2] وإقدام في مواجهة السلطة العامة وإيقاع المسؤولية على عاتق الإدارة لتعويض الأضرار التي تلحق بالأفراد بفعل الأشخاص الذي يستخدمهم المرفق العام، وإن هذه المسؤولية ليست مسؤولية عامة ولا مطلقة بل إن لها قواعدها الخاصة التي تختلف تبعا لحاجات المرفق وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد.

كما أن المشرع الفرنسي تدخل لإقرار هذه المسؤولية في مجموعة من المواضع والحالات ومن ذلك قانون 8 يونيو 1895 بشأن مسؤولية الدولة عن بعض أخطاء القضاء، وقانون 27 أبريل 1901 بشأن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تصيب الأماكن المجاورة والبلديات عن الأضرار التي تقع أثناء حوادث الإضرابات والمظاهرات، حتى ولو لم يكن هناك خطأ، وقانون 31 دجنبر 1957 الخاص بمسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تحدثها عربات الدولة.[3]

ولقد اتجه القضاء والفقه الإنجليزي في نفس الاتجاه، حيث أنه حاول بداية من التخفيف من حدة وقسوة مبدأ عدم مسؤولية الإدارة، فقرر في بداية الأمر تكوين لجنة قانونية عام 1921 لنفي مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها، وقد رفعت هذه اللجنة مذكرة بمشروع قانون 1927 يقيم هذه المسؤولية، لكن البرلمان الإنجليزي، رفض إقراره مستندا في ذلك أن إقرار هذا المبدأ يعرض الثروة العامة للضياع، إلا أن المشرع بعد ذلك تدارك الأمر، وأقر ... مسؤولية الموظف الشخصية، استنادا إلى السند والمبرر الذي قدمه الفقه في تكييفه في طبيعة العلاقة القانونية التي تربط الموظف العام بالإدارة، وأصبح ذلك القانون ساري المفعول وهو قانون الإجراءات الملكية 1974.[4]

أما بالنسبة للمغرب، فإن المسؤولية الإدارية قد مرت بنفس التطور الذي عرفته معظم الدول، بالرغم من وجود وزير للشكايات الذي كان ينظر في تظلمات المواطنين وتصارعات بعض الموظفين، وهكذا كانت قاعدة عدم مسؤولية الدول هي السائدة إلى أن صدر ظهير الالتزامات والعقود بتاريخ 12 غشت سنة 1913، الذي قرر فيه صراحة بمبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة الإدارية، وذلك في الفصلين 79 و 80.

---

[1]. تتلخص وقائع الحكم في أنه صدمت عربة صغيرة تابعة لمصنع لتبغ بوردو، طفلة فأوقعها وجرحتها، فرفع والد الطفلة النزاع إلى القضاء النزاع إلى القضاء العادي طلبا لتعويض عن الخطأ الذي ارتكبه عمال المصنع، إلا أن محكمة التنازع قررت أن الجهة المختصة بالنظر في النزاع هي القضاء الإداري وليس القضاء العادي وقضى بأنه" لا تختص المحاكم العادية إطلاقا بالنظر في الدعاوى المقامة ضد الإدارة بل يرجع الاختصاص للقضاء الإداري.

[2]. فريد بن مشيشي" المسؤولية الإدارية عن أخطاء الموظف العام"، بحيث لنيل شهادة الماستر في القانون الإداري" جامعة محمد حيضر شكرة قسم الحقوق، السنة الجامعية 2014.2013، ص:20.

[3]. بشرى اليعقوبي" مسؤولية الدولة عن الأعمال الإرهابية، بحث لنيل دبلوم ماستر القانون العام السنة الجامعية، 2008/2007،ص:5.

[4]. فريد بن مشيشي، مرجع سابق، ص:22.

وفضلا عن هذين النصين، فإن المشرع المغربي قد اعترف في الفصل الثامن من ظهير التنظيم القضائي الصادر في 12 غشت 1913 للمحاكم الفرنسية المحدثة في المغرب بالفصل في جميع الدعاوى التي ترمي إلى تقرير مديونية الإدارة العمومية بسبب جميع الأعمال الصادرة عنها والضارة بالغير، وكذا تنفيذ العقود المبرمة من جانبها.

وبالإضافة إلى تلك النصوص ، فإن الفصل 17 من ظهير المسطرة المدنية القديم، قد قرر بدوره اختصاص محاكم الدرجة الأولى بصفة ابتدائية مع قابلية أحكامها للاستئناف بالنظر في جميع الدعاوى التي ترفع على موظفي الإدارات العمومية، والرامية إلى طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن تدليسهم أو أخطائهم الجسيمة، أثناء مباشرتهم لوظائفهم، وكذا الدعاوي التي ترفع على الإدارات العمومية بطلب تعويض عن الأضرار في حالة إعسار الموظفين المسؤولين. وتطبق الفقرة الثانية من الفصل المذكور على أن نختص نفس المحاكم بالفصل في الدعاوى المرفوعة على الإدارات العمومية، وفقا لنص المادة الثامنة من التنظيم القضائي، وخاصة فيما يتعلق بطلب التعويض عن الأضرار الناجمة مباشرة عن سير الإدارات العمومية وعن الأخطاء المرفقية لموظفيها الناجمة مباشرة عن سير الإدارات العمومية وعن الأخطاء المرفقية لموظفيها.

فالمغرب يعتبر من الدول الأولى الذي استلهم التجربة الفرنسية، بأخذه بنظرية المسؤولية الإدارية ونظمها في إطار قانوني يرجع إلى سنة 1913 حيث كانت للمحاكم الابتدائية الولاية الكاملة للنظر في دعاوى التعويض مع الاستئناف أما محاكم الاستئناف والطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى المحدث سنة 1957[1] محكمة النقض حاليا.

وبمجرد صدور القانون المحدث للمحاكم الإدارية في 10 شتنبر 1993[2] أصبحت دعاوى التعويض في مجال مسؤولية الدولة من اختصاص المحاكم الإدارية ابتدائيا طبقا للمادة الثامنة التي نصت:"....تختص المحاكم الإدارية، مع مراعاة أحكام المادتين 9 و 11 من هذا القانون بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية ودعاوى التعويض عن الأضرار التي تسمها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، ما عدا الأضرار التي تحسها في الطريق العام مركبات أيا كان نوعها يملكها شخص من أشخاص القانون العام".وتستأنف أحكام هذه المحاكم أمام محاكم الاستئناف الإدارية المحدثة في 14 فبراير 2016 مع حفظ حق النقض أمام المجلس الأعلى . محكمة النقض حاليا[3].

وهكذا فمسؤولية الدولة تطورت بتطور المجتمع ،فمع إتساع نشاط الدولة في الوقت الحاضر، الذي لم يعد يقتصر كما هو الحال في الماضي على وظائفها التقليدية، بل امتد نشاطها، وأصبح يغطي كافة جوانب الحياة، الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية والبيئية...

فمن الطبيعي أن يعجز الفرد عن تلبية حاجاته ومتطلبات عيشه بنفسه، فهو يحتاج إلى مساهمة الدولة من خلال الإدارة لتوفير بعض هذه الحاجيات، الأمر الذي استلزم ازدياد وظائفها وتوسع مجال تدخلها،مما ترتب على ذلك ازدياد المرافق والإدارات العامة.

فالدولة بصفة عامة، بإدارتها وجيشها ومؤسساتها العمومية وما إلى دلك من المرافق، يتم تسييرها من طرف أفراد معرضون للخطأ، ومعرضون من ثمة لإلحاق أضرار بالأخرين، حيث تقوم المسؤولية الإدارية للدولة، التي تفرض على الإدارة تعويض المصابين بالأضرار التي تسببت لهم فيها.

فوظيفة المسؤولية الإدارية، إذن هي وظيفة تعويضية وليست جزائية، تقوم على أساس التعويض المقدم من الدولة من جراء نشاطها أو خطئها، وذلك عندما ينتج عن النشاط أو العمل الإداري المادي حتى وإن كان مشروعا ضررا يصيب الغير في أنفسهم أو

[1]. تم إحداث المجلس الأعلى بموجب الظهير الشريف، رقم 15/223 بتاريخ 27 شتنبر 1957، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 2347 (1957).

[2]. ظهير شريف رقم 1.91.225 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدثة بموجب المحاكم الإدارية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 3 يونيو 1993، ص: 2168.

[3]. د. محمد الأعرج. مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة أولى 2013، ص: 23.

ممتلكاتهم، فيترتب عن مسؤولية تختلف في موقوعها، وتتميز في أساسها عن باقي المسؤوليات كونها مسؤولية تتعلق بمرفق عام يؤدي خدمات عامة قصد تحقيق المصلحة العامة[1].

ومن أهم واجبات الدولة، هو كفالة حماية مواطنيها من التعرض من أي تعدي أو إيداء، عن طريق اتخاذ الوسائل الناجعة التي تحول دون وقوع هذا التعدي أو الإيذاء، أيا كانت صورته أو أيا كانت الوسائل المتاحة لها، سواء التشريعية، الإعلامية، الأمنية والتعليمية وما إلى ذلك، سواء بسبب فعل الغير، أو من جانب الدولة بذاتها عن طريق موظفيها.

وقد تتمكن الدولة بدفع هذا التعدي والإيذاء بتوقيع العقوبة على مرتكب الفعل أو إزالة تصرفه الضار، إلا أن ذلك قد لا يكون كافيا لجبر الضرر، وبالتالي وجب عليها وضع مجموعة من الضمانات والحقوق لحماية الضحايا في كل مراحل المحكمة من تعرضه للضرر إلى حين تنفيذ الحكم لصالحه وتعويضه.

وهكذا فإن من أهم التزامات وواجبات الدولة في البلاد المتقدمة والقانونية، هو كفالة حماية المواطنين المقيمين في إقليمها، سواء أكانوا مواطنيها أم أجانب، أيا كان سبب تواجد هؤلاء في إقليمها، وهذا الواجب هو ما يطلق عليه واجب الأمانة والحماية الذي تقوم به الدولة بمختلف سلطاتها وأجهزتها، والذي من شأنه أن يحول دون وقوع الاعتداء على الأفراد، أيا كانت صورة هذا الاعتداء، وأيا كان شخص مرتكبه.

وبناءا على ذلك، فإذا أخضعت الدولة في ذلك الالتزام ترتب على ذلك تقرير مسؤوليتها عن هذا الاعتداء، ولكن من الواجب والمتعين، فإن الدولة في حالة تمكنت من دفع هذا الاعتداء أو الرد عليه، حينها يمكنها توقيع الجزاء المقرر لهذا الاعتداء على مرتكبه في حالة التوصل إليه وإقرار مسؤوليته الجنائية والمدنية. أما إذا لم تتمكن الدولة من التوصل إلى هذا المتهم لأي سبب كان، فإن الضحية، يكون قد تعرض لضياع حقه المعنوي والمادي معا، حيث يكمن حقه المعنوي في إحساسه بعدالة الدولة حين يوقع الجزاء الجنائي على المتهم، أما حقه المادي فيتمثل في جبر الضرر الذي لحقه من هذا الاعتداء. ومن هذا المنطلق يتعين على الدولة أن تتكفل بتعويض الضحية، حتى تخفف الألم الذي تشعر به وتشعره بالمعاملة الإنسانية بوصفه إنسانا يحيا في مجتمع منظم.

فالدولة على غرار الأفراد ملزمة بجبر الضرر التي تتسبب فيها لأفراد بفعل نشاطها، فتتحمل المسؤولية، لكونها الحامية للأمن وسلامة المواطنين أشخاصا ذاتيين أو معنويين، ولعل نشاط حفظ الأمن يعتبر من أهم الوظائف التي تضطلع بها الدولة، بهدف حماية النظام العام.

هكذا، فالدولة تلتزم بصفة رئيسية ببدل أقصى ما في وسعها للحيلولة دون تعرض الأفراد إلى أي ضرر كيفما كان، فإذا وقع الضرر، كان على الدولة واجب العمل على إصلاحه .

إن الحديث عن أساس مسؤولية الدولة عن أضرار الفعل الإجرامي وما يخلفه من آثار على الضحايا، يدفع إلى إبراز الخيط الدولة وبين من يطالبها بتغطية أضراره في إطار وظيفتها الأساسية[2]. وفي ظل دستور المملكة الذي نادى في تصديره بإرساء دعائم مجتمع متضامن يتمتع فيه الجميع بالأمن، كما أضاف في فعله 21 بأن السلطات العمومية، تضمن سلامة السكان، وفي فصله 20 بأن القانون يمي حق الحياة، باعتباره أول الحقوق لكل إنسان، مما يستنتج أن الأمن، وظيفته سيادية من وظائف الدولة، بل من أجله خلقت حسب فلاسفة العقد الاجتماعي.

إن صور الأمن تتجلى: في الأمن المادي، ويدخل ضمن اختصاص الأجهزة المكلفة به، باعتبارها المنشأ للمحافظة على النظام العام في بعده الأمني، ووظيفة هذا الجهاز هو إشباع حاجة المواطن في العيش المشترك والمستقر[3] .

فأي تقصير في عدم تفعيل الدولة استراتيجية محكمة في ميدان الأمن، و عدم سهرها على ضوابط الحكامة الأمنية الجيدة، و توظيفها مفهوم الأمن الحمائي، الذي يندرج في إطار ما يصطلح عليه بالأمن الاستباقي، ، مما يتعين تحميلها المسؤولية عن التراضي.

---

[1] عبد الفتاح صالحي: مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة، بحث لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الإداري، جامعة خيضر سيكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق الجزائر، الموسم الجامعي 2013/2012، ص:1.

[2] . الفصل 21 من الدستور نص على ضمان السلطات العمومية سلامة السكان 6 بعد اعتباره في الفصل 20 أن الحق في الحياة هو أول الحقوق لكل إنسان.

[3] . محاضرات أستاذ مساعد: مادة الحريات الأساسية، ماستر حقوق الإنسان السداسي الأول.

ومن جهة أخرى فبالنسبة للأمن الديني، نجد أن الدستور أكد على وجود شرعية الدين في نظام الدولة خاصة في فصله 41 إذ نص على أن" الملك أمير المؤمنين وحامي حمى الملة والدين، والضامن لحرية ممارسة الشؤون الدينية" كما نص في فصله الثالث على أن الدولة تضمن لكل واحد، حرية ممارسة شؤونه الدينية في ظل دين الدولة الذي هو الإسلام، هذا الدين الذي يدعوا إلى الرحمة والتقوى والتضامن وحماية حقوق الأفراد كيفما كانوا دون تمييز باللون أو الجنس أو الدين أو العرق...

من هنا نتساءل أين دور العلماء والوزارة المختصة في نشر الإسلام الرحيم المعتدل قيمه الحميدة، فالابتعاد عن الدين من الأسباب التي تدفع الفرد لارتكاب الجريمة لأنه ليس له رادع ديني أو خوف من العواقب في الحياة الدنيا والآخرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى نرى أن بسبب هذا التقصير الأمني للدولة دفع بعض الأفراد مثلا في جرائم الإرهاب، من اتخاذ هذا الدين الحنيف كعباءة لتحليل جرائمهم الإرهابية، وإصدار قنوات تدعوا إلى التطرف، بعيدا عن الإسلام الحقيقي، والذي نص الدستور على أسسه في الفصل 41 كدين حنيف مقاصده سمحة، أي بعيد عن العنف[1].

أما فيما يخص الأمن القانوني، فالدستور ينص في فصله السادس بأن القانون، هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة والجميع ملزم بالامتثال له.

إن مكافحة الجريمة وحماية الضحايا من السلوك الإجرامي، يكون عن طريق إصدار قوانين تحصين الأفراد في حالة تعرضهم لضرر سواء قبل ارتكاب الجرم أو أثناء النزاع عن طريق أجهزة العدالة، لكن بالرجوع إلى التشريع الجنائي المغربي يتضح خلوه من حماية كافية من حقوق الضحايا مقارنة مع الحماية الممنوحة للمتهم في جميع أطوار المحكامة.

وبناءا على ماسبق يتضح القصور الواضح في حماية الدولة للأفراد وبالتالي وجب عليها تحمل مسؤوليتها وتعويضهم.

[1]. ذ.لطيفة الخال، مسؤولية الدولة عن تعويض أضرار الإرهاب، بحث لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط،2013 ص:9.

النيابة العامة و إشكالية الحماية القضائية للأحداث:
سؤال الضمانات وخصوصية المسطرة

الدكتور عبد الحميد المليحي
باحث في العلوم الجنائية
كلية الحقوق-طنجة

مقدمة:

لا ريب أن أهم مقومات تحقيق عدالة الأحداث، في ظل قانون المسطرة الجنائية، هو الحرص على تقوية الضمانات التي تصون حرية الحدث من التجاوزات دون أن يكون في ذلك إضرار بحقوق المجتمع. وإذا كان الأصل أن للمجني عليه تحريك الدعوى العمومية، فإن المشرع المغربي في مجال جنوح الأحداث قصر هذه الصلاحية على النيابة العامة وحدها، وقد أورد المشرع حدودا على حرية تحريك هذه الدعوى من شأنها حماية الحدث الجانح.

وهكذا تقوم النيابة العامة بدور أساسي في سير العدالة الجنائية للأحداث نظرا لمهامها المتعددة، فبالإضافة إلى كونها تنفرد بصلاحية إقامة الدعوى العمومية في قضايا الأحداث دون المتضرر من الجريمة، فتقرر بعد إحالة المحضر عليها إما تحريك المتابعة أو حفظ القضية ، فإنها تضطلع كذلك بدور إيجابي واجتماعي هام يتمثل في إشرافها على إبرام الصلح بين أطراف الدعوى في بعض الحالات، مع إمكانيتها التماس إيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية كلما سمح لها القانون بذلك.

ولذا فإن أوجه هذه الحماية تتجلى أساسا في خصوصية المسطرة في حق الأحداث الجانحين على مستوى مرحلة البحث التمهيدي من خلال ضرورة الاحتفاظ بالحدث الجانح في مكان مخصص للأحداث، مع الالتزام باتخاذ كافة التدابير اللازمة لتفادي إيذائه، مع حقه في إشعار أوليائه وحقه في الدفاع.

وعلى هذه الأساس الإجرائي للنيابة العامة، وما أنيط لها من الصلاحيات لحماية الحدث الجانح، فقد أخذنا في دراستنا لهذا المبحث التطرق إلى زيارة النيابة العامة لأماكن الاحتفاظ بالحدث **(المبحث الأول)** ثم سنتناول مساءلة النيابة العامة للشرطة القضائية المكلفة بالأحداث أثناء الإخلال بواجباتهم **(المبحث الثاني)** مع دراسة بطلان إجراء التحقيق مع الحدث **(المبحث الثالث).**

المبحث الأول: زيارة النيابة العامة لأماكن الاحتفاظ بالحدث الجانح

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي استعمل مصطلح "الاحتفاظ بالحدث" إذ اقتبسه عن المشرع الفرنسي[1]، وهذا يعني أن الحدث لا يمكن وضعه تحت الحراسة النظرية، وإنما يحتفظ به في مكان مخصص للأحداث لمدة لا يمكن أن تتجاوز المدة المحددة للحراسة النظرية، ونتحفظ هنا على مدة الاحتفاظ بالحدث إذ نعتبرها طويلة خاصة إذا تعلق الأمر بحرية تمس أمن الدولة الداخلي أو الخارجي أو بجريمة إرهابية[2]، وهذا المظهر من الحماية التشريعية للحدث يعتبر تدبيرا وقائيا، هدف المشرع من ورائه الحد من الآثار النفسية التي قد تلحق الضرر بالحدث، إذا ما بقي بمخفر الشرطة أو الدرك الملكي؛ ذلك أن قضاء مدة التدبير بمؤسسة سجنية أو إصلاحية هو أهون من قضاء فترة الاحتفاظ داخل هذه الأماكن لعدم توفرها على أبسط التجهيزات الخاصة بالإيواء.

[1] -أنظر الفصل 4 من الأمر الفرنسي الصادر بتاريخ 2 فبراير 1945، كما وقع تتميمه بالقانون رقم 2004-204 بتاريخ 9 مارس 2004.

[2] -أنظر م 66 من ق م ج المغربي: مدة الحراسة النظرية 48 ساعة للتمديد بإذن كتابي من النيابة العامة، مرة واحدة لمدة 24 ساعة.

كما أن المشرع المغربي تبنى إجراء آخر يمكن الاستعاضة به عن الاحتفاظ بالحدث خلال مرحلة البحث التمهيدي، ويتعلق الأمر بإمكانية إخضاعه لنظام الحراسة المؤقتة المنصوص عليها في المادة 471 ق م ج على ألا تتجاوز مدة التدبير المأمور به 15 يوما.

وعموما يمكن القول أننا سوف نركز في هذا المطلب على دراسة إشكالية زيارة النيابة العامة لأماكن الاحتفاظ بالحدث **(المطلب الأول)**، ثم في حالة إخلال شرطة الأحداث بواجباتهم كيف تتم إجراء مساءلتها من طرف النيابة العامة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: الشرعية الإجرائية للنيابة العامة

لقد أقر المشرع المغربي لوكيل الملك حق مراقبة الضابطة القضائية عند اتخاذها لإجراءات الاحتفاظ بالحدث من أجل السهر على احترام تلك الإجراءات الضامنة لحقوق الحدث.

الفقرة الأولى: زيارة وكيل الملك لأماكن الاحتفاظ بالحدث

لم يقتصر الأمر عند حد أخذ الضابطة القضائية الإذن من النيابة العامة عند إقدامها على الاحتفاظ بالحدث أو تمديد مدته، بل ما تتطلبه ظروف الحدث الجانح الطبيعية والصحية والنفسانية التي تستوجب الاحتفاظ به في أماكن مخصصة للأحداث ورعايته وعدم إيذائه، جعلت المشرع المغربي يقر لوكيل الملك حق مراقبة الضابطة القضائية عند اتخاذها إجراء الاحتفاظ بالحدث والسهر على احترام إجراءاته ومباشرته في الأماكن المعدة لذلك[1]، مرة على الأقل في الأسبوع، على عكس المشرع الفرنسي الذي حدد الزيارة في مرة واحدة في السنة بدل مرة واحدة على الأقل في كل ثلاثة أشهر[2]، وفي هذه الحالة فقد ذهب المشرع المغربي بصورة إيجابية وكان موقفه صائبا لهذه المدة بعكس المشرع الفرنسي؛ لأن تحديد هذه المدة في مرة واحدة في السنة والتي يبين الواقع العملي بأنها لا تطبق، غير كافية لمعرفة الظروف التي تعيشها هذه الفئة، وطبيعة المعاملة التي يتعرض إليها، ومن ثم كان المطلوب من وكيل الملك، هو الزيارة المتواتر لهذه المخافر حتى يكون على بينة بكل ما يجري بداخلها، كما أن من شأن هذه الرقابة أن تجعل الضابطة القضائية على حذر في كل ما يقدمون عليه، وتعمل على صدهم عند إقدامهم على أي فعل قد يسيء للحدث[3].

وهذا هو ما حتم على المشرع المغربي إقرار مبدأ المراقبة من طرف وكيل الملك للضابطة القضائية عند اتخاذها لإجراء الاحتفاظ بالحدث والسهر على احترام إجراءاته ومباشرته في الأماكن المعدة لذالك مرة على الأقل في الأسبوع، وهو مقتضى هام على أساس أنه يمنح لوكيل الملك شخصيا أن يعاين بنفسه ويقف على الأماكن التي يحتفظ فيها بالحدث لمعرفة الظروف المادية المحيطة به، وإن كان يعاب على المشرع عدم تحديد الوسائل المادية التي يجب توافرها في الأماكن مما يفرض عليه ضرورة التأكد من توافر هده الأماكن على الحد الأدنى مما تتطلبه مستلزمات العيش وطبعة المعاملة التي يتعرض لها الحدث لمعرفة هل هناك تعذيب أو إساءة معاملة، بل أكثر من ذالك عن رغبة المشرع في حماية الحدث من تعسف الضابطة القضائية جعلته يقر لوكيل الملك حماية بعدية للحدث إذ لا تقف مراقبته لحالته الصحية عند زيارته لمخافر الشرطة بل حتى عند مثوله أمامه لاستنطاقه، بحيث إذ ظهرت عليه أثار ذلك يجب عليه أن يحيله على طبيب لإجراء الفحص لضرورة القيام باستنطاقه.

وعموما فان وكيل الملك أو أحد نوابه حين وقوفه عند زيارته لمخافر الشرطة القضائية على بعض الاخلالات المرتكبة من طرف ضباط الشرطة القضائية، يلزم بإخبار الوكيل العام للملك بالأمر وذلك حتى يتسنى له ترتيب الأثر القانوني المناسب عليه.

[1] -سعاد التيالي، دور القضاء في حماية الأحداث، دراسة مقارنة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس السنة الجامعية 2008/2007 ص39.

[2] -المادة 41 من قانون 15 يونيو 2000 الفرنسي.

[3] - سعاد التيالي، مرجع سابق، ص: 40.

الفقرة الثانية: مراقبة النيابة العامة للسجلات والمحاضر

تنحصر السجلات الممسوكة من طرف الضابطة القضائية في سجل الوضع تحت الحراسة النظرية وسجل الاحتفاظ بالأحداث، وترقم صفحاته ويذيل بتوقيع ممثل النيابة العامة، تقيد فيه هوية الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية أو الاحتفاظ به وسبب ذلك وكذلك ساعة بدايتها، وساعة انتهائها ومدة الاستنطاق وأوقات الراحة والحالة البدنية والصحية للشخص المعتقل والتغذية المقدمة له، ويوقع هذا الأخير وضابط الشرطة القضائية في السجل المذكور بمجرد انتهاء مدة الحراسة النظرية أو الاحتفاظ، وإذا كان الشخص غير قادر على التوقيع أو إبصام أو رفض القيام به يشار إلى ذلك في السجل، ويجب أن يعرض هذا السجل على ممثل النيابة العامة للإطلاع عليه ومراقبته والتأشير عليه مرة في كل شهر على الأقل[1].

ورغم كل هذه المجهودات العملية، إلا أن هذه الإجراءات تبقى قاصرة عن تحقيق حماية أفضل للحدث، لان السجلات تعرف عدة تجاوزات قانونية، ترجع أسبابها للإهمال ولتقصير من طرف وكيل الملك، حيث في غالبية الأمر ما تكون تلك المراقبة سطحية تقتصر على معرفة هل تلك البيانات التي نص عليها المشرع مضمنة بالسجل أم لا، دون التأكد ما ادا كانت تلك المقتضيات قد ثم احترامها فعلا من طرف الضابطة القضائية، وما أدل على ذالك إجراء الإشعار، إذ غالبا ما تتم الإشارة في المحضر إلى تعذر الإشعار أو صعوبته بسبب عدم العثور على محل سكنى الحدث من طرف السلطة المحلية، أو عن الشرطة القضائية، وقد تجده في الأحداث لم يتم إشعار أولياؤهم بوضعيتهم أثناء الاعتقال تشكل الإناث من بينهم نسبة 18.33في المائة.[2]

كما تخضع المحاضر المنجزة في قضايا الأحداث من طرف الضابطة القضائية إلى مراقبة النيابة العامة للتأكد من توافر الشكليات المتطلبة قانونا خاصة ما يتعلق بصفة محررها، ومكان عمله، وتاريخ وساعة إنجاز الإجراء، وساعة تحرير المحضر إذا كانت تخالف ساعة إنجاز الإجراء وهوية الشخص المستمع إليه ورقم بطاقة تعريفه عند الاقتضاء وتصريحاته بالأجوبة التي يرد بها عن أسئلة ضابط الشرطة القضائية اللهم إذا التزم الصمت، ومدى إشعاره بالحقوق والضمانات المكفولة له قانونا والتي تطرقت إليها سلفا، وهل تمت تلاوة المحضر على الحدث ونائبه القانوني إن كان حاضرا، مع توقيع هذا الأخير وضابط الشرطة القضائية إن كان يحسن الكتابة أو التوقيع أو يشار إلى عدم استطاعته أو رفضه التوقيع، كما تراقب النيابة العامة بيان الحراسة النظرية أو الاحتفاظ بالحدث الجانح المضمن بآخر محضر.

من خلال كل ما سبق، يتبين أن الضمانات التي قررها المشرع المغربي للحدث الجانح بمناسبة تسجيله بسجل الاحتفاظ وإنجاز محضر في الموضوع لها قدر هام من الأهمية، لكونها تضمن حقوقه، وتحميه من تعسف ضابط الشرطة القضائية، إلا أنها تبقى محدودة نظرا لعدم التنصيص صراحة على الجزاء المقرر في حالة الإخلال بتلك الضمانات، لذا وجب إقرار بطلان كل إجراء معيب وما ترتب عنه من إجراءات صراحة كما نصت على ذلك المادة 63 من ق م ج في حالة الإخلال بالإجراءات الواجب إتباعها في التفتيش.[3]

المطلب الثاني: مساءلة النيابة العامة للشرطة القضائية المكلفة بالأحداث أثناء الإخلال بواجباتهم

إن إخلال ضباط الشرطة القضائية بواجباتهم سواء كانوا مكلفين بقضايا الراشدين أو الأحداث الراجعة إلى هذه الصفة أو انحراف فيها تعرضهم للمسؤولية التأديبية **(الفقرة الأولى)** والجنائية **(الفقرة الثانية)** حسب نوع وطبيعة المخالفة المرتكبة، ومن هنا

[1] - بوشعيب الماحي، ضمانات الحدث الجانح بين النص القانوني والعمل القضائي المغربي –دراسة مقارنة- رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة الطفولة وقضاء الأحداث، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة السنة الجامعية 2011-2012، ص: 27.

[2] سعاد التيالي، دور القضاء في حماية الأحداث،دراسة مقارنة .ص 42.

[3] -وعموما، إذا تبين للنيابة العامة وجود إخلالات في البيانات المضمنة بالسجل أو المحضر، تعين عليها إنجاز تقرير في الموضوع وإحالته على الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التابع لدائرة نفوذها ضابط الشرطة القضائية المعني بالأمر، الذي قد يتعرض لعقوبات تأديبية أو جنائية حسب الأحوال.-بوشعيب الماحي م س ، ص: 27-28.

فالنيابة العامة، وهي الممثلة للمجتمع، هي التي تطالب بإجراءات تمنع وقوع هذه الاختلالات في مسطرة سير العمل الإجرائي حفظا للحدث الموضوع تحت إشراف شرطة الأحداث وبمعية مراقبة النيابة العامة لهذه الأعمال.

الفقرة الأولى: المسؤولية التأديبية لضباط الشرطة القضائية من طرف النيابة العامة

تقوم المسؤولية التأديبية لضابط الشرطة القضائية بتوفير نوعين من المخالفات: الإهمال والتقصير في أعمال البحث أو تنفيذ تعليمات النيابة العامة، ثم التجاوز أو التعسف في استعمال السلطة بمناسبة إجراء البحث[1].

وقد خول المشرع المغربي للوكيل العام للملك ،إحالة كل إخلال ينسب لضابط الشرطة القضائية أثناء قيامه بمهامه إلى الغرفة الجنحية للأحداث لدى محكمة الاستئناف المنصوص عليها في المادة 488 من ق م ج م[2]، ولا تختلف كثيرا عن الغرفة الجنحية لدى محكمة الاستئناف، خاصة أن الفقرة الأخيرة من المادة 488 من ق م ج م، تحيل على المقتضيات المنصوص عليها في المواد من 231 إلى 250 من ق م ج. أما الخطأ التأديبي فهو ليس محددا بنصوص قانونية كما هو الشأن في الأخطاء الجنائية المحددة حصرا. كما لا يخضع لقاعدة "لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص" بل هو خروج ومخالفة لواجب الموظف، ويترك للنيابة العامة تقييم أداء ضباط الشرطة القضائية وتنقيطهم حتى يتمكن رؤساؤهم الإداريون من التعرف على مؤهلاتهم ومجهوداتهم في المجال القانوني[3] من جهة، وتحديد نوعية الأفعال التي تعتبر خطأ أو جريمة أو جريمة تأديبية، وأن تختار لها الجزاء المناسب من بين تلك التي نص عليها القانون صراحة والعقوبات التأديبية كالإنذار والتوبيخ من جهة أخرى.

-هنا يجب على الإدارة فيما يخص جميع العقوبات وقبل تقريرها إن تمكن الموظف من الدفاع عن نفسه مما هو منسوب إليه من أخطاء وهفوات، وحق الدفاع هنا يعتبر من المبادئ العامة للقانون، وإذا كانت الأعمال المنسوبة إلى الموظف تشكل في آن واحد خطأ تأديبيا وجريمة جنائية، يعاقب عليها القانون الجنائي وحسب الاجتهاد القضائي المغربي هناك استقلال بين الخطأ التأديبي، وعلى هذا فإن الحكم بالبراءة في الدعوى الجنائية، لا يؤدي حتما إلى تبرئة ذمة المتابع تأديبيا على نفس الأفعال فإذا حكم بالبراءة على موظف تطبيقا للقاعدة السابقة، فان البراءة لا تمنع من إدانته تأديبيا على نفس الفعل إذا ما أمكن اعتباره خطأ تأديبيا فالأدلة في الميدان الجنائي ليست هي نفسها في الميدان التأديبي، هذا نظرا لأهمية العقوبة وخطورتها على الموظف.

ومن المعروف أن المسؤولية التأديبية تترتب عن كل إخلال بواجبات الوظيفة، وبما يتطلبه القانون من التجرد وحسن المقصد في الأداء، والمسؤولية التأديبية لضباط الشرطة القضائية في نطاق مهمتهم هذه يلحقهم على الخصوص نوعان من المخالفات المهنية:

-**النوع الأول:** منها ما يرجع إلى إهمال أو التقصير في القيام بأعمال البحث التمهيدي، أو تنفيذ الأوامر المتعلقة بالأعمال الصادرة من السلطة المختصة وعلى الخصوص النيابة العامة المكلفة بتسيير أعمال البحث التمهيدي والإشراف عليها[4].

-**النوع الثاني:** يرجع إلى الشطط في السلطة أو التعسف فيها بمناسبة قيام ضابط الشرطة القضائية بإجراءات البحث التمهيدي[1]، فكل إجراء يمس بحريات الأفراد أو حقوقهم لم ينص عليه القانون أو نص عليه، ولكنه لم يتخذ للغاية النبيلة التي توخاها

[1] -محسن هشام، علاقة النيابة العامة بالضابطة القضائية، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 2007، ص: 111.

[2] -تتكون من مستشار للأحداث بصفة رئيسا ومن مستشارين اثنين، ولم يحدد المشرع اختصاصها ضمن النص المنظم لها، وجاءت اختصاصاتها موزعة في مجموعة من المواد، ويمكن القول بأن لها نفس اختصاصات الغرفة الجنحية المنصوص عليها في القسم الرابع من الكتاب الأول من قانون المسطرة الجنائية.
-أحمد أجويد، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديدة، الجزء الثاني، مكتبة المعارف، جامعة فاس 2004، ص: 242.

[3] -نافع عبد الغني، المسطرة الجنائية المغربية في شروح، بحث نهاية التمرين بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، فوج 15، السنة 1987، ص: 69.

[4] -هشام محسن، دور النيابة العامة في القضايا الزجرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في المهن القضائية والقانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالسويسي /الرباط، السنة الجامعية 2008/2007، ص: 22.

المشرع، تترتب عنه مسؤولية ضابط الشرطة القضائية باعتباره شططا في السلطة أو تعسفا فيها، كالتعسف في الوضع تحت الحراسة أو في إجراءات التفتيش أو سوء المعاملة.

وبعد كل ما سبق، تكون الغرفة قناعتها من خلال المناقشات التي تمت أمامها، وتصدر في حق ضابط الشرطة القضائية[2]، إحدى العقوبات التالية:

-توجيه ملاحظات إلى الضابط

-التوقيف المؤقت عن ممارسة مهام الشرطة القضائية لمدة لا تتجاوز سنة واحدة

-التجريد النهائي من مهام الشرطة القضائية

الفقرة الثانية: المسؤولية الجنائية لضباط الشرطة القضائية

تقوم المسؤولية الجنائية لضباط الشرطة القضائية عن كل تصرف منصوص على عقوبته في التشريع الجنائي، ارتكبوه خلال قيامهم بمهام الشرطة القضائية كالاعتقال التحكمي (الفصل 225 من ق ج)[3]، وانتهاك حرمة المنزل[4] واستعمال العنف ضد الأشخاص[5]، والتزوير في المحاضر[6]، وإفشاء أسرار بمناسبة البحث[7]. فرجال الشرطة القضائية قبل كل شيء أشخاص عاديون يتعين عليهم احترام كل القوانين الجاري بها العمل تحت طائلة قيام مسؤوليتهم الجنائية، وبالإضافة إلى كل هذا ولكونهم أشخاصا يفرض عليهم الواجب إعطاء المثال الأعلى في الحياد والموضوعية والأمانة، على اعتبار أنهم يشكلون أحد الأجهزة الأساسية المساهمة في تحقيق العدالة الجنائية، من خلال الأبحاث التي يقومون بها من جهة، وبالنظر للقوة التي تتمتع بها المحاضر المنجزة من طرفهم من جهة أخرى.

ومن صور المخالفات الجنائية التي يمكن أن تقع من ضابط الشرطة القضائية أثناء مزاولة أعمال البحث التمهيدي، استعمال العنف ضد المشتبه فيه، سواء أكان راشدا أم حدثا، لحمله على الاعتراف والمنصوص عليه في الفصل 231 من القانون

---

[1] -أحمد الخمليشي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الدعوى العمومية، الدعوى المدنية، البحث التمهيدي، التحقيق الإعدادي، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة 6، الرباط 2001، ص: 330.

[2] -المادة 32 من ق م ج.

[3] - لم يعرف المشرع المغربي الاعتقال التحكمي، لكن الأستاذ عبد العلي حفيظ قد عرفه بأنه "كل اعتقال سواء كان احتياطيا أو في إطار الحراسة النظرية أو تنفيذا لعقوبة سالبة للحرية لا يحترم الإجراءات والشروط والضوابط التي وضعها المشرع يعتبر اعتقالا تعسفيا..." كما نص الفصل 55 من قانون الدرك الملكي على أنه: "يعد شططا في استعمال السلطة كل عمل من أعمال الدرك يحدث اضطرابا في نفوس المواطنين أثناء التمتع بحريتهم ويحكم على ضابط الفيالق وقوادها ورجال الدرك الذين يستعملون خلال تأدية وظيفتهم شططا في استعمال السلطة أو يمسون بحق التمتع بالحريات المعترف بها قانونيا...".

[4] - تنص المادة 230 من ق ج على ما يلي: "كل قاض أو موظف عمومي، أو أحد رجال وموظفي السلطة العامة أو القوة العمومية يدخل بهذه الصفة مسكن أحد الأفراد، رغم عدم رضائه، في غير الأحوال التي قررها القانون، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم". وفي هذا السياق نص الفصل 57 من قانون الدرك الملكي على ما يلي: يعتبر اقتحام الدرك لمساكن خصوصية شططا في استعمال السلطة ما عدا في الحالات الآتية:

- يجوز له دخولها في كل وقت برضا رب المنزل أو بأمر السلطة العسكرية في حالة الحكم العسكري أو ففي الحالة التي يقررها القانون بصفة صراحة

- يجوز له عند اقتراف جريمة بينة دخول هذه المساكن نهارا في الأحوال المنصوص صريحا عليها في القانون أو بموجب إنابة قضائية أصدرتها السلطة المختصة.

- لا يجوزله دخول تلك المنازل ليلا إلا في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة الأولى في حالة حريق أو فيضان أو استغاثة من داخلها مدة الليل يحددها القانون".

[5] - بمقتضى الفصل 231من ق ج الذي تم تعديله وتتميمه بموجب القانون رقم 43.04،حيث أضيفت عدة أحكام نجملها فيما يلي:

-تم تحديد العقوبات حسب صفة الشخص المجني عليه والظروف المرتبطة بارتكاب الجريمة ونتائجها.

واشترط الفصل إضافة لهذه العناصر وصف الفاعل –رجال الشرطة القضائية، أو عون القوة العمومية...- شرطا أساسيا ولازما لقيام الجريمة هو انعدام المبرر الشرعي.

ويقصد به في مفهوم الفصل المذكور الحالة التي توجد فيها أسباب قانونية ترفع عن الفعل الصفة الإجرامية وتنفي المسؤولية عن الجريمة بشكل نهائي.

[6] -الفصلين 352 و353 من ق ج.

[7] -الفصل 446 من ق ج والمادة 61 من نفس القانون.

الجنائي[1]، وفي هذه الحالة تقوم الغرفة الجنحية للأحداث بإحالة الملف على الوكيل العام للملك ليقوم عند الاقتضاء بتحريك المتابعة الجنائية ضده حسب المادة 33 من ق م ج م، وليس من اختصاص الغرفة الجنحية للأحداث مساءلة ضابط الشرطة القضائية جنائيا، وإنما هناك مسطرة خاصة منصوص عليها في المواد من 264 إلى 268 من قانون المسطرة الجنائية[2].

ولما كان أفراد الشرطة القضائية ينتمون إلى سلطة غير قضائية فمن الصعب مراقبة تصرفاتهم وضبطها، الشيء الذي دفع البعض إلى اعتبار إسناد البحث التمهيدي للشرطة القضائية عملا خطيرا وغير قضائي ولا تحترم فيه كرامة الإنسان، خاصة أن التشريعات الحديثة التي منحت للشرطة القضائية مهمة القيام بأعمال البحث التمهيدي، لم تفعل ذلك عبثا، ولكن بعد أن أدخلت عدة إصلاحات تقنية وفنية وأغدقت المال الكثير على البحث العملي في ميدان الإجرام ومعاملة المجرمين ولم تمنح الضمانات للمشتبه فيهم إلا بعد تسحلها بما فيه الكفاية من الوسائل العلمية للبحث عن الجرائم والتثبت من وقوعها دون إزعاج المواطنين، وخولت للنيابة العامة سلطة مطلقة في تأديب عناصر هذه الفئة من الموظفين[3].

المطلب الثالث: آليات ضبط الجزاء الإجرائي لحماية حقوق الحدث المتهم

تخضع جميع الإجراءات المسطرية لتنظيم القانون ورقابة القضاء، بحيث لا يعتبر الإجراء صحيحا إلا إذا جاء مطابقا لأحكام القانون، لأنه من الخطورة بمكان أن تمارس الهيئات القضائية عملها بدون ضابط ولا رادع.

وإذا كان الهدف الأساسي من البحث والتحقيق هو البحث عن أدلة الإثبات غير أن السعي وراء هذه الغاية لا ينبغي أن يكون على حساب حقوق وضمانات الأفراد، فالبحث عن الدليل يجب أن يكون في إطار احترام حقوق الحدث التي كفلتها له المواثيق الدولية ومنها الحدث المتهم في الصمت.

إلا أن الضمانات القانونية تبقى بدون أية قيمة ما لم يكن هناك جزاء على مخالفتها لذلك حرص المشرع على إحاطة الضمانات بمجموعة من الجزاءات تضمن لها لذلك لابد من الوقوف على بطلان إجراءات البحث والتحقيق مع الحدث**(الفقرة الأولى)**. ويترتب على بطلان إجراءات جمع الأدلة بطلان الدليل المستمد منها**(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: بطلان إجراءات البحث مع الحدث

يشكل المحضر الذي يحرره ضابط الشرطة القضائية ضمانة من الضمانات القانونية لحماية الحدث خلال مرحلة البحث التمهيدي.

ويمكن تعريف المحضر بأنه "الوسيلة القانونية لإثبات التحريات التي قام بها ضابط الشرطة القضائية خلال البحث التمهيدي وقد تتعلق تلك التحريات بتلقي الشكايات والوشايات أو بالمعاينات أو بمختلف العمليات التي أنجزت من طرف ضباط الشرطة القضائية كالاستماع إلى المشتبه فيهم أو الشهود والانتقال إلى عين المكان والتفتيش والحجز وما إلى ذلك".

واعتبارا لأهمية المحضر فقد حدد المشرع الإجرائي المغربي شكلياته بشكل دقيق في المادة 24 من ق م ج م[4].

---

[1] - أحمد الخمليشي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، مكتبة المعارف، الرباط، 1982، ص: 262

[2] - أحمد أجويد، م س ص: 259.

[3] - محمد الطيب بوطيبي، البحث التمهيدي، أية ضمانات؟ مجلة المحاماة، العدد 46، 2002، ص: 271 .

[4] - تنص المادة 24 من ق م ج م على أن المحضر هو الوثيقة المكتوبة التي يحررها ضابط الشرطة القضائية أثناء ممارسة مهامه ويضمنها ما عانيه وما تلقاه من تصريحات أو ما قام به من عمليات ترجع لاختصاصه دون الإخلال بالبيانات المشار إليها في مواد أخرى من هذا القانون أو في نصوص خاصة أخرى.
يتضمن محضر استماع هوية الشخص المستمع إليه ورقم بطاقة تعريفه عند الاقتضاء وتصريحاته والأجوبة التي يرد بها أسئلة ضابط الشرطة القضائية.
إذا تعلق الأمر بمشتبه فيه، يتعين على ضابط الشرطة القضائية إشعاره بالأفعال المنسوبة إليه.

ولصحة محضر ضابطة القضائية ينبغي أن يتوفر المحضر على مجموعة من الشروط سواء من ناحية الشكل أو من ناحية المضمون[1]. وهو ما أكدت عليه المادة 289 من ق م ج م والتي نصت على أنه "لا يعتد بالمحاضر والتقارير التي يحررها ضابط وأعوان الشرطة والموظفون والأعوان المكلفون ببعض مهام الشرطة القضائية، إلا إذا كانت صحيحة في الشكل وضمن فيها محررها وهو يمارس مهام وظيفته ما عاينه أو تلقاه شخصيا في مجال اختصاصه[2].

ومن الشروط الشكلية لصحة المحضر توقيع المتهم، وقد ثار خلاف حول شكلية الإمضاء هل هي أساسية يترتب عن تخلفها بطلان المحضر أم أنها ثانوية لا يترتب عن تخلفها البطلان؟

لقد ذهب المجلس الأعلى في عدة قرارات إلى أن توقيع المتهم غير ضروري لصحة المحضر، منها القرار الصادر في 5 فبراير 1962 والذي جاء فيه "إن المحضر المستوفي لما يشترطه القانون يقوم حجة لا يمكن دحضها إلا بقيام الدليل على مخالفتها للواقع بواسطة حجة تماثلها في قوة الإثبات... ولا تعتبر توقيعات المتهمين ضرورية لصحة المحضر، فضلا عن أن يلحقه عيب في الإدعاء بأن تلك التوقيعات حصل عليها عن طريق الإكراه"[3]، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 1973/7/128 ذهب المجلس الأعلى إلى أنه "لا يشترط لصحة المحضر من الناحية الشكلية والمعتمد عليه في الإثبات، أن يكون ممضي عليه من طرف المتهم وإنما كل ما يتطلبه في هذا الصدد هو أن يضمن فيه محرره وهو يزاول مهام وظيفته ما عاينه شخصيا في شأن الأمور الراجعة إلى اختصاصه"[4]. ونحن هنا نقول بخلاف ما ذهب إليه المجلس الأعلى كما فيه خرق للشروط الضامنة القانونية التي تحمي الأضناء في ضرورة احترام شكليات المحضر، وهنا نعتقد أنه ليس من المنطقي أن يصرح الحدث بوقائع عن طواعية واختيار ثم يمتنع عن التوقيع، ورفض الضنين التوقيع بالمحضر لا يكون إلا إذا لاحظ الضنين أنه لم يصرح بما حرره ضابط الشرطة القضائية، نظرا لتصريحات إضافية ثم زرعها بين طيات المحضر، أو أن هذه التصريحات المصرح بها من طرف الضنين، انتزعت منه تحت وطأة التعذيب، وهنا نأخذ بالرأي الذي يقوم ببطلان محضر الضابطة القضائية عند عدم احترام شكلية التوقيع واعتبار المحضر الغير الموقع عليه كأن لم يكن.

أما من حيث المضمون فيجب على ضابط أو عون الشرطة القضائية أن ينقل المعلومات التي شاهدها أو سمعها بإخلاص ولا يجب بأي حال من الأحوال أن يقيما أو يبدي رأيها فيها[5].

وهو ما ذهب إليه قرار المجلس الأعلى بتاريخ 7 يوليوز 1990 والذي جاء فيه "إن القوة الثبوتية للمحاضر المقالة في شأن الجنح والمخالفات من لدن ض ش ق وجنود الدرك والموظفين الموكول لهم ذلك قانونا لا يعمل فيها إلى ما شاهده أو شمعه أو قام به محررو تلك المحاضر بأنفسهم، وليس على ما فرنسا بالإضافة إلى تطبيق القواعد العامة على الأحداث في تحرير المحاضر من طرف الشرطة القضائية، استحدث المشرع الفرنسي تقنية حديثة تلزم الضبطية القضائية بسماع الحدث الموضوع تحت الحراسة –المحتفظ به- في محضر مع استعمال التسجيل السمعي البصري[6]. والهدف من التسجيل السمعي البصري هو التأكد من التطابق بين تصريحات الحدث وما ورد في المحضر، وفي حالة إغفال التسجيل بسبب سهو المحقق أو عدم صلاحية الأجهزة، أو إغفال الصوت أو الصورة يعرض

---

[1]-Mohamed drissi alami machichi, procédure pénal, imprimerie KAMAr, Casablanca, 1982, p 133-134.

يقرأ المصرح تصريحاته أو تتلى عليه، ويشار إلى ذلك بالمحضر ثم بدون ضابط الشرطة القضائية الإضافات والتغييرات أو الملاحظات التي يبديها المصرح أو يشير إلى عدم وجودها.

يوقع المصرح إلى جانب ض ش ق على المحضر عقب التصريحات وبعد الإضافات ويدون اسمه بخط يده وغذا كان لا يحسن الكتابة أو التوقيع يضع بصمته ويشار إلى ذلك في المحضر.

- يصادق ض ش ق والمصرح على التشطيبات والإحالات.

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

[2]-Mohamed drissi alami machichi, procédure pénal, imprimerie KAMAr, Casablanca, 1982, p 133-134.

[3] - قرار ورد في مقال الحسن بيهي، محاضر الضابطة القضائية بين الحجية والشريعة وفق قانون المسطرة الجنائية الجديد، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 54-55، 2004، ص: 96.

[4] - قرار أورده أحمد الخمليشي، شرح القانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، م س ، ص: 177.

[5] - أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التصريحات الأولية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص: 89.

[6] -Christiene Lazerges, le renforcement de la protection, de la présomption et d'innocence et des droits victimes, histoire d'une navette parlementaire, reveue de sicence criminelle de droit pénal comparé, n° 1; 2001, p: 14.

إجراء السماع للبطلان حسب المادة 177 من ق م ج ف[1]. وحبذا لو سار المشرع المغربي في الاتجاه الذي سار فيه قانون الأحداث الفرنسي ونص على إلزامية التسجيل السمعي البصري لسماع الأحداث الموضوعين تحت الحراسة النظرية.

الفقرة الثانية: بطلان إجراءات التحقيق مع الحدث

إن رغبة المشرع المغربي كغيره من التشريعات المقارنة في ضمان احترام الضمانات الأساسية المقررة لفائدة الحدث كمتهم خلال محطة التحقيق الإعدادي نص على بطلان إجراءات التحقيق، وتتنوع حالات البطلان بين حالات قانونية مرتبطة بخرق ضمانات أساسية نص عليها القانون على سبيل الحصر في المادة 210 من ق م ج م، وتسمى بحالات البطلان القانونية، وحالات أخرى مرتبطة بخرق حقوق الدفاع منصوص عليها في المادة 212 من ق م ج م وتسمى بحالات البطلان الجوهري، وهي الحالات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي[2].

ومن الضمانات الأساسية التي يترتب على خرقها بطلان إجراءات التحقيق بنص القانون عدم قيام قاضي التحقيق المكلف بالأحداث بإشعار الحدث خلال الاستنطاق الأولي بحقه في عدم الإدلاء بأي تصريح المنصوص عليه في المادة 134 من ق م ج م[3]، وعلى عكس ذلك استبعد المشرع اللبناني عدم قيام قاضي التحقيق بتنبيه المتهم إلى حقه في السكوت من نطاق البطلان وأقر بصحته[4].

ولا شك أن بطلان إجراءات التحقيق الإعدادي كجزاء على عدم احترام نصوص قانون المسطرة الجنائية يشكل ضمانة ذات فعالية قصوى في فرض تطبيق نصوص القانون بكيفية سليمة واحترام حقوق وضمانات الحدث بكيفية جدية أثناء عملية التحقيق[5]. ويترتب على بطلان إجراءات جمع الأدلة والاستنطاق بطلان الدليل المستمدة منها.

حيث تقوم نظرية الإثبات في الميدان الجنائي على معادلة جوهرية، سياسة قرينة البراءة من جهة، وحرية الإثبات من جهة أخرى[6]، الأمر الذي يطرح إشكالية تحقيق توازن بين حقوق المجتمع وجهات البحث والتحقيق والملاحقة التي تتمتع بسلطات واسعة في البحث عن وسائل الإثبات، وما يفترضه ذلك من مخاطر تجاوز الحدود التي رسمها القانون لتحصيل أدلة الإثبات من ناحية، وبين حقوق الحدث المتهم الطرف الضعيف في المعادلة والمستفيد من قرينة البراءة،ولقد مرت نظرية الإثبات في الميدان الجنائي بمراحل عديدة، فانتقلت من مرحلة الإثبات المقيد اعتلى فيها الاعتراف عرش وسائل الإثبات كائنة ما كانت طريقة الحصول عليه. حيث كان إجبار المتهم راشدا أو حدثا على الكلام والاعتراف أمر جائز قانونيا، فالمتهم الذي لا يريد أن يتكلم يجبر على الإجابة ولو عن طريق التعذيب، إذ كان كل مايهم القضاة هو الحصول على الاعترافات لإصدار أحكامهم وفي القرن الثامن عشر تعرض التعذيب كوسيلة من وسائل الحصول على اعتراف المتهم إلى هجوم حادا من قبل كبار الفلاسفة والمفكرين[7] وحدث رد فعل تجاه تجاوزات الماضي مما أفضى إلى ظهور نظام الإثبات الحر والاقتناع الوجداني للقاضي حيث ظهر مبدأ الاعتراف الاختياري والإرادي وثم وضع قنوات إجرائية محددة للحصول على اعتراف المتهم والاعتراف هو إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الجريمة المسندة إليه.

والاعتراف نوعان إما اعتراف قضائي وإما اعتراف غير قضائي، فالاعتراف القضائي هو الاعتراف الصادر عن المتهم أمام قاضي التحقيق أو النيابة العامة أو أمام المحكمة، أما الاعتراف غير القضائي فهو الاعتراف الصادر من المتهم أمام ضباط الشرطة القضائية وهو

---

[1] - درياس زيدومة، حماية الأحداث في القانون الإجرائي الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، طبعة 2007، ص: 94.

[2]- Stefani Levasseur, procédure pénale, Dalloz 2ème Edition, Paris 1977, p; 527.

[3] - وزارة العدل، شرح القانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 158.

[4] - سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي محاولة تأصيل أسباب البطلان في ظل قضاء النقض في مصر ولبنان وفرنسا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص: 74.

[5] عزيزة بنخدة،قاضي التحقيق المكلف بالأحداث، دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في قضاء الأحداث، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس السنة الجامعية 2008/2007 ص27

[6]- Mohamed Alami Machichi, procédure pénal, op. cit, p: 234.

[7] محمد صبحي نجم. قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة والتوزيع، .ص 332

اعتراف يشوبه الارتياب والشك حول ظروف وكيفية صدوره، ويشترط لصحة الاعتراف كدليل من أدلة الإثبات مجموعة من الشروط يهمنا منها شرطان أساسيان: صدور الاعتراف عن شخص يتمتع بالأهلية الإجرائية ثم صدور الاعتراف عن المتهم طوعا وبمحض إرادته.

ولكون الاعتراف عملا إجرائيا يجب أن يصدر عن متهم متمتع بالأهلية الإجرائية والإدراك والتمييز، والأهلية الإجرائية هي قدرة شخص على فهم ماهية الإجراء وتقدير آثاره وما يترتب عليه من نتائج، والأصل أن كل من تتوافر لديه الأهلية الجنائية تتوافر لديه الأهلية الإجرائية، ولاكتمال الأهلية الإجرائية لدى المتهم المعترف يجب أن يكون ويعتقد أن الاعتراف الصادر عن الحدث المتهم وتحت وطأة الإكراه والعنف هو اعتراف باطل ولا يمكن الاطمئنان إليه لبناء حكم الإدانة.

وقد أخذ المشرع المغربي بمبدأ حرية الإثبات في المادة 286 من ق م ج م[1]، وخول للقاضي سلطات واسعة في تقدير وسائل الإثبات وتكوين اقتناعه، كما نصت المادة 293 من ق م ج م على أن الاعتراف يخضع كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية لقضاة، وقد أصدر المجلس الأعلى عدة قرارات تؤكد حرية الإثبات في الميدان الجنائي على خضوع الاعتراف للسلطة التقديرية لمحكمة الأحداث منها القرار الصادر بتاريخ 24 يوليوز 1971 والذي جاء فيه "حيث أنه إذ كان حقيقة أن المحضر الذي له قوة الإثبات هو المحضر الذي يشهد ما عاينه محرره، وأنه يعتبر حجة إلى أن يطعن فيه بالزور، لا أن فحوى الاعتراف المضمن في اي محضر غنما يخضع لتقدير محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية التي لا تخضع في هذا الشأن لرقابة المجلس الأعلى، وهكذا يكون قضاة الموضوع عندما صرحوا بأن اعتراف الضنين كان تحت الإكراه قد استعملوا سلطتهم التقديرية في هذا الشأن"[2]، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 1963/12/25 والذي جاء فيه "إذا تضمن محضر الشرطة اعتراف المتهم فإن لقضاة الموضوع سلطة كاملة ليقدروا قيمة ذلك الاعتراف، حسب الظروف التي أحاطت به، وإذا انتهى لهم التقدير إلى الحكم ببراءة المتهم، لا يكون عملهم هذا خرقا لمحاضر الشرطة من جهة، ما داموا لم ينقلوا ما جاء به من اعتراف، وعندما استعملوا سلطتهم لتقدير قيمته"[3].

وشريعة الإثبات الجنائي تستلزم عدم قبول أي دليل كان البحث عنه أو الحصول عليه قد تم بطريق غير مشروع، فحرية الإثبات لا تعني أن يتم البحث عن الدليل أو الحصول عليه بأية طريقة كائنة ما كانت ولو على حساب الحقوق والضمانات التي أقرها القانون للحدث، بل عملية البحث عن الأدلة مقيدة باحترام حقوق الدفاع من جهة، ومقتضيات الحفاظ على كرامة الحدث من جهة ثانية، وقيم العدالة وأخلاقياتها من جهة ثالثة[4].

وهذا لا يمكن أن يتأتي إلا كلن البحث عن الدليل قد ثم في إطار إجراءات مشروعة، ومن ثم فإن الطرق الغير المشروعة، كاستخدام التعذيب أو الإكراه يترتب عليها حتما عدم مشروعية الدليل المستمد فيها، ولا يعتد به في الإثبات الجنائي، وقد استقر القضاء الأمريكي على أن استعمال الاعتراف الغير السليم في الإثبات، يخالف الحق الوارد في التعديل الخامس بعدم تجريم النفس أو الذات وقررت المحكمة العليا أن الاستخدام لقائلي الاعتراف الصادر عن إكراه يؤدي إلى إنكار قاعدة سلامة الإجراءات القانونية[5].

ورغم أن المشرع استبعد الاعتراف المنتزع بالعنف والإكراه من قائمة وسائل الإثبات، إلا ان الملاحظ أن القضاء المغربي ما زال يعتمد على الاعتراف كسيد الأدلة، بل الأكثر من ذالك غالبا ما لا يكلف القاضي نفسه عناء البحث في الاعتراف الصادر عن الحدث وظروف وكيفية صدوره وشروطه، ويقتصر على الاعتراف الوارد بمحاضر الضابطة القضائية.

---

[1] - تنص المادة 286 من ق م ج م على أنه "يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما عدا في الأحوال التي يقتضي فيها القانون بخلاف ذلك ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي..."

[2] - أحمد الخمليشي، ق م ج، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 177.

[3] - قرار ورد في مقال لحسن بيهي، محاضر الضابطة القضائية بين الحجة والشريعة وفق ق م ج ج، م س، ص: 95.

[4] - فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص: 242.

[5] ج. جورج حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية في النظام الأمريكي إجراءات ما قبل المحاكمة، حماية حقوق الإنسان الإجراءات الجنائية في مصر وفرنسا والولايات المتحدة مرجع سابق ص 313

وهنا نعتقد أن القضاء بإمكانه أن يلعب دورا كبيرا في حماية الشرعية فالمشرع حرم التعذيب وأخذ بمبدأ حرية الإثبات واحتكم إلى ضمير القاضي وسلطته التقديرية وما على القضاء إلا أن يستعمل الصلاحيات التي خولها له القانون في إقرار بطلان الاعتراف الصادر عن الأحداث والنتائج عن العنف والإكراه، خاصة أن النص القانوني لا ينقصه وكل ما يلزم هو شيء من الجرأة والشجاعة .

المبحث الثاني: أهمية النيابة العامة وانفرادها في تحريك الدعوى العمومية في حق الحدث الجانح

حماية لشخصية الحدث، وإبعاده عن أي متابعة إلا في حدود خاصة، أجمعت التشريعات على عدم السماح لإقامة الدعوى العمومية في حق الأحداث إلا لسلطة الاتهام[1].

وهذا ما تطلبته **المادة 463** من قانون المسطرة الجنائية المغربي، تمارس الدعوى العمومية عند إجراء المتابعة في الجنح والمخالفات التي يرتكبها الأحداث وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المنتصب في دائرتها قاضي الأحداث المختص، ويمارس الوكيل العام للملك في الجنايات المرتبطة بها.. ولا يمكن إقامة الدعوى العمومية في حق الحدث من قبل الطرف المدني".

وتعتبر هذه القاعدة حمائية للحدث بحيث منح المشرع صلاحية تحريك الدعوى العمومية للنيابة، مؤمنا بالدور الإيجابي لهذا الجهاز في حماية المصلحة العامة ومصلحة الحدث من جهة أخرى.

وعلى هذا المنوال، تتميز إجراءات محاكمة الأحداث الجانحين وفق التشريعات الجنائية الحديثة بابتعادها عن الشكليات والإجراءات التي تحيط بمحاكمة البالغين، وتتولى النيابة العامة خلال هذه المرحلة السهر على سير الدعوى العمومية وإحضار المتهم وتحمل عبء إثبات الفعال المنسوبة إلى الحدث الجانح باعتبارها جهة اتهام من جهة، ومن جهة ثانية كونها طرفا أصليا في جميع القضايا الزجرية المتعلقة بالأحداث كما يمكننا التماس إيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية متى توفرت شروط ذلك، وانطلاقا من هذا المبحث سوف نتناول بالتحليل دورالنيابة العامة وأهميتها في تحريك الدعوى في حق الحدث الجانح **(المطلب الأول)** ثم التطرق لمدى إمكانية إثارة الدعوى في حق الحدث ناقص الأهلية **(المطلب الثاني)** ثم سنخصص **(المطلب الثالث)** لدراسة آليات النيابة العامة المسطرية الخاصة بإجراء الصلح وتنفيذ مسطرة حفظ الملف.

المطلب الأول: النيابة العامة وتحريك الدعوى العمومية في حق الحدث الجانح

بمجرد انتهاء ضابط الشرطة القضائية من إجراءات البحث التمهيدي المتعلق بالحدث الجانح، يحرر محضرا بذلك ويوجهه مباشرة إلى الوكيل العام للملك أو وكيل الملك، مرفقا بجميع الوثائق والمستندات، بعد ذلك تتولى النيابة العامة إقامة الدعوى العمومية ومراقبتها، وهي تمارس ذلك الحق دون غيرها **(الفقرة الأولى)** باعتباره الجهة المختصة بإقامة الدعوى العمومية، وفي هذا الإطار أعطى المشرع المغربي صلاحيات واسعة للنيابة العامة تتلاءم مع السياسة الجنائية الخاصة بالأحداث وتراعي المصلحة الفضلى للحدث، ويظهر جليا ذلك في انفراد النيابة العامة وحدها ودون غيرها بتحريك الدعوى العمومية في قضايا الأحداث، كما تقدم بدائل جديدة للدعوى العمومية سواء قبل إقامتها أو حتى أثناء سريانها تجلت في الخيار الذي يطرح أمامها بين تفعيل مبدأ العدالة التصالحية من خلال المادة **463** من ق م ج التي تحيل على المادة 41 من نفس القانون. كما أنه بالرغم من السلطات الواسعة التي تمارسها النيابة العامة والتي أعطاها المشرع المغربي لها منذ بدء التحقيق إلى توقيع الحكم الصادر في حق الحدث فإنها لها بعض الجوانب التي يمكن أن تجعل لها حدودا في قضايا الأحداث خاصة عندما تقوم بتحريك الدعوى العمومية **(الفقرة الثانية).**

[1] - عبد القادر القهوجي، م س، ص: 179-180.

الفقرة الأولى: قرار النيابة العامة متابعة الحدث الجانح

استثناءا من القواعد العامة الخاصة بمتابعة الرشداء، لا يمكن متابعة الحدث بمقتضى شكاية مباشرة من المتضرر أو متابعة من طرف الإدارات العمومية التي لها الحق في متابعة الجرائم التي يخول لها القانون الحق في متابعة مرتكبيها، ففي كل الأحوال وسواء كانت القضية جنائية أو جنحة أو مخالفة يجب أن تمر عبر جهاز النيابة العامة (وكيل الملك أو وكيل العام للملك)كل في نطاق اختصاصه وذلك طبقا لمقتضيات المادة 463من ق م ج[1]، التي تقضي على أن وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المنتصب في دائرتها قاضي الأحداث المختص يمارس الدعوى العمومية عند إجراء متابعة في الجنح والمخالفات التي يرتكبها الأحداث، كما يمارسها الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف المنتصب في دائرتها المستشار المكلف بالأحداث المختص عند إجراء متابعة في الجنايات والجنح المرتبطة بها، وبالرغم من أن المشرع المغربي يمنح إمكانية تحريك الدعوى العمومية لبعض الإدارات كإدارة المياه والغابات وإدارة الجمارك فإنها ملزمة بتقديم شكايتها للنيابة العامة كلما تعلق الامر بالأحداث، ولا يمكن إقامة الدعوى العمومية في حق حدث من قبل الطرف المدني وهو ما أكده الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس حيث تقدمت إدارة المياه والغابات بشكاية للنيابة العامة في حق الحدث .....حين ضبط الحدث يقطع أغصان الغابة، وحيث إن المحاضر المنجزة لها قوة ثبوتية ما لم يطعن فيها بالزور وحيث يتعين التصريح بثبوت الفعل في حق الحدث وأداء والده غلى إدارة المياه والغابات غرامة مالية وتعويض مدني .

ارتباطا بهذه الغايات وبالقبعة الحمائية التي ألبسها المشرع لقاضي الأحداث جعل المشرع كذالك من النيابة العامة راعيا ورقيبا على تحقيق مصلحة الطفل الفضلى فيكون دورها إجابيا، ويكون لها حضور فاعل في هذا الصدد خلافا لما هو عليه الحال في الواقع العملي، ببعض المحاكم حيث يصبح تداول ملفات الأحداث أمرا عرضيا بين قضاة النيابة العامة دون قصر الأمر على النائب المكلف بقضايا الأحداث، كما ينص على دالك القانون مما يسبب في مجال مرتبط بين النائب وبين ملف الحدث.

ولاشك أن المشرع حين ارتأى وضع صلاحية إقامة الدعوى العمومية بيد النيابة العامة وحدها في حق الحدث، فلأن ذلك أمر له عدة اعتبارات لأن السماح بهذه الإمكانية لغير هذا الجهاز سيفتح الباب على مصراعيه لطرق باب الاتهام العام من طرف كل شخص، يرى أن انحراف الحدث أصاب مصلحة من مصالحه المحمية قانونا حتى وإن كان الطلب غير مؤسس، مع ما يعنيه ذلك من تضخم عدد الدعاوى

الكيدية التي تؤدي إلى التشهير والنيل من سمعة الحدث وشخصيته[2].

وفي هذا الصدد، نصت الفقرة الأولى من المادة 461 من ق م ج على أن النيابة العامة تحيل الحدث الذي يرتكب جريمة إلى قاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث، بينما الفقرة الثانية منها تضيف أنه إذا وجد مع الحدث مساهمون أو مشاركون راشدون وجب فصل قضيتهم عن القضية المتعلقة بالحدث الجانح، وتكون النيابة العامة ملفا خاصا بهذا الأخير وتحيله على قاضي الأحداث.

---

[1] - تنص المادة 463 من ق م ج، على أنه يمارس الدعوى العمومية عند إجراء متابعة في الجنح والمخالفات التي يرتكبها أحداث، وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المنتصب في دائرتها قاضي الأحداث، المختص ويمارسها الوكيل العام للملك في الجنايات ل والجنح المرتبطة بها .....ولا يمكن إقامة الدعوى العمومية في حق الحدث من قبل الطرف المدني "

[2] - وتتضح أهمية دور النيابة العامة بالنسبة لمعالجة قضايا في وضع مخالف للقانون في الصلاحيات المخولة لها قانونا في هذا المجال وعلى رأسها:

- جعل تحريك الدعوى العمومية في حق الأحداث حكرا على النيابة العامة لقطع الطريق على الشكايات المباشرة وعلى حق بعض الإدارات في إثارة هذه الدعوى

- صلاحية السهر على تنفيذ أوامر وقرارات القضاة والهيئات المكلفة بالأحداث، مما يفرض لزوما التعجيل بهذا التنفيذ، ثم تتبعه من خلال الزيارات التفقدية، خلافا لما يعتقده البعض من عدم تكليف النيابة العامة بذلك، وإلا لمذا نص المشرع على ضرورة استشارتها وضرورة تبليغ كافة الأوامر والقرارات الخاصة بالأحداث إليها، ولماذا خولها صلاحية التماس اتخاذ التدابير المناسبة لفائدة الطفل، بل والتماس تغييرها عندما تتضح الحاجة لذلك، وكيف يمكن للنيابة العامة أن تستشعر الحاجة إلى تغيير التدبير دون تتبع تطور وفعالية هذا التدبير.

- ويكون للنيابة العامة أيضا أثر مباشر على إعمال مبدأ عدم اللجوء إلى الاعتقال من خلال التماس التدبير الأنسب للطفل، وعدم التماس الإيداع في السجن وعدم التماس العقوبة السالبة للحرية. بالإضافة إلى جورها في الإشراف على الشرطة القضائية أثناء فترة البحث خاصة فيما يتعلق بالاحتفاظ بالحدث.

- مجلة الشؤون الجنائية، عدد خاص بمناسبة الحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة "العدالة الجنائية بالمغرب: أرقام ومعطيات، م س ص: 265-268.

الفقرة الثانية: مدى إلزامية إحالة الحدث من طرف النيابة العامة على قاضي التحقيق

فبرجوعنا إلى الفقرة الأولى من المادة 461 من ق م ج، يوحي ذلك بإلزامية إحالة الحدث مع الملف على قاضي الأحداث، إلا أن الفقرة الثانية من نفس المادة تفيد أن ما يحال على قاضي الأحداث هو الملف وليس الحدث، وهذا التناقض مرده هو عدم استعمال عبارات ومصطلحات دقيقة من طرف المشرع، بحيث يلاحظ أنه يستعمل عبارة (إحالة الحدث على قضاء الأحداث)، ومرة أخرى يستعمل عبارة (إحالة ملف الحدث على قضاء الأحداث)[1].

فالنيابة العامة حينما تتخذ إجراء ما في حق الحدث أثناء فترة البحث التمهيدي، فإذا كانت أمرت بالاحتفاظ بالحدث مثلا فلا إشكال، فهنا يقدم الحدث أمامها رفقة المحضر المنجز في حقه، لكن إذا كانت أمرت بتسليم الحدث إلى ذويه أو من يتولى رعايته فعمليا قد لا يتم إحضار الحدث الجانح من طرف من سلم إليه، وقد لا يكون هذا الأخير عالما بتاريخ إحالة الملف على قاضي الأحداث، فهنا تكون النيابة العامة مضطرة لإحالة الملف دون الحدث إلى القاضي المختص.

ومما يزكي عدم إلزامية إحالة الحدث من طرف النيابة العامة على قاضي الأحداث هو لغة الإمكان (يمكن) المستعملة في المادة 471 من ق م ج والتي تفيد جواز اتخاذ قاضي الأحداث لتدبير من تدابير نظام الحراسة المؤقتة في حق الحدث الجانح، في حين لو كانت إحالة هذا الأخير إلزامية في كل الحالات لكان المشرع أوجب على قاضي الأحداث اتخاذ إجراء في حق الحدث لا تخييره هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 478 من ق م ج تؤكد أن إحالة الملف إلى قاضي الأحداث دون الحدث يبقى أمرا جائزا من الناحية القانونية[2]، و النهج نفسه سارت عليه غالبية التشريعات المقارنة كالتشريع الجزائري والمصري والتونسي، وهو ما ذهب إليه أيضا التشريع التونسي في مجلة الطفل على عدم جواز القيام بالدعوى المدنية أمام محاكم الأطفال مع إمكانية العمل بالواسطة.

وتقوم النيابة العامة بتكوين ملف خاص بالحدث المنحرف تحيله إلى قاضي الأحداث، أو إلى المستشار المكلف بالأحداث، وإذا وجد مع الحدث مساهمون أو مشاركون راشدون، فإنها تقوم بفصل قضية الحدث عن قضيتهم، ويمنع على النيابة العامة أن تعتقل الحدث أو تتخذ في حقه أي تدبير.

ويلاحظ أن المشرع قد أفرد النيابة العامة بهذا الإجراء كي لا يفتح باب الاتهام لكل من يرى أن انحراف الحدث عرض مصلحة من مصالحه المحمية قانونا للضرر، هذا بالإضافة إلى تضخم الدعاوى الكيدية التي ستثقل كاهل السلطة العامة وتؤدي إلى التشهير والنيل من سمعة الحدث ونفسيته وشخصيته[3].

المطلب الثاني: مدى إمكانية إثارة الدعوى العمومية في حق الحدث ناقص الأهلية (الذي يقل سنه عن 12 سنة)

وهذا إشكال عملي مرده ليس قانونيا، إذ أنه بالرجوع إلى المادة 458 من ق م ج في فقرتها الثانية نجدها تنص على ما يلي: "يعتبر الحدث إلى غاية بلوغه 12 سنة غير مسؤول جنائيا لانعدام تمييزه"، وهو نفس المقتضى الذي أكده الفصل 138 من القانون الجنائي[4]. إلا أن الفقرة الثالثة من المادة 468 من ق م ج تنص على أنه لا يمكن أن يتخذ في حق الحدث الذي لم يبلغ 12 سنة من عمره سوى التسليم لأبويه أو حاضنه أو الوصي عليه أو المقدم عليه أو كافله أو الشخص أو المؤسسة المعهود إليها برعايته، كما أن المادة 473 من نفس القانون في فقرتها الأولى نصت على أنه لا يمكن أن يودع في مؤسسة سجنية الحدث الذي يقل سنه عن 12 سنة كاملة ولو

[1]- سفيان أدريوش، الدور الإجرائي للنيابة العامة في معالجة ظاهرة جنوح الأحداث، الخيارات والإشكاليات، مجلة المحاكمة، العدد3، السنة 2007.

[2] - مليكة أبودياز، ضمانات الحدث الجانح، مقال منشور بمجلة المعيار، ع 46، دجنبر 2011، ص: 63.

[3] - مراد دودوش، حماية الطفل في التشريع الجنائي المغربي جانحا وضحية دراسة مقارنة رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سيدي محمد بن عبد الله –فاس- السنة الجامعية 2003/2002ص: 77.

[4] - ينص الفصل على أن: الحدث الذي لم يبلغ 12 سنة كاملة يعتبر غير مسؤول جنائيا لانعدام تمييزه.

بصفة مؤقتة مهما كان نوع الجريمة، كما حددت المادة 480 من نفس القانون تدابير بديلة للاعتقال والتي يمكن اتخاذها في حق الحدث الذي يقل عمره عن 12 سنة.

وهذا الوضع القانوني جعل أحد الباحثين المغاربة[1] يقترح إعادة النظر في صياغة الفقرة الرابعة من المادة 480 من ق م ج، والفقرة الثانية من الفصل 138 من ق ج، وذلك بالنص على أن الحدث الذي لم يبلغ 12 سنة لا يمكن متابعته أو محاكمته، واعتبر أن المشرع المغربي قد وقع في تناقض واضح.

وفي سياق خيار النيابة العامة متابعة الحدث الجانح في حال ثبوت قيامه بفعل جرمي ضد الغير، فإنه إذا ارتكب مثلا جناية القتل وعمره لا يبلغ 12 سنة، فالنيابة العامة حينما تقرر متابعته فإن ذلك يجب أن يكون بهدف تفعيل التدابير الإجرائية بطريقة غير مباشرة، وذلك بمتابعة حدث منعدم المسؤولية الجنائية وإحالته على المستشار المكلف بالأحداث لتمكين هذا الأخير من اتخاذ التدبير الملائم لحالته في الحدود المسموح بها قانونا، وهو ما ينسجم والهدف المتوخى من التدابير المتخذة في حق الأحداث ألا وهو الوقاية والحماية والتهذيب[2].

وعموما، يمكن القول في هذا المجال، إن التدابير المتخذة في حق الحدث منعدم المسؤولية الجنائية بصفة خاصة، والتدابير المتخذة في حق الأحداث الواردة في قانون المسطرة الجنائية بصفة عامة تهدف أساسا إلى مواجهة الخطورة الإجرامية وليس الجريمة التي ارتكبها الحدث حتى لا يتحول من جانح إلى مجرم خطير في المستقبل.

فبالرغم من السلطات التي أعطاها المشرع المغربي للنيابة العامة بخصوص قضايا الأحداث، والتي تتمثل أساسا في إشرافها ورقابتها لأعمال الضابطة القضائية خلال مرحلة البحث التمهيدي، خاصة فيما يتعلق بتفعيل ضمانات وضع الحدث الجانح تحت المراقبة بمصلحة الشرطة[3]، فإنه أعطى للمتضرر الحق في إقامة الدعوى العمومية في حالة إذا تهاونت النيابة العامة في ذلك، ولم تقم بتحريك المتابعة على إثر الجريمة التي تضرر منها[4]، إلا أنه منع المتضرر من ممارسة هذا الحق في الجريمة التي يرتكبها الحدث الجانح، وإن كان من حقه أن يمارس الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض، فقد نصت المادة 463 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "يمارس الدعوى العمومية عند إجراء متابعة في الجنح والمخالفات التي يرتكبها أحداث، وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المنتصب في دائرتها قاضي الأحداث المختص، ويمارسها الوكيل العام للملك في الجنايات والجنح المرتبطة بها".

في حالة ارتكاب جريمة يخول القانون فيها لإدارات عمومية الحق في متابعة مرتكبها، فإن النيابة العامة مؤهلة وحدها لممارسة هذه المتابعة استنادا إلى شكاية سابقة تقدمها الإدارة التي يهمها الأمر.

لا يمكن إقامة الدعوى العمومية في حق حدث من قبل الطرف المدني، وفي المقابل أوجب المشرع ضرورة تقديم شكاية للنيابة العامة من طرف الإدارة التي خول لها القانون صلاحية تحريك الدعوى العمومية كإدارة الجمارك[5] إذا تعلق الأمر بارتكاب الحدث الجانح لجنح المخدرات بمختلف أنواعها أو تهريب بضاعة محظورة...، وإدارة المياه والغابات[6] في حالة ارتكاب لأفعال تمس مصالحها

---

[1] - عسال بوشعيب، إشكالية محل نقاش على ضوء قانون المسطرة الجنائية، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 105، 2006، ص: 96-97.

[2] - منال منصور، المحاكمة العادلة للأحداث من خلال قانون المسطرة الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة العلوم الجنائية، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2009/2008، ص: 27.

[3] - عبد اللطيف كداي، ضمانات المشبوه فيه (الحدث) في مرحلة البحث التمهيدي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، وحدة قضاء الأحداث، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية بفاس، السنة الجامعية 2008/2007، ص: 96.

[4] - الادعاء بالحق المدني هو حق من الحقوق الممنوحة للمتضرر لكي يحرك الدعوى العمومية إما بواسطة الاستدعاء المباشر أمام المحكمة إذا تعلق الأمر بجنحة أو مخالفة أو بواسطة الشكاية مصحوبة بالإدعاء المدني أمام قاضي التحقيق إذا تعلق الأمر بجناية.

[5] - الفصل 249 من مدونة الجمارك.

[6] - المادة 57 من ظهير المياه والغابات.

المحمية قانونا، وهذا المقتضى أتى به المشرع المغربي بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذه الإدارات وما يتطلبه البحث في مثل هذه المخالفات القانونية من تقنية وتخصص[1].

ويعتبر تقييد المشرع هذه الإدارات العمومية بتقديم شكاية إلى النيابة العامة عامل وقاية وحماية أفضل للحدث من الإكراه والضغط المعنوي الذي قد تمارسه بصفتها هاته على الحدث الذي لا يملك المؤهلات والإمكانيات الكافية لمواجهته. إلا أنه وبالرغم من هذا التقييد تظل مسألة حجية المحاضر المحررة من طرف الإدارات مطلقة لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور، وهي إمكانية يتعذر على الحدث القيام بها، الأمر الذي قد يهدم فلسفة عدالة الأحداث وبالتالي كان يجب استثناء قضايا الأحداث من هذه الحجية.

ومن جهة أخرى، وبالإضافة إلى إمكانية المتضرر تحريك الدعوى العمومية في حق الحدث الجانح كاستثناء من المبدأ العام الذي يرجع هذا الأمر للنيابة العامة وحدها، فإنه يمكن للحدث الضحية تحريكها كذالك عن طريق الادعاء المباشر، فعديم أهلية الضحية لا يمنعها لاحقا بعد بلوغها سن الرشد القانوني،من تحريك المتابعة ضد أصوله أو من عليه رعاية أو كفالة أو سلطة، لأن أمد التقادم بالنسبة للدعوى العمومية في هذه الحالة يبدأ في السريان من جديد ابتدء من بلوغ الضحية القاصر سن الرشد خلافا للقواعد العامة للتقادم في الميدان الجنائي.[2]

وعموما، ورغم استئثار النيابة العامة بصلاحيات تحريك الدعوى العمومية في قضايا الأحداث، فإنه يتعين عليها أن تنظر دائما إلى الحدث الجانح على انه حالة اجتماعية إنسانية خاصة تتطلب تفهما لأسبابها ودراية بكيفية التعامل مع جنوحها، فالحدث في حاجة إلى رعاية وعناية وكذالك نوع المعاملة تشعره بالأمان والطمانينية، وان القسوة معه قد تؤدي إلى غير المقصود منها، بل قد تدفعه غلى الرد عليها بعدوانية.

المطلب الثالث: آليات النيابة العامة المسطرية الخاصة بتنفيذ مسطرة حفظ الملف و بإجراء الصلح

إن أسلوب ملائمة المتابعة الذي تقوم به النيابة العامة وهي بصدد إقامتها للدعوى العمومية، يجعلها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في ذلك، فلها تمحيص ما يرد عليها من أدلة ومعلومات، فالنيابة العامة من منطلق ملاءمتها لظاهرة جنوح الأحداث والحد من التأثير السلبي المحتمل لمحاكمة الحدث الجانح يمكن أن تتخذ قرارا بحفظ القضية في حقه، حتى ولو كانت الأفعال ثابتة في حقه ثبوتا يقينيا، لأن الهدف من ذلك هو سلامة الحدث وحمايته وتقويم سلوكه وتربيته لا إيلامه وردعه(**الفقرة الأولى**) ، كما خول المشرع للنيابة العامة إجراء مسطرة الصلح بين الحدث الجانح والضحية إعمالا للمادة 461 من ق م ج كمقتضى تشريعي يكرس مبدأ العدالة التصالحية في قضايا الأحداث الجانحين (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: النيابة العامة وقرار حفظ الملف في حق الحدث الجانح: ماهية قرار الحفظ والأسباب الموجبة له

لقد اختلف الفقه في تحديد تعريف موحد لقرار الحفظ الذي تصدره النيابة العامة لتوقف المتابعة. فقد عرفه أحد الباحثين المصريين[3] بأنه "إجراء إداري يصدر من النيابة العامة بوصفها السلطة الإدارية المهيمنة على جميع الاستدلالات عملا بالمادة 16 من قانون الإجراءات الجنائية وما بعدها، ويجوز العدول عنه في أي وقت ولا يقبل تظلما أو استئنافات من المجني عليه، أو من المدعي بالحق المدني"، أو هو "أمر إداري من أوامر التصرف تصدره النيابة العامة للتصرف به مؤقتا عن إقامة الدعوى العمومية أمام محكمة

[1] - المادة 63 من الظهير المذكور.

[2] -وهذا ما أشارت إليه المادة 5 من ق م ج، والتي جاءت فيها"....غير أنه إذا كان الضحية قاصرا.....سن الرشد".

لكن الملاحظ هو أن عدم خضوع تكليف ممثلا لنيابة العامة، بالقضايا التي تخص الأحداث لأي مسطرة أو شكلية خاصة إذ يدخل هذا التكليف في إطار التنظيم الداخلي وتوزيع الأشغال داخل النيابة العامة من شأنه عدم تحقيق الغاية التي كان يتوخاها المشرع من جعله للنيابة العامة تنفرد بتحريك الدعوى العمومية في حق الأحداث، سواء كانوا جانحين أو ضحايا، والتي تتمثل أساسا في تحقيق أكبر ضمانة حمائية لهم.

[3] -عبد الرحيم صدقي، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية المصري، ج 1، دار المعارف القاهرة، ط 1، ط 1986، ص: 156.

الموضوع بغير أن يجوز حجية تقيدها، وللنيابة العامة العدول عنه في أي وقت ما دامت الدعوى العمومية لم تنقض بمضي المدة". وعرفه البعض الآخر[1] بأنه: "أمر يصدر عن النيابة العامة في الواقعة سواء كانت جناية أو جنحة أو مخالفة عقب جمع الاستدلالات وقبل مباشرة أي إجراء من إجراءات التحقيق". في حين أرجع أحد الباحثين المغاربة[2] قرار الحفظ إلى مبدأ ملاءمة المتابعة حينما يبدو للنيابة العامة أن المتابعة لا تتوفر على شروط القبول أو مضرة بالنظام العام.

وفي هذا الإطار، أجمع العديد من فقهاء القانون[3]، وحتى المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) على أن قرار الحفظ هو قرار إداري، إذ جاء في إحدى قرارات هذا الأخير[4] أن: "القرار الصادر من ممثل النيابة العامة بحفظ ملف الشكاية ليس بحكم قضائي متمتع بقوة الشيء المقضي به، وإنما هو تدبير إداري"وتعليقا على هذا القرار، ذهب أحد الباحثين[5] المؤيدين للطبيعة القضائية لقرار الحفظ الذي تتخذه النيابة العامة إلى القول بأنه "يجب على القضاء المغربي أن ينظر إلى هذا القرار من منظور الحجية وليس من منظور قوة الشيء المقضي به".

وإذا كان المشرع المغربي قد اعتبر إجراء الحفظ قرارا إداريا قابلا للإلغاء[6]، فإن بعض التشريعات المقارنة وضمانا منها لحق الضحية من تعسف النيابة العامة عند اتخاذها قرار الحفظ، خولته حق إحالة هذا القرار على غرفة الاتهام[7]، في حين مكنت تشريعات أخرى المشتكي من اللجوء إلى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف في حالة رفض الطعن[8].

وتماشيا مع موقف التشريعات المقارنة، أقر المشرع المغربي في حالة ما إذا كان المتضرر من الفعل الجرمي حدثا إمكانية سلوك طريق تقديم شكوى مع المطالبة بالحقوق المدنية[9].

وعموما، فقرار الحفظ الذي قد تتخذه النيابة العامة في حالة ما إذا ظهر لها أنه لا محل لإثارة الدعوى العمومية في حق حدث جانح، هو قرار مؤقت، وليس له علاقة بالحكم، لكنه يجب أن يستند على أسباب تبرره، والتي تجعله في حالة توفرها يرتب آثارا مختلفة، ويجدر بنا القول إن قرار الحفظ الذي تتخذه النيابة العامة في حق حدث جانح يعد من بين الضمانات المخولة لصالحه باعتبار أن هذا القرار يجنبه ويدرأ عنه مخاطر المتابعة والمحاكمة وانعكاساتها عليه من الناحية النفسية، وبالتالي يجب تفعيل هذا التدبير الإجرائي كلما أمكن بالإضافة إلى قرار الصلح.

وتتعدد الأسباب التي توجب على النيابة العامة حفظ الملف، وهي كلها تنصب في تحقيق ضمانة حماية للحدث الجانح، ويمكن إيجازها فيما يلي:

-عدم توفر أركان الجريمة

-عدم كفاية الأدلة، وفي حالة ظهور أدلة جديدة تتراجع النيابة العامة عن قرار الحفظ[1]

---

[1] -محمد عوض، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية، ج 1، دار المطبوعات الحكومية، الإسكندرية، مصر، ص: 209.

[2] -الحبيب بيهي، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط 1، 2006، ج 2، ص: 50.

فاعتماد الوساطة في سياق السياسة التشريعية الوقائية أو التوفيقية كآلية صلح تؤدي إلى تفادي العقوبة المنسوجة من خلال ربط الاتصال بين مرتكب الجريمة والمتضرر منها قصد حل النزاع تفادي المحاكمة، وذلك بكل حرية وتلقائية أنظر:

Jocclyne le Bois, Happe, la médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des tieux et perspectives, heure de science criminelle. 3 juillet. Septembre 1994.

[3] -علي فضل الوعينين، سلطة الادعاء العامة في التصرف في الاستدلال والتحقيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2001، ص: 153.

[4] -قرار رقم 349 أورده عبد الواحد العلمي في الهامس رقم 71 في كتابه: شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، م س، ص: 102.

[5] -إدريس العروسي المسكسف، حفظ الأوراق في قانون المسطرة الجنائية المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في العلوم الجنائية، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 73.

[6] -المادة 40 من ق م ج.

[7] -Granier, la partie civile au procés pénal, R.S.G, Ed 1958, p: 60 et suivant.

[8] -J. Zissiardis, le nouveau code de procédure criminelle, R.S.G, Ed 1954, p: 83 et suiv

[9] -سعاد التيالي، م س، ص: 51.

-سبق صدور حكم حائز لحجية الأمر المقضي به

-الإحالة على محكمة أخرى مختصة

-وفاة المتهم[2].

وتوفر هذه الأسباب الموجبة لحفظ الملف، تترتب عليه آثار عديدة، يمكن إجمالها فيما يلي:

-إنهاء مؤقت أو دائم للدعوى العمومية، مع التأكيد على أن قرار الحفظ هذا لا يلزم النيابة العامة، إذ يمكنها التراجع عنه عند ظهور عناصر جديدة تفيد في البحث

-لا يسوغ الطعن في قرار الحفظ أمام القضاء

-إن قرار الحفظ لا يمنع المتضرر من اللجوء إلى طريق الادعاء المدني إذا تحققت شروطه[3].

إن قرار النيابة العامة بحفظ الملف لا ينقطع به أجل تقادم الدعوى العمومية[4].

لكن ما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال هو أنه إذا كانت النيابة العامة في قضايا الراشدين لا تأمر بحفظ الملف إلا إذا توفرت جملة من الأسباب، ككون الوقائع موضوع الشكاية أو الوشاية أو المحضر لا تكتسي طابعا جرميا، وكعدم كفاية الأدلة لإثبات الجريمة، أو أن معرفة مرتكب الفعل الجرمي لم تتيسر[5]، فإنه في قضايا الأحداث تستطيع النيابة العامة من مطلق ملاءمتها لمعالجة جنوح الأحداث والحد من التأثير السلبي المحتمل لمحاكمة الحدث الجانح أن تتخذ قرارا بحفظ الملف في حقه حتى ولو كانت الأفعال في حقه، فالهدف هو سلامة الحدث وحمايته وتقويم سلوكه لا إيلامه وردعه[6].

وقد جرت العادة على المستوى العملي، أن تعلل النيابة العامة قرارات الحفظ وتشعر بالمشتكي، حتى يتمكن من ممارسة حقه في التظلم إلى النيابة العامة التي أصدرت القرار من أجل مراجعته[7]، لا سيما إذا كانت لديه معطيات أخرى تخالف الأسباب التي اعتمد عليها في قرار الحفظ أو التظلم إلى الجهة الأعلى في التسلسل الرئاسي للنيابة العامة[8]، والتي يمكنها في إطار سلطتها الرئاسية أن تامر النيابة العامة المعنية بالعدول عن قرار الحفظ وتحريك الدعوى العمومية من جديد.

وعموما، فالنيابة العامة عند اتخاذها قرار الحفظ في حق الحدث الجانح، تكون قد لامست السياسة التشريعية في مجال جنوح الأحداث المبنية على ضماناته وحمایاته وسلامة وتقويم سلوكه وتجنيبه ما أمكن هول الإجراءات الجنائية لكن ما العمل في حالة ما إذا اتخذت النيابة العامة قرارا بالحفظ وتعذر عليها تسليم الحدث إلى دويه أو من تولى رعايته؟.

وفي هذه الحالة، وفي إطار ضمانات الحدث وحماية مصلحته فإنه يجوز للنيابة العامة إيداع الحدث شريطة ألا يكون سنه بمراكز الملاحظة أو مؤسسة مختصة، بالرغم من ان هذا الإيداع كتدبير إجرائي بعد قرار الحفظ يجعل وضعية الحدث الجانح من الناحية القانونية غير سليمة، وبالتالي ومن اجل حمايته يجب على النيابة العامة إما أن تثير المتابعة في حقه إن توفرت شروطها وتحيله على قاضي الأحداث رفقة الملف لاختصاصه، وإما أن تحيله مباشرة دون أية متابعة على القاضي السالف الذكر، والذي قد يكلف أحد

---

[1] -الفقرة 4 من المادة 40 من ق م ج.

[2] -مليكة أبوديار، ضمانات الحدث الجانح، مقال منشور بمجلة المعيار، ع 46، دجنبر 2011، ص: 65.

[3] - المواد 93 إلى 98 من نفس القانون.

[4] - جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 4907 وتاريخ 1961/04/22، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عن سنوات 1957-1961 والذي جاء فيه: (إن القرار الصادر عن ممثل النيابة العامة بحفظ الشكاية ليس بحكم قضائي متمتع بحجية الشيء المقضي به وإنما هو تدبير إداري).

[5] - وزارة العدل: شرح قانون المسطرة الجنائية، ج 1، م س، ص: 164 وما يليها.

[6] - سفيان أدريويش، م س، ص: 73.

[7] عبد الخاق البقالي، دور النيابة العامة في معالجة ظاهرة جنوح الأحداث ، الخيارات والإشكاليات ،رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص بطنجة السنة الجامعية 2010/2009 ص 66

[8] - يوجه التظلم إلى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف التي تتواجد بدائرتها النيابة العامة المصدرة للقرار أو لوزير العدل.

مندوبي الحرية المحروسة قصد إعداد تقرير حوله (الحدث الجانح)من اجل العمل على تسليمه غلى دويبه أو إيداعه في المركز المؤهل لاستقباله في حالة ما إدا امتنعت العائلة عن تسلمه بسبب عدم استطاعته وأهليتها لتربيته[1].

الفقرة الثانية: آليات إجراء الصلح كخيار بديل بين الحدث الجانح والضحية

الصلح هو أسلوب قائم على التراضي لإدارة الدعوى العمومية خارج النطاق القضائي[2]، وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه "نزول الهيئة الاجتماعية عن حقها في الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذي قام عليه الصلح، ويحدث أثره بقوة القانون مما يقتضي من المحكمة إذا ما تم التصالح في أثناء نظر الدعوى أن تحكم بانقضاء الدعوى الجنائية، أما إذا وقع التراضي إلى ما بعد الفصل فإنه يرتب عليه وجوبا وقف تنفيذ العقوبة الجنائية المقضي بها"[3].

واستجابة من المشرع المغربي للنداءات القانونية الدولية بهدف ضمان وصيانة حقوق الضحايا[4] تم التنصيص على مسطرة الصلح في قانون المسطرة الجنائية[5]، واعتبر هذا الإجراء حلا وسطا بين قراري الحفظ والمتابعة اللذين تملكهما النيابة العامة، حيث سيمكن من تجنب متابعة المتهم من جهة ويقدم في نفس الوقت حلا للضحية للحفاظ على حقوقه وتضميد جراحه وصيانة حقوق المجتمع من جهة. أسوة من التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي[6] والبلجيكي والتونسي[7]، عمد المشرع المغربي من خلال قانون المسطرة الجنائية الجديد على تبني إجراء المصالحة كآلية لاستبدال العقوبة السالبة للحرية وفض النزاع قبل تحريك الدعوى العمومية[8]، وذلك طبقا للمادة 461 من ق م ج، حيث نصت على أنه "يمكن للنيابة العامة في حالة ارتكاب جنحة إذا وافق الحدث ووليه القانوني وكذلك ضحية الفعل الجرمي تطبيق مسطرة الصلح المنصوص عليها في المادة 41 من هذا القانون"، أي كلما تعلق الأمر بجنحة ضبطية، وعند التراضي وموافقة وكيل الملك على ذلك.

ويشكل هذا المقتضى الذي حاول المشرع المغربي السير فيه في قضايا الأحداث –مستشردا بما وصلت إليه مختلف الأنظمة القانونية المقارنة- معتمدا على ما تم إرساؤه على مستوى الاتفاقيات والقواعد الأممية ذات الصلة[9]، أهمية قصوى في جرائم الأحداث، ذلك أن الطابع الذي يميز التعامل مع الأحداث الجانحين والمعالجة القضائية لجرائمهم تتخذ بعدا اجتماعيا بالأساس على اعتبار أن ظاهرة الجنوح لذا هذه الفئة هي ظاهرة اجتماعية، وبالتالي فمحاولة إيجاد حلول لها خارج إطار المحاكمات العادية هو أمر يتماشى مع التوجه العام في مجال عدالة الأحداث[10].

---

[1] مليكة أبو ديار ،م س، ص، 66

[2]- Dobkine, la transaction en matière pénale "Recueil Dalloz", 1994, p: 138.

[3] - هيثم عبد الرحمن البقلي، الأحكام الخاصة بالدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2005، ص: 334.

[4] - وذلك من خلال قانون المسطرة الجنائية، التي ورد في ديباجتها، أن من أسباب الاطمئنان. إلى العدالة الجنائية هو تمكين الضحايا من الوصول إلى حقوقهم عن طريق تسوية حبية دون اللجوء إلى حكم قضائي، علما أن من أسباب استمرار الأمن واستتاب الطمأنينة بالمجتمع تحقيق تصالح بين طرفي الخصومة مباشرة، وهو ما يؤدي إلى رأب الصدع وجبر الضرر والحد من النزاعات الانتقامية.

[5] - المادة 41 منها، إلى جانب ما نصت عليه المادتين 372 التي تتعلق بوقف ير إجراءات الدعوى العمومية والمادة 375 التي تخص السند التنفيذي في المخالفات الذي يشكل نمطا من أنماط الصلح الزجري.

[6] - نص المشرع الفرنسي في المادة 1-1 من قانون 45-174 الصادر في 1945/2/2 يمكن للنيابة العامة أو المؤسسة المكلفة بالتحقيق أو محكمة الحكم أن تقترح على الحدث تدبير أو إجراء مساعدة أو إصلاح اتجاه الضحية أو من أجل المصلحة العامة ولا يمكن أن يأمر بهذا الإجراء إلا بعد موافقة الضحية وعندما يقترح هذا التدبير قبل تحريك المتابعة بطلب وكيل الجمهورية موافقة الحدث أو ممارس السلطة الأبوية بضم هذا الاتفاق إلى ملف القضية

[7] - تنص المادة 113 من مجلة حماية الطفل على أن الوساطة آلية ترمي إلى إبرام الصلح بين الطفل الجانح ومن يمثله قانونا وبين المتضرر وتهدف إلى إيقاف مفعول التبعات الجزائية أو المحاكمة أو التنفيذ.

[8] - لحسن بيبي، أي دور للنيابة العامة، في أفق ق م ج ج، مجلة أنفاس حقوقية، دراسات وأبحاث في ق م ج ج، ص: 62.

[9] -حميد المومني، المعالجة القضائية لجرائم الأحداث، دراسة على ضوء العمل القضائي المغربي، رسالة لنيل دبلوم د ع أ في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قضاء الأحداث، بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بفاس، السنة الجامعية 2008/2007، ص: 40 وما يلها.

[10] -إدريس ساحي، الحماية القانونية والقضائية للحدث الجانح في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المتخصصة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قضاء الأحداث، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية بفاس، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 45-46.

بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 461 من ق م ج -التي أحالت على المادة 41 من نفس القانون- يجوز للحدث ووليه القانوني معا أو ضحية الفعل الجرمي أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر قانوني، وفي حال موافقة هذا الأخير[1] وتحريره محضرا بذلك[2]، يحيله على رئيس المحكمة الابتدائية ليقوم هو أو من ينوب عنه بالتصديق عليه[3] بحضور ممثل النيابة العامة المكلف بالأحداث والطرفين أو دفاعهما بمقتضى أمر قضائي[4] لا يقبل أي طعن ويتضمن هذا الأخير ما يلي:

-ما اتفق عليه الطرفان

-أداء غرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا

-تحديد أجل لتنفيذ الصلح[5]

وتتم مسطرة الصلح وفق الشكل المنصوص عليه في المادة 41 من ق م ج، حيث تكون المبادرة باقتراح من النيابة العامة نظرا لقلة دراية الحدث بمزايا الصلح، فيحرر وكيل الملك محضرا يضمن فيه ما اتفق عليه الأطراف، ثم يوقعه ويحيله على رئيس المحكمة الابتدائية ليقوم بالتصديق عليه بغرفة المشورة بعد استدعاء الأطراف، ولا يقبل أمر رئيس المحكمة أي طعن ويشعر رئيس المحكمة وكيل الملك بالأمر الصادر عنه ويتأكد هذا الأخير من تنفيذ الالتزامات التي اتفق عليها الطرفان وصادق عليها رئيس المحكمة[6].

وكنتيجة للمصالحة تسقط الدعوى العمومية، ويترتب عن ذلك عدم تسجيل الحدث الجانح في سجل السوابق وبالتالي إفلاته من احتساب حالة العود لديه، وفي الحقيقة مهما وصف البعض من أن المصالحة إجراء يخدم مصلحة الأغنياء دون الفقراء المعسرين، إلا أنني أرى أنه يخدم بالدرجة الأولى مصلحة الحدث في تجنيبه متاعب المتابعة والمحاكمة وصدور حكم يدينه، ناهيك عن النفقات والمصاريف المرتبطة بالدعوى العمومية، كما أنه يخدم مصلحة الضحية باستفادته من سرعة الإجراءات ورد الاعتبار له وتمكينه من التعويض.

---

[1] -لقد أثارت موافقة وكيل الملك على الصلح جدلا فقهيا، ليس فقط على المستوى الوطني بل حتى على المستوى الدولي، فمنهم من يرى بأن النيابة العامة ليست مؤهلة لإجراء الصلح لعدة اعتبارات:

-كونها تلعب دور الخصم والحكم في نفس الوقت، وهذا لا يدعو إلى الاطمئنان

-عدم توفر الوقت الذي يجب أن يخصص لكل قضية على حدا، نظرا لكثرة الأعمال المنوطة بالنيابة العامة، مما يؤدي إلى اللجوء إلى وسائل أخرى كالضغط على المجني عليه، مما يجعله يقبل إجراء الصلح خوفا من تحريك الدعوى العمومية في حقه، وهو ما يشبه عقود الإذعان، ويرى هذا الاتجاه أنه من الأجدر منح هذا الاختصاص للقاضي الجالس باعتباره مؤهلا أكثر، في حين يرى جانب آخر أن الصلح يجب أن يمر من قناة غير المحاكم بعيدا عن قاعاتها.

-أنظر: تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان، ج 1، مجلس النواب حول مناقشة قانون 01/22 المتعلق بقانون المسطرة الجنائية، أورده هشام محسن، م س، ص: 101 وما بعدها.

-مدحت رمضان، بدائل الدعوى الجنائية والعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، مقال منشور في السياسة الجنائية بالمغرب، واقع وآفاق، بمناسبة الأعمال التحضيرية للمناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9، 10، 11، المجلد 2، ع 4، السنة 2005، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، مطبعة فضالة، المحمدية، ص: 319.

[2] -يتم تحرير هذا المحضر من طرف وكيل الملك بحضور الطرفين أو دفاعهما ما لم يتنازلا أو يتنازل أحدهما عن ذلك، ويتضمن هذا المحضر بالإضافة إلى محتوى الإتفاق الحاصل بين الأطراف، إشعار وكيل الملك لهما أو لدفاعهما بتاريخ الجلسة التي تعقدها غرفة المشورة، توقيع المحضر من الأطراف والنيابة العامة.

[3] -إن السبب الحقيقي من وضع المشرع لقيد مصادقة رئيس المحكمة أو من ينوب عنه فيما اعتقد هو إضفاء الرقابة القضائية على هذه الآلية الجديدة، وتوسيع ضمانات الأطراف موضوع الصلح.

[4] -طرحت طبيعة وحجية هذا الأمر القضائي إشكاليات باعتبار أن المشرع خول للنيابة العامة إمكانية تحريك المتابعة من جديد في حالة الامتناع عن تنفيذ ما تضمنه هذا الأمر، مما يطرح تساؤل حول مدى إمكانية تنفيذه جبرا؟ أنظر كل من:

-رشيد مشقاقة، دليل النيابة العامة في مسطرة الصلح الزجري، مكتبة السلام، الرباط 3 2004/1، ص: 44-45.

- محمد بن حمو، قضاء الصلح أو غرفة المشورة في ظل قانون المسطرة الجنائية، مقال منشور بمجلة الملف ع 3، س 2004، ص: 91.

[5] -للمزيد من المعلومات أنظر كل من:

- عبد الواحد العلمي، م س ، ص: 207 وما بعدها

- سعاد التيالي، م س، ص: 65 وما يليها.

[6] -آمال بوطلحة، التعديلات الجوهرية في قضاء الأحداث وفق المعايير الدولية، مجلة محكمة عدد 6 سنة 2002، ص: 298.

وانسجاما أيضا مع مبادئ الأمم المتحدة المعروفة بمبادئ الرياض التوجيهية نص قانون المسطرة الجنائية الجديد على إمكانية التماس النيابة العامة إيقاف سير الدعوى العمومية بعد إقامتها، وقبل صدور حكم نهائي في جوهر القضية إذا ما تم سحب الشكاية أو تنازل المتضرر، أو إذا اقتضت المصلحة ذلك مع إمكانية مواصلة النظر فيها بطلب من النيابة العامة ما لم تكن قد سقطت بالتقادم[1] أو لسبب آخر وذلك في الأحوال الآتية:

أ-إذا لم يصادق رئيس المحكمة على الصلح الحاصل بين الطرفين

ب-إذا لم يتم تنفيذ الالتزامات التي صادق عليها رئيس المحكمة داخل الأجل المحدد

ج-إذا ظهرت عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية[2]

وبهذا يكون المشرع من خلال مسطرة الصلح قد ساير التشريعات المقارنة والصكوك الدولية، فالمادة 11 من قواعد بكين تنص على أنه "حينما كان ذلك مناسبا ينظر في إمكانية معالجة قضايا الأحداث دون اللجوء إلى محاكمة رسمية من قبل السلطة المختصة...".

[1] -المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية المغربي .

[2] -المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

الجرائم المتعلقة بمهنة مراقب الحسابات ومسؤوليته الجنائية

مريم بلهوان

طالبة باحثة بصف الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،

جامعة محمد الاول، وجدة، المغرب

مقدمة

إن النظام القانوني المتعلق بجرائم الرقابة، يسعى إلى حماية مصالح الشركة وإلى الدفاع عن المصالح الأخرى المشروعة المرتبطة بها، وحياد مراقب الحسابات واستقلاله هو المقدمة الضرورية واللازمة لأية رقابة جدية وفعالة وموضوعية على حسابات الشركة

فالمشرع المغربي حدد الإطار العام للنظام القانوني المرتبط بجرائم الرقابة من المادة 159 من قانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة[1] إلى المادة 181 من نفس القانون ، وبذلك يكون المشرع قد حدد التنظيم القانوني لمؤسسة مراقب الحسابات للحديث عن تعيينات هذا الجهاز داخل الشركة وفترات الانتهاء وكل ما يتعلق بجهة التعيين والعدد الأدنى والأقصى، وكذلك الجرائم المتعلقة بمهنة مراقب الحسابات ومسؤوليته الجنائية داخل الشركة، للحديث عن حالات التنافي القانونية التي يمكن أن يقع فيها مراقب الحسابات داخل الشركة وإشكالية التبليغ عن جرائم الشركات التي يكتشفها أثناء مزاولته لمهامه.

و نظرا لما تشكله شركات المساهمة من أهمية اقتصادية ومالية في الحياة التجارية، فإن أي إخلال من داخلها قد يؤثر على مستويات أخرى حيوية، ولهذا السبب عمل المشرع المغربي على ترسيخ الترسانة الجنائية لردع مراقب الحسابات عما قد يقوم به من أعمال إجرامية داخل الشركة، ويلتزم مراقب الحسابات بالعديد من القيود ليتسنى له القيام بمهنته، والاستمرار فيها، وقد أطر المشرع المغربي ذلك في قانون 95-17 بالإضافة إلى قانون89-15.

ولدراسة هذا الموضوع سنقسمه إلى محورين:

المحور الأول : حالات التنافي

المحور الثاني: العقوبات الزجرية المقررة لخرق حالات التنافي ومدة تقادمها

[1]- القانون رقم 17/95 المتعلق بشركات المساهمة وفق ما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 20/05 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5639 بتاريخ جمادى الثاني 1429 الموافق 16 يوليوز 2008.

المحور الأول : حالات التنافي

لقد حدد المشرع المغربي حالات التنافي لمراقب الحسابات في قانون شركات المساهمة الذي كان يهدف من خلاله إلى ضمان استقلال مراقب الحسابات وحياده ونزاهته، بحيث نص المشرع في إطار هذا القانون على مجموعة من الحالات التي يتلاشى فيها هذا الاستقلال تتمثل في حالات التنافي المنصوص عليها في المادة 161 من ق ش م.

فحالة التنافي هي وضعية تقررها الأنظمة القانونية للمهن الحرة أو الوظيفة العمومية، والهدف منها الشخص المعني بالأمر لا يمكنه أن يكون في الوقت نفسه في حالتين متناقضتين، وذلك بالجمع بين مركز الموظف العمومي ومركز المهنة الحرة أو الجمع بين مهنة حرة وممارسة التجارة في نفس الوقت[1].

وقد حدد المشرع المغربي مجموعة من الشروط لحالات التنافي ، إذا اجتمعت في مراقب الحسابات وقع هذا الأخير في حالات التنافي القانونية وهذا ما أكده المشرع المغربي في المادة 161 من قانون شركات المساهمة المغربي حيث نص فيها" لا يمكن تعيين الأشخاص الآتي ذكرهم كمراقبي حسابات:

1- المؤسسون وأصحاب الحصص العينية والمستفيدون من امتيازات خاصة وكذا المتصرفون وأعضاء مجلس الرقابة أو مجلس الإدارة الجماعية بالشركة أو الشركات التابعة لها.

2- أزواج الأشخاص المشار إليهم في البند السابق وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية.

3- الذين يزاولون لفائدة الأشخاص المشار إليهم في البند 1 أعلاه، أو لفائدة الشركة أو الشركات التابعة لها وظائف قد تمس باستقلاليتهم أو يتقاضون أجرا من إحداها عن وظائف غير تلك المنصوص عليها في هذا القانون.

4- شركات الخبرة في المحاسبة التي يكون أحد الشركاء فيها في وضع من الأوضاع المشار إليها في البنود السابقة وكذا الخبير المحاسب، الشريك في شركة للخبراء المحاسبين حيث تكون هذه الأخيرة في وضع من هذه الأوضاع، ولا يمكن أن يعين كمراقبي حسابات لنفس الشركة خبيرات أو عدة خبراء محاسبين ينتمون بأي صفة كانت إلى نفس شركة الخبراء أو نفس المكتب، وإذا طرأ أحد دواعي التنافي المشار إليها أعلاه خلال مدة مزاولة المراقب مهامه، تعين على المعني بالأمر الكف فورا عن مزاولة مهامه وإخبار مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة بذلك داخل أقصاه 15 يوما بعد حدوث حالات التنافي"

أما فيما يخص حالات التنافي بالنسبة للتشريع السويسري فقد حددها المشرع في المادة 220 من قانون الشركات السويسري التي نصت على أنه:" لا يجوز أن يكون مراقبا للحسابات:

1- المؤسسون وأصحاب الحصص العينية والمستفيدون من امتيازات خاصة والمديرون أو عند الاقتصاد أعضاء المديرية أو مجلس الرقابة في الشركة أو في فروعها.

2 - الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة لأي من الأشخاص السابقين.

3 - المديرون وأعضاء المديرية أو مجلس الرقابة وأزواجهم في الشركات التي تملك عشر رأسمال الشركة أو التي تملك الشركة عشر رأسمالها.

4 - الأشخاص الذين يتقاضون بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو بواسطة شخص وسيط إما من الأشخاص المشار إليهم في البند 1 أو من الشركة نفسها أو من أي شركة نفسها أو من أي شركة أخرى أشير إليها في البند 3 أجرا أو مكافأة كيفما كان نوعها بسبب شغلهم لنشاط آخر غير نشاط مراقب الحسابات.

5 - شركات مراقبي الحسابات التي يوجد أحد شركائها أو المساهمين فيها أو أحد مسيريها في وضعية من الوضعيات السابقة.

6 - أزواج الأشخاص الذين يتقاضون من المديرين أو أعضاء المديرية أو مجلس المراقبة أو من الشركة نفسها أو من الشركات الواردة في البند 3 أجرا أو مكافأة بسبب نشاط دائم غير نشاط مراقب الحسابات.

[1]- عبد الوهاب المريني: سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس، الرباط السنة الجامعية 1997-1998 ص 344.

7 - شركات مراقبي الحسابات التي يوجد أحد شركائها أو المساهمين فيها أو مسيريها وظائف مراقب الحسابات باسم الشركة بالنسبة لزوجه الذي يوجد في الوضعية المنصوص عليها في البند 6 السابق.

ويتجلى من خلال حالات التنافي القانونية لمراقب الحسابات (المادة 161 ق ش م) ثم المادة 220 من قانون الشركات السويسري تتلخص في مجموعة من الروابط والوظائف التي تتعارض وتتنافى مع استقلالية وحياد مراقب الحسابات، ويمكن تصنيفها كالآتي:

- حالات لها علاقة بتأسيس وإدارة الشركة أو فروعها
- حالات مبنية على رابطة الزوجية أو القرابة أو المصاهرة
- حالات مبنية على الروابط المالية
- حالات متعلقة بأعضاء شركة الخبرة المحاسبية.

1- حالة تأسيس وإدارة وتسيير الشركة

جاء في نص المادة 161 من ق ش م المغربي على أنه"لا يمكن تعيين الأشخاص الآتي ذكرهم كمراقبي حسابات: المؤسسون وأصحاب الحصص العينية والمستفيدون من امتيازات خاصة ، وكذا المتصرفون وأعضاء مجلس الرقابة أو مجلس الإدارة الجماعية بالشركة أو الشركات التابعة لها"

وهذا ما جاءت به فعلا المادة 220 من قانون الشركات السويسري" المؤسسون وأصحاب الحصص العينية والمستفيدون من امتيازات خاصة والمتصرفون أو عند الاقتضاء أعضاء المديرية أو مجلس المراقبة في الشركة أو في فروعها"

وفيما يخص حالات التنافي التي نص عليها المشرع المغربي جاءت في المادة 161 من ق ش م ونفس الشأن بالنسبة للمشرع السويسري فقد تم التطرق إلى حالات التنافي في كل المادة 220 من قانون الشركات السويسري.

ما يمكن استنتاجه فيما يخص النصين المتعلقين بحالات التنافي القانونية المتعلقة بالمؤسسين وأصحاب الحصص العينية والمستفيدين من امتيازات خاصة، حيث أثيرت عدة خلافات فقهية فيما يخص مدة احتفاظ حالات التنافي المذكورة بصفتهم لأن نص المادة 161 من ق ش م المغربي[1] وكذلك المادة 220 من قانون الشركات السويسري جاءت فارغة من أي تحديد للآجال التي تلي تاريخ انتهاء مهامهم بحيث يرى بعض الفقه في فرنسا[2] أنه بتكوين الشركة بصفة نهائية تزول صفة المؤسس وبالتالي تجوز تعيين المؤسس في منصب مراقب إذا تم تأسيس الشركة وانقضت آجال دعاوى البطلان والمسؤولية.

أما فيما يخص جانب ثان من الفقه الفرنسي[3] فيرى أن صفة المؤسس هي صفة دائمة وغير قابلة للزوال بالتقادم ويحتفظ بصفته هذه وبالتالي لا يمكن تعيينه كمراقب للحسابات حتى بعد الانتهاء من إجراءات تأسيس الشركة، أما بخصوص صاحب الحصص العينية فيرى بعض الفقه[4] أنه لا يمكن تعيينه كمراقب حسابات إلا في الفترة التي تم فيها تقييم حصته العينية فقط وكذلك الشأن بالنسبة للمستفيد من الامتيازات الخاصة فهو يفقد صفقة هذه إذا لم يبق هناك وجود للامتيازات الخاصة ويعارض هذا الرأي "Bernard ley"لكون صفة صاحب الحصة العينية هي صفة دائمة ولا تفقد أبدا بل يجب التنصيص على استمرارية وبقاء حالة التنافي وكذلك الشأن بالنسبة للمستفيد من امتيازات خاصة لأن التنازل عن الامتيازات حسب رأيه من شأنه أن يدفع الشخص المستفيد إلى المطالبة بتعيينه كمراقب حسابات.

كان من السهل تجاوز هذا النقاش وتجنبه لو تدخل المشرع ووحد بين حالات التنافي القانونية المنصوص عليها في المادة 161 من ق ش م والمشمولة بالعقوبات الجنائية المنصوص عليها في 404 من ق ش م المغربي وكذلك الفصل 456 من قانون الجنائي السويسري.

ولقد كان المشرع أكثر وضوح فيما يخص مدد التقادم التي نص عليها في حالات المنع المتعلقة بالمتصرفين والمديرين العامين وأعضاء مجلس الرقابة أو مجلس الإدارة الجماعية، وذلك بموجب المادة 162 من ق ش م وحدد المدة التي تحد من ممارستهم لوظيفة مراقب الحسابات وجعلها خمس سنوات على الأقل، وكذلك فعل نظيره السويسري الذي نص عليها في المادة 221 من قانون الشركات

[1] - خويا محمد مصطفى ، مراقب الحسابات في شركات المساهمة على ضوء القانون رقم: 17/95 مجلة المحامي تصدر عن هيئة المحامين بمراكش عدد 49 ص95

[2]- Barthelemy Mercadal et Philippe Janin: société commerciales, édition juridique léfébre, paris 1994.p672.

[3]- Hemard, terre et mabilat: sociétés commerciales, tome 2, Dalloz, 1974, p718.

[4]- B.mercadal et p. Janin: op cit, p 672.

السويسري. وعند مخالفة هذه النصوص تطبق مقتضيات المادة 404 من ق ش م المغربي وتقابلها المادة 456 من الجنائي السويسري لسنة 1937 وتطبق نفس الأحكام والمقتضيات المتعلقة بالشركة الأم على الشركات التابعة لها.

2- حالات التنافي التي تقع على أساس رابطة الزوجية أو القرابة أو المصاهرة.

تنص المادة 161 من قانون شركات المساهمة في فقرتها الثانية على أنه"لا يمكن تعيين الأشخاص الآتي ذكرهم كمراقبي حسابات أزواج الأشخاص المشار إليهم في البند السابق وأقاربهم وأصهارهم إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية"

أما المادة 220 من قانون الشركات السويسري فقد نصت على ما يلي" لا يمكن تعيين الأشخاص ذكرهم كمراقبي حسابات" أقارب أصهار الأشخاص المشار إليهم أعلاه حتى الدرجة الرابعة" وما يمكن ملاحظته بخصوص المادتين السابقتين أن المشرع المغربي قد حدد درجات القرابة والمصاهرة في الدرجة الثانية وذلك على عكس المشرع السويسري الذي حددها في الدرجة الرابعة عند التنصيص على حالات التنافي لضمان مبدأ استقلال مراقب الحسابات.

وإذا كان البند المتعلق بالأزواج في التشريع واضحا، فإن عدم الإشارة إليه في نص المادة 220 من قانون الشركات السويسري قد أثار نقاشا حادا بين الفقهاء في مختلف الدول.

3 - حالات التنافي المبنية على الروابط المالية:

تنص الفقرة الثانية من المادة 161 من ق ش م المغربي على أنه "لا يمكن تعيين الأشخاص الآتي ذكرهم كمراقبي حسابات:"الذين يتقاضون أجرا كيفما كان نوعه من الأشخاص المشار إليهم في البند 1 أعلاه أو من الشركة أو الشركات التابعة لها بالنظر لممارستهم وظائف قد تمس باستقلاليتهم".

أما المشرع السويسري فقد نص في هذا الصدد من خلال المادة 220 من قانون الشركات السويسري بأنه" لا يمكن يعين كمراقب حسابات الذين يحصلون بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو بواسطة وسيط إما من الأشخاص المشار إليهم في البند الأول وإما من الشركة نفسها وإما من الشركات المشار إليها في البند الثالث أجرا أو مكافأة كيفما كان نوعها عن نشاط آخر غير نشاط مراقب الحسابات.

وتطبيقا للمادة 161 من ق ش م المغربي لا يمكن أن يعين كمراقب حسابات الأشخاص الذين يتقاضون أجرا كيفما كان نوعه من الأشخاص المشار إليهم في البند 1 من نفس المادة

مما لا شك فيه أن المشرع المغربي قد اقتصر على الأجر فقط كيفما كان نوعه بينما المشرع السويسري قد ذكر الأجر والمكافأة كيفما كان نوعها مما يدل أن المشرع المغربي أخذ بالمفهوم الواسع للأجر ويشمل حتى المكافأة، وبذلك يكون الأجر قد اتخذ شكل المكافأة أو أتعاب أو عمولة أو حصة من الأرباح مقابل للوظيفة.

وهذا ما كان يطمح إليه المشرع من أن تكون الروابط المالية المبنية على الأجر تتنافي مع وظيفة مراقب الحسابات هو التأكيد على عدم التبعية في العمل، لأن مراقب الحسابات الذي يمارس وظيفة أخرى تخضع بطبيعة الحال إلى أوامر الشخص الذي يشغل عنده ويدفع له أجرا عن ذلك مما يفرغ مبدأ الاستقلالية من محتواه.

4- حالات التنافي الخاصة بالأشخاص الأعضاء في شركة الخبرة المحاسبية.

برجوعنا إلى المادة 161[1] من ق ش م نجد أن المشرع المغربي شركات الخبرة المحاسبة التي يكون أحد أعضائها في وضع من الأوضاع السالفة الذكر في البنود الثلاثة الأولى من المادة 161 من ق ش م من القيام بوظائف مراقب الحسابات في نفس الشركة كما نص ذلك المشرع السويسري من خلال الفقرة الخامسة من المادة 220 المتعلق بالشركات التجارية.

وهذا ما يجب على شركة الخبرة المحاسبية التحقق من عدم وقوع أعضائها في حالات التنافي التي تتعارض مع مزاولة مهام مراقب الحسابات، وإلا وقعت تحت طائلة العقوبات الجنائية.

[1]- تنص المادة 161 في فقرتها الرابعة من ق ش م على أنه:" شركات الخبرة في المحاسبة التي يكون أحد الشركاء فيها في وضع من الأوضاع المشار إليها في البنود السابقة وكذا الخبير المحاسب الشريك في شركة للخبراء المحاسبين حيث تكون هذه الاخيرة في وضع من هذه الأوضاع...".

كما سبق وأسلفت الذكر، لقد عاقب المشرع المغربي بموجب المادة 404 من قانون شركات المساهمة كل مراقب للحسابات قبل أو مارس أو احتفظ عن قصد بمهام مراقب الحسابات على الرغم من وجود حالات التنافي القانونية، سواء باسمه الخاص أو بصفته شريكا في شركة لمراقبي الحسابات.

ويتجلى بوضوح من خلال هذه المادة الركن المادي لجريمة خرق حالات التنافي القانونية يكمن في قبول أو ممارسة أو احتفاظ مراقب الحسابات بمهمته على الرغم من وجود حالات التنافي، بغض النظر عن مباشرته لمهامه أم لا، فمجرد القبول أو الاحتفاظ مع العلم بالتنافي يرتب المسؤولية، إذن فالقبول والاحتفاظ يجسدان الفعل المادي لارتكاب هذه الجريمة.

وإذا ما عدنا إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون الجنائي التي تقضي بأن عدول الفاعل عن الجريمة لا يؤثر في قيامها، ومن ثم فإن مراقب الحسابات لا يمكنه التحلل من المسؤولية إذا ترك الوظيفة بعد قبولها، فالمشرع لم يميز بين القبول الصريح من لدن مراقب الحسابات أو الضمني، فمجرد إتيان هذا الأخير تصرفا يستفاد منه قبوله للمهام الموكولة له دون أن يصدر عنه أي موقف رافض للتعيين، فإن هذا التصرف يتحول إلى فعل إجرامي يعاقب عليه بمقتضى المادة 404 من ق ش م المغربي[1] كما يجب على مراقب الحسابات كذلك إخطار المجلس الجهوي بتعينه داخل أجل 8 أيام وهذا ما نص عليه الفصل 65 من قانون الخبرة المحاسبية لسنة 1969.

أما بخصوص الاحتفاظ بمهام مراقب الحسابات فقد نصت المادة 161 من قانون شركات المساهمة المغربي على أنه "إذا طرأ أحد دواعي التنافي المشار إليها أعلاه خلال مدة مزاولة المراقب مهامه، تعين على المعني بالأمر الكف فورا عن مزاولة مهامه وإخبار مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة بذلك داخل أجل أقصاه خمسة عشر يوما بعد حدوث حالة التنافي.

من خلال استقرائنا لهذه المادة يتضح أن المشرع المغربي كان واضحا بخصوص حصول أحد دواعي التنافي القانونية المنصوص عليها و التي تلزم مراقب الحسابات تقديم استقالته فورا لأن الاحتفاظ بالمهام رغم وجود حالات التنافي المنصوص عليها في المادة 404 من ق ش م المغربي.

وتطبيقا للمادة 161 من ق ش م المغربي التي توجب على مراقب الحسابات إخبار مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة داخل أجل 15 يوما بعد حدوث حالات التنافي، وهو نفس الأجل الذي يتحتم عليه خلاله تقديم استقالته أما المشرع السويسري فلم يحدد آجال لذلكِ مما جعل هذا الأمر يعود الأمر فيه إلى السلطة القضائية في تقديره[2].

وانطلاقا من نص المادة 404 من قانون شركات المساهمة سنعمل على دراسة الركن المادي والركن المعنوي لهذه الجريمة.

الركن المادي:

يتجسد الركن المادي لهذه الجريمة حسب اتجاه فقهي مغربي[3]منذ قيام مراقب الحسابات بقبول الوظيفة، ولو حتى بدون ممارسة حقيقية للمهام، ولا يمكن الادعاء بالجهل لحالات التنافي القانونية. وهناك اتجاه آخر يرى لا بد من مباشرة ولو عمل واحد من أعمال مراقبة حسابات الشركة لنقول بقيام هذه الجريمة،[4] وهذا الاتجاه الثاني لا يوافق الصواب ولا نتفق معه، لأن نص المادة جاءت صريحة وواضحة حينما ذكرت ثلاثة أفعال تمثلت في "القبول" والممارسة" "والاحتفاظ" ومن ثم فإن اللفظ الأول يدل على قيام الجريمة حتى مع الحالة التي لا يقوم فيها مراقب الحسابات بأي عمل.

---

[1]- Mohammed Khalid benotmane: pour un commissariat aux comptes service de l'économie nationale. Mémoire d'expertise comptable. Recherche dirigé par Abdelkader Mesnaoui ; 1997, p 31.

[2]-محمد الإدريسي العلمي المشيشي خصائص الشركات التجارية في التشريع الجديد مجلة المحاكم المغربية ع 80 يناير فبراير 2000

[3]- ربيعة غيث: مراقب الحسابات في شركات المساهمة، دار القلم، الطبعة الأولى 2010 ص 105.

[4]- محمد كرام: المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركة المساهمة على ضوء القانون المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2000-2001 ص 139.

وهناك مجموعة من الأعمال التي تتنافى معها ممارسة مهنة مراقب الحسابات، فإن المشرع المغربي حدد في المادة 161 من ق ش م م على سبيل الحصر، وهذا ما يلاحظ من العبارات المستعملة والدقيقة وهذا ما غاب عن المشرع الفرنسي بحيث جاء المادة 820 في فقرتها 10 و 11 بعبارات عامة تفيد كل ما من شأنه أن يمس باستقلالية مراقب الحسابات.

ونتساءل حول ما إذا كانت حالات التنافي التي نص عليها المشرع المغربي تهم حتى المحاسب الخبير المزاول لمهنة مراقب الحسابات؟

إن الأمر الذي لا مرية فيه أن مراقب الحسابات هو نفسه محاسب خبير، ولكن ما يميزه هو تقييده في جدول هيئة تفرض عليه بنظامها مجموعة من الواجبات والالتزامات، ومن ثم فإن الجواب عن السؤال يكون بالإيجاب.

وأن مراقبي الحسابات لا يمكنهم أن يقبلوا ممارسة أي وظيفة أو مهمة طيلة مزاولتهم لمهام الرقابة المحاسبية، سواء في الشركة التي تخضع لرقابتهم أو أي مقاولة تابعة، لأن من شأن ذلك أن يكون سببا في عدم الاستقلالية وبالتالي التأثير على حسن سير وظيفته، مما يجعله أمام ممارسة غير شرعية للمهنة بسبب حالة التنافي.

الركن المعنوي:

تعتبر جريمة خرق حالات التنافي القانونية جريمة عمدية يستلزم المشرع لقيامها توافر القصد الجنائي ويتضح ذلك من خلال استعماله عبارة "عن قصد" الواردة في نص المادة 404 من ق ش م م وهو على علم بوجوده في حالات التنافي القانونية.

ويمكن أن يطرح التساؤل التالي: هل يمكن المعاقبة على مجرد المحاولة في هذه الجريمة؟

يرى اتجاه فقهي فرنسي[1] إلى أن مجرد المحاولة لا يمكن المعاقبة عليها، لأنها حسب نظره لا تشكل سوى خطأ تأديبيا، وهذا ما لا نتفق معه فيه، بحيث أن عبارة "قبول" التي تضمنتها المادة يمكن أن يستفاد منها محاولة مراقب الحسابات القيام بالعمل رغم حالات التنافي، وحتى لو أنه لم يباشر عمله فإنه بمجرد غياب عدوله الإرادي يجعله أمام محاولة القيام بهذه الجريمة.

إلا أنه المشرع المغربي جعل مهنة مراقب الحسابات تتمتع باستقلالية خاصة لهذا جرم تعيين بعض الأشخاص كمراقبين للحسابات، فإن هؤلاء متى طرأ عليهم أحد الأسباب التي تدعو إلى التنافي يجب أن ينتهوا مباشرة عن مزاولة المهنة، وأن يخبروا بذلك مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة داخل أجل أقصاه خمسة عشر يوما بعد حدوث حالة التنافي وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 161.

وما يؤخذ على المشرع المغربي في هذه النقطة الأخيرة، هو أنه عاقب مراقب الحسابات الذي قام، عن قصد، رغم حالة التنافي بقبول أو ممارسة أو الاحتفاظ بالمهنة، ولم يتم التطرق لعقوبته في حالة عدم الإخبار بوجود أحد الحالات السابقة، وهذا ما يجب أن يتم إصلاحه.

المحور الثاني : العقوبات الزجرية المقررة لخرق حالات التنافي ومدة تقادمها

عندما تقوم جريمة خرق حالات التنافي بركنيها المادي والمعنوي فإن مراقب الحسابات تكون قد توفرت فيه الشروط لتطبق عليه العقوبات المنصوص عليها قانونا (أولا) مع دراسة تقادم هذه الجريمة (ثانيا)

1- عقوبة الجريمة:

جاء في المادة 404 من قانون شركات المساهمة المغربي على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة مالية من 8.000 إلى 40.000 درهم كل من قبل أو مارس أو احتفظ عن قصد بمهام مراقب الحسابات على الرغم من وجود حالات التنافي القانونية، سواء باسمه الخاص أو بصفته شريكا في شركة لمراقبة الحسابات" ويقابلها الفصل 456 من قانون الجنائي السويسري الذي ينص على "يعاقب من شهرين إلى 6 أشهر وبغرامة مالية من 2.000 إلى 60.000 فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل شخص باسمه الخاص أو باسمه كشريك في شركة مراقبي الحسابات قام عن قصد بقبول القيام أو الاحتفاظ بمهام مراقب الحسابات على الرغم من عدم التوافق القانوني".

[1]- Adophe Touffait et jean Robin et autres, délits sanctions dans les sociétés, 2 eme édition , sirey, paris, 1973, p 446.

ويتضح من خلال مقتضيات المادة 404 من قّ. ش م المغربي أن جريمة خرق حالات التنافي القانونية تشمل كل من قبل أو مارس أو احتفظ عن قصد بمهام مراقب الحسابات باسمه الخاص أو بصفته شريكا في شركة لمراقبي الحسابات رغم وجود حالات التنافي. وهذا يدل على أن المرتكب لجريمة خرق حالات التنافي القانونية يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا على اعتبار أن مزاولة مهنة مراقبة شركات المساهمة خولها المشرع إلى الأشخاص الذاتيين والأشخاص المعنويين على حد سواء، مما يدل على أنه يمكن مساءلة شركات مراقبي الحسابات أيضا عند إتيانها بالأفعال المجرمة. وتدل المادة 404 من ق ش م المغربي أن الشخص الطبيعي يمكن أن تثار مسؤوليته في حالتين: أولهما تكمن في خرقه لحالات التنافي القانونية باسمه الخاص وثانيهما بإتيانه هذا الفعل الجرمي بصفته شريكا في شركة لمراقبي الحسابات.[1]

يتضح هذا بجلاء في الحالة الأولى التي يمارس فيها مراقب الحسابات مهام المراقبة باسمه الشخصي، حيث يفحص ويشهد على حسابات الشركة باسمه الخاص، وفي الحالة الثانية فقد تعترضه حالات التنافي التي يكون خلالها شريكا في شركة لمراقبي الحسابات فيستحق لوحده دون غيره من الشركاء العقوبات المنصوص عليها في المادة 404 من ق ش م كما لو كان يمارس مهامه باسمه الشخصي، لأن الشريك الذي يتعمد عن قصد إلى خرق حالات التنافي دون الشركاء الآخرين هو المستحق للعقوبة الجنائية المقررة قانونا بعد إثبات سوء نيته بصفة شخصية. علاوة بالحكم على الشركة التي يكون عضوا فيها بالعقوبات التي تتلاءم مع طبيعتها كشخص معنوي وذلك طبقا للفصل 127 [2]من القانون الجنائي المغربي.

من هنا يمكن القول أن عقوبة الحبس المتضمنة في المادة 404 من ق ش م المغربي غير قابلة للتطبيق على هذه الشركات نظرا لطبيعتها غير الذاتية، لكن يمكن تحميلها الغرامة المالية التي تتراوح مابين 8000 و 40.000 درهم .

أما فيما يخص المشرع السويسري فقد نص على عقوبة زجرية على خرق حالات التنافي في حق مراقب الحسابات، وحددها في الحبس من شهرين إلى ستة أشهر وغرامة مالية تراوحت بين 2000 و 60000 فرنك أو الحكم بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وبإجراء مقارنة بين التشريعين المغربي مع نظيره السويسري نلاحظ مدى صرامة وتشدد المشرع المغربي الذي ألزم القاضي بالنطق بعقوبة الحبس والغرامة في الوقت ذاته،[3] أما بخصوص التشريع السويسري فقد خول للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقرير العقوبة حيث يمكنه النطق بعقوبة الحبس والغرامة معا، ويمكنه الاقتصار على الحبس وحده أو الغرامة وحدها دون الجمع بينهما[4] ما يلاحظ على التشريعين أنهما حدد الحد الأدنى والأقصى للعقوبة سواء ما تعلق منها بالعقوبة السالبة للحرية أو الغرامة المالية والاختلاف الذي يكمن بينهما يتجلى في إلزام المشرع المغربي القاضي بالحكم بالعقوبتين.

وتتضاعف العقوبة الزجرية المقررة بموجب المادة 404 من ق ش م إذا أدين مراقب الحسابات بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به من أجل جنحة إفشاء السر المهني ثم اقترف جنحة ثانية تتمثل في جنحة خرق حالات التنافي[5] القانونية فإن العقوبة المقررة لهذه الأخيرة تضاعف لتصبح الحبس من شهرين إلى سنة وغرامة من 16.000 إلى 80.000 درهم، وذلك دون التقييد بأجل 5 سنوات الواردة في الفصلين 156 و157 من ق ج م لأن العود في نطاق شركات المساهمة يعد عودا مؤبدا، ومرد صرامة المشرع هو خطورة وأهمية الشركات التجارية في البيئة الاقتصادية للدولة بصفة عامة، وخطورة مؤسسة مراقبي الحسابات بصفة خاصة ومدى تأثيرها على سير الشركات مما يجب معه فرض رقابة صارمة وجزائية على كل التصرفات المخلة بسير الاقتصاد الوطني وإذا كان المشرع المغربي يهدف من خلال سن قوانين زجرية فيما يخص جرائم الشركات بصفة عامة وعن حالات التنافي بصفة خاصة ينتج عن تقرير حالة العود فإن

---

[1]- محمد كرام :م س، ص 108-109.

[2]- ينص الفصل 127 من القانون الجنائي " لا يمكن الحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 و 6 و 7 من الفصل 36 ويجوز أيضا أن يحكم عليها بالتدبير الوقاية العينية الواردة في الفصل 62.

[3]- محمد كرام: م س، ص 108.

[4]-ينص الفصل 456 من القانون االجنائي لسويسري على أنه " يعاقب من شهرين إلى 6 أشهر و بغرامة مالية من 2000 إلى 60000 فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل شخص بإسمه الخاص أوبإسمه كشريك في شركة مراقبي الحسابات،قام عن قصد بقبول القيام أو إلاحتفاظ بمهام مراقب الحسابات على الرغم من عدم التوافق القانوني"

[5]- محمد كرام: م س، ص 123.

تخفيف هذه العقوبة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقررها بمحض إرادته بعد تشخيصه لظروف الجريمة وشخصية المجرم[1]، دون النزول عن الحد الأدنى للغرامات المالية المقررة قانونا، طبقا للمادة 377 من 17/95 المتعلق بشركات المساهمة.

كما أن جريمة خرق حالات التنافي لأحكام وقف التنفيذ المنصوص عليها في الفصل 55 من فالقانون الجنائي المغربي، لكنها تقتصر فقط على العقوبة الحبسية دون الغرامة المالية.[2] وهناك عقوبات إضافية يمكن للقاضي تطبيقها بموجب المادة 422 من قانون 17/95 التي تمنح إمكانية نشر الحكم الصادر عنها إذا تم النطق بإحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون حيث تنص هذه المادة على ما يلي: إذا تم النطق بإحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون يمكن للمحكمة أن تأمر بنشر قرارها كاملا أو بنشر مستخرج منه على نفقه المحكوم عليه في الصحف التي تحددها أو بإعلانه في الأماكن التي تعينها".

بالإضافة إلى العقوبات الجنائية المقررة لجريمة خرق حالات التنافي القانونية التي تطال مراقب الحسابات عند ارتكابها، فتطبق عليه عقوبات أخرى تأديبية في حالة ارتكابه فعلا إجراميا يتم تكييفه على أساس أنه خطأ مهني يسأل عنه أمام المجلس الجهوي لهيئة الخبراء المحاسبين كهيئة تأديبية تنظر في الدعاوى التأديبية المقامة ضد الخبراء المحاسبين، حيث يعود الاختصاص للمجلس الجهوي في المرحلة الابتدائية وللمجلس الوطني في مرحلة الاستئناف وذلك من خلال ما تنص عليه المادة 66 من ظهير 1993/01/08 المتعلق بتنظيم مهنة الخبرة المحاسبية.[3]

2 - تقادم جريمة خرق حالات التنافي القانونية

إن جريمة خرق حالات التنافي القانونية تعد جنحة من بين الجنح التي عين لها المشرع المغربي أجلا للتقادم[4] وحدده في أربع سنوات حسب آخر تعديل في قانون المسطرة الجنائية، تبتدئ من تاريخ اقتراف الجريمة. غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتعلق بتاريخ اقتراف جريمة حالات التنافي القانونية الذي يؤخذ بعين الاعتبار لحساب مدة التقادم.

وقد ذهب بعض الفقه في فرنسا إلى القول بأن تاريخ بداية تقادم الجريمة يختلف من حالة إلى حالة أخرى ففي حالة ممارسة المهام لا يبتدئ التقادم إلا بانتهاء المهام بأحد الأسباب المحددة قانونا كالاستقالة أو التجريح أو العزل أو حلول الأجل القانوني لانتهاء مهامه والذي حدده المشرع الفرنسي في 6 سنوات والمشرع المغربي في 3 سنوات مالية. وإذا ارتكبت الجريمة بقبول مراقب الحسابات لمهامه رغم وجود حالات التنافي فإن تاريخ ابتداء التقادم يبتدئ من تاريخ هذا القبول أما في حالة الاحتفاظ بالمهام فالجريمة تستمر إلى حين تقديمه للاستقالة، وإذ قدم استقالته، يبتدئ التقادم من هذا التاريخ.

[1]- عبد السلام بنحدو: الوجيز في شرح القانون الجنائي المغربي، الطبعة الثالثة، دار وليلي للطباعة والنشر مراكش 1997 ص 294.

[2]-تنص المادة 377 من قانون شركات المساهمة على:"خلافات لمقتضيات الفصول 55 و 149 و 150 من القانون الجنائي لا يمكن النزول عن الحد الأدنى للغرامات المقررة في هذا القانون ولا يمكن الأمر بإيقاف التنفيذ إلا فيما يخص العقوبات الحبسية".

[3]-تنص المادة 66 من ظهير المتعلق بالخبرة المحاسبية:" تمارس المجالس الجهوية ابتدائيا والمجلس الوطني استئنافيا سلطة هيئة الخبراء المحاسبين في الميدان التأديبي بالنسبة إلى الخبراء المحاسبين وشركائهم في حالة ارتكاب أي خطأ مهني أو مخالفة لأحكام النصوص التشريعية والتنظيمية الخاضع لها الخبير المحاسب في مزاولة مهنته.

[4]-محمد كرام: م س، ص130.

الخطأ القضائي الموجب لمسؤولية الدولة والقاضي

ريم صابر
طالبة باحثة بسلك الدكتوراه
-جامعة محمد الخامس بالرباط-

أضحى الإقرار القانوني لمسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية من مقومات دولة الحق والقانون والمؤسسات[1]. ورغم اختلافه من نظام لآخر من حيث نطاق المسؤولية ومعالجة الضرر[2]. إلا إن إخضاع الأعمال القضائية لرقابة المحاكم والاعتراف بشرعية التعويض عن الأضرار الناشئة عنها، يعد إحدى مظاهر التطور الذي شهده نظام المسؤولية بشكل عام. فقبل أزيد من ربع قرن لم يكن يُسْمَحُ بمساءلة مرفق القضاء عن أخطائه إلا استثناءا، وتدخل مشرعو بعض الدول لوضع بعض الإستثناءات على القاعدة. وبذلك تم التخلي عن مبدإ عدم مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي تدريجيا، بعد أن كان المرفق العام للقضاء في منأى عن أي مساءلة كانت. وبدوره تدخل المشرع المغربي بنصوص استثنائية تقرر المسؤولية في حالات محددة على سبيل الحصر. ولم يتوانى القضاء على إقرار مسؤولية الدولة خارج نطاق النصوص التشريعية بمجموعة من الاجتهادات الجريئة في هذا الشأن.

فجاء دستور2011 مستجيبا لمجموعة من المتطلبات. و يمكن القول، إن من أهم مستجداته ما أتاحه للمتقاضين من حقوق المطالبة بإصلاح الخطأ القضائي الذي لم يكن معترفا به لا دستوريا ولا قضائيا. **فما هي هذه الأخطاء؟ وما مدى مسؤولية الدولة عنها؟**

تتحقق الإجابة عن هذا التساؤل عبر مدخلين أساسين. وذلك من خلال تحديد الخطأ القضائي الوارد في الفصل 122 من دستور 2011 الذي أقر التعويض عن الخطأ القضائي **(I)**. ثم الخوض في إشكالية الأخطاء القضائية الناتجة عن ممارسة القضاة لوظيفتهم، والذي أسماه المشرع الدستوري بالخطأ المهني الجسيم للقاضي حسب الفصل 109 من الدستور المذكور **(II)**.

(I): الخطأ القضائي

لاشك أن الخوف من الوقوع في الخطأ القضائي يقلق القاضي مهما كانت درجته، وفي كل مراحل عمله فيحرص كل الحرص على عدم حدوثه. وبمجيء الفصل 122 من دستور 2011 والذي ينص على ما يلي، "**يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة**[3]"، أصبحت تثار العديد من التساؤلات إثر الربط بين قيام مسؤولية الدولة بتحقق الخطأ في العمل القضائي كشرط أساسي لانعقاد مسؤوليتها. فلو استخدم المشرع عبارة العمل عوض الخطأ، لأمكن استنتاج أن مسؤولية الدولة تنعقد بمجرد وقوع الضرر، دون شرط وجود الخطأ إذا ما تم التقييد بحرفية الفصل4. والدليل على ذلك، أن الفصل 122 من الدستور عزز حقوق المتقاضين كلما أدى الخطأ القضائي إلى إحداث ضرر للمتقاضي إلا وفتح المجال أمامه من أجل المطالبة بالتعويض **(ثانيا)**. و من تم تكريس مسؤولية الدولة **(أولا)**.

---

[1]: هي الحالة القانونية التي تلتزم فيها الدولة أو المؤسسات أو المرافق أو الهيئات العامة الإدارية، بدفع تعويض عن الضرر أو الأضرار التي تسببت للغير بفعلها المشروع أو غير المشروع على أساس نظرية الخطأ أو المخاطر. انظر عوابدي عمار:"الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها" الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، لسنة 1982،ص7 .

[2]: عوابدي عمار:"الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها" الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، لسنة 1982، ص5 .

[3]: الفصل 122 من الدستور المغربي لسنة 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليوز 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

[4]:محمد الأعرج:" مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي"، سلسة مؤلفات وأعمال جامعية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد99،الطبعة الأولى لسنة2013.،ص14.

أولا : تكريس مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي

يعد اعتراف الدستور بالخطأ القضائي مستجدا متطورا حيث نقل الوضع الذي كان سائدا في بلادنا تشريعا وقضاء، من عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية إلى تكريس مسؤوليتها وتحملها إصلاح وجبر الضرر الذي يصيب الشخص من جراء الخطأ القضائي.

1: موقف القضاء من تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

يعد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية للنظر في دعاوى الخطأ القضائي، من النقط التي عرفت نقاشا نظرا للاختلاف بين المحاكم الإدارية للمملكة التي كانت تذهب في أحكامها مابين إقرار اختصاصها وعدم اختصاصها للبت في الدعاوى الناتجة عن الخطأ القضائي ، إلا أنه رغم جميع المبررات والحجج التي حاولت تحصين، مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ودفعت بعدم اختصاص المحاكم الإدارية ، بالبت في قضايا التعويض عن أخطاء القضاء لم تفلح في التأثير على موقف القضاء الإداري الذي ثابر وكافح نحو ترسيخ مبدأ دستوري مهم من جهة وتدعيم اختصاصات المحاكم الإدارية من جهة أخرى.

وقد نال مراده من خلال تأييد قرار محكمة النقض عدد 254 بتاريخ14 /2013/3 حيث قضى باختصاص المحكمة الإدارية بصريح المادة 8 من القانون رقم 41-90 المحدثة بموجبه محاكم إدارية لتعلقه بأضرار ناتجة عن نشاطات أشخاص القانون العام[1].

كذلك قرار عدد 150 بتاريخ 2013/2/14 حيث صرحت من خلاله محكمة النقض بتأييد الحكم المستأنف وإرجاع الملف إلى المحكمة التي أصدرته لمواصلة النظر فيه فجاء في حيثيات القرار" الفصل8 من قانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية يمنح الاختصاص لهذه المحاكم للبت في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام والحكم المستأنف لما انتهى إلى ذلك كان في محله وواجب التأييد"[2].

وبذلك أثارت الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، وكذا قرارات محكمة النقض توجها هاما في مسار القضاء الإداري المتعلقة بالتعويض عن الأخطاء القضائية .

وتطبيقا لذلك يكون القضاء الإداري مواكبا للمعطى الجديد الذي أتى به الدستور المغربي لحماية حقوق وحريات المتقاضين وتطبيق القانون التطبيق السليم باعتبار مرفق القضاء مرفقا عموميا من مرافق الدولة شانه شان باقي المرافق العمومية يخضع لقواعد المسؤولية الإدارية على فرض ثبوتها ولا يحد من المسؤولية أو يلغيها من حيث مبدأ الاستقلال وخصوصية مرفق القضاء لأن مرفق العدالة ليس فوق المحاسبة أو المساءلة طالما الشرعية والمشروعية هي عماد وحصن المرافق العمومية[3].

تبعا لما سبق يتضح أن محكمة النقض قد قررت اختصاص المحاكم الإدارية بالبت في قضايا التعويض عن الأخطاء القضائية ، ووضعت حدا لإشكال الاختصاص النوعي للبت في الحكم بالتعويض عن الخطأ القضائي بإقرار حق المضرور من الخطأ القضائي بطلب تعويض من الدولة اعتمادا على الفصل 122 من الدستور المغربي .

2: دور القضاء الإداري المغربي في تكريس مسؤولية الدولة

يلاحظ أن القضاء المغربي قضى بالتعويض عن حالات الخطأ القضائي، حيث ارتكز في حكمه بالتعويض لفائدة المدعي على أسس تتمثل في الاسترشاد بالقضاء الإداري والفقه الفرنسي لما له من قضايا مشهورة في هذا الباب، واعتبر أن أساس التعويض ليس الخطأ بل المخاطر ومعنى ذلك أن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على ركنين هما الضرر والعلاقة السببية بين نشاط المرفق العام ذاته والضرر الحاصل[4]،بحيث لا يلزم طالب التعويض بإثبات أن صدور الحكم الملغى يرجع إلى الخطأ القضائي.

---

[1]: قرار محكمة النقض عدد 254 الصادر بتاريخ 14 مارس 2013 في الملف رقم 2013/1/4/389.

[2]: قرار محكمة النقض عدد 150، في الملف الإداري2013/1/4/12، بتاريخ 2013/2/14.

[3]: حكم محكمة الإدارية بالرباط حكم رقم 325 مكرر بتاريخ 2013/1/31 ملف رقم 2012/ 12/170.

[4]: نورة غزلان الشنيوي : "أي مستجدات للقضاء في دستور صيف سنة 2011؟" منشور بموقع www.bayanealyaoume.press.ma

وبصدور الدستور المغربي لسنة 2011 ونصه على أحقية كل متضرر من الخطأ القضائي في الحصول على تعويض تتحمله الدولة (الفصل122) حسم جدلا فقهيا و قضائيا، بحيث وسع دائرة المستفيدين من التعويض ليشمل كل من ثبت أنه كان ضحية خطأ قضائي في مفهومه الواسع.

وتأسيسا عليه يمكن القول أن القضاء المغربي أقر مبدأ المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية ووسع من دائرتها جبرا لأضرار ضحايا الخطأ القضائي لتزداد ثقة المواطنين في نزاهة القضاء باعتباره جهازا قضائيا ذا أهمية بالغة نظرا للدور الموكول إليه في حل النزاعات بين الأفراد أو الإدارات بالشكل الذي يضمن المساواة واحترام مبدأ المشروعية principe de la légalité هذا المبدأ الذي يعد أهم مبدأ منظم للقانون الإداري.

وبذلك أضحت مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء أمرا مسلما به في فرنسا ولا نبالغ إن قلنا حتى في المغرب، نظرا لخطى القضاء الإداري المغربي الجريئة التي دحضت مبدأ عدم المسؤولية. وأتاحت إمكانية التعويض عن الخطأ القضائي، وبالتالي إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في الوقت الذي ظلت فيه تشريعات سابقة مثل مصر واقفة في مكانها ترفض مواكبة التطور الذي وصل إليه المشرع الفرنسي.

ثانيا : أحكام التعويض

ترتكز أحكام التعويض في القانون و الشريعة الإسلامية على أسس موضوعية مبنية على إزالة ضرر نتج عن فعل غير المشروع وجب تقدير تعويض عنه (2) وتحديد طبيعته (2) عند قيام المتضرر بتحريك دعوى المسؤولية أمام القضاء فإن طلباته تقتصر على طلب التعويض من الدولة أو عضو السلطة القضائية على أن تقوم الدولة على سداد التعويض المقضي به ثم الرجوع على من تسبب في ذلك الخطأ.

1: طبيعة التعويض

الأصل أن التعويض المقضي به قد يكون تعويضا ماديا أو تعويضا عينيا، وذلك حسب إمكان إعادة الوضع إلى ماكان عليه قبل حدوث الضرر[1] فقد أوصى المؤتمر الدولي 11 لقانون العقوبات الذي انعقد في بوداست عام 1974 بأن يدفع التعويض على أساس أنه حق وليس منحة ومعنى ذلك أن تلتزم الدولة قانونا بهذا التعويض فالإلتزام القانوني يعني أن الدولة مسؤولة عن تعويض، الذي يقابله الضرر سواء كان الضرر ماديا أو جسمانيا أو أدبيا.

فالتعويض لا يرتبط بحاجة المجني عليه فهو حق له رغم قلة التشريعات المقررة لتعويض المجني عليه من قبل الدولة، وهذا ما أخد به مؤتمر بودابست رغم أن الأخذ بهذا المبدأ وتطبيقه على إطلاقه يؤدي إلى إعمال أحكام القانون المدني فيصرف التعويض كما لو كان محكوما به من المحكمة المدنية وهذا مالا تقدر عليه أية دولة مهما كان ثراءها[2] .

ومن تم تختلف طبيعة التعويض حسب نوعية الضرر فقد يكون ماديا يصيب الشخص في ذمته المالية ، وقد يكون أدبيا يصيب الشعور والعرض والشرف[3]، مما يكون معه التعويض دائما بمقابل إما بإعادة الحال إلى ما كان عليه سواء كان نقدا أو رد الإعتبار والكرامة ويبقى الأصل والمألوف هو التعويض المالي .

2: تقدير التعويض

ترجع صلاحية تقدير التعويض إلى القاضي الذي يقدر قيمته و طبيعته بناءا على حجم الضرر فيربط الضرر بالتعويض لا بالخطأ وهذا ما قضت بيه محكمة النقض المصرية "بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التعويض يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ"[4] .

---

[1]: حسان عبد السميع هاشم أبو العلا:" :"مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية دراسة مقارنة" رسالة لنيل دكتوراه في الحقوق،جامعة القاهرة كلية الحقوق قسم قانون عام سنة2001، ص530.

[2]: محمد رضا النمر:" مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء"،دراسة تحليلة مقارنة في النظام القضائي المصري والإسلامي الطبعة الأولى المركز القومي للإصدارات القانونية سنة2010 ص302.

[3]: حسان عبد السميع هاشم أبو العلا:" مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية"،مرجع سابق،ص،531.

[4]: محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية الطعن رقم 241 لسنة 59 ق جلسة 1994.01.19 أنظر محمد رضا النمر، مرجع سابق،ص411.

وبالرجوع إلى القانون الإداري نجد الأصل هو التقدير النقدي باستمرار، لسبب عملي يتمثل في أن التعويض العيني يتم على حساب مصلحة عامة تحقق منفعة خاصة للأفراد، وبهذا فالتعويض العيني يتنافى مع القاعدة العامة المقررة في القانون الإداري ألا وهي استقلال الإدارة عن القضاء ومن تم لا يكون أمام القاضي إلا التعويض بالمقابل النقدي[1].

ويعد التعويض المادي هو الأساس ويبقى التعويض العيني أو إعادة الحال إلى ما كان عليه مستحيل في غالب الأحوال ، ويظهر هذا الطرح جليا عند دراسة علاقة الإدارة والقواعد التي تحكمها بالقانون الإداري حيث يختفي مبدأ التعويض العيني ليحل محله مبدأ التعويض النقدي بسبب طبيعة الإدارة واستقلالها عن السلطة القضائية طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات، رغم أنه في غالب الأحيان يكون التعويض العيني أجدى للمضرور وأجبر للضرر فالتعويض عن طريق إعادة الحال إلى ما كان عليه وجد أساسه في الشريعة الإسلامية لقوله **عز وجل** ﴿**إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها**﴾[2]"**وقوله صلى الله عليه وسلم:"{على اليد ما أخذت حتى تؤدي}"** فإذا تعذر الأمر يمكن جبر الضرر عن طريق التعويض المالي[3]. وهذا ما نهجه مجلس الدولة الفرنسي بترك الخيار للإدارة بين أن تقوم بتقدير التعويض ودفع المبلغ وبين إمكانية التحرر من هذا الالتزام إن شاءت عن طريق قيامها بالتنفيذ العيني أي القيام بجبر الضرر عينيا باعتباره هو الأصل[4] .

وبالرجوع إلى أساس التزام الدولة بالتعويض نجده يتمثل كذلك في الخطأ المهني الجسيم أي في الفصل 109[5] من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الذي يقضي بأنه:**"يعد كل إخلال بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنيا جسيما"**.فما هو الخطأ المهني الجسيم ؟

(II): الخطأ المهني الجسيم للقاضي

تحرص معظم التشريعات على تمييز دعوى المخاصمة[6] بإجراءات مختلفة عن الدعاوى الأخرى باعتبارها الطريق الوحيد الذي يسمح بمقاضاة القاضي و إقرار المسؤولية عن أعماله إعمالا بالفصول 391 إلى 401 من ق.م.م إلا أنه بالرجوع إلى حالات المخاصمة لم يشر المشرع المغربي إلى الخطأ الجسيم كنظيره الفرنسي والمصري اللذان وسعا نطاق دعوى المخاصمة بتيسير فتح السبيل أمام المتقاضين عن الأضرار التي تصيبهم في غير حالات الغش والتدليس و الغدر.

وباعتبار الخطأ الجسيم ابرز سبب تقوم عليه مساءلة القاضي دفع التشريعات الحديثة إلى التمسك بفكرة الخطأ الجسيم، حيث نص دستور 2011 في الفصل 109 " يعد كل إخلال من القاضي بواجب الإستقلال و التجرد خطأ مهنيا جسيما، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة".

أولا: تعريف الخطأ المهني الجسيم

تعود فكرة الخطأ المهني الجسيم إلى القانون الروماني، غير أنها ظهرت أول مرة بخصوص مخاصمة القضاة سنة 1540 في المرسوم الذي أصدره الملك فرانسوا الأول كأحد أسباب مخاصمة القضاة تحت تسمية الخطأ الواضح Erreur évidente ثم أطلق عليه اسم الخطأ الظاهر Faut manifeste في الأمر الملكي الذي أصدره الملك هنري الثالث سنة 1579 رغم استبعاده في القوانين والمراسيم اللاحقة. فكانت دعوى المخاصمة لا تقبل إلا إذا توفر سبب من الأسباب الواردة على سبيل الحصر، ولم يكن بينها الخطأ المهني الجسيم[7]، مما

---

[1]:أنور أحمد رسلان:" :" الوسيط في القضاء الإداري"دار النهضة العربية، 1999، ص889.

[2]: سورة النساء الأية 58.

[3]:أحمد أبو الوفا:"نظرية الضمان أو المسؤولية الدولية في الشريعة الإسلامية"،منشأة المعارف ، الاسكندرية،1964 ص81.

[4]: محمود مصطفي :"مسؤولية الدولة عن عمل السلطة القضائية"،"،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،1938 ،ص134.

[5]: فصل 109 من الدستور المغربي لسنة 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليوز 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

[6]: دعوى المخاصمة هي في حقيقتها دعوى مسؤولية يقصد الشخص المتضرر من ورائها الحصول على تعويض لجبر الأضرار، التي لحقت به من جراء أخطاء القضاة على دعوى المخاصمة، وإن كانت تهدف إلى تقرير مسؤولية القاضي إلا أنها تهدف إلى إبطال الحكم أو التصرف الصادر عن القاضي.انظر جابر جاد نصار:"مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية قضاء التعويض"، دار النهضة العربية،القاهرة،1995، ص97.

[7]: جمال الدين عبد الله مكناس محمد ناصر الخوالدة: "النطاق الموضوعي لدعوى مخاصمة القضاة بين النظرية والتطبيق" دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 42، العدد 1 الجامعة الأردنية، سنة 2015.

جعل المتقاضين يشتكون من الرفض الدائم لدعاوى المقامة ضد القضاة نظرا لصعوبة إثبات الغش والتدليس من جانب القاضي حتى تقبل دعوى المخاصمة لتقرير المسؤولية نظرا لاشتمالها على الخطأ المهني الجسيم[1] .

وفي مصر ظهر أول مرة مصطلح الخطأ المهني الجسيم في قانون المرافعات المصري الصادر سنة 1949 نظرا لاستحالة إثبات الغش أو الغدر أو تدليس القاضي.

أما المشرع المغربي فلم يتأثر بنظيره الفرنسي و المصري حيث اكتفى بالغش والتدليس والغدر ومحاباة القاضي لأحد الأطراف [2]. إلا أنه تدارك الموقف من خلال المادة 97 من مشروع القانون التنظيمي للقضاة **"يمكن توقيف القاضي حالا عن مزاولة مهامه إذا توبع جنائيا أو أرتكب خطأ جسيما"**

1: مفهوم الخطأ المهني الجسيم

بتفحص معظم التشريعات المقارنة والمغربية نجد أن المشرع لم يعطي تعريفا للخطأ المهني الجسيم للقاضي رغم إقرار الفقه والقضاء لمسؤولية الدولة عن الخطأ المهني الجسيم الذي يقع من القاضي .

فتباينت آراء الفقه وأحكام القضاء حول تحديد مفهوم الخطأ المهني الجسيم ولم تسلم هذه التعريفات من النقد[3]حيث عرف الفقه الخطأ المهني الجسيم بأنه "الخطأ الذي يتجاوز المخاطر العادية للوظيفة ويتعدى الأخطاء التي تقع من موظف متوسط الكفاءة ويتحقق ذلك ولو كان الخطأ يمثل خطورة خاصة"[4].

وعرفه القضاء من خلال محكمة النقض الفرنسية بأنه" ذلك الخطأ الذي يرتكب تحت تأثير غلط فاضح ما كان ليرتكبه القاضي لو أنه اهتم بواجبات وظيفته اهتماما عاديا"[5]،وفي قرار أخر عرفت محكمة النقض الفرنسية الخطأ المهني الجسيم بأنه" الخطأ المرتكب من عضو هيئة قضائية ولا يمكن الاعتذار عنه ولا يمكن أن يساق إليه عضو هيئة قضائية مهتم بعمله وواجبه"[6].

كذلك عرفته محكمة النقض المصرية بأنه" الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالا مفرطا ويستوي أن يتعلق بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة في ملف دعوى"[7].

يتضح مما سبق أن محكمة الموضوع هي صاحبة الإختصاص في تحديد وجود الخطأ الجسيم بناءا على وقائع وظروف الدعاوى وتقدير مدى جسامة الخطأ باعتباره من المسائل الواقعية التي تدخل في التقدير المطلق لمحكمة الموضوع[8].

وتبعا لذلك فإن الخطأ الموجب لدعوى المخاصمة يشترط فيه أن يكون له علاقة بالعمل القضائي، و من ثم تخرج كأصل عام تلك الأخطاء التي يرتكبها القاضي خارج نطاق الوظيفة ، لأن المشرع قصد بنظام المخاصمة حماية القاضي وظيفيا وتحصنه بما يقوم به من أعمال لها علاقة بوظيفته.

فالخطأ المهني الجسيم يختلف عن الغش والتدليس بأوجه كثيرة ومتعددة أهمها العنصر المعنوي، بمعنى انتفاء سوء القصد، إذ لا يعتبر كل خطأ من جانب القاضي سببا للمخاصمة، وان مخاصمة القاضي لا تجوز إلا للخطأ الذي ينطوي على أقصى ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب، وهذا هو الخطأ في أعلى سلم درجاته وهو الخطأ الفاحش الذي تبلغ فيه جسامة المخالفة مبلغ الغش والذي لا ينقصه لاعتباره غشا إلا اقترانه بسوء النية ، لذلك لا يعتبر خطأ مهنيا جسيما فهم رجل القضاء للقانون على نحو معين ولو خالف فيه

---

[1]: عبد الفتاح مراد :" المخالفات التأديبية للقضاة و أعضاء النيابة" الطبعة الأولى1993، ص 624.

[2]: الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية.

[3]: فتحي والي :" الوسيط في قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية ،القاهرة طبعة 1993، ص 134.

[4]: احمد عبد السميع هاشم :"مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية" ص159 انظر 922. RENE CHAPUS ;Droit administratif général, 3 ed,1987.p

[5]: عبد الفتاح مراد :"المخالفات التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة العامة" الطبعة الأولى 1993، ص225. أشار له أحمد عبد السميع هاشم أبو العلا مرجع سابق، ص 121.

[6]: احمد عبد السميع هاشم:"مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية" مرجع سابق ، ص161.

[7]: جابر جاد نصار:" مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية"قضاء التعويض"دار النهضة العربية القاهرة سنة 1995 ،ص98.

[8]: نقض مدني رقم 92 لسنة 46 ق جلسة 1980.2.14 م قاعدة101 ص514 مجموعة المكتب الفنى سنة 31. أشار له محمد ماهر أبو العنينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة في قضاء و إفتاء مجلس الدولة في مصر التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية وفقا لقضاء محاكم النقض والدستورية والإدارية العليا دراسة تحليلية وفقهية، مطبعة كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 2008، ص1036.

الشراح ولا تقديره لواقعة ما ولو أساء الاستنتاج [1]. ويبقى السبيل إلى تدارك الخطأ في هذه الأحوال هو الطعن في الحكم بطرق الطعن المناسبة [2].

استنادا إلى مختلف التعريفات الفقهية والقضائية في كل من فرنسا ومصر لمفهوم الخطأ الجسيم نجد المجلس الدستوري المغربي يعرف الخطأ القضائي الجسيم في سابقة من نوعها من خلال القرار الدستوري عدد 992/16 م.د الصادر في الملف عدد 1474/16 بتاريخ 15 مارس 2016 على أنه :" **وحيث إن الخطأ الجسيم يتمثل في كل عمل إرادي أو كل إهمال أو استهانة يدلان على إخلال القاضي، بكيفية فادحة وغير مستساغة، بواجباته المهنية لدى ممارسته لمهامه القضائية"**[3] وبذلك يمكن اعتبار الخطأ الجسيم كل إهمال فادح يرتكبه القاضي أثناء قيامه بمهامه.

2:خطأ القضائي في الشريعة الإسلامية

للقاضي مكان معتبر في المجتمع وبين الناس بحكم طبيعة عمله وما يفترض أن يكون عليه حاله من الديانة والأمانة والعلم ، وقد جاءت الشريعة برفع الإثم عنه فيما يقع منه من الخطأ في حكمه متى كان ناتجا عن اجتهاد بل هو مأجور على ذلك و يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم **{{إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر}}** ، وأما من جهة التبعات المالية المترتبة على الخطأ فبيت مال المسلمين يتحمل تبعة ذلك الخطأ لرفع الحرج عنه. أما إذا حصل زلل من القاضي من قبيل التعمد بقصد الجور والظلم فإن القاضي يتحمل تبعة الزلل ويتم إبعاده عن القضاء لاختلال شرط العدالة فيه بتعمد الظلم [4].

ويمكن تقسيم المسؤولية القائمة في الشريعة الإسلامية إلى:

المسؤولية في الخطأ السائغ : يقصد بالخطأ السائغ ذلك الخطأ المعتاد في أمور الاجتهاد وبالتالي لا يسأل عنه القاضي ولا عن أثره ولا يضمنه في ماله . فكما قال الفقيه إبن فرحون**((لاشيء على القاضي لان خطأ السلطان في الأحوال على اجتهاده هدر))**[5].

المسؤولية في الخطأ الفاحش: يختلف الخطأ الفاحش عن الخطأ السائغ أو المألوف بأن الخطأ الفاحش يسال عنه القاضي بحيث يضمنه في ماله [6]. لما سببه للغير من أضرار، مثال ذلك أن يحكم بشهادة الأطفال غير المميزين، وبذلك فالحاكم أو القاضي ليس معصوما من الخطأ فما عليه سوى إقامة الحدود والحكم في دائرة ما رسم الله، فالخلافة وفقا للنظرة الإسلامية هي نيابة عامة في أمور الدين والدنيا **لقوله عز وجل﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله﴾**[7].

من كل ما تقدم نجد أن المسؤولية تختلف باختلاف الخطأ الذي صدر عن القاضي ،فإذا كان القاضي تعمد الخطأ فانه يضمنه في ماله الخاص إضافة إلى معاقبته وعزله، أما إذا كان الخطأ غير عمدي فإن الضمان يكون في بيت المال وبهذا نجد أن التعويض تتحمله الدولة طبقا للقاعدة الفقهية الإسلامية **"خطأ الإمام وعامله في بيت المال"** طبقا لقول تيميه **"إن هناك إتلاف لا يتحمله المباشر وإنما يتحمله عنه غيره"** ، من خلال الضمان الجابر لضرر. ويكون إما بإعادة الحالة إلا ما كانت عليها أو التعويض المالي حيث **أمر عز وجل في سورة النساء الأية 58 ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانة إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾**[8].

---

[1]:احمد الظاهر:"دعوى مخاصمة القضاة و أعضاء النيابة العامة"، منشور بموقع المجلس الأعلى لسلطة القضائية الفلسطينية www.courts.gov.ps بتاريخ20.12.2013 ص3.

[2]: الانصاري حسن النيداني:"قانون المرافعات المدنية والتجارية"كود 324 برنامج الدراسات القانونية كلية الحقوق جامعة نها ص 19و20 موقع www.pdffactory.com

[3]:عبد الحكيم الحكماوي:"المفهوم الدستوري للخطأ القضائي الجسيم" الجزء الأول، منشور بالصفحة الرسمية عبر الفايسبوك بتاريخ 17/03/2016 .

[4]:صحبي الصالح :"النظم القضائية في الإسلام" كلية الشريعة ،جامعة الأزهر ،الطبعة الأولى،،1986ص 18.

[5]: ابن فرحون :" تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام " مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة 1958،ص 576.

[6]: محمد عرنوس : "تاريخ القضاء في الإسلام" المطبعة المصرية الأهلية الحديثة بالقاهرة، بدون سنة، ص 275.

[7]: سورة ص الأية 26.

[8]: سورة النساء الأية 58 .

يمكن القول أن الشريعة الإسلامية هي أصل لكثير من المبادئ الحديثة في القانون وخير مثال على ذلك تقرير الشريعة الإسلامية لمسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.

ثانيا: أثار الخطأ المهني الجسيم

تختلف أثار الحكم القضائي بحسب ما انتهى إليه الحكم في دعوى التعويض عن الخطأ المهني الجسيم الموجب لمسؤولية القاضي، ويبقى من الضروري التأكيد على أن التعويض يجب أن يشمل الضرر المحقق مع الأخذ بعين الإعتبار نوع المتابعة والسوابق القضائية والمركز الإجتماعي للمتضرر من الخطأ القضائي .

1: حالات الخطأ المهني الجسيم للقاضي

يمكن أن يظهر الخطأ المهني الجسيم في عدة مظاهر تعود إلى ثلاث صور تتجلى في مخالفة القانون و الإهمال غير المبرر و الإخلال الجسيم بواجبات الوظيفة.

أ: الخطأ المهني الجسيم في مبادئ القانون: يقصد بالخطأ المهني الجسيم في مبادئ القانون، تجاوز النصوص القانونية النافذة بحيث يكون النص أمرا و تكون المخالفة منصبة على نص قانوني نافذ لم يتم إلغاؤه أو نسخه بقانون جديد أو تقيده بنص قانوني خاص، أو لم يأخذ بعين الاعتبار إلزامية الدستور وسموه على أي نص قانوني يخالفه [1] فإن فعل ذلك كان مرتكبا لخطأ مهني جسيم. باعتبار عمل القاضي الأساسي هو تطبيق القانون وتفسيره تفسيرا صحيحا يتفق مع واقع الدعوى فإذا خرج عن مبادئ التفسير المذكورة أو أخطا في تطبيق قانون الموضوع يعد عمله موسوماً بالخطأ المهني الجسيم وموجبا لتوقيفه حسب الفصل 89 من مشروع النظام الأساسي للقضاة[2].

ب : الإهمال غير المبرر: هو الإهمال الناجم عن ممارسة القاضي عمله بغير اهتمام أو دون الاهتمام العادي، ويتجلى بتقصير القاضي في أداء واجبه القضائي في تحري الحقيقة والصواب ... مما يشكل بالغ الخطورة في تحقيق العدالة بين المتقاضين،[3] ويبقى إهمال القاضي الموجب لمسؤوليته مقيد بشروط منها :

- **أن يصدر الحكم بأداء دون الأداء العادي للقاضي** [4] ويقصد بالأداء العادي للقاضي إحاطته بملف الدعوى وبالمبادئ القانونية التي تحكمه إحاطة تامةً من جهة، وفهمه الدعوى على حقيقتها من جهة ثانية، وبيانه لهذه الحقيقة التي اقتنع بها وذكر دليلها من جهة ثالثة، فإذا قصر القاضي عن توفير هذه العوامل في إجراءاته وأحكامه التحضيرية وحكمه النهائي كان مخطئاً خطأً مهنياً جسيما .

- **أن يكون الإهمال بالغ الأهمية والخطورة** على نتيجة الدعوى فإذا لم يكن ذا أثر على نتيجة الدعوى فلا يعد خطأ مهنيا جسيما.

-**تقدير القاضي لوقائع الدعوى تقديرا خاطئا** أو ما يسمى بالجهل الفادح بوقائع الدعوى المعروضة عليه[5] .

ج : الإخلال الجسيم بوجبات الوظيفة[6]: نص الفصل 109 من الدستور على أن الإخلال بواجبات الإستقلال و التجرد، يعتبر خطأ جسيما بصرف النظر عن المتابعات القضائية، فالمشرع عمل على احترام هيبة القضاء و استقلاله، وأكد على استحقاق القاضي لهذه المكانة بمساعدة ذاته بعدم الإخلال بهذه المبادئ وإلا ووجه بالخطأ المهني الجسيم.

2: طبيعة الضرر[7] الموجب لتعويض

يشترط لتعويض المضرور أن يرتكب القاضي خطأ له علاقة بالوظيفة فقط ، و يجب فوق ذلك أن يبلغ هذا الخطأ حدا من الجسامة ويسبب ضرار للغير[1] فالأخطاء اليسيرة التي يرتكبها القضاة لا تعرضهم لدعوى المخاصمة لان المشرع أقر هذا النظام لحماية المتقاضي إذا

---

[1]: مخالفة الاتفاقيات الدولية المصادق عليها في حال وقع تعارض بين اتفاقية ونص قانوني داخلي، فإن لم يلتزم القاضي بترجيحها سواء في التفسير أو التطبيق كان مخطأ خطأ جسيما.

[2]: أنظر عبد الرحمان اللمتوني :" المادة 89...رهان السلطة القضائية "مقالة منشورة بالموقع الإلكتروني لجريدة الصباح www.assabah.press.ma بتاريخ01.08.2015.

[3]: جمال الدين عبد الله مكناس محمد ناصر الخوالدة:"مرجع سابق" ص219.

[4]: جمال الدين عبد الله مكناس ، محمد ناصر الخوالدة:" مرجع سابق" ص219.

[5]: رؤوف عبيد :" مبادئ الأحكام الجنائية في القانون المصري"،الطبعة الثانية عشر، دار الفكر العربي،سنة 1988 ص403.

[6]:عبد القادر الشليخي:" أخلاقيات الوظيفة العامة"،مجدلاوي لنشر،2003،ص74.

[7]: الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له.

انحرف القاضي وكان الخطأ الموجب لمسؤوليته من الأخطاء التي بلغت درجة الجسامة. وباعتبار دعوى المخاصمة هي دعوى مسؤولية لا تقبل من رافعها إلا إذا ترتب على الفعل المنسوب إلى القاضي ضررا أصاب المدعي المخاصم، فقد قضت في هذا السياق محكمة استئناف الإسكندرية:"إن دعوى المخاصمة وإن كانت دعوى خاصة خاضعة لقواعد الخصومة إلا أنها باعتبارها دعوى مسؤولية لا تقبل من رافعها إلا إذا ترتب على الفعل المنسوب إلى القاضي ضررا أصاب المخاصم"[2]. وغني عن البيان أن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق المدعي الذي أصابه بحسب ما تقرره قواعد العدالة في هذا المجال.

وهذا ما دفع بجانب من الفقه إلى تكييف دعوى المخاصمة على أنها دعوى مسؤولية ترمي إلى تعويض ضرر أصاب المتقاضي من جراء حكم قضائي، و يقع على عاتق المدعي إثبات خطأ المدعى عليه، وفق ما تقضي به القواعد العامة في مجال المسؤولية المدنية[3].

لقي هذا الرأي تأييدا لدى معظم الفقه نظرا لتماشيه مع الأحكام المطبقة على دعوى المخاصمة، إذ يشترط في المدعي أن يرفق بادعائه ما يثبت خطأ القاضي أو سوء نيته، بل إن قبول الدعوى أو رفضها متوقف على هذا الإثبات.

و في حالة ثبوت مسؤولية القاضي ليس هناك ما يمنع المتضرر من أن يطلب من الدولة التعويض عما أصابه من ضرر لأن الأصل العام أن القاضي غير مسؤول عن خطئه في مباشرة عمله[4].

و إن كان من نتائج الدعوى اعتراف للمتقاضي بحقه في التعويض في حالة ثبوت خطأ القاضي الجسيم ، إلا أن هذه الدعوى تبقى ذات طبيعة خاصة بالنظر لحالاتها و إجراءاتها، فلا يمكن مساءلة القاضي إلا في الحالات التي حددها القانون على سبيل الحصر، ولا يسوغ مساءلته إلا بإتباع إجراءات خاصة من شأنها أن تحفظ كرامة وهيبة السلطة القضائية، وتعرض الدعوى على هيئة يضمن حيادها[5].

ويبقى اختلاف أساس مسؤولية القاضي المدنية عن الخطأ القضائي، أن الأول ينبني على فكرة المسؤولية الشخصية للقاضي متى تحقق الإخلال المرتب للضرر، وأن الدولة هي التي تتحمل جبر الضرر كما يستلزم على الطرف المضرور أن يرفع الدعوى مباشرة ضدها مع بيان عنصر سوء النية وإثبات مناط الإدعاء كما يمكن للدولة الرجوع على القاضي في التعويض عند الاقتضاء، في حين أن الثاني ينبني على فكرتين، وهما أن المسؤولية تتحقق سواء بقيام الضرر المترتب عن تسيير المرفق العمومي و لو بدون خطأ أو بناءا على الخطأ الإداري المرتبط بسير مرفق عمومي[6].

خاتمة:

رغم تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، والتصريح بإمكانية التعويض عن الخطأ القضائي من خلال دستور2011 إلا أن المشرع المغربي لم يرتب بعد أي مسؤولية أو تعويض عن العمل القضائي خارج مساطر خاصة وهي مسطرة المراجعة ودعوى مخاصمة القضاة والمسؤولية المدنية للقاضي، بالإضافة إلى صعوبة إقامة دليل على حالات المخاصمة والخطأ المهني الجسيم للقاضي التي نادرا ما قضي فيها بالتعويض. مما يمكن معه القول أن المشرع المغربي قد أكثر من الصعوبات عند إتباع طريق المخاصمة فضيق من دائرة المسؤولية المدنية للقضاة ولم يجعلهم مسؤولين مسؤولية مدنية، عن جميع ما يقع منهم من أخطاء.

---

[1]: عمار بوضياف: "دعوى مخاصمة القضاة في قانون الإجراءات المدنية الجزائري"، ص68. انظر طلال المهتار : مسؤولية الدولة في القانون المقارن ، بيروت دار، ص28.

[2]: حكم محكمة استئناف الإسكندرية جلسة1959.5.31 مجلة المحاماة سنة39 العدد الثامن أبريل 1959 ص22 انظر حسان عبد السميع هاشم أبو العلا"مرجع سابق" ص180.

[3]: رمزي سيف:"الوسيط في قانون المرافعات" الطبعة الثامنة، بدون سنة ، ص 23.

[4]: انظر حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ 30يناير 1992 حيث ذهبت فيه المحكمة إلى أنه يجوز للمضرور أن يطالب الدولة بتعويض هذا الضرر انظر حسان عبد السميع هاشم أبو العلا"مرجع سابق" ص127.

[5]: عمار بوضياف: "مرجع سابق " ص69.

[6]: سمير ارسلان:"متى يكون القاضي مسؤولا مدنيا"منشور بالموقع الإلكتروني لجريدة الصباح www.assabah.press.ma بتاريخ30.06.2015

سقوط ديون الخزينة في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاولة

مهدي خرجوج
طالب باحث بسلك الدكتوراه
جامعة محمد الخامس الرباط

لا شك أن ما عرفه المغرب في السنوات الأخيرة من صفوة تشريعية سواء على المستوى الكمي والنوعي لم يعرفه خلال الخمسين سنة الماضية.

ولا ريب أيضا في أن الترسانة القانونية قد مست جميع مناحي المجتمع بدأ بالفرد الذي أصبح في عالمنا المعاصر يشكل ثروة وعامل ازدهار ولا يمكن تقديره بمال، ومرورا بالمقاولة التي أصبحت مصدر رخاء لكونها الفاعل الأول في تحريك دواليب الاقتصاد الكثيرة والمعقدة. وصولا إلى أعلى الهرم الذي هو الدولة الساهر الأمين على استقرار المجتمع عن طريق توفير الآليات المالية والاقتصادية والقانونية لتوزيع الربح والخيرات توزيعا عادلا بين شرائح المجتمع المتعددة والمتفاوتة.

وهكذا صدر القانون المنظم للخوصصة[1]، تلاه صدور مجموعة من القوانين المتعلقة بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها، ومدونة التجارة ومدونة تحصيل الديون العمومية كإحدى الأولويات إلى جانب قوانين الشركات.

فإذا كانت مدونة التجارة أتت بمستجدات تشريعية لا عهد للممارسة القانونية بها كمساطر التسوية القضائية التي تتوخى من خلالها حماية المقاولة الفردية وكذا المقاولة الجماعية، باعتبارهما نواة كل تقدم اقتصادي، فإن المشرع وبالمقابل سن مدونة تحصيل الديون العمومية تزكية لهذه الحماية، وتأكيدا لها بالإضافة إلى حماية مداخيل الخزينة العامة بعيدا عن كل تعسف أو شطط.

فالواقع أن تحصيل الديون العمومية عن طريق التسوية و التصفية القضائية غير منصوص عليه في مدونة تحصيل الديون العمومية ،لابشكل صريح ولا ضمني ، إلا أن الواقع العملي أحال للإجراءات المنصوص عليها في مدونة التجارة في إطار العلاقة ما بين الدائنين و المدينين ،لذالك نجد التعليمية الصادرة عن السيد الخازن العام للمملكة سنة 2001 لم تتناول أي توضيح لهذه المسطرة ،الأمر الذي دفع بالخزينة العامة للإصدار دليل المحاسب العمومي لتدبير قضايا صعوبة المقاولة ، حيث جاء فيه أنه "بالرغم من أن هذه المسطرة ليست من إجراءات التحصيل ، فإنه لامانع من اللجوء إليها من طرف القباض ،مادامت المادة 563 من مدونة التجارة تخول لكل الدائنين هذا الحق بغض النظر عن طبيعة ديونهم"[2].

وتعد فترة إعداد الحل مرحلة تشخيص وانتظار، إذ تعتبر مرحلة تقوم فيها الأطراف المتدخلة بدراسة جميع المعطيات القانونية والاقتصادية والاجتماعية للمقاولة، من أجل الوصول لأفضل الحلول الممكنة.

وهكذا تتأثر وضعية الدين العمومي شأنه شأن باقي الدائنين، إذ يلزم بالتصريح بالديون، - مع وجود خاصية المادة 150 من قانون مالية 2007- تحت طائلة السقوط، فهذا الأمر ضروري بالنسبة للمقاولة، الشيء الذي يجعل دراسة هذا الموضوع ذات أهمية كبرى خصوصا على مستوى الواقع العملي ومايثيره من إشكالات وبالخصوص في معرفة أسباب سقوط الديون الضريبية ؟ ومن المسؤول عن ضياع حقوق الخزينة ؟ وهل هنالك وسيلة لرفع هذا السقوط؟

1- يتعلق الأمر بالقانون رقم 39.89 المأذون بموجبه تحويل منشآت عامة إلى القطاع الخاص الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 90.1.01 بتاريخ (199.04.11) ج.ر عدد 404 بتاريخ 1990/04/18

2-"دليل المحاسب العمومي لتدبير قضايا صعوبات المقاولة" مذكر داخلية صادرة عن قسم التحصيل بالخزينة العامة للمملكة سنة 2002 .

للإجابة على هذه التساؤلات إرتئينا تقسيم الموضوع لمحورين بحيث نعالج في المحور الأول سقوط الدين الضريبي قبل أن نعالج في المحور الثاني دعوى رفع السقوط.

المحور الأول سقوط الدين الضريبي:

وفقا للمادة 690 من مدونة التجارة فإنه يقصد بالسقوط عدم قبول مشاركة الدائنين الذين سقطت ديونهم في التوزيعات التي تمت وفي المبالغ التي لم توزع بعد.

ولقد انتقد بعض الفقه[1] الجزاء المقرر في المادة 690 من م.ت، والمقابلة للمادة 53 من قانون 25 يناير 1985 الفرنسي، بفعل صرامته ووصفه بأنه نزع لملكية الدين دون مصلحة عامة (expropriation de la créance sans utilité publique).

وهكذا فإن الجزاء المترتب عن عدم تصريح الإدارة الضريبية بديونها داخل الأجل القانوني هو السقوط، وهذا الجزاء بالإضافة إلى أنه مقرر بمقتضى المادة 686 من مدونة التجارة ، فإنه مؤيد أيضا بالنص الضريبي ،ذلك أنه بالمفهوم المخالف لمقتضى المادة 150 من قانون مالية 2007 التي تلزم المقاولة بتقديم إقرارها لدى مصلحة الوعاء إذا ما اعتزمت فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، تحت طائلة عدم مواجهتها بسقوط الواجبات المترتبة عن المرحلة السابقة لتاريخ فتح المسطرتين، فإنه يعتبر مواجهة الإدارة بهذا الجزاء (أي السقوط) مقبول إن تم توجيه الإقرار المذكور من طرف المقاولة ، دون أن تقوم الإدارة الضريبية بواجبها بالتصريح بالديون.

وللإشارة فقط فإن مجال تحصيل الديون العمومية عرف تغيرا جذريا فيما يخص الإدارة المكلفة به، وحتى نهاية سنة 2003، كانت المديرية العامة للضرائب، تتولى فرض الضرائب واحتسابها تم إصدار الجداول الضريبية، وإرسالها للخزينة العامة للمملكة قصد إجراء المراقبة الضرورية عليها والقيام بتحصيلها. لكن ابتداء من سنة 2004 تم إسناد عملية التحصيل تدريجيا إلى المديرية العامة للضرائب[2].

وفي ظل إسناد تحصيل الديون الضريبية للإدارة العامة للضرائب والجمع بين مهام الآمر بالصرف والمحاسب على مستوى بعض الإدارات يمكن طرح تساؤل عن نطاق المادة 150 من حيث إلزامها للمقاولة بتقديم الإقرار لدى مصلحة الوعاء، وهل استعمال المشرع المغربي لمفهوم الوعاء يقصد به مرحلة تأسيس الضريبة لدى مصلحة الوعاء، أم أن الإقرار يشمل حتى مرحلة التحصيل سواء تمت من طرف الأعوان والمأمورين المنتدبين من طرف المدير العام للضرائب أو من طرف القباضات التابعة للخزينة العامة للمملكة؟

إن طرحنا لهذا التساؤل لم يأت من فراغ، ولكن للوقوف على وضعية ديون الخزينة تجاه المادة 150، ذلك أن إجراءات التحصيل قد لا تتم بشكل فوري بعد إصدار مصلحة الوعاء لأوامر المداخيل، وهي الفترة التي يمكن أن تتقدم فيها المقاولة بطلب فتح التسوية أو التصفية دون أن تكون ملزمة بتقديم إقرار لدى الخزينة العامة للمملكة خصوصا في ظل حرمانها من مزية إشهار امتيازها على المنقول أو العقار، فاستعمال المشرع لمصطلح مصلحة الوعاء دون مصطلح الإدارة الضريبية قد يوحي باستثناء الخزينة العامة.

وتجنبا للإشكالات التي تطرحها المادة 150، يدعو البعض إلى إلزام الخزينة بإشهار حقوقها في السجل التجاري أو المحافظة العقارية بدل الاكتفاء بآليات خاصة بالنظام الضريبي.

وبالرجوع لمقتضيات المادة 125 من مدونة تحصيل الديون العمومية والتي نصت على" أن المحاسبين المكلفين بالتحصيل أو الذين شرعوا فيها ثم تخلوا عنها إلى أن تقادمت الديون المعهودة إليهم بتحصيلها، تسقط حقوقهم تجاه المدينين، غير أنهم يبقون مسؤولين تجاه الهيئات العمومية المعنية ".

1 - CHr. Mouly, la situation des créanciers antérieurs, Rev.jrisp.com n° spé, fév, 1987.

2- مقابلة أجريت مع الأستاذ عبد الرحمان أبليلا، بتاريخ 12.03.2013 على الساعة 14:20

لذلك فمسؤولية المحاسب العمومي تقتضي القيام بإجراءات التحصيل التي توكل له، لئلا يتحمل مسؤولية سقوط حق الإدارة والمؤسسات العمومية أو غيرها من الهيئات في تحصيل ديونهم، إلى جانب حرصه على التأكد من صحة الدين وتصفيته[1]، وإلا كان مسؤولا شخصيا وجنائيا[2]، متى انطوت أفعاله على قصد جنائي، كما هو الحال مثلا بالنسبة لجريمة الغدر التي تشمل في أحد شقيها الإعفاء من أداء التزام ضريبي بغير وجه حق[3].

يطرح إشكال آخر يتعلق بتعارض مقتضيات المادة 690 من مدونة التجارة، والمادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية، هذه الأخيرة التي نصت على أنه " تتقادم إجراءات تحصيل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية وحقوق التسجيل والتمبر بمضي أربع سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها"، وهذا ما يعني أن المدونة لم تنص على جزاء سقوط الديون الضريبية[4].

وإذا كان سقوط الدين العمومي هو وضع المدين، فما هو موقف كل من الكفيل والمدين المتضامن في حال عدم تصريح الدائن خلال الأجل المحدد؟

- ✓ **بالنسبة للكفيل**[5]:

بالرجوع إلى الأحكام القانونية المنظمة لجزاء السقوط في مدونة التجارة، لا نجد أي مقتضي قانوني يتعرض لهذه المسألة[6].

إلا أن غالبية الفقه[7] يكاد يجمع على أنه لا يحق للدائن الرجوع على الكفيل إذا ما أهمل التصريح خلال الأجل المحدد، فما دام أن الالتزام الأصلي انقضى بمرور الأجل، فإن الكفالة باعتبارها التزاما تبعيا تنقضي، فالالتزام التبعي يرتبط بالالتزام الأصلي من حيث قيامه وانقضائه، فهو يدور معه وجودا وعدما وصحة وبطلانا ما لم ينص القانون أو قضي الاتفاق على خلاف ذلك[8].

وعلى هذا الأساس فلا يمكن للقاضي أن يرجع على الكفيل تطبيقا للفصل 1150 من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أن "كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عليه انتهاء الكفالة"، لأن العكس من شأنه تهاون الدائنين المضمونة ديونهم بكفالات في التصريح بهذه الديون لأنه سيبقى من حقهم الرجوع على الكفلاء.

- ✓ **بالنسبة للمدين المتضامن**:

يختلف وضع المدين المتضامن عن الكفيل، فإذا كان الأخير يتحرر من التزاماته بانقضاء الدين الأصلي، فإن المدين المتضامن يبقى ملتزما اتجاه الدائن بصفة شخصية. وبالرغم من عدم وجود أي مقتضى قانوني في مدونة التجارة، فإن المدين هو شريك في الالتزام، والتزامه شخصي، وبالتالي لا يواجه الدائن بسقوط حقه تجاه المدين المتضامن[9].

وهكذا يمكن للقابض الرجوع على المدينين المتضامنين، وهذا ما يستفاد صراحة من أحكام الفصل 166 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه "يثبت التضامن بين المدنيين إذا كان كل واحد منهم ملتزما شخصيا بالدين بتمامه. وعندئذ يحق للدائن أن يجبر أيا منهم على أداء هذا الدين كله أو بعضه، ولكن لا يحق له أن يستوفيه إلا مرة واحدة".

1- إبراهيم عقاش، مسؤولية المحاسب العمومي في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه الوطنية في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، الموسم الجامعي (2002-2003)، ص 126.

2- عبد الغني خالد، المسطرة في القانون الضريبي المغربي، مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع الدار البيضاء، طبعة 2002، ص 262.

3- محمد السماحي، مسطرة المنازعة في الضريبة ، دار أبي رقراق، الرباط ، الطبعة 2 سنة 2003، ص 44 وما فوقها.

4- حسن أيت موح، التصريح بالديون الضريبية وتحقيقها في إطار نظام صعوبات المقاولة، المجلة القانونية للمحكمة الابتدائية بمكناس، عدد مزدوج 2-3، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، سنة 2009،،ص59.

5- هو الشخص الذي يلتزم اتجاه الدائن بتنفيذ التزام المدين، إذا عجز هذا الأخير عن أدائه أو عدم تنفيذه.

6- إبراهيم قادم، التصريح بالديون وتحقيقها في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاولة، مقال منشور بمجلة القصر، عدد20، ماي 2008، ص 19.

7- محمد كرام "وضعية الكفيل أثناء مساطر الوقاية والمعالجة من صعوبات المقاولة"، مجلة المنتدى، عدد 3، يونيو 2002، من ص 127 إلى 135.

8- إدريس العلوي العبدلاوي، الالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى ، 1996، ص 45.

9- زكية عومري، آثار التسوية القضائية على الدائنين الناشئة ديونهم قبل فتح المسطرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي الرباط، الموسم الجامعي 2003-2004، ص 29.

المحور الثاني: دعوى رفع السقوط

إذا كانت مدونة التجارة قد وضعت أجلا معينا يتعين التقيد به للتصريح بالديون، تحت طائلة سقوط الحق في المشاركة في التوزيعات وانقضاء الدين بشكل نهائي، فإن المشرع قد لطف من قساوة وصرامة هذا الأثر بمنح الدائنين حق التظلم لدى القاضي المنتدب[1]، ومن أجل ممارسة هذا الحق خول لهم وسيلة خاصة واستثنائية، أطلق عليه دعوى رفع السقوط[2].

وبناءا عليه فقد أجازت المادة 690 من مدونة التجارة للدائنين الذين لم يصرحوا بدينهم داخل الآجال المحددة في المادة 687 من م.ت، اللجوء إلى القاضي المنتدب لرفع السقوط عنهم، شريطة إثبات أن سبب عدم التصريح لا يعود إليهم، وأن يمارسوا تلك الدعوى داخل أجل سنة من تاريخ صدور مقرر فتح المسطرة بالنسبة للدائنين غير الواجب إشعارهم شخصيا[3]. هذا ولم يحدد المشرع المغربي مرة أخرى طبيعة الأجل المنصوص عليه في المادة 690 من م.ت، هل هو أجل تقادم أم أجل سقوط[4]؟ فهذا التساؤل له أهميته، لأنه إذا اعتبرنا أجل السنة أجل تقادم فإنه يحق للدائن التصريح بدينه حتى خارج الأجل القانوني بدعوى توفر حالة من حالات انقطاع أو إيقاف التقادم.

للإجابة على هذا السؤال يرى بعض الفقه المغربي[5] بأن أجل السنة يتعلق بأجل سقوط الحق وليس بأجل تقادم.

فعمليا مسالة رفع السقوط عن الدين العمومي تبدو صعبة لندرة إن لم نقل انعدام الأسباب التي يمكن الدفع بها من طرف المحاسب العمومي المكلف بالتصريح، لإقناع القاضي المنتدب بأحقية رفع السقوط، خصوصا في الوقت الحاضر، وذلك نتيجة لمجموعة من العوامل منها[6]:

-عدم ممارسة الإدارة لدعوى رفع السقوط داخل أجل سنة المحدد قانونا، وذلك نتيجة عدم علمها بفتح مساطر صعوبات المقاولة عندما تكون تباشر مسطرتي الفحص والتصحيح الجبائي، وكذا بالنظر إلى طول المدة التي تتطلبها هذه المساطر مما يضيع على الإدارة إمكانية رفع السقوط عن ديونها.

-عدم اقتناع القاضي بأن الديون الناجمة عن مسطرتي الفحص والتصحيح الجبائي تتميز بطبيعة خاصة.

وحتى وإن افترضنا قبول طلب المحاسب العمومي برفع السقوط، فإنه مع ذلك يفقد مرتبة الديون المصرح بها في الآجال القانونية، ولا يستفيد إلا من التوزيعات الموالية وهذا ما نصت عليه المادة 687.

1- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، الجزء 3، دار النشر المعرفة، الرباط، الطبعة الثانية 2009، ص 212.

2 Zikouri fouad, la déclaration des créances et leur vérification a la lumière du livre 5 du code des commerce marocaine, mémoire de master faculté de science juridique économiques et social settat. 2008-2009, p 100.

3-راجع القرار رقم 845 صدر بتاريخ 2004/06/12 تحت عدد 01/1407 غير منشور

القرار رقم 890 صادر بتاريخ 2006/10/3 تحت عدد 713-6-2006 غير منشور

القرار رقم 19 صدر بتاريخ 02/11/7 تحت عدد 02/7 منشور بمجلة المعيار العدد 29 ص 219.

4- التقادم هو سبب لانقضاء الحقوق المتعلقة بالذمة المالية ولا سيما الالتزامات إذا توانى صاحبها عن ممارستها أو أهمل المطالبة بها خلال مدة معينة يحددها القانون.

يتبين من هذا التعريف أن انقضاء الحق بالتقادم يمنع سماع الدعوى به، وقد أكد المشرع المغربي هذا المعنى عندما أوضح في المادة 371 من قانون الالتزامات والعقود أن " التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام.

وهكذا تختلف مدد التقادم عن مدد السقوط على مستويات فمدد الإسقاط تعتبر من النظام العام فلا تنقطع ولا تتوقف ، بالإضافة إلى أن مدد السقوط لمساسها بالنظام العام لا يتوقف إعمالها على تمسك دين المصلحة بها، بل إن جزء من حق القاضي أن يتمسك بمدد الإسقاط من تلقاء نفسه وبدون طلب من الخصوم.

5- امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، دراسات قانونية معمقة، العدد 3، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006،ص 102.

6- حياة حجي، أثر مساطر صعوبات المقاولة على وضعية الديون الجبائية، الإشكاليات والآفاق، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 17-18، يناير – يونيو 2011، ص 134.

ولتفادي سقوط الدين العمومي، يجب على المحاسب[1] القيام بكافة الإجراءات القانونية، للحيلولة دون ضياع حقوق الخزينة، وذلك بالتصريح بالديون داخل الآجال القانونية.

لكن يطرح إشكال في الحالة التي يتقدم فيها رئيس المقاولة بطلب فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية إلى المحكمة دون أن يقدم قبل ذلك إقرار بذلك لدى مصلحة الوعاء الضريبي التابع لها مكان فرض الضريبة، بحيث لا يمكن، وفقا للمادة 150 من المدونة العامة للضرائب، مواجهة إدارة الضرائب في هذه الحالة بجزاء السقوط التي ترتبه المادة 690 من م.ت ويبقى من حقها التصريح بدينها[2].

هذه الأخيرة تجعلنا نتساءل، عن الحالات الأخرى التي تفتح بموجبها مساطر صعوبات المقاولة، والتي نصت عليها المادة 563 من مدونة التجارة[3]، والمتمثلة في الطلب المقدم من طرف أحد الدائنين أو النيابة العامة أو المحكمة تلقائيا.

ويلاحظ أحد الباحثين[4] أن وضعية الديون العمومية في ظل المساطر الجماعية لا زالت هشة، ذلك أن القضاء استقر على مستوى محاكم الاستئناف التجارية عن عدم إخضاع هذه الديون لمقتضيات المادة 686 من مدونة التجارة ولو كانت ممتازة، حيث أن تقرير سقوط هذه الديون أصبح أمرا حتميا لا مفر منه، وهو ما يثير الاستغراب، إذ أنه لا يعقل أن تكون الديون الممتازة كديون الخزينة أقل حالا من وضع دين شركة الائتمان الإيجاري أو باقي الديون المضمونة برهن.

1- عرف المشرع المغربي المحاسب العمومي بمقتضى المادة 2 من القانون رقم 61.99 المتعلق بتحديد مسؤولية الآمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين العموميين بأنه: "كل موظف أو عون مؤهل لأن ينفذ باسم إحدى الهيئات السالفة الذكر عمليات المداخيل أو النفقات أو التصرف في السندات إما بواسطة أموال وقيم يتولى حراستها وإما بتحويلات داخلية للحسابات وإما بواسطة محاسبين عموميين آخرين أو حسابات خارجية للأموال المتوفرة التي يراقب حركتها أو يأمر بها".
أما الهيئات المقصودة في هذه الفقرة فهي حسب المادة الأولى من نفس القانون: الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها، وكذا المؤسسات والمقاولات العمومية الخاضعة للمراقبة المالية للدولة.

2- علال فالي، مساطر معالجة صعوبات المقاولة،دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، طبعة دجنبر 2012، ص 254-255.

3- "يمكن فتح المسطرة بمقال افتتاحي للدعوى لأحد الدائنين كيفما كانت طبيعة دينه.
يمكن للمحكمة أيضا أن تضع يدها على المسطرة تلقائيا أو بطلب من النيابة العامة، لاسيما في حالة عدم تنفيذ الالتزامات المالية المبرمة في طار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 ".

4- طارق البختي: التصريح بالديون في إطار قانون صعوبات المقاولة، رسالة لنيل ماستر في قانون الأعمال والمقاولات، جامعة محمد الخامس، السويسي الرباط، الموسم الجامعي 07-08، ص 100.

خصوصيات التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية

د.ة صباح بنقدور

أستاذة باحثة بكلية الحقوق – عين الشق

جامعة الحسن الثاني – الدار البيضاء

يعتبر التحكيم إحدى أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات، بحيث أصبح يشكل حلقة قوية في باب فض النزاعات الناشئة بين الأطراف، باعتباره كآلية بديلة للقضاء.

كما نجد المشرع اتجه نحو فتح باب حل النزاعات بعيدا عن القضاء، فإذا كان التحكيم منظم بموجب القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، فإنه بالمقابل نجد أغلب النصوص القانونية الخاصة تنص على التحكيم كأداة لفض المنازعات.

ولقد عرف المشرع المغربي التحكيم في الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية بأنه **"حل نزاع من لدن هيأة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق التحكيم"**. بالإضافة إلى ذلك نجد المشرع قد ميز بين شرط التحكيم[1]، وعقد التحكيم[2] على اعتبار أن لكل واحد مفهوم خاص به، حيث إن لكل واحد منهما فترته التي يبرم فيها.

هذا، وقد فرضت بعض النصوص إلزامية التحكيم، ومن هذه النصوص مدونة الشغل، التي خصصت له حيزا كبيرا، وذلك المواد من 567 إلى 580 من المدونة، ومن خلال هذه المواد حدد المشرع نظم كيفية رفع طلبات التحكيم[3] إلى المحكم الذي سيختاره الأطراف[4] وفي حالة تعذر على الأطراف الاتفاق على الحكم يتولى الوزير المكلف بالشغل تعيين هذا الحكم[5]. وهذه الوسيلة يعمل بها بشكل كبير في نزاعات الشغل الجماعية، فضلا على أن التحكيم في هذه النزاعات يتميز بمجموعة من الخصوصيات، ومن هنا يطرح الإشكال فما هي الخصوصيات التي ينفرد بها التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية؟

للإجابة عن هذا الإشكال يقتضي منا معالجته من خلال المحاور التالية :

- **المحور الأول: الجهة المختصة للنظر في الطعون المقدمة ضد القرارات التحكيمية**
- **المحور الثاني: الأجل الذي يتعين فيه تقديم الطعن في قرارات التحكيم**
- **المحور الثالث: تقليص أسباب الطعن في قرارات التحكيم**
- **المحور الرابع: اقتران الطعن في قرارات التحكيم بآجال قصيرة**

[1] نص الفصل 316 من ق.م.م. على أنه: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور.

[2] حيث جاء في الفصل 314 من ق.م.م ما يلي : عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلزم أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيأة تحكيمية".

[3] تنص الفقرة الثانية من المادة 567 من مدونة الشغل على أنه "يحيل رئيس اللجنة الاقليمية للبحث والمصالحة أو رئيس اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، وعند الاقتضاء، إلى الحكم خلال الثماني والأربعين ساعة الموالية لتحرير المحضر...."

[4] نصت المادة 568 من مدونة الشغل على أنه : "يعهد بإجراء التحكيم إلى حكم يختاره الأطراف باتفاق بينهم، ضمن قائمة حكام تصدر بقرار للوزير المكلف بالشغل".

[5] تنص المادة 569 من مدونة الشغل على ما يلي : "إذا تعذر توصل الأطراف إلى اتفاق على اختيار الحكم، لأي سبب كان، فإن الوزير المكلف بالشغل، يعين حكما من نفس القائمة المذكورة في المادة 568 أعلاه، في أجل ثمانية وأربعين ساعة".

المحور الأول: الجهة المختصة للنظر في الطعون المقدمة ضد القرارات التحكيمية

لقد حدد المشرع المغربي في مدونة الشغل من خلال المادة 575 الجهة التي لها صلاحية البت في الطعون المقدمة ضد القرارات التحكيمية، والتي تتعلق بنزاعات الشغل الجماعية، حيث أوكل للغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض النظر في هذه الطعون دون غيرها[1].

وعليه تقوم الغرفة الاجتماعية، بوظيفة الغرفة التحكيمية، إذ تتولى النظر في الطعون المقدمة أمامها، بناء على إحدى الأسباب التي حددها المشرع.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد خصص المواد من 575 إلى 580 من مدونة الشغل للطعن في القرارات التحكيمية، من خلال تحديد الأجل الذي يجب فيه تقديم هذه الطعون، وكذا الطريقة التي يجب بها تقديم هذه الطعون حيث تنص المادة 577 على أنه **"يجب أن تقدم الطعون في القرارات التحكيمية في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغها.**

يقدم الطعن بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل، توجه إلى رئيس الغرفة التحكيمية.

المحور الثاني: الأجل الذي يجب فيه تقديم الطعن

لقد أفردت مدونة الشغل آجالا قصيرة، إذ يتعين تقديم الطعن المتعلق بالقرارات التحكيمية في نزاعات الشغل الجماعية داخل أجل 15 يوما من تاريخ التبليغ[2]، وإذا ما تمت مقارنته بالطعن أمام محكمة النقض فنجده قصيرا جدا، لأن الطعن أمام محكمة النقض بصفة عامة يكون هو 30 يوما من تاريخ التبليغ، على اعتبار أن الغرفة الاجتماعية بهذه المحكمة إحدى غرفها الست، مما يدل على أن المشرع المغربي من خلال المدونة حاول التسريع بالفصل في هذه النزاعات، وبالتالي تسويتها بدلا من أن تبقى طويلة الأمد وهي معروضة أمام الهيئات المخول لها صلاحية البت فيها.بل أكثر من ذلك فإنه من خلال مدونة الشغل، قد يسر تقديم هذه الطعون، فإذا كان في القواعد العامة قد ألزم بضرورة تقديم عرائض النقض في شكليات معينة ومحددة بطريقة دقيقة، فإنه سمح بإمكانية تقديم الطعون المتعلقة بنزاعات الشغل الجماعية عن طريق رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل.

والملاحظ هنا أن المشرع المغربي في مدونة الشغل قد أزال الشكليات المعتادة لتقديم الطعون المتعلقة بنزاعات الشغل الجماعية، مقارنة مع مثيلاتها من الطعون أمام محكمة النقض، بل أكثر من ذلك أن الطعون المقدمة ضد القرارات التحكيمية تقدم أمام نفس المحكمة التي تقدم أمامها الطعون الأخرى ألا وهي محكمة النقض. مما يعني أن المشرع يطغى عليه هاجس التسريع بوتيرة القضاء على النزاعات الناشئة في إطار نزاعات الشغل الجماعية، ولما ذلك من تأثير على الاقتصاد الوطني.

المحور الثالث: تقليص أسباب الطعن في قرارات التحكيم

لقد نظم المشرع المغربي التحكيم في قانون المسطرة المدنية[3]، وكذا إجراءات الطعن في الأحكام أمام محكمة النقض، وبالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية نجده قد حدد في الفصل 359 منه أسباب الطعن في الأحكام أمام محكمة النقض باعتباره يشكل القواعد العامة في المجال الإجرائي، إذ حددها في خمسة أسباب وهي:

1. خرق القانون الداخلي

---

[1] تنص المادة 575 من مدونة الشغل على أنه "لا يمكن الطعن في القرارات التحكيمية الصادرة في نزاعات الشغل الجماعية إلا أمام الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى....".

[2] حيث تنص المادة 577 من مدونة الشغل على ما يلي" يجب أن تقدم الطعون في القرارات التحكيمية في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ التبليغ يقدم الطعن بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل، توجه إلى رئيس الغرفة التحكيمية

يجب، تحت طائلة عدم القبول، أن تتضمن الرسالة أسباب الطعن، وأن تكون مرفقة بنسخة من القرار المطعون فيه".

[3] للتوسع أكثر حول التحكيم في قانون المسطرة المدنية المرجو الرجوع إلى :

- عبدالكريم الطالب، التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربي،مجلة المنتدى، العدد 2 سنة 2000 ، الصفحة 9 وما بعدها.
- عبدالكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، طبعة 2013، الصفحة 314 وما يليها.
- محمد شعيبي المذكوري، القرارات التحكيمية في قانون المسطرة المدنية، مجلة المحاكم المغربية، العدد 76 سنة 1975، الصفحة 15 وما بعدها.

2. خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف
3. عدم الاختصاص
4. الشطط في استعمال السلطة
5. عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل

فإننا نجد مدونة الشغل في إطار نزاعات الشغل قد قلصت من هذه الأسباب، لأن كل من يريد أن يطعن في القرارات التحكيمية، أن تكون هذه الأخيرة مستندة إما على الشطط في استعمال السلطة أو خرق القانون، دون غيرها من الأسباب المنصوص عليها في الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية.

وعليه فإن المادة 576[1] من مدونة الشغل قد حددت الأسباب التي يجوز الطعن بناء عليها في القرارات التحكيمية الاجتماعية وهي الشطط في استعمال السلطة وخرق الفانون، وبالتالي تكون المدونة بهذا التأطير قد خالفت مقتضيات الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية، الذي نص إلى جانب هذين السببين على خرق قاعدة مسطرية أضرت بأحد الأطراف وعدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل وعدم الاختصاص.

ومما لا شك فيه أن المشرع المغربي من خلال هذا التحديد حاول قدر الإمكان التقليص من أسباب الطعن في المقررات التحكيمية، ولعل الغاية من ذلك هي الحيلولة دون كثرة النزاعات بناء على التوسع في استعمال أسباب الطعن فضلا عن حماية الاقتصاد الوطني عبر استقرار العلاقات الاجتماعية .

المحور الرابع : اقتران الطعن في قرارات التحكيم بآجال قصيرة

إن القرارات التحكيمية التي تصدر في نزاعات الشغل مرتبطة بآجال قصيرة جدا، إذ يوجه الطعن إلى رئيس الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض بصفته رئيسا الغرفة التحكيمية[2]، بحيث يجب على الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض باعتبارها غرفة تحكيمية أن تصدر قراراها داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ رفع الطعن إليها. ويبلغ إلى الأطراف القرار خلال الأربع والعشرين ساعة الموالية لتاريخ صدوره[3]. إذ أن هناك خصوصيات يمتاز بها نزاع الشغل يستلزم بالضرورة الحزم في فرض مدد قانونية دون السماح بالخروج عليها قصد إنهاء النزاع في أقرب وقت ممكن[4].

وفي إطار مقاربة هذه الآجال مع الآجال المعمول بها في نزاعات الشغل الفردية وفقا لقانون المسطرة المدنية، فإنه سيتم الوقوف على أن أجل البت في نزاع شغل فردي أطول من الأجل المنصوص عليه في مدونة الشغل، إذ وفقا للفصل 327-20 من ق.م.م فإن صلاحية المحكمين تنتهي بمرور 6 أشهر من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته، وهذه المدة يعمل بها في حالة عدم اتفاق أطراف النزاع على مدة أقل أوأكثر[5].

ومما لا شك فيه أهذا الأجل القصير الذي يجب أن تصدر فيه هذه القرارات التحكيمية، لا وجود لمثيل له في قانون المسطرة المدنية، على اعتبار أن المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية لم يوقف صدور القرار عن محكمة النقض بأجل معين، ولكنه ترك السلطة التقديرية للمستشارين بهذه المحكمة في إصداره، إذ يبتون وفقا للقضايا المعروضة عليهم، وكذا بناء على انتهاء إجراءات التحقيق وتهيئ القضية.

[1] التي ينص فيها المشرع على أنه "تتولى الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى مهام غرفة تحكيمية، وتبت بهذه الصفة في الطعون، بسبب الشطط في استعمال السلطة، أو بسبب خرق القانون، التي تقدمها الأطراف ضد القرارات التحكيمية".

[2] مصطفى بونجة ونهال اللواح، التحكيم في المواد التجارية الإدارية والمدنية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2015 ص 339.

[3] عبدالكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، طبعة 2013، ص 385.

[4] زهير كريمات، التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا، السنة الجامعية 2007/2006، ص 113

[5] نبيل بوحميدي، قراءة مقتضبة في خصوصيات قرار التحكيم البات في نزاع الشغل الجماعي، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول 2015، ص 76.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي في مدونة الشغل، عمل على التسريع بوتيرة فض هذا النوع من القضايا، حتى لا تبقى لزمن طويل وهي في ردهات المحاكم. مما يعني أن المشرع أفرد لها إجراءات خاصة، ولعل أبرزها هذه الآجال القصيرة.

خاتمة:

وصفوة القول إن نزاعات الشغل الجماعية، تنفرد بالعديد من الخصوصيات، سواء فيما يتعلق، بالجهة التي خول لها المشرع صلاحية البت في الطعون المقدمة ضد القرارات التحكيمية، أو الأجل الذي يجب أن تقدم فيه هذه الطعون بل أكثر من ذلك قد قلص من أسباب الطعن في هذه المقررات حتى لا يفتح الباب على مصراعيه في مجال الطعون ضد المقررات التحكيمية. بالإضافة إلى ذلك أن القرارات التي تصدر عن الغرفة الاجتماعية يجب أن تصدر داخل آجال معينة.

وعليه نجد المشرع المغربي قد غلب عليه الطابع الاستعجالي في باب تسوية نزاعات الشغل الجماعية، حتى لا تغرق مثل هذه النزاعات في المحاكم لمدة طويلة، لا سيما وأن هذه القضايا لها تأثير بالغ من الناحية العملية وذلك على مستويين فالأول يتعلق بالطابع المعيشي لهذا النوع من القضايا لأنها مرتبطة بالسلم الاجتماعي أما الثاني فهو يتعلق بالجانب الاقتصادي لأن هذا النوع من العلاقات تساهم في دوران العجلة الاقتصادية.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه القرارات التحكيمية حينما تصدر، تصير قابلة للتنفيذ، حيث نجد المشرع المغربي في مدونة الشغل قد أحال على مقتضيات قانون المسطرة المدنية فيما يتعلق بالتنفيذ، مع التأكيد على أن هذه الإحالة لم تكن صائبة وفق اعتقاد على اعتبار أن التنفيذ في القواعد العامة يتطلب إجراءات كثيرة وهو الأمر الذي يتناقض وطبيعة نزاعات الشغل الجماعية من جهة، ومن جهة ثانية يضرب عرض الحائط المبدأ الذي تبناه المشرع نفسه في تسوية نزاعات الشغل الجماعية، حيث نجده حاول جادا أن يسوي هذه النزاعات في أقصر أجل إلا أنه في آخر المطاف أحال على القواعد العامة فيما يخص التنفيذ، الأمر الذي لا نوافقه، إذ كان عليه أن يفرد له قواعد خاصة حيادا عن مقتضيات قانون المسطرة المدنية الذي يبقى الإطار العام في المجال الإجرائي.

إشكالية عقد الشغل المحدد المدة وغير المحدد المدة

ياسين الكورواري

محامي بهيئة الرباط

مقدمة

إن العمل وسيلة أساسية من وسائل تنمية البلاد، وقد خلق الإنسان ميالا بطبعه للحركة والاجتهاد والإبداع، من أجل تحقيق الراحة ومتطلباته، بهدف ضمان استمراره وبقائه. وتتجلى الوسيلة المنطقية التي يتوصل بها الإنسان لكل حاجياته ويعبر بها على كل أفكاره ويترجم بواسطتها إبداعاته واكتشافاته في العمل أو الشغل، إذ بالعمل يوحد بين شخص الإنسان فكريا وماديا، ويترجم ذلك في الخيرات والمنافع والفوائد التي ينتجها ويخرجها للواقع، حيث عبر بعض علماء الاقتصاد أن العمل يوفر الوسائل المادية للبقاء على قيد الحياة والتمتع بها، بالرغم من التفاوت الملحوظ بين الدول، يظل العمل هو القاسم المشترك؛ لأنه لا مجتمع بدون شغل، ولا شغل بدون مجتمع، لكون هذا الأخير هو العمود الفقري للحيات البشرية[1].

وإذا كان عقد الشغل يعتبر نقطة التقاء مصالح وقيم اجتماعية مختلفة، تقضي مصلحة المقاولة التوفيق بينهما، بوضع حدود مرنة بين سلطة المشغل في تسيير وتدبير مقاولته وبين ضرورة حماية الأجراء خلال مراحل العقد بنوعيه المحدد المدة وغير المحدد المدة، سواء عند تكوينه بمناسبة اختيار المشغل لهؤلاء الأجراء وتحديد نطاق التزامات الملقاة على عاتق كل طرف، أو خلال تنفيذه وبالأساس بمناسبة تعديله بمبادرة من المشغل نفسه، أو بناء على فرض من المشرع، وحتى عند إنهائه بأسباب مرتبطة بضرورة سير المقاولة، أو بممارسة الأجير لحقوقه وحرياته الأساسية كانسان[2].

ولئن كانت جل التشريعات المقارنة نادرا ما تتصدى لمسألة إعطاء التعارف وتحديد المفاهيم، على اعتبار أن الموضوع يتدرج في عمل الفقه والقضاء، فإنها بخصوص ماهية الشغل تكاد تجمع لا سيما العربية منها على تعريف واحد لهذا العقد – عقد الشغل -، حيث عرفه المشرع المصري بأنه **" عقد يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إرادته وإشرافه لقاء أجر أياً كان نوعه"**[3]، في حين عرفه المشرع الأردني بأنه **" اتفاق شفوي أو كتابي صريح أو ضمني يتعهد العامل بمقتضاه أن يعمل لدى صاحب العمل تحت إشرافه أو إرادته مقابل أجر، ويكون عقد العمل لمدة محدودة أو غير محدودة ولعمل معين أو غير معين"**[4]،أما المشرع المغربي فقد عرفه بموجب الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود بأنه **" إجارة الخدمة أو العمل عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد أو من أجل أداء عمل معين في نظير أجر يلتزم هذا الآخر بدفعه له".**

ولعل أهمية هذا الموضوع تكمن في التفرقة بين العقد المحدد المدة والعقد غير المحدد المدة، رغم أن كلاهما لا يحدث إشكالا عند إبرامه، بقدر ما يفرزه أثناء فسحه، لأن لكل واحد قواعده الخاصة به وآثاره الخاصة به، علما أن العقد غير المحدد المدة يكون اكبر ضمان لحقوق الأجير سواء من حيث التعويضات أو الأقدمية، أو من حيث مهلة الإخطار، عكس العقد المحدد المدة الذي قد يكون أكثر

[1] - بشرى العلوي: "تعامل مدونة الشغل مع القانون الاجتماعي الدولي"، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 10، مارس 2006، ص 48.

[2] - عدل العشابي: "سلطة المشغل في تسيير حاجيات المقاولة وحماية حقوق الأجراء"، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، العدد 6، مطبعة المعارف الجديدة، سنة 2012، ص 107.

[3] - إلا أن ما يلاحظ على هذا التعريف هو انه لم يحدد طبيعة الأجر بشكل دقيق، حيث سوى ما بين اجر نقدا أو عيناً وهذا لا يخدم الأجير خصوصا وانه طرفا ضعيف في العقد، حيث يمكن لرب العمل أن يفرض عليه الأجر الذي يكون غالبا عبارة عن منتوج في تلك المقاولة مما يضطر هذا الأخير إلى بيعه من جديد، وهنا تتضح سلطة رب العمل التي تذعن الأجير إلى قبول شروط العقد، وهذا أمر في حيف وإجحاف لحقوق الأجير.

[4] - ألطاهري فطامة: " عقد الشغل المحدد المدة وعقد الشغل غير محدد المدة"، مقال منشور بسلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، العدد 9، وزارة العدل، ندوة حول موضوع مدونة الشغل بعد سنتين من التطبيق، مطبعة دار السلام، طبعة 2007، ص 57 – 58.

نجاعة لرب العمل، بحيث يقام بأقل تكلفة، مقارنة مع العقد المحدد غير المحدد المدة. كل هذا يجعلنا نطرح إشكالاً والمتمثل في : إلى أي حد يمكن اعتبار أن المشرع المغربي قد حمى الأجير من خلال العقد غير المحدد المدة على اعتبار انه هو الأصل، مقارنة بالعقد المحدد المدة؟

هذا الإشكال تفرعت عنه أسئلة فرعية يمكن إجمالها فيما يلي:

- ما هو معيار التمييز بين العقد المحدد المدة وغير المحدد المدة؟
- هل يمكن التسليم بالفكرة التي تقول بأن المادة 17 أفرغت محتوى المادة 16 من مدونة الشغل؟
- كيف تعامل القضاء مع الاتفاقيات الهجينة التي يصعب حصرها، هل هي ضمن العقود المحددة المدة أم غير محددة المدة؟
- وهل العقود المحدد وغير المحدد يتسع نطاقها ويضيق حسب نوع كل مقاولة؟

وعليه، سنحاول معالجة هذه الإشكالات من خلال مبحثين وفق التقسيم التالي:

المبحث الأول: تمييز العقود المحددة المدة وغير المحددة المدة في التشريع المغربي

المبحث الثاني: آثار التمييز بين العقود المحدد المدة وغير المحدد المدة

المبحث الأول: تمييز العقود المحددة المدة وغير المحددة المدة في التشريع المغربي

يتم تنظيم علاقة الشغل بين العامل ورب العمل بواسطة عقد الشغل، ويعتبر هذا العقد بمثابة الإطار القانوني الذي يضمن لكل طرف حقوقه وواجباته، حيث عرفت المرحلة التشريعية في المغرب تنظيم هذا العقد منذ سنة 1913، والتي عرفت مجموعة من التعديلات بواسطة الظهائر والمراسيم إلى أن رست في التعديل الأخير لسنة 2003 والمتعلق بمدونة الشغل (المطلب الأول)،حيث كان يهدف المشرع المغربي في مدونة الشغل إلى حماية الأجراء باعتبارهم الطرف الضعيف وضمان استقرار الشغل واستمرار المقاولة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأساس التشريعي

لقد عرف التشريع المغربي المنظم لعلاقة الشغل مرحلتين أساسيتين؛ تتمثل الأولى في مرحلة ما قبل مدونة الشغل (الفقرة الأولى) ومرحلة ما بعد مدونة الشغل لسنة 2003 (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ما قبل مدونة الشغل لسنة 2003

إن بداية التنظيم علاقة الشغل مرت بمجموعة من المراحل، حيث تم تعريف عقد الشغل لأول مرة في الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود[1] بأنه " إجارة الخدمة أو العمل، عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للأخر خدماته الشخصية لأجل محدد أو من أجل أداء عمل معين في نظير أجر يلتزم هذا الأخر بدفعه له. وإجارة الصنعة عقد بمقتضاه يقوم أحد الطرفين بصنع شيء معين في مقابل اجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له ...". كما أوضح الفص 727 من نفس القانون بأنه " لا يسوغ للشخص أن يؤجر خدماته إلا لأجل محدد، أو لأداء عمل معين أو لتنفيذه وإلا وقع العقد باطلا بطلانا مطلقاً".

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أنه يبطل كل اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بتقديم خدماته طوال حياته، أو لمدة تبلغ من الطول حدا بحيث يظل حتى موته[2]، وبعدها جاء المرحلة الثانية لتعديل الفصل 754 من قانون الالتزامات والعقود بمقتضى ظهير 26 شتنبر

[1] - الصادر بظهير شريف في 9 رمضان 1331، الموافق 13 شتنبر 1913.

[2] - راجع في هذا الصدد الفصل 728 من قانون الالتزامات والعقود المغربي

1938، ولتدرج العقد غير المحدد المدة، وذلك بالنص على أنه إذا لم تحدد مدة العقد وكان ذلك راجع إلى إرادة المتعاقدين أو إلى طبيعة العمل اللازم أداؤه، فإن العقد يقع باطلا.

وبعدها جاءت مرحلة متميزة للتفرقة بين العقد المحدد المدة والعقد غير المحدد المدة من خلال الفصل الأول من النظام النموذجي المنسوخ، والمنظم للعلاقة الرابطة بين الإجراء الذين يتعاطون مهنة تجارية أو صناعية حرة، وبين مؤاجريهم[1]، حيث جاء فيه بأن أجراء المقاولة ينقسمان إلى إجراء قارين، وأجراء مؤقتين، ويستخدم الأجراء القارون لمدة غير محددة، في حين يستخدم الأجراء المؤقتين من أجل النيابة عن الأجراء المتغيبين أو من اجل القيام بعمل موسمي مؤقت، أو لمدة محددة شريطة أن لا يشتغل الأجراء المؤقتين لمدة أكثر من 12 عشر شهراً، بحيث يصبح عقد غير محدد المدة بقوة القانون ما لم ينص عقد إجارة الخدمة الكتابي على شرط صريح بخلاف ذلك.

كما أبان الفصل الثاني من مرسوم 14 نونبر سنة 1963 المنسوخ تحدد بموجبه القواعد العامة المطبقة على موظفي مختلف المؤسسات أنه يتألف الموظفون على الشكل الأتي: الأعوان الدائمون المتكونين من جهة من الأعوان النظاميين المتمرنين والرسميين، ومن جهة أخرى من موظفي الإدارة العمومية المجعولين في وضعية الإلحاق، الأعوان غير الدائمين ...، وأضاف الفصل 59 من نفس المرسوم أن الأعوان غير الدائمون هم الأعوان المكلفون بانجاز أشغال التأسيس الأول لمدة غير معينة، أو بانجاز إصلاحات كبرى لا يكفي عدد المستخدمين العادي لتحقيقها، الأعوان المعينون لمواجهة تزايد شغل مؤقت أو موسمي، الأعوان المعينون بصفة استثنائية، ليخلفوا مؤقتا عونا دائما متغيباً.

وتجدر الإشارة إلى أن صدور الفصل الثالث من ظهير 24 ابريل لسنة 1973 المنسوخ، تحدد بموجبه شروط تشغيل المأجورين الفلاحيين وأداء أجورهم، أكثر دقة وذلك بنصه على أنه يتألف عملة مؤسسة الاستغلال الفلاحية من عملة دائمين، عملة مؤقتين، ويستخدم العملة الدائمون لمدة غير محددة، أو لمدة معينة تتجاوز ستة أشهر، ويستخدم العملة المؤقتين لتعويض عملة آخرين، أو للقيام بعمل موسمي، أو مؤقت تقل مدته المعينة عن ستة أشهر.

الفقرة الثانية: مرحلة ما بعد صدور مدونة الشغل لسنة 2003

لقد عرفت هذه المرحلة صراعا شديدا ما بين الأجراء وأرباب العمل وذلك في إطار تمثيلية لكل واحد من الفئتين معاً، لأجل البحث عن المرونة في عقود الشغل، خصوصا ونحن نعلم أن هناك مصلحتين متعارضتين، ومتباينتين أيضاً بين هاتين الفئتين، ومنه تم الاهتمام على العقد غير المحدد المدة، مما يجسد قناعة المشرع بالانتقادات الموجهة إلى الأفكار التي آمنت بمساواة الإرادتين[2]، لكون المادة 16 من مدونة الشغل اعتبرت كمبدأ أن العقد غير المحدد المدة هو الأصل، وذلك نظرا للشروط التي فرضت حتى يكون العقد محدد المدة، وهو ما جاء معاكسا للأفكار التي تؤمن بحرية الإرادة وما ينتج عنها من آثار سلبية للإنهاء تتعارض مع ضمان الشغل خصوصا عندما نكون أمام طرف قوي في العقد – أرباب العمال – وطرف آخر مستضعف – الأجراء -، تماشيا مع الضرورات الاجتماعية التي أصبحت هاجساً دائم يصعب التخلي عنه، لكون المشرع لم يعد ينتظر صدور اتفاقية جماعية تتضمن حماية للأجراء من خلال اعتبار أن العقد غير محدد المدة هو الأصل؛ لان التجربة أبانت بعض التراكيب القانونية المهمة التي تكون كعرقلة للتقدم الاجتماعي والقانوني، إذ ينبغي أن تتكيف بصفة تدريجية مع متطلبات كل مهنة في المكانيزم القانوني لعقد الشغل[3]، ولتكون في ذات الوقت مؤثرة في مجالاتها للتمييز بين العقد المحدد المدة وغير المحدد المدة[4].

---

[1] - والمؤرخ في 23 أكتوبر سنة 1948.

[2] - محمد سعيد بناني: "قانون الشغل بالمغرب" في ضوء مدونة الشغل – علاقة الشغل الفردية -، الجزء الثاني، المجلد الأول، طبعة يناير 2007، ص 206.

[3] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 206.

[4] - وهذا ما سنحاول توضيحه في المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا العرض.

ولعل أهمية هذه التفرقة تكمن عند فسخ العقد، حيث يترتب على العقد غير المحدد المدة مجموعة من التعويضات، مقارنة مع العقد غير المحدد المدة، وهو ما دفع بإبعاد مفهوم المرونة بالصيغة التي دافع عنها أوساط المشغلين، وبقي الأمر كما كان؛ وهو الدفاع عن استقرار شغل الأجير وتطلعاته في مواجهة المقاولة التي كانت ترغب في مرونة تقيها شر مجمل التعويضات المنصوص عليها قانونا، وهي بذلك معرضة للتعسف في استعمال الحق كلما استعملت إرادتها المنفردة خارج حدود السلطة التأديبية المخولة لها قانونا[1].

وفي المقابل نجد بان الأجير معفى من هذه القيود القانونية باستثناء احترام مهلة الإخطار عند وضع استقالته[2]، ولعل الهدف أو الغاية التي يسعى إليها المشرع في المادة 16 و 17 من مدونة الشغل والالتزام باستقرار الشغل وذلك من خلال مجموعة من الضمانات التي ترد أحياناً في عقود الشغل الفردية والتي تفوق الضمانات الواردة في اتفاقية الشغل الجماعية، حيث يكون على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار قوة الالتزام، فهذا الأخير قد يكون صريحا أو ضمنيا؛ لأن ضمان الشغل قد يكون بطرق مختلفة، وفي جميع الأحوال ينبغي أن يتعلق الأمر بعقد غير محدد المدة، حيث إن شرط استقرار الشغل يقلص من الفصل، وكل إنهاء سيكون مكلفاً مقارنة مع القواعد العامة للإنهاء[3].

وعليه فإن الشرط مادام لصالح الأجير، فإنه يعتد به باعتبار أن القواعد العامة في قانون الشغل تعتبر حداً أدنى لا يمكن النزول عنه، وبالتالي فإن المسموح به استثناء هو ما يمكن أن يساهم في استقرار الشغل بصفة أعمق لفائدة الأجير، وهذا لا يعني أن المشرع ضمن حق رب العمل خصوصا في المرحلة التي تؤدي الاستقالة إلى الإضرار بالمقاولة لكونها استقالة تعسفية؛ وتتمثل في الحالة التي يستفيد فيها الأجير من تكوين مستمر[4]، لدرجة أنه يصبح لديه إلمام شامل بكيفية التسيير والاشتغال وكيفية التعامل مع جميع الأجهزة والآليات داخل المقاولة، بحيث يكون عليه احترام الالتزامات الواقعة عليه قانوناً[5].

ومهما يكن من أمر، فإن الالتزام التعاقدي بشأن استقرار الشغل عند إنهائه قبل الفترة المتفق عليه بين أطراف العلاقة الشغلية يعتبر بمثابة خطأ تعاقدي يزيد من حدة الشروط الجوهرية للفصل، وخرق هذا الالتزام له بالضرورة آثار على تقدير سبب الفصل، وكذا الجمع بين التعويضات الضرورية التي تكلف أحد الأطراف مبالغ باهظة، قد تصل إلى درجة يصعب تبريرها عمليا، ولاسيما عندما يكون العقد متضمنا شروطاً لضمان مدة أكبر، ولأجراء يتوفرون على أجر مرتفعة، وهنا ينبغي تفعيل سلطة القاضي التقديرية في تحديد هذه التعويضات، وبالطبع مع إضافة التعويضات التي تخضع للقواعد العامة للطرد التعسفي[6].

المطلب الثاني: أهداف التمييز بين العقود المحددة المدة و العقود غير المحددة المدة

تعتبر العقود المحددة المدة من بين الأهداف التي عمل المشرع المغربي على تنظيمها، وذلك لامتصاص البطالة والتشجيع على العمل في إطار منظم، وتسهيل على بعض المقاولات اللجوء إليه عند الحاجة[7]، وهي بذلك تعتبر عادة تقنيات تساهم في التشغيل، مما يحرك عجلة الاقتصاد داخل البلد ككل[8]، كما يساهم في إدماج عدة أشخاص يوجدون في عسر أمام سوق الشغل للاستفادة من مقتضيات قانون الشغل ولو بصفة مؤقتة أو عرضية، عوض استغلالهم من قبل المشغل بصفة سرية، ولعله من أبرز المبررات

[1] - راجع المادة 39 من مدونة الشغل والتي تحول للمشرع فصل الأجير عند ارتكابه خطأً جسيما وأيضا المادة 35 من مدونة الشغل والمتعلقة بالكفاءة

[2] - وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 34 من مدونة الشغل.

[3] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 210.

[4] - راجع المادة 23 من مدونة الشغل.

[5] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 211.

[6] - راجع المواد 41 و 42 من مدونة الشغل.

[7] - كالازدياد في نشاط المقاولة وأيضا في الأعمال المؤقتة وبعض الأعمال التي تكمل عمل الأجراء القارين في المقاولة عندما يتعلق الأمر بتعويض الأجير أو إضافة وقتية ضرورية.

[8] - وهذا ما جاء في الخطاب الملكي السامي في تصدير مدونة الشغل " ... ولن نتمكن من تشغيل الفئات الواسعة من شبابنا إلا بتحقيق التنمية الاقتصادية، التي تضل رهينة بحفز الاستثمار ثم الاستثمار ...".

الموضوعية للعقد المحدد المدة وتطبيقاته (الفقرة الثانية)، لكن قبل ذلك، لا بد من الحديث عن الأهداف الذاتية للعقود المحدد المدة (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: الأهداف الذاتية

رغم كون عقد الشغل المحدد المدة يجعل الاطمئنان متوفر لدى طرفي العقد، خصوصا في المدة المتفق عليها، من حيث الإنهاء، حيث يكون الاتفاق عليه مسبقا بمحض الإرادتين، وهذا ما لا نجده في العقود غير المحددة المدة، رغم كون المشرع نظم هذه الأخيرة بصفة أدق على اعتبار أنها هي الأشمل بالحماية لحقوق الأجير من التعسفات التي قد تصيبه من طرف رب العمل، ورغم ذلك فان مدونة الشغل لم تهمل تنظيم سيمات العقد المحدد المدة، وذلك من خلال مقتضيات المادة 16 من مدونة الشغل، حيث حاولت ان تضع توازنا قانونيا تستند إليه المقاولة، يتجسد في حصر حالات عقد الشغل المحدد المدة، علاوة على أن المادة 17 حاولت التقليص من مساحة العقود المحددة المدة، وحاطته بسياج يصعب معه على المشغل ان يتخطاه ليتملص من الضمانات المخولة للأجير في العقود غير المحددة المدة، لأن المشرع يعلم بأن السماح للمشغل في إطار اتفاق الإرادتين سيكون الرابح الأساسي في إبرام العقد المحدد المدة[1].

ولئن كانت المادة 16 حددت حالات إبرام العقد المحدد المدة، فإن المادة 17 قيدته بشروط، كفتح المقاولة لأول مرة، أو مؤسسة جديدة داخل المقاولة، أو انطلاق منتوج جديد لأول مرة، وذلك راجع إلى سببين رئيسيين؛ يتمثل الأول في صعوبة التمييز بين العقود المحددة المدة وغير المحددة المدة، وكذلك تقييد حرية إرادة الطرفين المتعاقدين، لكونهما ليس على نفس المستوى من حيث القوة، على اعتبار أن الأجير هو الطرف الضعيف مقارنة برب العمل الذي يكون في مركز قوة ومهيمن اقتصاديا، ولهذا فإن القانون هو منبع النظام القانوني الواجب التطبيق عند إنهاء العلاقة العقدية[2].

أما السبب الثاني فيكمن في كون المشرع في مدونة الشغل حاول توضيح بعض الحالات وذلك بوضعها بصفة صريحة ضمن العقود المحددة، ولتبقى الحالات الأخرى أساساً ضمن العقود غير المحددة المدة، خصوصا في حالة غياب عرف مهني أو سكوت الطرفين في العقد، فإن المنطق يقودنا في هذه الحالة إلى الأصل، وهو وصف العقد بكونه غير محدد المدة[3].

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى بعض العقود المحددة المدة بصفة مطلقة؛ كعقد الشغل لإنجاز شغل معين[4]، حيث يأخذ مدة من الزمن قد تتجاوز السنة أحياناً أو تقل، وقد تكون محددة زمنياً لدى المشغل وقد لا تكون كذلك، فإن صفة الإطلاق في هذا العقد تنتهي بانتهاء عقد الشغل المتفق بشأنه؛ كعقد مبرم من أجل بناء عمارة أو مصنع[5]. كما انه من ضمن العقود المحددة المدة بصفة مطلقة نجد العقود المبرمة عند فتح مقاولة لأول مرة أو مؤسسة جديدة داخل مقاولة أو انطلاق منتوج جديد لأول مرة[6].

وعليه، فإن المشرع المغربي في مدونة الشغل كان واضحاً في التأكيد على إمكانية إبرام العقد المحدد المدة عند ظهور المقاولة لأول مرة في القطاعات غير الفلاحية، وذلك من أجل إيجاد الحل الأصلح للمشغل على اعتباره مقبل على مشروع قابل للربح أو الخسارة، واعتماد العقد غير محدد المدة منذ الوهلة الأولى قد يكون مغامرة، لما قد يتولد عن ذلك من تعويضات ناتجة عن مساطر خاصة بالإعفاءات لأسباب اقتصادية، ولهذا فإن المشرع أعفاه من ذلك ليبرز نوعاً من المرونة في التشغيل لصالح المشغل المقبل على المخاطرة لأول مرة[7].

---

[1] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 216.

[2] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 211.

[3] - الطاهري فاطمة: "عقد الشغل محدد المدة وعقد الشغل غير محدد المدة"، المرجع السابق، ص 64.

[4] - راجع المادة 16 من مدونة الشغل في فقرتها الأولى.

[5] - تماشيا مع مقتضيات المادة 16 من مدونة الشغل والفصل 727 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

[6] - وهذا ما أكدته المادة 17 من مدونة الشغل.

[7] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 221.

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن المشرع المغربي في مدونة الشغل لم يقتصر على العقود المحددة المدة في المجال الصناعي و الاقتصادي، بل نظمها أيضاً في العقود الفلاحية، حيث نصت الفقرة الأخير من المادة 17 من مدونة الشغل " وفي القطاع الفلاحي، يمكن إبرام عقد الشغل المحدد المدة لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد، على أن لا تتجاوز مدة العقود المبرة سنتين ويصبح العقد بعد ذلك غير محدد المدة". لكن ما يعاب على هذه الفقرة هو أن المشرع المغربي لم يخول للقطاعات الفلاحية نفس الحقوق المعطاة لرب المقاولة الذي يفتح المقاولة لأول مرة، أو الذي يقوم بنشاط تجاري لأول مرة، وهو ما يفسر على أن المشرع تعامل مع هذه العقود بمرونة أكثر موازاة مع القطاع الفلاحي.

أما فيما يخص العقود المحددة بصفة نسبية، فإن المشرع المغربي خول إمكانية إحلال أجير محل أجير آخر في حالة توقف عقد شغل هذا الأخير، ما لم يكن التوقف ناتج عن الإضراب[1]. خصوصا في بعض الحالات الاضطرارية؛ كالمرض والنفاس، أو حادثة شغل ... وذلك بشروط تتجلى في تحديد إسم الشخص المتغيب ومدة التغيب، إلا انه في الواقع تتميز هذه العقود بالنسبية لكون الشواهد الطبية قد تزيد أحياناً عن المدة الأصلية المحددة لأول مرة من طرف الطبيب بسبب تفاقم المرض، مما يضطر المشغل بالاحتفاظ بالأجير المؤقت، مما يصبح العقد في هذه الحالة غير محدد المدة، بدل العقد المحدد المدة، وأيضا في حالة إحلال الأجير المؤقت مكان مجموعة من الأجراء متغيبين من أجل المرض أو عطلة سنوية مؤدى عنها رغم وصف العقد بأنه محدد المدة، فانه في الواقع ليس كذلك.

الفقرة الثانية: الأهداف الموضوعية

لئن كان الأصل هو العقد غير المحدد المدة في علاقة الشغل المبرمة ما بين الأجير ورب العمل، فإن المشرع المغربي رعى بعض الظروف والأعذار التي ترتبط بوجود وضعية اقتصادية موضوعية تدفع بالمشغل إلى إبرام عقود مؤقتة عندما يكون طبيعة العمل غير دائم لمواجهة أنشطة لا تمثل صفة العمل الدائم، وهو ما يفرز لنا إشكال صعوبة التمييز بين العقد المحدد المدة وغير المحدد المدة أمام القضاء عند النزاع، لما تخلفه هذه الأخيرة – العقود غير المحددة المدة – من إكراهات مالية عند الإنهاء، والتي تعتبر مكلفة بالنسبة للمقاولة مقارنة بالعقود المحددة المدة، وهو ما يحد من سلطة القرار التعسفي لدى المشغل لما يترتب عنه من آثار، وهذا ما يبرز تهربه من العقد غير المحدد المدة، ولو أن ذلك قد لا يسبب له حرجا بالنسبة لمقاولته التي تحتاج إلى يد عاملة مستقرة ودائمة، علما أنه يكون على حق أحيانا عندما تكون المقاولة بين مد وجزر بالنسبة لليد العاملة التي يحتاجها، وبين حالات تستدعي باستمرار نوعيات من التنظيم يكون فيها القاضي أمام صعوبة استخراج السمات المميزة لكل من العقدين المحدد المدة وغير المحدد المدة[2].

وإذا كان الأمر قد يبدو سهلاً من منطلق المادتين 16 و 17 من مدونة الشغل، فإن المشرع حاول إبراز كل من سمات وخصائص العقد المحدد المدة وتمييزه عن العقد غير المحدد المدة، فإن الواقع قد أفرز إشكالات عملية تتمثل في العقود التي تتكرر لعدة فترات في السنة وتدوم لعدة سنوات، الشيء الذي يؤدي إلى خلق عدة حالات لا حصر لها والتي سماها بعض الفقه[3] بالاتفاقات الهجينة.

ويزيد الأمر استفحالا عند احتساب الأقدمية للأجراء وتخويلهم حق الأسبقية في التشغيل، سواء كانوا أجراء دائمين أو مؤقتين عند عدم وجود أجراء دائمين بسبب تخفيض عدد المناصب أو إذا تم الفصل منذ أقل من سنة، وهذه الفئة ترد في سياق الأزمة الاقتصادية التي تصيب المقاولة[4].

ومهما يكن من أمر، فإن الإشكال لا يثار عندما يعبر الطرفان عن إرادتهما لإبراز تاريخ مؤكد؛ كإحلال أجيرة محل أخرى لتعويضها في فترة الولادة، وهنا لا ينبغي استعمال الألفاظ المبهمة أو التي تحدث لبساً في العقد، لأن آجال انتهاء العقد محدد سلفاً في ذهب

[1] - راجع المادة 16 والمادة 32 من مدونة الشغل.

[2] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 234.

[3] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 235.

[4] - راجع الفقرة الأولى من المادة 508 من مدونة الشغل.

المتعاقدين، وأيضاً يكون الأجل محدد في العقود المؤقتة أو الموسمية، خصوصاً لما تكون مبرمة بين مهنيين، حيث يسهل عليهم معرفة مدة هذا العقد، وعند النزاع يتم اللجوء إلى الأعراف المهنية لتحديد تاريخ انتهاء الموسم، لكن قد يكون أحياناً هذا الأجل المؤكد قابل للتقلبات؛ كان تطول مدة ولادة الأجيرة عن المدة المحددة في القانون[1].

واللافت للانتباه أنه بمجرد أن يكون الأجل قابل للتقلبات، أو أن الأجير لا يستطيع تحديده بدقة، وبصفة مؤكدة، فإن عدم التحديد قد يجر إلى وصف العقد بأنه غير محدد المدة، ولو كان حض عدم التحديد ضعيفاً؛ لأن المبدأ في مدونة الشغل هو كون العقد غير المحدد هو الأصل، والعقد المحدد هو الاستثناء، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، ومادام المشرع قد تدخل لتحديد الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى العقد غير المحدد المدة، فإن ذلك يقتضي من المشغل أن يكون على علم مسبق بأن اللجوء إلى العقود المحددة المدة ينبغي أن يكون في حالات محددة قانوناً[2].

ولئن كان الأجل المؤكد لا يثير إشكالات عديدة بقدر ما يثيرها الأجل غير المؤكد، لكون طرفي عقد الشغل المبرم في هذا الأخير يكونان على وعي تام بان العلاقة الشغلية سوف تنتهي في اجل معين، فما يهم القضاء إذن هو البحث عن إرادة الأطراف بوعيهم بالصفة المؤقتة والمحددة للعقد لنكون أمام إمكانية تاريخ معين أو إنجاز شغل معين، ويضم هذا الأخير الأجر الذي يؤدى على أساس القطعة[3]، حيث يتم من الناحية العملية أداء الأجر في هذه الحالة على أساس إنجاز عدد معين من القطع[4] المتفق على صنعها، وفي حالة عدم تحديد القطع بشكل دقيق يعتبر العقد غير محدد المدة[5].

المبحث الثاني: آثار التمييز بين العقود المحددة المدة وغير المحددة المدة

إذا كنا قد حاولنا أن نبحث في أساس العقد المحدد المدة وغير المحدد المدة في المبحث الأول من هذا العرض، على اعتبار أن أهم ما يميز العقدين معا – العقد المحدد المدة والعقد غير المحدد المدة - هو عنصر الزمن[6]، وأن أساس هذه القاعدة في كون المشرع المغربي في المادة الاجتماعية كان حريصا كل الحرص في عدم خلق أوضاع تجعل الأجير يرتبط بعمله طيلة حياته، وإن كان هذا الأمر ليس بجديد؛ لأن قانون الالتزامات والعقود كرس هذا المبدأ منذ زمن طويل[7]، فإن السؤال الذي يطرح، ما هي الآثار المترتبة عن العقد المحدد وغير المحدد المدة، وهل آثار العقد تختلف بين الأجير المؤقت عن الأجير الدائم، وما هو آثار ذلك على الأجراء ككل. (المطلب الأول) وما هو موقف القضاء من العقد المحدد المدة وغير المحدد المدة على اعتبار أن هناك صعوبة في التمييز بين العقدين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العقود المحددة وغير المحددة وأثرها على الأجراء

لئن كان الفرق بين العقدين لا يتضمن عدة قواعد جوهرية لكل واحد منهما، باعتبار أن تنظيم الشغل وتنفيذه يتمان بنفس الطريقة في كلا العقدين، كما أن طريقة أداء الأجر ليس فيها أي خلاف كذلك، إلا أن الخلاف يبقى واضحا عند إنهاء العقد، حيث تتبلور أهمية العقدين، مما يصبح لآثار إنهاء عقد الشغل أهمية كبرى بالنسبة للأجراء[8]، كما أن الإشكالية تطرح عند الأصناف المتعددة للعقود، مما يصعب التمييز بين العقد المحدد المدة وغير المحدد المدة في كثير من الأحيان، مما يتعين البحث في صفات الأجراء تبعا لصنف العقد (الفقرة الأولى) ثم طبيعة العمل (الفقرة الثانية).

---

[1] - راجع في هذا الصدد المادة 152 وما يليها، في الباب الثاني من القسم الثاني من الكتاب الثاني من مدونة الشغل المتعلق بحماية الأمومة

[2] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 244 – 245 .

[3] - راجع الفقرة الثانية من المادة 347 من مدونة الشغل.

[4] - حيث تستعمل طريقة أداء الأجر على أساس القطعة من أجل حث الأجير على القيام بأكبر حجم ممكن من الإنتاج.

[5] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 245 – 246.

[6] - محمد الكشبور: إنهاء "عقد الشغل مع تحليل مفصل لأحكام الفصل التعسفي للأجير"، دراسة تشريعية وقضائية مقارنة،

[7] - بحيث إذا رجعنا إلى مقتضيات الفصل 728 من قانون الالتزامات والعقود نجده ينص على أنه "يبطل كل اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بتقديم خدماته طوال حياته أو لمدة تبلغ من الطول حد بحيث يظل ملتزما حتى موته".

[8] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 261.

الفقرة الأولى: صفات الأجراء تبعا لصنف العقد

لئن كانت صفات الأجراء تبعا لصنف العقد تعد من الأهمية بمكان، حيث تساعد على تبيين الغموض الذي يعتري التمييز بين الأجير القار الدائم والأجير القار المؤقت، هذا الأخير يشتغل لمدة دائمة ولكن ليس لوقت كامل[1]، علما أنه سواء أبرم العقد لمدة محددة أو غير محددة، وسواء كان بطريقة كتابية أو شفوية، فإن ادعاء أحد الطرفين لنوع العقد، لا يلزم القاضي من حيث الوصف، بل يبقى للقاضي أن يكيفه حسب ظروف الحال، وذلك مع الاستعانة بالنصوص القانونية من أجل إظهار فترات التوقف وأسبابها، وهل كان الأجير تحت مسئولية المشغل التي تميز بين العمل الذي يجعل من الأجير إما أجير من أجل عمل قار؛ أي بصفة دائمة ولوقت كامل، أو عمل مؤقت، ولعل في هذا التصنيف ما يفيد إيجاد المعيار القانوني الدقيق، وذلك حتى تستبعد كل التفسيرات والتأويلات التي قد تأتي من أحد الطرفين للتملص من العمل الدائم، أو المؤقت، وهذا ما أكدته المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في إحدى أحكامها والذي جاء فيه **"يعد عاملاً رسمياً في نظر القانون ما لم يثبت العكس، حتى ولو أعطى صبغة عامل مؤقت وهو يجهل في الحقيقة آثارها بالنسبة إليه"**[2].

ومهما يكن من أمر، فان القاضي قد لا يستطيع معرفة إرادة الطرفين الحقيقية والمعتمدة عند إبرام العقد، وعند عرض النزاع وتشبث المشغل بالعقد المحدد المدة، وإدلائه ببطاقة العمل المؤقت مثلا[3]؛ حيث قد تكون دفوعاته مطابقة للنص القانوني القاضي بجعل الأجير فعلا من العمال المؤقتين، وقد تكون تلك الدفوعات لا تستند في قرائنها إلا على وسائل احتيالية الهدف منها وضع حد لعمل الأجير في الوقت الذي يختاره المشغل، ومع ذلك فإن البطاقة ستفيد على الأقل في معرفة المدة التي اشتغلها الأجير، وذلك بالاعتماد على تاريخ الدخول إلى العمل المشار إليه في البطاقة، ما لم يكن هذا الأخير بدوره مثار نزاع، حيث يجب إتباع القواعد العامة للإثبات[4]، وهذا ما أكدته محكمة النقض في إحدى قراراتها والذي جاء فيه **" على أن أوراق الأداء المدلى بها من طرف المشغل المتضمنة لعبارة الأجير المؤقت هي التي ينبغي اعتمادها في مدة العمل ولو اشتغل الأجير لأكثر من سنة من العمل، مادام الأجير قد قبل العمل بصفته أجيرا مؤقتا "**[5].

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن عقد الشغل يستمد تكييفه من طبيعته الذاتية لا من الوصف المعطى له من قبل الطرفين[6]، ولقد برهن الواقع العملي على أن حالات عديدة لا يحترم فيها المشغل مقتضيات البطاقة، سواء كان العمل مستمرا أو مؤقتاً، وهذا يؤدي في الواقع إلى صعوبة معرفة الحقيقة في بعض الأحيان، فالاعتماد على العرف أو طبيعة العمل قد لا يوصلان إلى معرفة نية المشغل الحقيقية، ولا يقتصر في ذلك على العمل حيث لا بطاقة شغل ولا اتفاق، بل على الأعمال المثبتة كتابة كذلك، حيث يعطي لعباراتها مفهوما مغلوطا، لا يطابق العمل الدائم أو المؤقت من حيث الأساس القانوني، علما أن محكمة النقض اعتبرت أن الإثبات يقع على عاتق الأجير من منطلق الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود، ليثبت أنه اشتغل بصفة غير متقطعة لمدة تفوق الإثنى عشر شهرا، حتى

---

[1] - كأن يشتغل ساعتين في اليوم فقط، كما يمكن أن يكون الشغل لفترات متقطعة؛ أي داخل السنة (في يناير وابريل وينيو ودجنبر مثلا)

[2] - حكم عدد 38، الصادر بتاريخ 6 يناير 1983، المجلة المغربية للقانون، العدد 3 سنة 1985، صفحة 221.

[3] - لتوسع أكثر حول وسائل الإثبات في المادة الاجتماعية راجع : نبيل بوحميدي: "القواعد المنظمة لطرق الإثبات في نزاعات الشغل"، مقال منشور بمجلة الملف، مجلة قانونية تصدر كل ستة أشهر، عدد مار 2008، ص 171 وما يلها.

[4] - محمد سعيد بناني: المرجع السابق، ص 264.

[5] - قرار عدد 1054، الصادر عن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض، بتاريخ 1998/11/10. الإصدار الرقمي عدد 47، دجنبر 2005

[6] - وهذا ما أكدته محكمة الابتدائية بالرباط في حكم لها والذي جاء في حيثياته "وحيث صرحت المدعى عليها أنها تعاقدت مع المدعية وفق رسالة التشغيل الموقعة من الطرفين بتاريخ 26 أبريل 1975 لمدة محددة وهي السنة الدراسية ويجدد كل سنة لنفس المدة مع إعطاء الحق للطرفين في تجديده أو عدم تجديده عن طريق الاتفاق عن ذلك خلال شهر ابريل أو مايو من كل سنة. وحيث من الثابت أن الصفة القانونية للعقد تستمد تكييفها من الطبيعة الذاتية للعقد لا من التكييف المعطى لها من الطرفين. وحيث إن العقد غير المحدد المدة هو الأصل ، وان محاولة المشغل تغيير الطبيعة القانونية للعقد من غير محدد المدة إلى عقد محدد المدة ما هو إلا وسيلة للتملص من الالتزامات المترتبة عن العقد غير المحدد المدة"، حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 11 يونيو 1982، ملف عدد 81/244، حكم غير منشور، (مشار إليه في مؤلف الأستاذ سعيد بناني،في الهامش رقم 986، المرجع السابق، ص 302).

يمكن اعتباره أجيراً قاراً[1]، فتمسك الأجير بالعمل القار يترك الإثبات على عاتقه، وتكليف المشغل بالإثبات يعتبر حسب محكمة النقض في هذه الحالة خرقاً للقانون[2]، وإن كان جانب من الفقه المغربي يرى على أنه كان من الأفضل سير محكمة النقض في نهج إمكانية جعل الإثبات على عاتق المشغل في الحالة التي يمكن فيها اعتبار العقود المحددة المدة متقطعة بمثابة عقود غير محددة المدة، أي من أجل عمل دائم[3].

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن محكمة النقض خولت للأجير اللجوء إلى جميع وسائل الإثبات من أجل ثبوت استمرارية العمل[4]، بما في ذلك شهادة الشهود باعتبار الواقعة مادية، وهذا يتماشى مع نص المادة 18 من مدونة الشغل[5]، على أن الاستفادة من علاوة الأقدمية لا تفيد حسب رأي محكمة النقض بأن الأجير قار، إذ يمكن للمشغل منحها للأجير ولو كان أجيراً مؤقتاً. ويرى نفس الفقه بأن صدور المادة 351 من مدونة الشغل واضحة بعد حديثها عن فترات الخدمة المتصلة أو غير المتصلة في نفس المقاولة أو لدى نفس المشغل، لتعتبر بأن عقود العمل المحددة المدة المتقطعة يمكن أن تندرج في العقود غير المحددة المدة[6].

أما بالنسبة للأجير القار الدائم، والذي تستخلص صفته أمام اتفاق الطرفين الصريح أو الضمني عند عدم وجود ما يفيد ذلك كتاباً، حيث يعتبر في هذه الحالة المدة غير محددة وبوقت كامل، مع العلم أن العقد غير المحدد المدة لا يتعلق بالأجير القار و الدائم، وإن كان هذا الأخير- عقد غير محدد المدة - لا يغطي في جميع الحالات العمل القار؛ كاشتغاله لساعتين أو ثلاثة فقط في اليوم مثلا. وعليه، فإن القاضي غير ملزم بالألفاظ والعبارات والتأويلات المصرح بها من طرف الأطراف في العقد عندما يكون الاتفاق لا يطابق الواقع القانوني، فإن القاضي يبحث عن الإرادة الحقيقية لطرفين من أجل إعطاء تكييف سليم للعقد موضوع النزاع، وهو من أمور الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض، علما أن الأصل في العمل بصفة مستمرة ولوقت كامل يجعل من عمل الأجير عملا قاراً، ما لم يتبين من العقد المكتوب أنه مخالف لقاعدة قانونية آمرة في مدونة الشغل[7].

ومنه يمكن استخلاص على أنه يصعب أحيانا الوصول إلى الصفة الحقيقية للأجير انطلاقا من العمل المحدد في العقد، خصوصاً وأن تعويض أجير مكان أجير آخر بسبب المرض ألزمه الفراش لمدة احتمالية يصعب ضبطها، وتحديدها بدقة والذي يمكن أن يعطي للعمل المنجز من طرف الأجير القار المؤقت صبغة مؤقتة، ولهذا فإن الإثبات يكون أكثر صعوبة كما هو الشأن في العمل الموسمي الذي يحدد من صفة الأجير نفسه ما لم يتبين اعتياد الأجير على العمل في مواسم فلاحية مختلفة، وهو الأمر الذي يفرز لنا اللبس والغموض في تحديد ما إذا كان العمل محددا أو غير محدد؛ لأن إمكانية اعتماد القاضي على العرف يكون هو السبيل الوحيد لإبراز نوعية العقد خصوصا وأن مدونة الشغل جاءت ساكتة في هذا الإطار، مما يتبين أن العمل الدائم قد لا يكون قارا في جميع الأحوال؛ لأن الاشتغال لساعتين في اليوم بصفة دائمة لا يعني أننا أمام عمل قار مائة بالمائة، في حين أن الاشتغال لمدة 44 ساعة في الأسبوع وبصفة دائمة يخول الأجير صفة العمل القار والدائم[8]

---

[1] - قرار صادر عن محكمة النقض في الملف الاجتماعي عدد 90/9262، بتاريخ 25 يناير 1993، منشور بمجلة الإشعاع عدد 9 سنة 1993، صفحة 134.

[2] - قرار صادر عن محكمة النقض عدد 423، بتاريخ 2005/04/19، ملف اجتماعي عدد 05/76. مشار إليه في مؤلف الأستاذ سعيد بناني، المرجع السابق، ص 265.

[3] - سعيد بناني: المرجع السابق، ص 265.

[4] - علما أن محكمة النقض قد أكدت هذه الحرية في الإثبات بالنسبة للأجير منذ زمن طويل وقبل صدور مدونة الشغل، "يمكن للعامل أن يثبت عقد العمل بجميع وسائل الاثبات"، قرار صادر بتاريخ 1982/11/29، ملف اجتماعي عدد 93422، منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 31، الاصدار الرقمي دجنبر 2000، مركز النشر والتوثيق القضائي، ص 109.

[5] - حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 18 من مدونة الشغل على أنه "يمكن إثبات عقد الشغل بجميع وسائل الإثبات".

[6] - سعيد بناني: المرجع السابق، ص 265.

[7] - سعيد بناني: المرجع السابق، ص 266.

[8] - سعيد بناني: المرجع السابق، ص 266 – 267.

الفقرة الثانية: طبيعة العمل

إن أهم ما يميز العمل في الواقع العملي المعاش، أنه ينقسم إلى عمل نموذجي وآخر غير نموذجي، حيث يمتاز الأول بعدة خصائص في كونه ثابت ومستقر ويوحي بصفة احتمالية بالنجاح في الشغل؛ لأنه يؤمن للأجير دخله العائلي الأساسي من مشغل واحد وفي مكان معين على صفة الدوام والاستقرار. أما العمل اللانموذجي فغالبا ما يكون لفترة جزئية لا تصل عدد ساعات العمل العادية أو القانونية في اليوم، أو الأسبوع أو الشهر، والأجراء الموسميين والعرضيين، والأجراء في العقود المحددة؛ بمعنى أنه لا يصل حتى الحد الأدنى لساعات العمل المنصوص عليها في مدونة الشغل. وإذا كانت تبرز فلسفة المشرع في وحدانية الهدف من العمل القار، والعمل غير المحدد المدة، فهما عبارتان تمتزجان من أجل هدف واحد، وهو مبدأ استقرار الشغل[1].

وعليه، يمكن القول بان العمل القار أكثر فائدة من العقد غير المحدد؛ لأن هذا الأخير قد لا يضمن العمل القار، خصوصا في الحالة التي يشتغل فيها الأجير لمدة ساعتين في اليوم ولمدة غير محددة، مما يدفعه إلى البحث عن عمل لدى عدة مشغلين؛ وهذه هي الحكمة التي استوحاها المشرع لما سمح للأجير بالاشتغال عند عدة مشغلين[2].

ومهما يكن من أمر، لابد من الإشارة إلى أن الأعمال اللانموذجية قد تفرضها الأزمات الاقتصادية التي تستمر لبعض السنين بل إلى عدة سنين، ولا شك أننا نعيش نماء حقيقي لهذه الظاهرة المعاشة والمتمثلة في التغيير الدائم للمشغلين والمقاولات، مما يؤدي بالأساس إلى الاندماج الضعيف للأجراء. لكن السؤال الذي يطرح هو حول بعض الأعمال التي تحاشاها المشرع ولم يحدد هل هي من الأعمال النموذجية أم غير النموذجية، وأيضا هل هي في زمرة الأعمال المحددة أم غير المحددة المدة؟

حيث يمكن إجمال هذه الأعمال في الشغل العرضي، والشغل لوقت جزئي، والشغل المتقطع، حيث يمارس الشغل العرضي في جميع الأنشطة الاقتصادية، خلال فترات معينة، داخل المتاجر سواء في بعض المناسبات كالأعياد أو نهاية الأسبوع، وفي بعض الفنادق والمطاعم، علما أن الأجير العرضي كما عرفه المؤتمر الدولي للشغل على أنه **"هو الذي يستخدم بصفة مؤقتة"**، على أنه ينبغي على القضاء مراقبة الصفة العرضية عند النزاع. وبالرجوع إلى الفصل الثاني من ظهير 27 يوليوز 1972 والمتعلق بالضمان الاجتماعي، نجده قد نظم الأجراء المؤقتين والعرضيين بالقطاع الخاص؛ وهم الذين لا يعملون أكثر من 10 ساعات في الأسبوع لحساب مشغل واحد أو عدة مشغلين. أما عقد الشغل لوقت جزئي، فإن المشرع المغربي لم ينظمه في نص معين، علماً بأنه من العقود المهمة في سياسة التشغيل التي تخلق نوع من التوازن بين العقود المحددة وغير المحددة المدة، مما يترك المجال للقضاء ليقول كلمته من أجل تحديد هذا النوع من العقود بشكل دقيق، حيث ذهبت محكمة النقض في إحدى قراراتها **" بأن العقود المحددة والمؤقتة، إذ رغم كونها تندرج ضمن نشاط دوري ومتجدد، فإنها لا تكسب الأجير صفة الأجير القار، وهي تدخل ضمن الأعمال العرضية"**[3]. ولعل أهم ما يميز الأعمال العرضية عن الشغل لوقت جزئي؛ هو كون هذا الأخير يساهم في استقرار الشغل وديمومته ولو لساعات معية في اليوم أو الأسبوع.

أما بالنسبة لعقد الشغل المتقطع فإن المشرع في مدونة الشغل لم يتحدث عنه، علماً أن هناك مجموعة من الجراء لا تمارس عملها إلا بصفة متقطعة داخل الشهر أو السنة؛ كالأجراء الموسميين وأساتذة التعليم الحر، لاسيما في المدارس الثانوية، مما يتبين بشكل أولي أننا أمام عقد محدد المدة وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بالقنيطرة في إحدى قراراتها والذي جاء فيه **" وحيث إن أوراق الأداء التي أدلى بها المستأنف عليه وإن كانت تتعلق بسنوات عديدة من العمل، فإنها لا تتضمن ما يثبت عمل المستأنف عليه لمدة تتجاوز إثنى عشر شهراً مستمرة، وإنما تثبت عمله لمدة متقطعة لا تتجاوز في معظمها تسعة أو عشرة أشهر، إضافة إلى أنها تثبت صفته**

[1] - سعيد بناني: المرجع السابق، ص 267 – 268.

[2] - راجع المادة 184 من مدونة الشغل.

[3] - قرار عدد 264، الصادر عن الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض، بتاريخ 2005/03/09، ملف 04/697، مشار إليه في مؤلف سعيد بناني، المرجع السابق، ص 271.

كعامل مؤقت"[1] ، لكن ما يلاحظ على هذا القرار أنه بالرغم من الاشتغال لسنوات عديدة فإن القرار قد ذهب في اتجاه ضيق، لان الاستمرار لعدة سنوات هو ما يجعل تلك العقود المحددة المدة في مجملها عقود غير محددة المدة وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها والذي جاء فيه **" وحيث أنه وان كان المدعي لم يعمل بالعمل بصفة مستمرة مدة السنة كاملة، إلا أنه قضى به مدة ثمان سنوات لفترة متقطعة، وهذا كاف لاعتباره عاملا رسميا"**[2].

المطلب الثاني: صعوبة التمييز بين العقد المحدد المدة وغير المحدد المدة

إن مسالة التمييز بين العقد المحدد المدة وغير المحدد المدة تعد من الصعوبة بمكان، بالرغم من محاولة المشرع لوضع مبادئ تهدف إلى تحديد إطارات معينة من خلال المادتين 16 و 17 من مدونة الشغل، إلا أن الأمر ليس بالسهل في جميع الحالات، لاسيما وأن القضاء ينبغي أن يعرف بأن المشرع بوضعه لهاتين المادتين، فإنه يسعى إلى حماية الأجير من خلال العقد غير المحدد المدة، ولهذا فإن أي تحايل على هذا الصنف من العقود يستوجب من القاضي أن يبحث أكثر ما يمكن في حماية الأجير، مما يطرح سؤال، ما هي الآثار المترتبة على صعوبة التمييز بين العقدين على مستوى العمل القضائي (الفقرة الأولى)، وهل القاضي ملزم بتكييف العقد وإعطائه الوصف الحقيقي، وذلك في غياب نصوص قانونية دقيقة تميز بين العقدين في العديد من الحالات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: على مستوى العمل القضائي

لئن كانت أغلب القرارات الصادرة عن محكمة النقض حاولت توسيع دائرة مجال عقد الشغل غير المحدد المدة، وهذا يتماشى مع نص المادتين 16 و 17 من مدونة الشغل، علما أن العقد غير المحدد المدة هو الأصل، والعقد المحدد المدة هو الاستثناء، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على ما يترتب عن ذلك من إقرار مجموعة من الضمانات للأجير باعتباره الطرف الضعيف في الخصومة[3].

وبالرجوع إلى مجموعة من القرارات الصادرة عن محكمة النقض نجدها قد كرست هذا المبدأ، بحيث إذا رجعنا إلى حيثيات إحدى القرارات والذي جاء فيه **" وحيث أن الثابت لدى المحكمة هو أن العقد المؤرخ في 1989/09/25 والذي ينص على أن مدة العمل لا تتجاوز 12 شهرا ابتداء من تاريخ نفاذه في 1989/09/05 قد استمر العمل به إلى ما بعد انتهاء مدته، وذلك بإقرار ممثل الطاعنة الذي صرح في جلسة البحث بأن إنتاج الشركة قد تقلص سنة 1992 فاضطرت إلى إعفاء الأجراء ممثل المطلوبة في النقض. وأكد نفس الشخص في تمثيله للطاعنة أمام الخبير أن العقد تجدد تلقائيا. كما أكد الشاهد الذي وقع الاستماع إليه في جلسة البحث أن عقد الشغل الذي بدأ سنة 1980 نوقف سنة 1987 بسبب احتراق مقر العمل، ثم استأنفت الأجيرة المطلوبة في النقض العمل فيما بعد بصفة مؤقتة وظلت تشتغل في السنوات الموالية طيلة 12 شهرا ولم تتوقف إلا في العطل. ولذلك فإن استمرار العقد إلى ما بعد أجله رغم عدم التنصيص فيه بشكل صريح على إمكانية تجديده يجعله عقد غير محدد المدة طبقا للفصل 753 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص صراحة على أن العقد الذي يبرم لمدة محددة يمكن أن يمتد بالتجديد الضمني إلى ما بعد أجله المشروط. وفي هذه الحالة يصبح غير محدد المدة ويحل هذا التعليل المطابق للقانون ولوقائع الدعوى**

[1] - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 19 نوفمبر 1998، في الملف الاجتماعي عدد 97/1026، منشور بمجلة الإشعاع، العدد 19، يونيو 1999، ص 148، (مأخوذ من مؤلف الأستاذ محمد سعيد بناني، المرجع السابق، هامش 903، ص 274).

[2] - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، في الملف عدد 80/16 بتاريخ 7 دجنبر 1982، قرار غير منشور، (مشار اليه في مؤلف الاستاذ محمد سعيد بناني، المرجع السابق، هامش 905، ص 274).

[3] - محمد القري اليوسفي و محمد الشرقاني: "الفصل التأديبي للأجير وفق مدونة الشغل الجديدة" مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الاعمال والمقاولات، مجلة نصف سنوية، العدد 17 – 18، يناير – يونيو 2011، ص 31.

محل التعليل المنتقد الذي لا يؤثر في صحة القرار المطعون فيه مادامت النتيجة التي انتهى إليها تطابق الواقع والقانون مما يجعل الوسيلتين عل غير أساس"[1].

وفي قرار آخر صادر عن نفس المحكمة والذي جاء فيه **" لكن وحيث أنه مادام أن الطرفين استمرا في تنفيذ العقد لمد سبع سنوات متوالية وبدون انقطاع بعد انتهاء مدة العقد الأصلي المبرم لمدة سنة واحدة من 1971/06/01 إلى 1972/05/31، وبما أن طبيعة العمل لم تتغير، فإن تشبث الطاعنة بعقدة شغل محددة المدة ما هو إلا وسيلة احتيالية الهدف منها إخفاء وجود عقدة شغل غير محددة المدة للتهرب من آثارها، ولما تخضع له من قواعد تتعلق بتبرير فسخها، وبالتالي فإن إنهاء عقدة الشغل الرابطة بين المطلوب ضدها النقض وبين الطاعنة يعتبر تعسفا في استعمال الحق من طرف هذه الأخيرة وتحايلا على القانون يؤدي إلى تعطيل العمل به مما تكون مع الوسيلة غير جديرة بالاعتبار"**[2].

يتضح من خلال هذه القرارات أن القضاء المغربي قد اتجه إلى العقد غير المحدد المدة، وذلك راجع إلى أن صفة العقد القانونية تستمد تكييفها من الظروف ونية الطرفين، وأن الأجير يعد أجيراً رسميا ما لم يثبت العكس، حتى ولو منح لنفسه صبغة أجير مؤقت، وهو يجهل في الحقيقة آثارها بالنسبة إليه، بل إن عجز المشغل عن إثبات نوعية العمل والكيفية التي يقع على أساسها تشغيل الأجراء، كان للمحكمة أن تستخلص من ذلك أن العمل كان مستمرا[3].

وتماشيا مع القاعدة المعروفة التي ترى **"بإعمال العقود خير من إهمالها"**، فإنه يجوز للقاضي في المادة الاجتماعية أن يصحح الأوضاع القانونية المتجددة، ومواكبة الواقع العملي للمقاولة، والذهاب إلى ما وراء نية المشرع لأجل إبطال العقود المحددة المدة مع إعطائها الآثار المرتبطة للعقود غير المحددة المدة، مع ضرورة توفر الشروط اللازمة قانوناً دون التقيد بألفاظ العقد؛ خصوصاً عندما تكون مبهمة وغامضة وقابلة لعدة تأويلات، فإنه ينبغي على القاضي استعمال سلطته التقديرية الواسعة للبحث عن نية الأطراف المتعاقدة لأجل الحفاظ على استقرار علاقة الشغل الذي لا ينبغي أن ينتهي مبدئياً إلا بوجود مبرر مجدي، فانتفاء هذا السبب الأخير يشد يد المشغل في اتخاذ بادرة الإنهاء بإرادته المنفردة، دون الخروج عن الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود الذي يعطيه الحق في إيجاد التفسير المناسب تبعا للألفاظ الصريحة في العقد[4].

الفقرة الثانية: على مستوى التكييف

إذا كنا قد رأينا في المطلب الأول من المبحث الأول أن المصدر الأساسي للقانوني هو التشريع، هذا الأخير يحوي في ذاته مشكلتين أساسيتين؛ هما التفسير والتكييف[5]، فتطبيق القانون على الواقع يمر بعدة مراحل أهمها تفسير النص القانوني؛ أي استخراج كل حالات التطبيق القابلة له، وتكييف الواقع؛ أي إدخاله في إحدى القوالب القانونية من أجل تطبيق حكم القانون عليه.

---

[1] - قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 617، المؤرخ في 97/05/27، في الملف الاجتماعي عدد 1995/1/4/1615، مجلة قضاء المجلس الأعلى – الإصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 31، جمع الحقوق محفوظة لمركز النشر والتوثيق القضائي.

[2] - قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 234 مكرر، المؤرخ في 1984/03/26، في الملف الاجتماعي عدد 1200، مجلة قضاء المجلس الأعلى – الإصدار الرقمي دجنبر 2000- العدد 31، جمع الحقوق محفوظة لمركز النشر والتوثيق القضائي.

[3] - سعيد بناني: المرجع السابق، ص 312.

[4] - حيث جاء في الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود على أنه "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها"

[5] - لابد من الإشارة إلى أن للتكييف تعارف عدة، حيث عرفه الفقيه شوفيرون بأنه " تشخيص وضعية واقعية بمفهوم قانوني، وتحديد الطائفة القانونية التي يدخل فيها هذا الواقع أو التصرف القانوني الذي تمت ملاحظة وجوده، وأخيرا تقدير القاعدة القانونية المطبقة عليه"، وعرفه الفقيه دابين بأنه " الواقعة المحسوسة في بحثها عن قاعدتها القانونية، فعملية التكييف تبدأ من الواقع وتعود إليه من اجل تنظيمه". لتوسع أكثر في هذا المجال راجع: محمد الإدريسي: "تكييف العقود في القانون المدني"، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، العدد الثاني، السنة الأولى، صيف/ خريف 2010، ص229.

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن التكييف يمثل أهمية قصوى، فهو جوهر صناعة القضاء، ذلك أن **"مدار القضاء كله – كما يقول الرئيس الأول للمجلس الأعلى سابقاً المرحوم أبا حنيني – على معرفة الواقع ومعرفة الحكم الشرعي"**، ويضيف قائلاً، **"فالقاضي لا بد له من تكييف الواقع، وإدخاله في قالب من القوالب القانونية وإبراز العلل الشرعية حتى يكون الحكم قانونياً"**[1].

ولئن كان القضاء هو الذي يفصل في مدى اعتبار العقد محدد المدة من عدمه، على اعتبار أن الأصل في العقود المبرة في مجالات الشغل تعتبر غير محددة المدة، حيث يكون مؤهلا لدراسة العقد، وإبراز نوع العقد هل هو محدد المدة أم غير محدد المدة، وذلك من خلال عملية التكييف التي يقوم بها، حيث خول له المشرع سلطة تقديرية لكي يحسم الأمر في حالة نشوء نزاع، كما هو الحال مثلا في عدم تحديد الأجل بصفة واضحة، في الحالة التي يلزم فيها المشرع أن يكون الأجل دقيقاً، مما يكون القاضي ملزم بإعادة تكييف العقد من محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة، وهذا ما أكدته محكمة النقض في إحدى قراراتها والذي جاء فيه **" إن عجز رب العمل عن إثبات نوعية العمل والكيفية التي يقع على أساسها تشغيل الأجراء كان للمحكمة أن تستخلص من ذلك أن العمل كان مستمراً"**[2].

ومن الأهمية بمكان الإشارة أيضاً إلى أن تجديد عقد الشغل لعدة سنوات، يجر إلى إعادة تكييف العقد وجعله عقداً غير محدد المدة[3]، فهي وسيلة يحاول من خلالها الأجير اعتبار كل عقد مستقل عن العقد السابق. مما يطرح سؤال، ما هو موقف الفقه والقضاء من هذه المسألة؟

يرى جانب من الفقه[4]، أن العقد في هذه الحالة يعتبر محدد المدة، على اعتبار أن هناك إرادة صريحة يجب احترامها، وأن العقد شريعة المتعاقدين. في حين يرى جانب آخر من الفقه[5]، على أن تجديد العقد لعدة سنوات ما هو إلا تحايل من قبل المشغل على آثار الإنهاء في العقد غير المحدد المدة، وهذا ما أكدته محكمة النقض في إحدى قراراتها والذي جاء فيه، **" وحيث إن عقد العمل الذي يبرم لمدة سنة واحدة ثم يجدد كتابة كل سنة لنفس المدة ولعدة سنين يعتبر عقداً غير محدد المدة؛ لأن تحديده وتجديده إنما هو وسيلة يهدف بها المشغل إخفاء وجود عقد شغل غير محدد المدة للتهرب من الآثار القانونية للعقد المذكور"**[6].

ومهما يكن من أمر، فان المشرع المغربي في مدونة الشغل قد يبد من ظاهر نص المادة 16 أنه حسم هذا الأمر، حيث لم يعد بإمكان المشغل اللجوء إلى العقد المحدد المدة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 16 من مدونة الشغل، والمتمثلة في إحلال أجير محل أجير آخر في حالة توقف عقد شغل هذا الأخير، ما لم يكن التوقف ناتجا عن الإضراب، أو إذا تعلق الأمر بازدياد نشاط المقاولة بكيفية مؤقتة، أو إذا كان الشغل ذا طبيعة موسمية ، لكن يبدو لنا أن ما يعاب على هذه المادة – المادة 16 - هي أنها في فقرتها الأخيرة جاءت بمقتضى يحمل في طياته عدة تفسيرات وتأويلات، حيث نصت الفقرة الأخيرة على أنه **" يمكن إبرام عقد الشغل محدد المدة في بعض القطاعات والحالات الاستثنائية التي تحدد بموجب نص تنظيمي ..."** مما يتبين أن المشرع في المادة الاجتماعية جعل حالات عقد الشغل المحددة المدة واردة على سبيل المثال لا الحصر حسب ما يفهم من نص الفقرة الأخيرة، مما يكون القاضي ملزم بتكيف كل عقد على حدا وإبراز العلل التي من شأنها أن تساعد على استنباط فحوى العقد هل هو محدد المدة، أم غير محدد المدة. علما أن القضاء الفرنسي قد اعتبر إبرام ثلاثة عقود متوالية يجعل من علاقة الشغل عقدا غير محدد المدة[7].

---

[1] - محمد الإدريسي: "تكييف العقود في القانون المدني"، المرجع السابق، ص 229.

[2] - قرار عدد 925، بتاريخ 29 نونبر 1982، الصادر عن محكمة النقض، مجلة المجلس الأعلى، عدد 1983/03/31، ص 111.

[3] - محمد القري اليوسفي و محمد الشرقاني: "الفصل التأديبي للأجير وفق مدونة الشغل الجديدة"، المرجع السابق، ص 31.

[4] - محمد فاروق الباشا: "التشريعات الاجتماعية، قانون العمل"، المطبعة الجديدة، دمشق، سنة 1998، ص 182.

[5] - سعيد بناني: المرجع السابق، ص 300.

[6] - قرارا صادر عن محكمة النقض بتاريخ 26 دسنبر 1988، في الملف الاجتماعي عدد 1989/01/12، منشور بمجلة الإشعاع، العدد الأول، يونيو 1989، ص 59. (مشار إليه في مؤلف الأستاذ سعيد بناني، المرجع السابق، ص 304، الهامش 991).

[7] سعيد بناني: "قانون الشغل بالمغرب" في ضوء مدونة الشغل – علاقة الشغل الفردية -، الجزء الثاني، المجلد الأول، المرج السابق، ص 311..

خاتمة

من خلال ما سبق لا يسعنا القول، إلا أن المشرع المغربي حاول التقليص قدر الإمكان من العقود المحددة، بحيث قيدها بشروط واردة على سبيل الحصر لا المثال حسب ما يبدو من ظاهر نص المادة 16 من مدونة الشغل، وذلك من أجل توفير حماية أكبر للأجير لضمان استقرار الشغل، على اعتبار أنه يعتبر حسب بعض الفقه يحتل مرتبة الحق في الحياة، لأن العمل والحياة سيان، بل الأكثر من ذلك، إن جل الاجتهادات القضائية التي حولنا الاطلاع عليها فيما يخص العقد المحدد المدة وغير المحدد المدة، كانت هي الأخرى بدورها ترجح الكفة للأجير على رب العمل، حيث اعتبرت أن العقد غير المحدد المدة هو الأصل تماشيا مع السياق التشريعي والفقهي في هذا المجال.

وفي المقابل فإن المشرع المغربي لم يهمل المصلحة الخاصة للمقاولة، خصوصا أنها تعتبر كيانا اقتصاديا يحرك عجلة الاقتصاد داخل الدولة ككل، أضف إلى ذلك أن مدونة الشغل من خلال نصوصها يتبن أنها حاولت أن تخلق نوع من التوازن بين المشغل والأجير، وذلك من أجل استمرارية المقاولة من جهة، وضمان حقوق الأجير من جهة أخرى، بل الأكثر من ذلك، إن المشرع المغربي في المادة الاجتماعية قد أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة من أجل استنباط الغموض الذي يعتري بعض العقود المحددة المدة والوصل إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وذلك من خلال إعادة تكييف العقد، وإن كانت تحول طبيعة العقد بالنسبة إلى شرط المدة، إلا أنها لا تؤثر على باقي الشروط.

ومن الأهمية بمكان أن نشير إلى أن الأصل في عقود الشغل أنها غير محددة المدة، مع اعتماد طبيعة العمل كعنصر في تحديد صنف العقد، علما أن العقد يستمد صفته من طبيعته الذاتية لا من الوصف المعطى له من قبل الطرفين، هذا بالإضافة إلى أن مدونة الشغل التي تنظم عقود الشغل المحددة المدة وغير المحددة المدة بنوع من التدقيق، وإن كان هذا الأمر يتخلله هفوات، منه ما يتم تداركه من خلال الاجتهادات القضائية أو من خلال بعض المراسيم، مما يفتح المجال للبحث والنقاش سواء على مستوى الفقه أو على مستوى القضاء.

إشكالية الإختصاص القضائي في منازعات تحصيل الديون الضريبية
دراسة على ضوء القانون 15.97 المتعلق بمدونة تحصيل الديون العمومية
و القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية

الطالب الباحث عمر بحبو

مقدمة

تضطلع الضريبة بوظيفة بارزة في الحياة الاقتصادية و الإجتماعية في الدول الساعية إلى تحقيق تنمية شاملة ومستدامة تعود بالنفع على الشعوب والمرافق العامة على السواء، فقد أبانت – أي الضريبة – عن قدرتها في النهوض بأوضاع الأمم على جميع المستويات بفعل المساهمة الجماعية في التكاليف العمومية، لهذا كان إيلاء الضريبة بتنظيم قانوني من شأنه أن يأمن إستخلاص النتائج المرجوة منها في أحسن الظروف.

هذا، وقد إنخرط المغرب كغيره من البلدان السائرة في طريق النمو في سلسة من الإصلاحات همت مختلف أنواع الضرائب رغبة في تكريس توازن قانوني بين الإدارة الضريبية والملزم من جانب ثان، ذلك أن عدم إقرار معادلة قانونية في الحقوق والواجبات بين هذا وذاك قد يؤدي إلى تغليب كفة طرف على حساب طرق أخر، الأمر الذي قد يؤخر عملية الإستخلاص الضريبي المرتبط دائما بتحقيق أهداف إقتصادية و إجتماعية وتنموية.

والضريبة وفق هذا المفهوم تمر عبر ثلاث مراحل رئيسية، تتلخص المرحلة الأولى في تحديد المادة الخاضعة للضريبة أو ما يطلق عليها بمرحلة الوعاء الضريبي، أما المرحلة الثانية فهي مرحلة التصفية والتي على ضوئها تقدر الإدارة الضريبية القيمة المالية أو المبلغ الذي يجب أدائه عند حلول الأجل القانوني، وأخيرا مرحلة تحصيل الضريبة وهي محطة محورية من خلالها يقوم المحاسب المكلف بالتحصيل بمسك تلكم المستحقات وتحصيلها لتتكون في أخر السنة المالية الغلاف المالي المراد بلوغه، و الذي يسمح بإعلان إنطلاقة لمشاريع حكومية معينة برسم قانون مالية السنة، لهذا فإن أية منازعة في مرحلة التحصيل قد تعرقل مسار توجه برنامج إقتصادي بأكمله.

من أجل ذلك، تدخل المشرع المغربي بتنظيم إجراءات تحصيل الدين الضريبي بإقراره لمسطرة تتعلق بضابط للمتابعات والمطالبات فيما يخص الضرائب والأداءات المماثلة التي يستخلصها المحاسبون للضرائب والأداء، بموجب كل من ظهير 22 نونبر 1924 وظهير 21 غشت 1935، إلا أن الممارسة العملية لهاته المسطرة طرحت مجموعة من الصعوبات شكلت بدورها عائقا في وجه إجراءات التحصيل، ما عجل بالمشرع المغربي إلى إصدار قانون جديد لتحصيل الديون العمومية في شكل مدونة بناءا على القانون رقم 97-15، هذا القانون حاول تفعيل موازنة جديدة بين سلطة الإدارة الضريبية في الحفاظ على تحصيل الموارد المالية في ظروف جيدة وحق الملزم في منازعة الإدارة كلما بدا له تعنت هذه الأخيرة وعدم إحترامها لإجراءات التحصيل كما نظمها القانون.

إن مسطرة تحصيل الديون الضريبية تثير على المستوى القانوني والعملي عدة إشكالات إن في الإختصاص القضائي أو شروط ممارسة دعوى التحصيل أو في جانب صعوبات التنفيذ على أموال الملزم، هذه الإشكالات التي إستقطبت إجتهاد القضاء الإداري وتارة القضاء العادي لإيجاد حلول مناسبة تراعي خصوصية دعوى التحصيل لإرتباطها الوثيق بحماية المال العام من تقاعس الملزمين عن الأداء، وحماية هؤلاء من شطط الإدارة وعدم إحترامها للنظم والقوانين الجاري بها العمل.

ولموضوع إشكالية الإختصاص القضائي في منازعات التحصيل أهمية بالغة تتجلى في بيان الجهة القضائية المختصة على وجه التحديد في كل جزئيات المسطرة، وأيضا في إستجلاء منبع هذا الإشكال وأساسه وذلك بعرض مختلف النصوص القانونية ذات الإرتباط بمنازعة التحصيل ومقابلة بعضها البعض للخلوص إلى مؤدى هذه الإشكاليات وأثرها على الإدارة والمزمين.

على هذا الأساس، يطرح موضوع الإختصاص القضائي في منازعات التحصيل إشكالية مركزية يمكن إجمالها كالتالي:

إلى أي حد إستطاع المشرع المغربي من خلال القانون 15-97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية أن يعالج إشكالية الإختصاص القضائي في دعوى التحصيل وكذا تنازع الإختصاص بين مختلف أنواع المحاكم بمناسبة النظر في هذه الدعوى؟

للإجابة على هذه الإشكالية نرى تناول الموضوع من خلال تصميم ثنائي وفق الشكل التالي:

المبحث الأول: الإختصاص القضائي في منازعات التحصيل والإشكالات المرتبطة به.

المبحث الثاني: إشكالية تنازع الإختصاص بين المحاكم في منازعات التحصيل

المبحث الأول: الإختصاص القضائي في منازعات التحصيل والإشكالات المرتبطة به:

يقصد بالإختصاص القضائي صلاحية المحكمة للبت في الدعوى المعروضة عليها، كما يعرف الإختصاص القضائي انطلاقا من علاقته بالولاية القضائية، فإذا كانت الولاية تعني سلطة الحكم بمقتضى القانون الممنوحة لكافة محاكم الدولة فإن الإختصاص هو نصيب كل محكمة من هذه الولاية[1].

ويتوزع الإختصاص القضائي للمحاكم بين إختصاص نوعي وإختصاص محلي أو مكاني، فأما الإختصاص النوعي فهو يحدد نوعية القضايا التي يتعين على كل محكمة التقيد بالبت في نطاقها، دون الخروج عنها ومد يدها على باقي القضايا[2] الموكولة لمحاكم أخرى، أما الإختصاص المحلي فيراد منه إعطاء المحاكم صلاحية البت في الدعوى على أساس جغرافي معين، وقد تم تأسيس هذا الإختصاص المكاني في أفق تقريب القضاء من المواطن الذي كان في عهد قريب يتكبل عناء السفر ومشقته ليسجل دعوى أو ليحضر جلسة، وكذلك الرغبة في رفع الضغط الوظيفي الذي كان يشكل عبئا بالنسبة للمحاكم العادية قبل ظهور التخصص القضائي.

لقد كانت المنازعات الضريبية في ظل ظهير 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة يختص في النظر فيها[3] جميعها المحاكم الإبتدائية صاحبة الولاية العامة في عهدها، لكن بعد إحداث المحاكم الإدارية بموجب القانون 90-41 تم نقل الإختصاص في المنازعات الضريبية إلى هذه المحاكم دون غيرها، وأصبحت أحكامها تقبل الطعن بالإستئناف أمام محاكم الإستئناف الإدارية المحدثة بموجب القانون 03-80 بدل الغرفة الإدارية بمحاكم الإستئناف العادية، ذلك أن ميلاد هذا النوع من المحاكم وتخويله صلاحية البت في مختلف المنازعات الضريبية قد أرفقه تنظيم قانوني لإختصاصها النوعي والمحلي حتى تقوم بوظيفتها في هذا الباب **(المطلب الأول)**.

أما على المستوى المسطري، فقد أحال القانون المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية في المادة 7 منه على تطبيق القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص قانون على خلاف ذلك، إلا أن هذه الإحالة وبالرغم من وضوحية صيغتها فهي تثير إشكالات عدة في الشق المتعلق بالدفع بعدم الإختصاص النوعي في منازعات التحصيل الضريبي **(المطلب الثاني)**.

---

[1]- عبد الكريم الطالب، التنظيم القضائي للمملكة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الرابعة، 2012، ص 103.

[2]- إدريس العلوي العبدلاوي، الوسيط في شرح المسطرة المدنية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1998، ص540.

[3]- سلك المشرع المغربي اتجاها مختلفا لما ذهب إليه نظيره الفرنسي الذي وزع إختصاص النظر في المنازعات الضريبية بين المحاكم العادية فيما يتعلق منازعات الضرائب غير المباشرة والرسوم المشابهة ورسوم التسجيل والتنبر، في حين أبقى للقضاء الإداري صلاحية النظر في منازعات الضرائب المباشرة.

المطلب الأول: قواعد الإختصاص القضائي في المنازعات المتعلقة بالتحصيل:

لقد أصبحت المنازعات الضريبية بعد صدور القانون رقم 90-41 إختصاص أصيل للمحاكم الإدارية، وأصبح ينظر في إستئناف أحكامها من قبل محاكم الإستئناف الإدارية بعدما كانت المحاكم العادية والغرف الإدارية بمحاكم الإستئناف تنفرد بالبت في هذه المنازعات.

عليه، فقد نص الفصل 8 من قانون إحداث المحاكم الإدارية على أن هذه المحاكم تختص بالبت في الدعاوى المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للخزينة العامة، وعلى هذا الأساس تكون المحاكم العادية قد حلت محل المحاكم العادية في كثير من الإختصاصات من بينها المنازعة الضريبية، خاصة في شقها المرتبط بالتحصيل[1].

الفقرة الأولى: الإختصاص النوعي:

قلنا بأنه بعد إحداث المحاكم الإدارية بالمغرب أصبحت هي الجهة القضائية ذات الولاية العامة للظر في الدعاوى المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للخزينة العامة، بما فيها منازعات التحصيل[2]، وبهذا يكون المشرع المغربي قد عهد بهذا الإختصاص إلى محكمة متخصصة تطبيقا للتوجه الجديد في تقسيم النشاط القضائي وتوزيعه أملا في تحقيق نجاعة قضائية فعالة.

وقد تم تحديد مختلف الضرائب والرسوم التي تدخل ضمن إختصاصات المحاكم الإدارية من خلال المواد 33 و 34 و 35 من المدونة العامة للضرائب وهي كالتالي:

- الضريبة على القيمة المضافة؛
- الضريبة على الشركات؛
- الضريبة على الدخل؛
- رسوم التسجيل والدمغة؛
- رسم الخدمات الجماعية؛
- الرسوم المستحقة للجماعات الترابية ومجموعاتها.

إن هذا التعداد على مستوى الإختصاص يطرح تساؤل حول ما إذا كانت هذه القائمة واردة على سبيل المثال أم على سبيل الحصر، لأن هذا التساؤل نراه حاسم في القول بإختصاص المحاكم الإدارية للنظر في المنازعات المرتبطة بالضرائب والرسوم التي تخرج عن دائرة التحديد المذكور أعلاه.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تعرج بنا إلى إستحضار مضمون الفصل 8 من قانون إحداث المحاكم الإدارية الذي يؤكد على أن كل المنازعات الضريبية هي من إختصاص القضاء الإداري دون الإشارة إلى أي إستثناء، فضلا على كون توحيد هذا الإختصاص في جهة قضائية واحدة سيساهم في عدم إرهاق الملزم وإدخاله في متاهات البحث عن المحكمة المختصة حسب نوع الضريبة أو الرسم.

على ذلك، تظهر أهمية توضيح الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في دعوى التحصيل حتى يتمكن القاضي الإداري من مناقشة أي ملتمس يدلي به أطراف النزاع سواء تعلق بفرض الضريبة أو بوعائها أو بتحصيلها[3].

وإذا اعتبرنا أن تحديد الإختصاص النوعي في المنازعات الضريبية يعد مرحلة أساسية في مسطرة التحصيل، فإن الملزم يكون مقيدا بإتباع إجراء المطالبة الإدارية[1] أمام الجهة القضائية المشرفة على عملية التحصيل، وذلك قبل الإقدام على عرض النزاع أمام أنظار المحاكم الإدارية وهو مضمون المواد 117 و 118 من القانون 15-97 المتعلق بمدونة تحصيل الديون العمومية.

[1]- يونس معاطا، المنازعات في تحصيل الديون الضريبية بالمغرب، السلسة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، مطبعة طوب بريس، مراكش، 2012 ص 82.

[2]- كريم لحرش، شرح القانون الضريبي المغربي، مطبعة طوب بريس، الرباط، 2014، ص 210.

[3]- كريم لحرش، مرجع سابق، ص210.

الفقرة الثانية: الإختصاص المحلي:

إذا كان المشرع المغربي قد حدد لكل محكمة نوعية القضايا التي تختص بالنظر فيها، فإنه بالإضافة إلى ذلك أتى على قواعد تؤطر الإختصاص المحلي لها، و يقصد بالإختصاص المحلي في منازعات التحصيل مدى صلاحية المحكمة الإدارية التي يؤول إليها إختصاص النظر في مثل هذه الدعاوى[2]، وعليه تضمنت المادة 10 من قانون 90-41 الإحالة على تطبيق قواعد الإختصاص المحلي كما ورد تنظيمها في ق.م.م في الفصول من 27 إلى 30 وذلك أمام المحاكم الإدارية، تبعا لذلك فإن التطبيق الفعلي لهاته الإحالة يقتضي أن يقدم الملزم دعواه أمام المحكمة الإدارية التي يوجد بدائرتها الإدارة المعنية[3]، وإلا أثيرت إشكالية الدفع بعدم الإختصاص المكاني في مواجهة الملزم، ونفس الصورة تنطبق على المحاسب المكلف بالتحصيل الذي ينبغي عليه رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة مكانيا، وإلا تم التصريح بعدم الإختصاص المكاني.

إن الإشكال السابق، حتى وإن كنا قد طرحناه في شكل تطبيق فإنه لا يعدو أن يكون افتراضا على مستوى الخطاب لا غير، ذلك أن المشرع المغربي تفاديا منه لذلكم الإشكال الذي لا يخدم دعوى التحصيل لخصوصيتها ولأثرها الحاسم بشأن مصير الدين الضريبي، قد نص في المادة 141 من مدونة التحصيل على أنه **(تعرض النزاعات التي قد تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون على المحاكم الإدارية الموجودة بالمكان الذي تستحق فيه الديون العمومية)**.فإن الإختصاص المحلي في المادة الضريبية ينظر إليه حسب المكان الذي تستحق فيه الضريبة دون تطبيق مقتضيات الفصل 27 من ق.م.م والذي يقضي بإختصاص محكمة الموطن الحقيقي للمدعى عليه أو محل إقامته.

المطلب الثاني: إشكالية الدفع بعدم الإختصاص النوعي في منازعات التحصيل.

يقصد بالدفع بعدم الإختصاص النوعي إثارة كل معني بالأمر عدم صلاحية المحكمة بالبت في موضوع الدعوى المعروضة عليها، لتدخلها في إختصاص منوط بجهة قضائية أخرى، ويعرف الإختصاص النوعي بكونه شرط من شروط صحة الدعوى لقبولها صحيحة، حيث يمكن للمحكمة إثارة عدم الإختصاص هذا من تلقاء نفسها، نظرا لإرتباطه بفكرة النظام العام، ولا يسوغ التنازل مسبقا عن هذا الدفع، كما يمكن إثارته في جميع مراحل الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض[4].

والجدير بالذكر أن هذا الدفع الشكلي لم يكن الحديث يدور حوله قبل إحداث المحاكم المتخصصة ببلادنا، وذلك راجع للولاية العامة للمحاكم العادية حينها، لكن وبعد إحداث المحاكم الإدارية والمحاكم التجارية أصبحت تثار مسألة الدفع بعدم الإختصاص النوعي في منازعات التحصيل وما ارتبط به من إشكال يهم ما إذا كان هذا الدفع في مثل هذه المنازعات من النظام العام أم لا، ومدى إمكانية الإحالة على الجهة المختصة بعدم الإختصاص النوعي[5].

الفقرة الأولى: الإشكاليات القانونية المتصلة بالدفع بعدم الإختصاص النوعي.

يتضح من خلال الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية أنه على أطراف الدعوى بما فيها دعوى التحصيل فيما يخص الدفع بعدم الإختصاص النوعي أو المحلي إثارته قبل أي دفع أو دفاع، وأنه لا يمكن إثارته في طور الإستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية، كما يؤكد نفس الفصل في فقرته الثانية بضرورة إرفاق هذا الدفع الإحالة على المحكمة المختصة وإلا كان الطلب غير مقبول، وأن الحكم بعدم الإختصاص النوعي يمكن لقاضي الدرجة الأولى أن يثيره من تلقاء نفسه.

---

[1]- رشدي محمد، المنازعة الضريبية أمام القضاء الإداري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية الحقوق الدار البيضاء عين الشق، 2011/2010، ص23.

[2]- يونس معاطا، مرجع سابق، ص82.

[3]- عبد الكريم الطالب، مرجع سابق، ص 62.

[4]- يونس معاطا، مرجع سابق، ص 85.

[5]- محمد قصري، تنازع الإختصاص بين المحاكم حول مدونة تحصيل الديون العمومية، مجلة المحاكم الإدارية، العدد 2، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الرباط، 2005، ص6.

إن القراءة المتمعنة لمقتضى هذا الفصل، يظهر منها كون المشرع المغربي لم يميز بين الدفع بعدم الإختصاص المحلي والنوعي وأخضعهما لذات الحكم والمسطرة، والحال أن الإختصاص النوعي يدخل ضمن مسائل النظام العام، فكيف يمكن غض الطرف مثلا عن تدخل محكمة إستئناف غير مختصة نوعيا في البت دون مواجهتها بهذا الدفع، بعلة أن هذا الأخير محكوم بشروط الفصل 16 من القانون ومنها واجبية إثارته أمام محكمة الدرجة الأولى، اللهم إذا حالف المدعي أو المدعى عليه الحظ وكان الحكم غيابيا بالنسبة للمعني بالأمر، وقتها أمكنه الدفع بعدم الإختصاص النوعي في طور الإستئناف، وهذه حالة ضيقة جدا بل غير قابلة للتجسيد على أرض الواقع بحكم المسطرة الكتابية[1] المفروض إتباعها أمام المحاكم الإدارية، فالأحكام الغيابية لا تصدر إلا في الدعاوى التي تكون المسطرة فيها شفوية.

الملاحظ كذلك أن الفصل 16 المذكور قد تم صياغته في ظل فترة لم يكن فيها المغرب يعرف التخصص القضائي، إذ كانت المحاكم العادية هي ذات الصلاحية العامة بحكم الفصل 18 من ق.م.م الذي منحها إختصاص النظر في مختلف الدعاوى تجارية إدارية مدنية، فقد كان هذا الفصل لا يطرح أدنى إشكال لغياب جهات قضائية[2] منافسة للمحاكم العادية في إختصاصها النوعي.

إلا أنه وبعد إحداث المحاكم الإدارية والتجارية أضحى للدفع بعدم الإختصاص النوعي معنى وإعتبار، لمعالجة أي إشكال في هذا الباب وذلك بوضع قواعد مشتركة بين المحاكم لضبط الإختصاص النوعي لها، هذا الإختصاص الذي بإحترامه ومراعاة قواعده تقوم المحاكم بوظيفتها القضائية في أجواء حسنة.

ولمعالجة هذا الإشكال تدخل المشرع المغربي مقرا إتصال الإختصاص النوعي بالنظام العام من خلال الفصول 12 و 13 و 14 من قانون 90-41، فالفصل 12 منه ينص على كون الإختصاص النوعي محكوم بقواعد النظام العام وللأطراف أن يدفعوا بعدم الإختصاص النوعي في جميع إجراءات الدعوى، كما على الجهة القضائية المعروضة عليها القضية أن تثيره تلقائيا، هذا والمستشف من خلال ذات المقتضى أن القانون سلك مسارا مختلف تماما لما سار عليه الفصل 16 من ق.م.م، فإذا كان الأطراف في منازعات التحصيل قبل إحداث المحاكم الإدارية يتقيدون بمسطرة الدفع تلك دون أن يكون لها إتصال بالنظام العام، فإن أطراف المنازعة الضريبية في مرحلة التحصيل يمكنهم إثارة هذا الدفع في كل مراحل الدعوى ولو أمام محكمة النقض حماية لحقوق المتقاضين و للدين الضريبي من تدخل جهات قضائية غير مختصة وما يرتبه ذلك من إشكالات كثيرة، لا لشيء إلا لإغفال تنظيم قاعدة مسطرية بسيطة.

الفقرة الثانية: الإشكاليات العملية المثارة بمناسبة الدفع بعدم الإختصاص النوعي.

إذا كان الدفع بعدم الإختصاص النوعي في دعوى منازعات التحصيل يثير عدة إشكالات على مستوى النصوص القانونية، لاسيما التضارب الحاصل بين ق.م.م في فصوله المتعلقة بالإختصاص المحلي وبين القانون 90-41 بمثابة قانون إحداث المحاكم الإدارية في تأصيل النظام العام وربطه بالإختصاص النوعي في دعاوى المنازعات الضريبية، فالملاحظ أيضا في الجانب التطبيقي أنه تمت صعوبات بخصوص عرض دعوى التحصيل على غير المحاكم الإدارية الجهة المؤهلة لذلك، فمن هذه الإشكاليات ما إشترطه قانون المسطرة المدنية من ضرورة ضم الدفع بعدم الإختصاص النوعي إلى الجوهر[3] لا البت فيه بموجب حكم مستقل، وهذا يتمخض عليه كون أن الطرف الذي يريد الطعن في هذا الدفع عليه أن يطعن في الحكم برمته، لأن المشرع لم يخصص جزاءا محددا عن عدم البت في الإختصاص بحكم مستقل، ضف على ذلك أن الطعن بالإستئناف في هذا الحكم الذي ضم الدفع بعدم الإختصاص يرتب هو الأخر إشكالية ثانية، تجد أساسها في كون أن محاكم الإستئناف الإدارية أصبحت هي الجهة الوحيدة المختصة في النظر في طعون الإستئناف بالنسبة لإختصاص المحاكم الإدارية، وأن محكمة الإستئناف ستبث في مسألة لا تدخل ضمن نطاق إختصاصها، الفرضية التي قد يتمخض عنها تداخل وتنازع في الإختصاص.

[1]- عبد الكريم الطالب، مرجع سابق، ص 70.

[2]- محمد قصري، مرجع سابق، ص 8.

[3]- يونس معاطا، مرجع سابق، ص 87.

من أجل إيجاد حلول لهذه الإشكالية، ذهب بعض الفقه المغربي كـ"مصطفى التراب" إلى القول بإمكانية إستئناف الحكم الإبتدائي في الجانب المتعلق بالدفع بعدم الإختصاص النوعي أمام محكمة الإستئناف الإدارية، ولو ضمت محكمة الأولى الدرجة الدفع إلى الموضوع – أي الجوهر – مراعاة للإختصاص المخول لمحاكم الإستئناف الإدارية، حيث لم يعد هناك مجال لتدخل محاكم الإستئناف للبت في مثل هذه الطعون، وقد نهج هذا الاتجاه عمل محكمة الإستئناف بالرباط في قرارين لها الأول صدر بتاريخ 11/05/2000 بالملف رقم 6673/99 والثاني بتاريخ 21/12/2000 بالملف عدد 6336/2000، ونحن في هذا السياق نؤيد هذا التوجه الفقهي والعمل القضائي الذي تلاه فيما بعد، لأن من شأن الطعن في الحكم بناءا على الصورة السابقة سيدخلنا في تنازع للإختصاص و تضارب في الأحكام والأمر كله في أخر المطاف يحكمه مبدأ تخصص القضاء وتنوعه.

الجدير بالذكر، أنه إذا كانت مقتضيات الفصول 12 و 13 و14 من قانون إحداث المحاكم الإدارية تخاطب كلا من المحاكم العادية والإدارية بخصوص مسألة الإختصاص النوعي وإرتباطه الوثيق بفكرة النظام العام التي تجعله في مرتبة متميزة تفرض على القاضي البت فيه بموجب أحكام مستقلة لا إدراجها ضمن الجوهر، فإن ما دأبت عليه بعض المحاكم في أحكامها قد خالف هذه القواعد، ومن أجل توضيح الأمر أكثر فقد صدر عن المحكمة الإبتدائية بالناظور في الملف عدد 97-21 حكم يقضي بعدم الإختصاص النوعي لفائدة المحكمة الإدارية ليس بحكم مستقل وإنما في جوهر النزاع، أعقبه بعد ذلك قرار لإستئنافية الناظور قضى بتأييد قرار المحكمة الإدارية بإعتبار أن الإختصاص يرجع إلى المحكمة الإدارية بالبت في الطعون الإستئنافية المتصلة بإختصاصها.

من خلال ما سبق يمكن القول أن منازعات تحصيل الديون الضريبية تصنف ضمن المنازعات الضريبية الأكثر إثارة للإشكاليات بمعدلات مرتفعة ونسب متفاوتة، ولعل الإختصاص القضائي وما يتفرع عنه من صعوبات لخير حجة فيما خلصنا إليه في هذا المبحث، علاوة على تمدد هذه الإشكالات وتجلها في مواد مختلفة، كالحجز على منقولات وعقارات الملزم وأصوله التجارية، وكذلك في تطبيق مسطرة الإكراه البدني[1] كوسيلة لإجبار المدين الضريبي لأداء ما عليه من ضرائب ورسوم في الأجال المحددة.

المبحث الثاني: إشكالية تنازع الإختصاص بين المحاكم في منازعات التحصيل.

بالرجوع إلى أحكام مدونة تحصيل الديون العمومية، نجد المشرع المغربي يحيل على تطبيق مقتضيات ق.م.م كلما لم يوجد مقتضى خاص في هذا القانون، وتارة أخرى يكتفي بالإحالة على المحكمة المختصة دون أي تحديد[2]، وفي ذات النص نجده يؤكد بموجب المادة 141 من مدونة تحصيل الديون العمومية على إختصاص المحاكم الإدارية في جميع النزاعات التي تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون.

إن صياغة المادة 141 جاءت فضفاضة حيث خولت للمحاكم الإدارية إختصاصا شاسعا للنظر في كل الإجراءات المتفرعة عن منازعات التحصيل، ليكون بذلك النص قد أقصى إختصاص المحاكم التجارية والمحاكم العادية في التدخل في هذه المنازعات، مع العلم أن مساطر من قبيل الحجز على المنقولات والعقارات في حالة عدم كفاية المنقولات[3]، هي إختصاص تقليدي لهذه المحاكم الأمر الذي يدعو إلى مناقشة هذه الإشكاليات وتناول أنجع الحلول المناسبة لها **(المطلب الأول)**.

والملاحظ أيضا أن المادة 141 تتناقض مع أحكام المادة 68 من نفس القانون التي يدور مضمونها حول منح الإختصاص للمحاكم التجارية بشأن بيع الأصل التجاري لتحصيل الدين الضريبي، فضلا عن تنازع الإختصاص بين المحاكم بخصوص تطبيق مسطرة الإكراه البدني كوسيلة لإجبار المدين على الأداء **(المطلب الثاني)**.

---

[1]- دزاكيس محمد، المنازعة الضريبية في مجال التحصيل، رسالة لنيل دبولم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق الدار البيضاء، 1999/1998، ص39.

[2]- محمد قصري، تنازع الإختصاص بين المحاكم حول مدونة تحصيل الديون العمومية، مجلة المحاكم الإدارية، العدد 2، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الرباط، 2005، ص5.

[3]- يمكن للدائن أن ينفذ على عقار المدين قبل المرور إلى منقولاته وذلك في الحالة التي يكون الدائن مستفيدا من رهن عيني على ذلكم العقار. أنظر الفصل 445 من قانون المسطرة المدنية.

المطلب الأول: تنازع الإختصاص في الحجز على منقولات وعقارات الملزم.

تشمل مسطرة التحصيل على مجموعة من العمليات تمكن القابض أو المحاسب[1] من مسك المبالغ المستحقة للدولة[2]، ولتنفيذ هذه المهام خول المشرع المغربي للإدارة الضريبية صلاحية طلب إيقاع حجز على ممتلكات المدين الملزم لإجباره على أداء دينه الذي يشكل في نظر الدولة مال عام يجب ضمان إستخلاصه بسلوك أي مسطرة تسعف الإدارة في ذلك.

إلا أن الإشكال الذي يطرح في هذا السياق هو غموض القانون رقم 15-97 في ضبط إختصاص المحاكم في الحجز على منقولات وعقارات الملزم، ليبقى التنازع قائما بين المحاكم حول من لها صلاحية النظر في إجراءات حجز المنقولات وبيعها **(الفقرة الأولى)**، ليبقى التساؤل مفتوحا حول المحكمة المختصة في الحجز على عقارات الملزم أهي المحاكم الإدارية التي تستند إلى المادة 141[3] من مدونة التحصيل أم المحاكم العادية بإعتبار أن الحجز على العقارات هو من أصل شؤون مساطرها بحكم خضوعه لمقتضيات ق.م.م حالها كحال باقي محاكم المملكة **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: تنازع الإختصاص بين المحاكم في الحجز على منقولات الملزم.

تنص المادة 47 من مدونة تحصيل الديون العمومية في باب الحجز على منقولات الملزم، على أنه إذا وجد مأمور التنفيذ أو التبليغ التابع للخزينة العامة عند محاولته إجراء الحجز، أن دائنا سابقا قد أوقع الحجز على منقولات الملزم، فإنه يتبع مسطرتين إثنتين: فإما أن تكون تلك المنقولات[4] قد تم حجزها بكاملها، ففي مثل هذا الوضع يكتفي بجرد تلك المحجوزات بعد الإطلاع عليها مليا ثم يعبر عن نيته في التدخل في الحجز بإخبار الحاجز الأول والملزم المحجوز عليه، ويعتبر هذا التدخل بمثابة تعرض على حصيلة بيع المحجوز أو بصيغة أخرى المشاركة في توزيع منتوج البيع.

أما المسطرة الثانية فهي تفعل في حالة عدم شمولية الحجز لكل منقولات الملزم، فمن خلالها يقوم مأمور التنفيذ على الفور بإجراء ما يسمى بالحجز الأوفر، ويضم الحجزين معا، اللهم إذا تم الشروع في بيع الأشياء المحجوزة في السابق عملا بقاعدة الأسبق تقييدا الأول رتبة، والحال أن دين الدولة لا يسمو على بعض الديون التي إرتقت إلى مصاف الديون الممتازة على الدين الضريبي.

الإشكال الذي يطرح بقوة في هذا الإطار هو حينما يتدخل مأمور التبليغ أو التنفيذ التابع للخزينة بناءا على المادة 47 من القانون بطلب إيقاع حجز إرتهاني أمام المحكمة الإبتدائية، لكن الملزم المدين لاحظ أن دينه الضريبي قد سقط بالتقادم أو بإعفاء ضريبي صادر عن الإدارة أو لأي سبب من أسباب الإبراء عامة، فيتقدم من جانبه بدعوى أمام المحكمة الإدارية لإلغاء الدين الضريبي أو لإيقاف إجراءات التنفيذ مؤقتا حتى تقول المحكمة كلمتها في جوهر النزاع[5]، وفي نفس الوقت كانت دعوى الحجز الإرتهاني معروضة أمام القضاء العادي، فإن من شأن هذا التوزع في عرض الدعاوى أن يثير تنازع في الإختصاص بين المحاكم الإدارية والمحاكم الإبتدائية، نظرا لكون هذه الأخيرة ينظر إليها بالجهة الأصل للبت في مؤسسة الحجوز بإختلافها، كما أن طلبات وقف إجراءات التنفيذ الدين الضريبي تدخل ضمن إختصاصات رئيس المحكمة الإدارية بإعتباره قاضيا للمستعجلات كما أكدت ذلك بعض الأوامر الصادرة عن رؤساء المحاكم الإدارية بالمملكة.

[1]- للوقوف على من خول لهم القانون صفة محاسب مكلف بالتحصيل انظر المادة 3 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

[2]- دزاكيس محمد، مرجع سابق، ص 7.

[3]- محمد القصري،، مرجع سابق، ص 20.

[4]- يونس معاطا، مرجع سابق، ص 92.

[5]- محمد قصري، مرجع سابق، ص25.

ولنفترض جدلا، أن المحاسب المكلف بالتحصيل تدخل للمرة الثانية بناءا على المادة 99 من مدونة تحصيل الديون العمومية[1] التي تنص على التضامن المفترض بين مالك الأصل التجاري والمسير الحر في أداء الضرائب والرسوم المتصلة بنشاط ذلك الأصل التجاري، لكن حدث أن تدخل الملزم بدعوى بطلان الضريبة أو الرسم التي باشر المحاسب المسطرة بشأنها أمام المحكمة الإدارية وتلاها بطلب إيقاف إجراءات بيع الأصل التجاري أمام المحكمة التجارية، كون هذه الأخيرة يعود لها وحدها إختصاص النظر في منازعات الأصول التجارية بنص المادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية[2]، أليس من شأن هذه الصورة خلق تنازع في الإختصاص بين القضاء التجاري والقضاء الإداري في الحجز على منقولات الأصل التجاري.

الفقرة الثانية: تنازع الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري في الحجز على عقارات الملزم.

نود أن نشير في بداية هذه الفقرة بما أن الفصل 7 من قانون 90-41 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية يحيل على تطبيق قواعد قانون المسطرة المدنية، فإن الحجز على العقارات والتنفيذ عليها لا يستقيم شروعه قبل التنفيذ على منقولات المدين سواء أكان ملزم بدين ضريبي أو ملتزم بدين عادي، فعند بيع هذه المنقولات قد يظهر أن منتوجها غير كاف لتسديد الدين، حينئذ يتم حجز العقارات وبيعها، لكن الإستثناء الوارد على هذه القاعدة والذي تضمنه الفصل 469 من ق.م.م أنه يمكن التنفيذ على العقار قبل المنقول في حالة ما إذا كان الدائن – قد تكون الإدارة الضريبية بنفسها – مستفيدا من ضمان عيني كرهن رسمي عقاري.

وعليه، فقد نصت المادة 67 من مدونة تحصيل الديون العمومية على أنه في حالة عدم كفاية المنقولات أو عند عدم وجودها[3]، يمكن القيام بحجز العقارات وبيعها، ويتم الحجز بكل الإجراءات التابعة له من طرف أعوان التبليغات والتنفيذات القضائية طبقا لأحكام قانون المسطرة المدنية.

إنطلاقا من هذا الفصل وبناءا على مضمونه الذي أثار جادة تنازع حقيقي في الإختصاص تطرح الإشكالية التالية:

ما هي المحكمة التي ينعقد لها الإختصاص في حجز عقار الملزم وبيعه أهي المحكمة الإدارية بصريح المادة 141 التي وسعت من دائرة إختصاص هذه الأخيرة بتنصيصها على أن كل النزاعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون تعرض على المحاكم الإدارية، وأن إحالة الفصل السابع هي إحالة على تطبيق قواعد ق.م.م من قبل المحاكم الإدارية، وليس هذا يعني إختصاص المحاكم العادية، أم أن المحكمة العادية هي المختصة باعتبارها الجهة القضائية التي يدخل في مجال إختصاصها الطبيعي قضايا العقار وأحواله؟

للإجابة عن هذه الإشكالية نجسد الصورة الأولى على أرض الواقع مفترضين أن حجز العقار وبيعه من إختصاص المحاكم الإدارية، وقام أعوان التبليغ التابعين لهذه المحكمة بحجز العقار، فإنه قد ترفع من جانب أخر دعوى استحقاق فرعية أمام المحكمة العادية عملا بالفصلين 482 و 483 من ق.م.م وقد يترتب على هذه الدعوى وقف التنفيذ من قبل القضاء العادي طبقا للفصل 483 المذكور، كما قد يحصل من زاوية أخرى طعن ببطلان إجراءات الحجز وفق ما ينص عليه الفصل 484 من القانون، ويترتب عليه نفس الأثر السابق والمتمثل في وقف التنفيذ من طرف القضاء العادي، ألا تدخل هذه الإختصاصات من صميم عمل المحاكم العادية، ذلك أن من شأن تخويل المحكمة الإدارية النظر في الحجز على عقار الملزم سيساهم في خلق تنازع في الإختصاص بين المحاكم الإدارية والمحاكم العادية، وما يؤكد طرحنا في هذا السياق أن مدونة التحصيل قد أجابت عن هذا الإشكال بمفهوم المخالفة حينما نصت في مادتها 121

[1]- تنص المادة 99 من مدونة تحصيل الديون العمومية على أنه (بصرف النظر عن كل الأحكام المخالفة، يعتبر مالك الأصل التجاري مسؤولا علو وجه التضامن مع المستغل عن أداء الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة الواجبة برسم استغلال ذلك الأصل).

[2]- محمد النجاري، تساؤلات حول إختصاص المحاكم الإدارية في مسطرة منازعات تحصيل الضرائب على ضوء المدونة الجديدة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 37، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2001، ص15.

[3]- ينص الفصل 469 من ق.م.م في فقرته الثانية على أنه (لا يقع البيع الجبري للعقارات إلا عند عدم كفاية المنقولات عدا إذا كان الدائن مستفيدا من ضمان عيني).

على أن دعوى إستحقاق المنقول تعرض أمام القضاء الإداري[1] ليترك صلاحية النظر في حجز العقار وبيعه للمحاكم العادية دون غيرها تفاديا لأي تنازع يطيل مسطرة دعوى التحصيل ويرمي بضلاله على حقوق الإدارة والملزم الضريبي.

المطلب الثاني: تنازع الإختصاص بشأن الحجز على الأصل التجاري وسلوك مسطرة الإكراه البدني.

إذا كانت المنازعة الضريبية تعرف بالحالة القانونية الناشئة عن وجود خلاف بين الملزم والإدارة بمناسبة قيام هذه الأخيرة بتحديد وعاء الضريبة أو تصفيتها أو تحصيلها[2]، فإن قضاء المحاكم بدوره في هذه المنازعات يدخل في تنازع وتجاذب للإختصاص إما لغياب تحديد المشرع للجهة القضائية المختصة، أو لسوء قراءة بعض مضامين مدونة تحصيل الديون العمومية وقانون إحداث المحاكم الإدارية خاصة الفصل 7 منه الذي يحيل على تطبيق قواعد قانون المسطرة المدنية، فقد حمل البعض هذه الإحالة على تطبيق بعض قواعد المسطرة المدنية أمام المحاكم الإدارية فيما ذهب اتجاه أخر إلى تأويل هذا الفصل بإعتباره يسند الإختصاص إلى المحاكم العادية المعتمدة على قانون المسطرة المدنية في مجال تخصصها العادي، كون المشرع المغربي أتى بمساطر خاصة بشأن المنازعات الضريبية في القانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية.

على أساس ذلك، فإنه في سبيل الفصل في دعوى منازعة التحصيل يثار تنازع في الإختصاص بين المحاكم التجارية والمحاكم الإدارية في حجز وبيع الأصل التجاري للملزم الضريبي **(الفقرة الأولى)** كما يمتد هذا التجاذب القضائي ليشمل مسطرة الإكراه البدني في حق الملزم تاركا المحاكم الإدارية والمحاكم العادية تدلي بدلوها في الموضوع لجذب الإختصاص أكثر لجهتها **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: تجاذب الإختصاص بين القضاء التجاري والقضاء الإداري في حجز وبيع الأصل التجاري.

أسند المشرع المغربي إختصاص النظر في حجز وبيع الأصل التجاري فيما يتعلق بدعوى تحصيل الدين الضريبي إلى المحاكم التجارية، فالمادة 68 من مدونة تحصيل الديون العمومية تنص على أنه يتم تنفيذ حجز الأصول التجارية وبيعها وفقا للشروط والأحكام المنصوص عليها في مدونة التجارة، لكن رغم ذلك ظهرت بعض الأصوات تنادي بتخويل المحاكم الإدارية حق حجز الأصل التجاري وبيعه[3]، إما بمفردها بالاستشهاد بأحكام المادة 141 التي منحت المحاكم الإدارية صلاحية النظر في كل النزاعات التي تجر إلى تطبيق القانون 15-97 دون أن تستثني أية حالة، أو تخويلها حق مزاحمة المحاكم التجارية في هذا الإختصاص نظرا أن ما أقرته المادة 68 من القانون لا يعدو أن يكون رخصة لتطبيق المحاكم الإدارية لمساطر حجز الأصل التجاري وبيعه كما وردت في مدونة التجارة، وهذا هو عين الإشكال المطروح الذي يجرنا للتساؤل فيما إذا كان من الممكن للمحاكم الإدارية حجز الأصل التجاري للمزم وبيعه طبقا لأحكام مدونة التجارة أم لا؟

للإجابة عن هذا الإشكال نعرض ملاحظتين من شأنهما بيان مصدر الإشكال وأساسه:

الملاحظة الأولى: أن القراءة السطحية للمادة 141 من مدونة تحصيل الديون العمومية يفهم منها إختصاص المحاكم الإدارية[4] في كل نزاع يقتضي تطبيق نص هذا القانون معمما، لا يسمح بتدخل جهة قضائية ثانية للنظر في إجراء من إجراءات تحصيل الدين الضريبي[5]، إلا أن القراءة المتأنية لهذا الفصل يبدو معها أن المحاكم الإدارية هي المختصة في هذه الدعوى حين لا يأتي فصل من صلب

---

[1]- لقد استثنى هذا الفصل فيما يتعلق بالحجز على عقارات الملزم المدين، عقاره المخصص لسكناه وسكنى عائلته وفي هذا لمقتضى تكريس لفلسفة جديدة قوامها إحداث توازن بين حقوق الإدارة الضريبية في إستخلاص الدين العام في أحسن الظروف، والحفاظ على حقوق الملزم بعدم إرهاق كاهله أكثر من اللازم، وهذا من مستجدات مدونة تحصيل الديون العمومية التي تجاوزت بكثير الإشكالات التي كان يطرحها ظهير 1935 المنسوخ بموجبها.

[2]- محمد قصري، مرجع سابق، ص 20.

[3]- محمد قصري، المنازعات الجبائية بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء المغربي، الطبعة الثانية، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، ص156.

[4]- أود الإشارة هنا، أن المحاكم التجارية والمحاكم العادية، إذا كان من اختصاصها النظر في مسائل الحجز على منقولات وعقارات الملزم فإن صلاحياتها تنتهي عند هذه الإجراءات ومثيلاتها لا غير، دون أن تمتد لتشمل جوهر الضريبة الذي ينعقد الإختصاص فيه للمحاكم الإدارية فقط وفق ما نص عليه القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية.

[5]- يونس معاطا، مرجع سابق، ص 91.

القانون على إستثناء يقضي بمنح الإختصاص المذكور لمحاكم أخرى، ولعل ما ذهب إليه المشرع من وراء المادة 68 هو تلميح ضمني إلى إختصاص المحاكم التجارية لدواعي سنأتي على إستجلائها في الملاحظة الثانية.

الملاحظة الثانية: إذا كانت المادة 68 قد نصت على تطبيق مقتضيات مدونة التجارة في باب حجز الأصول التجارية وبيعها فإنها لم تشر بصريح العبارة على إختصاص المحاكم التجارية في ذلك، لكن وبرجوعنا إلى القانون المتعلق بإحداث المحاكم التجارية في المادة 5 منه نجدها تنص على أن المحاكم التجارية هي المختصة نوعيا بالبت في النزاعات المتعلقة بمنازعات الأصول التجارية[1]، علاوة على ذلك، فإن المادة 11 من نفس القانون تنص على كون دعوى الإجراءات التحفظية من قبيل إجراء تحفظي تمهيدا لبيع أصل تجاري تختص فيه المحاكم التجارية دون غيرها، فترتيبا على هذه الدفوع يظهر أن المحاكم الإدارية غير مختصة بالنظر في حجز وبيع الاصل التجاري.

على أساس هاتين الملاحظتين، نخلص أن المحاكم التجارية هي وحدها المختصة في حجز الأصل التجاري وبيعه المتصل بإستخلاص دين ضريبي، ويضيف بعض الفقه كالأستاذ "محمد قصري"[2] أنه في ظل ظهير 1935 كانت تقدم دعوى حجز الأصل التجاري أمام القضاء العادي وذلك من طرف الخزينة العامة للمملكة، مما يفيد إختصاص المحاكم التجارية فيما لو كانت مؤسسة في ظل الظهير المذكور.

الفقرة الثانية: تذبذب الإختصاص في مسطرة الإكراه البدني بين القضاء الإداري والقضاء العادي.

يعد الإكراه البدني في حق الملزم أخر إجراء قانوني يلجأ إليه المحاسب المكلف بالتحصيل في الحالة التي لا تؤدي فيه طرق التنفيذ من حجز وبيع المنتوج إلى أية نتيجة، ومن أجل ذلك نجد المشرع المغربي يسند من خلال المادة 80 من مدونة تحصيل الديون العمومية إختصاص تحديد مدة الإكراه البدني إلى رئيس المحكمة الإبتدائية بإعتباره قاضيا للمستعجلات وكل ذلك بعد تأشير رئيس الإدارة[3]، وعندما يبت رئيس المحكمة الإبتدائية في الإكراه البدني بتحديد مدة له، يحيله على وكيل الملك لدى المحكمة المختصة قصد التنفيذ، أما عن بطلان مسطرة الإكراه البدني فيختص بالبت فيها رئيس المحكمة الإدارية عملا بمقتضيات المادة 141 من مدونة التحصيل[4] فهو يستمد إختصاصه من إختصاص المحكمة الإدارية نفسها، إلا أن الإشكال اللافت في هذا الباب هو عن الجهة المختصة في إيقاف مسطرة الإكراه البدني أهي مؤسسة رئيس المحكمة الإدارية أم رئيس المحكمة العادية؟

لقد ذهبت بعض الاتجاهات إلى إسناد الإختصاص إلى رؤساء المحاكم الإبتدائية[5] في حين ذهب رأي أخر إلى القول بإختصاص رؤساء المحاكم الإدارية في إيقاف مسطرة الإكراه البدني[6]. ومن التطبيقات القضائية التي إعترفت بعدم إختصاص مؤسسة رئيس المحكمة الإدارية في إيقاف المسطرة، نرصد أمرا صادر عن رئيس إدارية وجدة في ظل الظهير الملغى لسنة 1935/08/21 وقد جاء فيه مايلي: **(حيث لما كان الطالب معتقلا في إطار تنفيذ الإكراه البدني في ظل مقتضيات ظهير 1935/08/21 تبقى مقتضيات الفصل 683 من قانون المسطرة الجنائية هي الواجبة التطبيق في النازلة ويكون معها رئيس المحكمة الإبتدائية هو المختص بالبت في الطلب ووكيل الملك لها هو المؤهل قانونا لرفع حالة الإعتقال وإطلاق سراح الطالب في إطار تنفيذ أمر رئيس المحكمة حالة الإستجابة للطلب دون القضاء الإستعجالي لهاته المحكمة).**

علاوة على التوجه القضائي السالف الذكر، فإن بعض وكلاء الملك لم ينفذوا بعض الأوامر الإستعجالية الصادرة عن رؤساء المحاكم الإدارية لإيقاف مسطرة الإكراه البدني لإستخلاص ديون الدولة، بدعوى أنها أوامر صادرة عن جهة غير مختصة، وأن هذا الإختصاص يعود لرؤساء المحاكم الإبتدائية العادية كون أن النيابة العامة لا توجد بمقر المحاكم الإدارية بل تمت جهاز المفوض الملكي

[1]- فاطمة حسوني، منازعات الوعاء الضريبي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق الدار البيضاء، 1999/1998، ص 4.

[2]- محمد قصري، تنازع الإختصاص بين المحاكم حول مدونة تحصيل الديون العمومية، مرجع سابق، ص 22.

[3]- يونس معاطا، مرجع سابق، ص 94.

[4]- محمد النجاري، مرجع سابق، ص 13.

[5]- حكم إدارية مكناس عدد 95/21 بتاريخ 08/06/1995 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية.

[6]- انظر الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بوجدة 1/89 بتاريخ 14/01/1998.

الذي لا يتمتع بالصلاحيات المخولة للنيابة العامة، إلا أننا لا نؤيد رفض الإمتثال هذا لتلكم الأوامر القاضية بإيقاف مسطرة الإكراه البدني، صحيح أن رئيس المحكمة الإدارية لم يشمله مضمون المادة 683[1] من ق.م.ج في تحديد الجهة القضائية المختصة بشأن وقف التنفيذ، لكنه بالأحرى كان ينبغي على الأقل الإستجابة لمثل هذه الأوامر ذلك أن رئيس المحكمة الإدارية لم يعمد على إيقاف المسطرة من داخل محكمته من خلال مؤسسة المفوض الملكي، بل فضل إحالة الأمر على النيابة العامة التابعة للمحكمة الإبتدائية حماية لمركز الملزم الذي قد يكون دينه الضريبي انقضى بالتقادم أو حظوه بإعفاء إداري.

هذا، والجدير بالذكر كما أشرنا في المطلب السابق أنه لما كانت باقي المحاكم دون المحاكم الإدارية تختص هي كذلك في الإجراءات المتصلة بدعوى التحصيل لا التدخل في جوهر الموضوع، فإنه يمكن استنتاج إختصاص رئيس المحكمة الإدارية في إيقاف تنفيذ مسطرة الإكراه البدني في حق الملزم، طالما انصبت منازعة هذا الأخير على عدم خضوعه للضريبية موضوع المتابعة المسطرية، أو خرق المحاسب المكلف بالتحصيل لقاعدة شكلية كما هي منصوص عليها في مدونة التحصيل، وهذا ما استقر عليه العمل القضائي الإداري المغربي، فبعض الفقه[2] يضيف حالة ثانية يثبت فيها لرئيس المحكمة الإدارية إيقاف المسطرة وذلك في الحالة التي يثير فيها الملزم المعتقل صعوبة قانونية من وجه إستدلاله بحكم نهائي يقضي بسقوط الدين العمومي عليه أو إلغائه أو حتى سقوط المطالبة بالتحصيل.

بناءا على ما سبق، فإنه لا يمكن الجزم بالمرة بإختصاص رئيس المحكمة الإبتدائية في إيقاف مسطرة الإكراه البدني بالإستناد إلى الفصل 683 من قانون المسطرة الجنائية، فلرئيس المحكمة الإدارية حالاته ونقاط تدخله في المسطرة وفي أوجه عديدة نراها حاسمة في تفنيذ أطروحة الإنفراد بهذا الإختصاص من قبل جهة واحدة، وفي الأخير يبقى على المشرع المغربي الدور الكامل في تعديل القانون 15-97 بإضافة هذا الإختصاص لكفة رئيس المحكمة الإدارية وذلك في أفق إنهاء الإشكال المطروح.

خاتمة

إن تنظيم مسطرة تحصيل الديون العمومية وضبط كل جزئياتها في شكل مدونة لتحصيل الديون العمومية خطوة حسنة وإصلاح ملموس للنظام الضريبي المغربي الذي مافتئ المشرع بموجبه التدخل كل مرة بقصد التعديل والتنقيح والتتميم لكل جزئياته، هذه المدونة كما سجل عليها الفقه والقضاء قد أزالت الغبار على عدة إشكالات لم يكن بوسع الباحثين والمهتمين في ظل ظهير 1935 المنسوخ بها أن يجدوا لها حلولا ملائما، فإقتضى الحال أنذاك بسط مكامن الصعوبات وطرح توصيات ومقترحات.

ذلك، أن هذا الإصلاح الذي هبت ريحه صوب النظام القانوني لمسطرة التحصيل أصبح من اللازم أن يلتفت أكثر إلى إشكالية الإختصاص القضائي في دعوى تحصيل الضريبة، فقد بدا جليا أنه لإصلاح القوانين الضريبية بإختلاف شعبها وتلويناتها، أن يعاد النظر في واقع أزمة إختصاص المحاكم في دعاوى منازعات التحصيل وضرورة توضيح الجهة القضائية المختصة بشكل دقيق، للدفع بأي غموض أو صعوبة تعيق إستخلاص الدين الضريبي من جهة، ومن جهة ثانية قد تحول بين الملزم وحقه في مقاضاة الإدارة والدفاع عن مواقفه و إدعاءاته كحق ضمنه له القانون.

إن نجاعة مسطرة التحصيل لا تقاس بإحاطة القانون لكل جوانبها الإجرائية فقط، وإنما تقاس أيضا بضبط المشرع لإختصاص المحاكم بسد فجوة الثغرات القانونية التي يتسرب منها وقوع تنازع في الإختصاص بين مختلف المحاكم في تطبيق مقتضيات مدونة تحصيل الديون العمومية.

[1]- محمد النجاري، مرجع سابق، ص14.

[2]- محمد القصري، تنازع الإختصاص بين المحاكم حول مدونة تحصيل الديون العمومية، مرجع سابق، ص 30.

محدودية سلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة
دراسة مقارنة (المغرب واليمن)

شايف الذيفاني
طالب باحث بسلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية-
جامعة الحسن الأول-سطات

مقدمة:

يتوقف دور القاضي الإداري عند امتناع الإدارة بتنفيذ الأحكام الصادرة إما بإلغائه للقرارات المخالفة للتنفيذ, أو الحكم بالتعويض عن عدم التنفيذ, و لم يتضمن القانون السماح له بإصدار الأوامر أو الحلول محل الإدارة, مما يجعل الأحكام الصادرة عن القاضي الإداري, لا تتضمن الآثار التنفيذية لحكمه , مما يترتب عنه مواجهة الإدارة لهذه الأحكام بعدم التنفيذ و هو ما يؤشر على محدودية هذه الحلول القضائية[1], التي تؤثر سلبا على مرد ودية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة.

ولقد ساهمت في تكريس هذه المحدودية بعض المفاهيم والتي كان لها تأثير سلبي على عمل القاضي الإداري, كالتفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطة القضائية والإدارية, وكذلك مبدأ القاضي الإداري يقضي و لا يدير, و كونه لا يجب عليه عرقلة نشاط الإدارة أو الحلول محلها, ومن هذه المفاهيم الفصل 25 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

و على هذا الأساس سوف نقسم الدراسة إلى نقطتين:

أولا: الفعالية المحدودة للقاضي الإداري من خلال وسيلة الإلغاء و التعويض

ثانيا: افتقار القاضي الإداري لسلطة الأمر و الحلول محل الإدارة.

[1]- محمد صقلي حسيني: إشكالية توجيه الأوامر للإدارة في مجال تنفيذ الأحكام الإدارية بالمغرب , مجلة القضاء و القانون, وزارة العدد 157 , لسنة 2010, ص: 97 .

أولا: الفعالية المحدودة للقاضي الإداري من خلال وسيلة الإلغاء و التعويض

إذا كان القانون قد خول القاضي الإداري في حال امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الإداري الحائز لقوة الشيء المقضي به إمكانية إلغاء القرار الإداري الصريح أو الضمني المخالف للتنفيذ و كذلك تحميلها المسؤولية الإدارية و الحكم عليها بالتعويض , إلا انه يثور التساؤل عن مدى فعالية هذه الوسائل القضائية التي يتمتع بها القاضي الإداري في تنفيذ الأحكام الصادرة عنه ضد الإدارة.

1- مدى فعالية دعوى إلغاء قرار امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها

تحظى دعوى إلغاء قرار امتناع الإدارة عن تنفيذ الإحكام القضائية الصادرة ضدها بأهمية كبيرة لما تشكله من ضمانة إضافية في يد المتضرر من امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الذي جاء لصالحه, إلا انه و حتى في الحالة التي تلغى فيها المحكمة القرار الصادر برفض التنفيذ و يحصل صاحب المصلحة على حكم ثان, فان تنفيذه يصطدم مرة أخرى يتعنت الإدارة, و بالتالي سيصبح الطاعن يدور في حلقة مفرغة تزيد من إرهاق كأهلة بالوقت و المصاريف التي لا طائل منها[1].

فدعوى إلغاء قرار امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة لا تحقق الشيء الكثير بالنسبة للمتضرر من امتناع الإدارة عن التنفيذ, و ربما تكون في صالح الإدارة على حساب الأفراد , فهذه الأخيرة يمكنها أن تتنكر للحكم و يبقى أمام المتضرر اللجوء مرة أخرى للقضاء لإلغاء قرار الامتناع الجديد, و هذا الأشكال هو الذي أدى ببعض الفقهاء إلى التسليم بكون دعوى الإلغاء لا يمكن أن تشكل وسيلة ناجعة لحمل الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية في مواجهتها.

أما القضاء الإداري اليمني فلم يأخذ بدعوى إلغاء القرار الإداري الصريح أو الضمني المخالف للتنفيذ في كثير من الحالات و ذلك لوجود الوسائل القانونية الجبرية التي تمكنه من إلزام الإدارة الممتنعة عن التنفيذ, بمجرد انتهاء المهلة القانونية المحددة لتنفيذ الحكم الصادر ضدها, و من هذه الوسائل إلزام الإدارة و الحلول محلها إما بالتنفيذ على حساباتها النقدية في البنك المركزي , والى فرض الجزاء الجنائي على الموظف الممتنع عن التنفيذ[2].

و بالنتيجة تظل هذه الوسيلة القضائية غير فعالة في بعض الحالات , حيث تصطدم بإصرار الإدارة و تماديها في امتناعها و تجاهلها الممنهج للحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به, و إلى نفوذ الشخص الممتنع عن التنفيذ.

و بذلك يتضح عدم جدوى دعوى الإلغاء ما دامت لا تستطيع مواجهة إدارة قوية تتمتع بامتيازات كبيرة تصر على تعنتها و تجاهل أحكام القضاء الإداري, و كذلك إن الحكم بإلغاء قرار امتناع الإدارة عن التنفيذ سيواجه من قبل الإدارة بالرفض أو لتماطل في التنفيذ, مما سيؤدي إلى نفس مصير الحكم الأول و يسبب بذلك إرهاقا لمتضرر ماديا ومعنويا ويؤدي إلى التشكيك في هيبة القضاء و يبين محدودية القاضي الإداري في وسيلة الإلغاء[3].

---

[1] - لمياء الوارث: التنفيذ الجبري للأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة (الواقع والآفاق)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام المعمق، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2008-2009، ص: 61 .

[2] - نصت المادة(487) من قانون المرافعات و التنفيذ اليمني في صدد ما يجب اتخاذه في حال عدم قيام الجهة المعنية بالتنفيذ من إجراءات و هي :

1. مخاطبة رئيس الوزراء ليأمر بالتنفيذ خلال مدة أقصاها 45 يوما ,
2. فان مضت تلك مدة دون تنفيذ فيصدر قاضي التنفيذ أمرة بالتنفيذ طبقا لهذا القانون فيحجز على حسابات الجهة المنفذ ضدها لدى البنك المركزي أو إي بنك أخر أو الحساب الخاص بخزينة الدولة في البنك المركزي, إما إذا واجه تنفيذ الحكم اعتراض أو عرقلة فان المدة (489) من نفس القانون قد قررت عقوبة و هي الحبس مدة لا تزيد عن سنتين لكل من عرقل أو اعترض تنفيذ أي حكم ضد الدولة.

[3] - عبد الصمد أزكاغ: إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضد الإدارة، مرجع سابق، ص: 134 .

2- مدى فعالية تحريك المسؤولية الإدارية للإدارة الممتنعة عن التنفيذ

إن إثارة المسئولية للإدارة الممتنعة عن التنفيذ هي وسيلة خولها القانون للشخص المتضرر من امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي صدر لصالحه، والتي عن طريقها يستطيع اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض عن ما لحقه من ضرر جراء خطئها المتمثل في عدم تنفيذها حكم يتضمن التزامات في حق المتضرر يجب عليها أن تفي بها لأجله، ويرجع تحديد مقدار التعويض للقاضي، إضافة إلى إمكانية إثارة المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ التي من خلالها يتم إلزام الموظف المخالف لتنفيذ الأحكام بتعويض مالي قدم إلى الحكمة لصالحه[1].

إلا أن هذه الوسيلة أظهرت بدورها عن ضعفها و قصورها, إذ لا تبقى الفائدة من إصدار حكم جديد في حق الإدارة يقضي بمنحها لمتضرر تعويضا من جراء امتناعها عن تنفيذ الحكم السابق, مادامت هذه الإدارة هي نفسها التي رفضت تنفيذ حكم قضائي سابق حائز لقوة الشيء المقضي به, و كيف يمكن إجبارها على تنفيذ الحكم الثاني و القاضي بتعويض المتضرر مادام هذا الحكم أيضا غير قابل للتنفيذ.

و في هذا الصدد يقول الأستاذ أمال المشرفي " دعوى التعويض لا يمكن أن تشكل ضمانة حقيقية و فعالة لدفع الإدارة نحو التنفيذ, لان الإدارة المخالفة للقانون من جراء امتناعها عن تنفيذ حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به هي نفسها التي يمكنها رفض منح التعويض من الضرر الناتج من جراء تصرفها المتعمد هذا و المتمثل في امتناعها عن تنفيذ الحكم الأصلي, و بالتالي ستبقى مخالفتها للقانون و المشروعية قائمة و لا سبيل أمام القاضي لإلزامها"[2].

ففي إحصائيات مأخوذة من المحكمة الإدارية بالرباط سنة 2015 فيما يخص قضايا التعويض(المسؤولية الإدارية+ عقود إدارية و صفقات عمومية وغيرها) نجد أنه صدر عن هذه الأخيرة العديد من الأحكام وهي على الشكل التالي[3]:

القضايا	عدد القضايا المحكومة
المسؤولية الإدارية	994
عقود إدارية وصفقات عمومية	313
تجاوز السلطة	782

إذن و كما يبدو فان تحريك المسؤولية الإدارية ضد الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها لا يحقق الشيء الكثير مادامت لم ينفذ الحكم الصادر ضدها في بدايته, وبالتالي فان إثارة المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ قد تعد وسيلة يمكن اللجوء إليها لضمان تنفيذ أحكام القضاء الإداري.

[1] - لمياء الوارث: مرجع سابق, ص: 69.

[2] - أمال المشرفي: مرجع سابق, ص:49 .

[3] - نشاط المحكمة الإدارية بالرباط سنة 2015، إحصائيات ومعطيات وزارة العدل، الإحصائيات متوفرة على البوابة الإلكترونية لوزارة العدل، http://www.justice.gov.ma/

و بذلك يبقى الحكم الإداري مجرد تقرير لحق قد تقبله و قد ترفضه الإدارة ما دامت هي المالكة لناصية التنفيذ الجبري و المتحكمة في زمامه, و هنا يمكن التساؤل عن ما هي الضمانة الفعلية لتنفيذ حكم أخر يمنح التعويض ما دامت سلطه القاضي الإداري عاجزة عن تنفيذ قرار يتعلق بالمشروعية , و بالأحرى عندما يتعلق الأمر بتنفيذ مبالغ مالية[1].

ثانيا: افتقار القاضي الإداري لسلطة الأمر و الحلول محل الإدارة

إذا كانت الإدارة تملك اتجاه الحكم القضائي حرية كاملة في تنفيذه أو عدم تنفيذه و هو ما يؤدي بالمحكوم له بالعودة لساحة المحاكم مرة أخرى, طالبا من القاضي أن يكفل تنفيذه,هنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة و ما هي الحلول التي يمكنه أن يتناولها في هذا الإطار؟.

سبق القول بأن القاضي الإداري لا يمكنه أن يبقى مكتوف اليدين أمام امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام التي تصدرها , مما يجعله مضطرا حتى يعطي لأحكامه الجدوى والفعالية إلى إعمال قواعد الاجتهاد التي يراها ضرورية لتكريس المبادئ المطابقة للقواعد العامة الغير مخالفة للقانون, إلا انه في إطار توجيه الأوامر إلى الإدارة لتنفيذ الأحكام الصادرة عنه تبقى محدودة و قصيرة, حيث استقرت أحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر على إن سلطة القاضي الإداري تقف عند مجرد الحكم بإلغاء القرار الإداري أو التعويض دون أن يكون له حق إصدار الأوامر [2] للإدارة أو الحلول محلها في إصدار القرارات الإدارية أو تعديلها, لكن إقرار هذه القواعد ليس من شانها حرمان القضاء الإداري من إيضاح أثار حكم الإلغاء.

و من ثم ينحصر عمل قاضي الإلغاء فقط في إلغاء القرار الإداري المعيب إذا ما ثبت له عدم مشروعيته, و ليس له أن يعدل القرار المعيب, أو أن يستبدل به قرار جديدا, أو أن يصدر أوامر للإدارة, لان هذا يتنافى مع مبدأ فصل السلطات.

ففي ذات السياق قضى مجلس الدولة الفرنسي من انه لا يدخل في اختصاصه الأمر بإعادة الموظف المفصول إلى عملة, و ما قضى به أيضا من انه لا يدخل في اختصاصه الأمر بهدم مبنى تم بناؤه بمقتضى قرار غير مشروع[3].

و ما قضى به كذلك مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 3 ابريل 1987 في قضية consort Hegel حيث أقر فيه صراحة على انه ليس من اختصاصه إصدار أوامر للإدارة[4] .

و في هذا السياق أكد أيضا مجلس الدولة المصري في قضائه على هذا المبدأ حيث يقول في احد أحكامه[5], إذا كان الطلب المقدم ينطوي على صدور أمر للجهة الإدارية بعمل شيء معين, فان المحكمة لا تملكه, إذ أن اختصاصها مقصور على إلغاء القرارات المخالفة للقانون أو تسوية المراكز بالتطبيق للقانون.

و من الأمثلة كذلك رفض مجلس الدولة توجيه أوامر معينة للإدارة"...و أن المدعي إذ ضمن طلباته إلزام وزارة الداخلية إعادته إلى عمله يكون قد طلب أمرا لا تختص به محكمة القضاء الإداري , مادام اختصاصها بمقتضى قانون إنشائها مقصورا على إلغاء القرارات الإدارية التي تقع مخالفة للقانون, فيمتنع عليها تبعا لذلك أن تصدر أمرا إلى جهات الإدارة العامة بإجراء شيء معين بذاته[6].

---

[1] - ايشو ميمون: الإدارة العامة و تنفيذ القرارات القضائية الإدارية, المجلة المغربية للقانون و الاقتصاد و التنمية, العدد 17 , 1998 , ص :126 .

[2] - يقصد بالأوامر هنا الأوامر الصريحة التي تتضمن إلزام الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام به و بذلك يختلف مدلول الأوامر عن مضمون الالتزامات التي يرتبها حكم الإلغاء على عاتق الإدارة, لمزيد من الاطلاع ينظر عبد المنعم جيره: , ص:296 .

[3] - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 9 يونيو 1899 في قضية TOUTAIN , و كذا الحكم الصادر في 20 ابريل سنة 1883 في قضية DECASTARD أوردهما عبد المنعم جيره: مرجع سابق, ص: 297 .

[4] - بنجلون عصام: تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة في مواجهة الإدارة , مرجع سابق, ص: 54 .

[5] - حكم مجلس الدولة المصري الصادر في أول دجنبر سنة 1955 (س.10 ص 57) أورده سليمان محمد الطماوي: مرجع سابق ص: 986-985 .

[6] - حكم مجلس الدول الصادر في 1949/1/5 (س.3 ص : 236) أورده سليمان محمد الطماوي: مرجع سابق, ص: 987.

و مع ذلك فالمشروع الفرنسي استطاع إلى حد كبير من تجاوز هذه الإشكالية حيث مكن القاضي الإداري من إصدار أمر لكل شخص من أشخاص القانون العام, او شخص المن أشخاص القانون الخاص مكلف بتدبير مرفق عمومي يجبره فيه على اتخاذ قرارات معينة كفيلة بتنفيذ حكم صادر عن المحكمة الإدارية[1].

و يرجع سبب حظر القاضي الإداري المصري من توجيه الأوامر إلى الإدارة إلى مبدأ الفصل بين السلط و إلى صرامة النصوص التشريعية التي تلزم الإدارة على تطبيق الأحكام القضائية و هو ما أكده الدستور المصري لسنة 1971 في المادة 72 [2].

أما القاضي الإداري المغربي فقد اتجه نحو مسلك القاضي الإداري المصري حيث أكد في كثير من قراراته و أحكامه على عدم جواز توجيه أوامر للإدارة أو الحلول محلها في التنفيذ, و يرجع سبب في منع القاضي الإداري المغربي من إصدار أمر إلى السلطة الإدارية أو الحلول محلها إلى ما نص عليه المشروع بعد الاستقلال في الفصل 25 من قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 من انه " يمنع على المحاكم عدا إذا كانت هناك مقتضيات قانونية مخالفة, أن تنظر و لو بصفة عرضية في جميع طلبات التي من شانها أن تعرقل عمل الإدارات العمومية للدولة, أو الجماعات العمومية الأخرى, ا وان تلغى إحدى قراراتها".

إن هذا المنع الوارد من قبل المشروع و كذا محدودية القاضي الإداري في دعوى الإلغاء بعدم الحلول محل الإدارة يجعل القارئ يتساءل عن كيف يمكن للقاضي الإداري إلزام الإدارة بتنفيذ الحكم القضائي الصادر ضدها, أو إلزامها تسخير قوتها العمومية من اجل العمل على تنفيذ الحكم القضائي في مواجهتها.

و مع ذلك حول القضاء الإداري المغربي تجاوز هذا الوضع بإلزام الإدارة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها, من ذلك الأمر ألاستعجالي الصادر من المحكمة الإدارية بالرباط في قضية ورثة العشيري و الذي قضى بإيقاف أشغال البناء الجارية على قطعة ارض في ملكية المدعين , و التي تم الاستيلاء عليها من طرف الإدارة, في عملية البناء , ما تسبب في أضرار جسيمة يستعصى جبرها[3].

و تعتبر قضية ورثة العشيري واحدة من بين المواقف الجريئة التي أكد فيها القاضي الإداري على جواز إصدار أوامر إلى الإدارة لحملها على التنفيذ, و التي تنسجم مع روح الدستور المغربي الذي ألزم الجميع على الامتثال للقانون, إلا أن التوجه العام للقضاء الإداري المغربي, يسير نحو عدم توجيه الأوامر للإدارة الممتنعة عن تنفيذ أحكامه.

أما القاضي اليمني فإنه لم يتأثر بمبدأ حظر توجيه الأوامر إلى الإدارة , كما حصل ذلك مع القاضي الإداري المصري و المغربي, فالمشروع اليمني لم يحظر على القاضي توجيه أوامر إلى الجهات الإدارية, كما لم يحظر عليه أن يحل محل الإدارة في الإلغاء أو التعديل أو القيام بأمر الإدارة بأداء عمل أو الامتناع عن عمل , و هذا يعني اختصاص أصيل للنظام القضائي اليمني الذي ينتمي إلى نظام وحدة القانون و القضاء و له حق الرقابة و المشروعية و الملائمة[4].

---

[1] - و ذلك من خلال قانون 80.539 الصادر بتاريخ 16 يوليوز 1980 , التي أجازت مواده من 2 إلى 6 للقاضي الإداري متمثلا في مجلس الدولة, إمكانية فرض الغرامة التهديدية على الإدارة الممتنعة عن التنفيذ, و كذلك القانون رقم 95-125 الصادر بتاريخ 1995/2/8 المتميز بتدوين و جمع قواعد المسطرة الإدارية , و كذلك دمج مقتضيات قانون 198-1995 في المادة L 911 في مدونة القضاء الإداري الصادر سنة 2001 , لمزيد من الاطلاع ينظر, محمد صقلي حسيني: مرجع سابق, ص: 87 , و كذا احمد الصايغ: الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية, منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية, العدد 55 الطبعة الأولى 2004 , ص:44 .

- كما توجد بعض الأنظمة التي تمكن القاضي الإداري من توجيه أوامر للإدارة, و له كذلك أن يوجه إلى الخزينة العامة بدفع التعويضات المحكوم بها كما هو عليه الأمر في ألمانيا, و النمسا, و رومانيا, ينظر احمد الصايغ: إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية بالمغرب , مرجع سابق, ص:124 .

[2] - نصت المادة 72 من الدستور المصري لسنة 1971 " إن الامتناع عن تنفيذ الأحكام أو تعطيلها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون, و المحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة".

[3] - أمر استعجالي عدد 108 , ملف 83-95 أورده عبد الصمد زكاغ: إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية, مرجع سابق, ص:73 .

[4] - علي محمد حسن مظفر: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في اليمن, رسالة ماجستير, معهد البحوث و الدراسات العربية, القاهرة, 2005 , ص:194 .

ومما يؤكد ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية بصنعاء[1], بتاريخ 2011/11/22 م و الذي جاء في منطوق " إلزام وزارة الأشغال بصرف راتب صادق عبد الملك البحري بحسب قرار تعيينه رقم (35) المؤرخ 2011/2/22 م الصادر عن وزارة الأشغال بتعيينه بوظيفة دائمة اعتبارا من تاريخ إصدار القرار.

و في نفس السياق ذهبت محكمة جنوب غرب أمانة العاصمة[2] بتاريخ 2007/4/9 م و الذي جاء في منطوقة" إلزام وزارة المالية بتنفيذ فتوى الخدمة المدنية رقم (2101) وتاريخ 2001/2/11 القاضية بتوظيف المدعي و تعزيزه ماليا من تاريخ صدور هذا الحكم.

كما أكدت محكمة استئناف أمانة العاصمة في حكم آخر بإلزام المدعى عليها (وزارة الأشغال العامة والطرق) بإعادة المدعي إلى عملة مع صرف مستحقاته المالية من تاريخ إيقافه عن العمل, و إلزام المدعى عليها بدفع مبلغ قدره 500 ألف ريال تعويضا عن إضرار المادية والمعنوية, كما حكمت المحكمة بتعميل المستأنفة المصاريف القضائية للمستأنف ضده[3].

فالقاضي الإداري اليمني يباشر هذا الاختصاص استنادا إلى نص المادة (488)[4] من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وكذلك استنادا إلى أحكام المادتين (77.9) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 1991 و بناء على هاتين المادتين, فان المحاكم هي صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا بما فيها المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها.

و في نفس السياق يملك القاضي الإداري سلطة توجيه أوامر على شكل عرائض إلى الإدارة استنادا إلى المادة (246) من قانون المرافعات اليمني[5] التي تمنح القاضي إصدار قرارات وقتية و تحفظية بمقتضى السلطة الولائية الممنوحة له[6].

فمن الأمثلة على ذلك الأمر الصادر عن محكمة غرب أمانة العاصمة , الموجه إلى البنك اليمني للإنشاء و التعمير بتاريخ 2008/11/9 بصرف مرتب طالب الأمر و كافة مستحقاته, ابتداء من شهر يناير 2008 و قد كانت صيغة الأمر على النحو التالي:

"تأمر محكمة غرب أمانة العاصمة, المطلوب الأمر ضده البنك اليمني للإنشاء و التعمير بصرف مرتب طالب التنفيذ و كافة مستحقاته ابتداء من شهر يناير 2008 , و من له تظلم من الأمر, فعليه التقدم به إلى المحكمة خلال مدة القانونية[7].

و على رغم الصلاحيات الواسعة التي اقرها القانون اليمني لسلطة قاضي التنفيذ, إلا أن ذلك لا يعني حلول القاضي اليمني محل الإدارة, وذلك ما أكده القاضي اليمني في العديد من أحكامه و خاصة الأحكام الصادرة في إلغاء القرارات الإدارية و منها الحكم في القضية رقم (1) لسنة 1999 و الذي جاء في حيثياته بأن سلطة قاضي الإلغاء, مقصورة على نظر توافر المشروعية في القرار المطعون, فإذا وجد القاضي أن القرار الإداري المطعون فيه غير مطابق للقانون أو اللائحة, أو لم يصدر على مقتضى القانون.

---

[1] - حكم المحكمة الادارية بصنعاء رقم 58 لسنة 1434 هـ, 2013 م الصادرة في القضية الادارية 81 لسنة 1432 هـ, 2011 م بتاريخ 2011/6/21 م, غير منشور.

[2] - حكم محكمة جنوب غرب امانة العاصمة صنعاء , رقم 80 لسنة 1434 الموافق 2013/4/13 , غير منشور.

[3] - حكم محكمة استئناف أمانة العاصمة صنعاء رقم 203 لسنة 1434 الموافق 2013/4/13 , غير منشور.

[4] - تنص المادة 488 من قانون المرافعات و التنفيذ المدني على انه " إذ تعلق بالتنفيذ بحكم إداري صادر بإعادة موظف إلى عمله أو بصرف مرتبه فيعتبر الموظف معادا إلى العمل بدرجته و كافة حقوقه من تاريخ اعتبار الحكم سندا تنفيذيا و فيما يتعلق بصرف المرتب أو المعاش أو أي تعويض له عن حقوق سابقة للحكم قضى باستحقاقها اصدر قاضي التنفيذ أمرا بصرفها من الحسابات الخاصة في البنك لتلك الجهة المنفذ ضدها".

[5] - عرفت المادة 246 من قانون المرافعات و التنفيذ المدني الأمر على عريضة بأنه" عبارة عن قرارات وقتية أو تحفظية تصدر في خصومة و في غياب من صدر الأمر ضده بمقتضى السلطة الولائية لرئيس المحكمة أو القاضي المختص لا تمس موضوع الحق و قد تتعلق ب هاو بتنفيذه و تتضمن إذنا أو تكليفا أو إجازة للإجراء أو تنظيمه".

[6] - نجيب احمد عبد الله الجبلي: قانون التنفيذ الجبري في المسائل المدنية و التجارية, مرجع سابق, ص :49 .

[7] - أمر صادر عن محكمة غرب أمانة العاصمة الموجه ضد البنك اليمني للإنشاء و التعمير المحرر بتاريخ 2008/11/9 الموافق 1429/11/12 , غير منشور.

خاتمة:

من صفوة القول، إن سمو مبدأ المشروعية يجعل الإدارة شأنها شأن باقي الأفراد خاضعة لسيادة القانون، وملزمة بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، نظرا للقوة الإلزامية التي تفرضها الأحكام القضائية الحائزة على قوة الشيء المقضي به، الصادرة ضد الإدارة، والتزام الإدارة بتنفيذ هذه الأحكام ليس ضعفا من جانبها وإنما تجسيدا لسيادة القانون ومساواة الجميع أمامه، كونها هي الأولى باحترام القانون والالتزام بحدوده، لأنه بدون تنفيذ، تصير الأحكام القضائية عديمة الفعالية، وتهدد الأمن والاستقرار الاجتماعي وتعدم ثقة المواطنين في العدالة.

القاضي الإداري ودوره في حماية الحقوق والحريات
حق الإضراب في المرافق العمومية " نموذجا"

ثائرة نزال
باحثة في سلك الدكتوراه
كلية الحقوق-سلا
جامعة محمد الخامس_الرباط

مقدمة:

بما أن القضاء يعتبر الملاذ الذي يلجأ إليه الأشخاص للدفاع عن حقوقهم وحماية حرياتهم، وبعد أن أثبت المشرع بالفعل قصوره في تنظيم بعض القضايا، الأمر الذي حمل القاضي الإداري على وضع قواعد جديدة تستجيب ومتطلبات العصر، وملأ بذلك ثغرة واسعة في النظام القانوني.

فالقضاء الإداري يعتبر دعامة أساسية للمجتمع الديمقراطي وحماية لحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا، وممارسة الحريات الأساسية وتوفير الثقة واطمئنان المواطنين وترسيخ سيادة الشرعية وتثبيت دولة الحق والقانون والمؤسسات حافزا مهما لتشجيع الاستثمار وتطوير الاقتصاد ومكونا فاعلا في التنمية في جميع المجالات، ولن يتأتى ذلك إلا بالاحترام للسلطة القضائية والأحكام الصادرة عنها والاطمئنان إليها والثقة فيها من لدن الجميع بما في ذلك الدولة ومؤسساتها كل ذلك رهين بتحقيق النجاعة والفعالية والقضاء على البطء في البث في القضايا وتنفيذ الأحكام.

فبإحداث المحاكم الإدارية بموجب قانون رقم 41.90 كان لها الفضل في حماية الحقوق والحريات، حيث يمكن تعريف الحقوق على أنها مجموع الصلاحيات والضمانات كيفما كان مصدرها الهادفة إلى تمتيع جميع البشر كيفما كانوا بجميع مقومات الحياة المادية والمعنوية مما يجعل الإنسان كامل الإنسانية. بغض النظر عن مصدرها سواء كان مصدرها دين سماوي أو بمقتضى قانون طبيعي أو دولي أو وطني[1].

أما المقصود بالحريات حسب Jhon Morange فهي كل ما يستلزم اعتراف الدولة، بحق الأفراد في ممارسة عدد من الأنشطة والقيام بمجموعة من التصرفات المحددة بمعزل عن أية ضغوط خارجية لأن هدف الحريات أنها تبيح التصرفات الغير خاضعة للإكراهات وهي حريات عامة لان أمورا كهذه يعود تأمينها إلى مؤسسات الدولة صاحبة الحق في فرض صيانة القانون.

فلقد أثار موضوع الإضراب في المرافق العامة، ولا زال يثير نقاشا واسعا، بالرغم من أنه حق دستوري إلا أنه منذ أكثر من خمسة عقود لا زال ينتظر صدور قانون تنظيمي ينظمه، ومع تأخر هذا القانون في الخروج إلى النور، تحولت الاضرابات إلى إضرار بحقوق المواطنين، لأنه في غياب تنظيم واضح وصريح للإضراب يعطى الحق للمستخدمين في أن يحتجوا، دونما تعطيل لمصالح المواطنين لكن لابد ان تحصل بعض التجاوزات في فهم المقصود من الاضطرابات. فالإضراب يعرف بأنه مجموعة من المستخدمين على الامتناع عن العمل لمدة محدودة، مع تمسك المضربين بالوظيفة[2]، وهو من الحقوق المكفولة بمقتضى دستور 2011 الذي نص في فصله 29 على أن: " حق الاضراب مضمون، ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفيات ممارسته" .وهو يستهدف إحداث الضغط والتأثير على السلطة التي تملك

[1]-G. VEDEL, Droit Administratif , Chapitre 5, Recours En Annulation, 1980, P : 717.

[2]- محاضرات ذ أحمد مفيد، الحريات العامة، السداسي الخامس، 2011- 2012.

تحقيق المطالب التي قام الاضراب من أجلها. وهو لا يقوم من أجل تحقيق مطالب مهنية فقط، بل لإظهار السخط أو التذمر أو للتعبير عن الاحتجاج إزاء قضية من القضايا السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية[1]. ويعد من أخطر ما يهدد استمرارية المرفق العام مما حدا بالمشرع إلى تحريمه في نطاق المرافق العامة الاستراتيجية. أو إلى تنظيمه بشكل يكفل حقوق العاملين وحقوق المنتفعين من خدمات المرافق العامة وخاصة أن تلك المرافق تعمل في ظروف احتكارية.

فهل حق الإضراب كحق أصيل منصوص عليه دستوريا لا يقتضي طلبا من قبل المضرب، ولا يلزم بنشوئه صدور قرار من الإدارة بالترخيص كما هو الشأن بالنسبة لبعض الحقوق السياسية؟ وما هو دور القاضي الإداري من ممارسة هذا الحق.

وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: التحديد المفاهيمي لحق الإضراب

المبحث الثاني: القاضي الإداري وضوابط ممارسة حق الإضراب

[1] -Mohammed Amine BENABDALLAH, La Constitutionnalité Du Droit De Grève Dans La Fonction Publique, Remald N° Double 44-*45, 2002, P : 129

المبحث الأول: التحديد المفاهيمي لحق الإضراب

تثير مسألة الإضراب في المرافق العامة جدلا كثيرا، ويرجع سبب ذلك أساسا لوجود نصوص قانونية مهمة في الموضوع، ولحرص العاملين بالمرافق العامة على ممارسة هذا الحق في عدة مناسبات. ولتدخل القاضي الإداري عدة مرات بإصداره قرارات وأحكاما في الموضوع. لذلك فقد حاول الباحثون تحديد ماهيته (المطلب الأول) وذلك بالنظر للجذور التاريخية لهذا الحق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الإضراب

في إطار مفاهيم الإضراب، بإمكاننا أن نعطي تعريفا آخر، فذلك على سبيل الاستفادة في إدراك ماهيته، فما جاء على لسان صلاح الدين الشريف وماهر كمون، أن: الإضراب هو تعطيل جماعي ومدبر للعمل دفاعا عن حقوق مهنية. وهناك أيضا تعاريف أخرى أعطيت للإضراب منها[1]:

- الإضراب هو تعطيل جماعي للعمل: ويعني أن التخلي الفردي عن العمل لا يعتبر إضرابا، بل هو خطأ مهني يعرض مرتكبه إلى العقاب التأديبي.
- الإضراب امتناع مدبر عن العمل: ويعني ذلك أن قرار الإضراب يتخذ بعد التشاور ويعبر عن اتفاق جماعي. وعلى هذا الأساس لا يعتبر إضرابا القيام باجتماع أثناء أوقات العمل.
- الإضراب تعطيل للعمل دفاعا عن مصالح مهنية: ويعني أن كل تعطيل للعمل يرتكز على أسباب غير مهنية (سياسية أو دينية) لا يعتبر إضرابا بل يشكل خطأ.

ومما يصب في هذا الاتجاه أن للإضراب مكونات فضلا عما سبق ذكره سالفا، حيث يمكن تجسيدها في النقاط التالية[2]:

- التوقف عن العمل ليس إضرابا، فهو يمثل خطأ يستوجب الجزاء.
- الإتفاق المسبق، يعتبر تعبيرا عن الإرادة القصدية للقيام بالإضراب، وهكذا فإن عقد اجتماع أثناء ساعات العمل لا يعتبر إضرابا.

والإضراب في إطار الوظيفة العمومية كما في المؤسسات الأخرى، يعتبر سلاحا ضروريا للعمل النقابي، والتعبير الأكثر وضوحا عن الاحتجاج، ورمز التضامن العمالي، حيث هو تجربة إثبات القوة، يخوضها أجراء ضد أرباب العمل ليبرزوا قضيتهم ومطالبهم، وهي تلقي عبئا ماليا على كل الأطراف المعنية وتجبرهم على الموازنة بين الحسنات والسيئات التي تترتب على إطالة النزاع[3].

لكن الدولة ليست شبيهة بأرباب العمل الآخرين، فإضراب الموظفين لا يسعى إلى النيل من مصالح الدولة كرب عمل، وإنما إلى شل الخدمة العامة وتحريك الرأي العام.

المطلب الثاني: التطور التاريخي لحق الإضراب

ترتب عن قيام الثورة الصناعية في بداية القرن العشرين، حدوث تعارض بين عنصر العمل المتمثل في وجود قوى عمالية ضخمة في المشروعات والشركات الرأسمالية الخاصة، وعنصر الرأسمال المتمثل في وجود أصحاب رؤوس الأموال المالكين لهذه المشروعات والشركات. ومع غياب تدخل حاسم من المشرع يقيم التوازن بين هذين العنصرين، تراكمت المشاكل الناجمة عن هذا

[1]- رشيد أقجي: الإضراب في الوظيفة العمومية، منشور في الصحيفة، عدد 8.56 /14 مارس 2002.

[2]- نفس المرجع السابق.

[3]- عبد الله الحارسي: محاضرات في القانون الإداري، السنة الجامعية 1998-1999، ص: 148-149.

التعارض، فتعقدت علاقات العمل وازداد ضغط القوى العمالية للمطالبة بحل مشاكلها، كتمديد ساعات العمل وزيادة الأجور، وتوفير الرعاية الصحية والاجتماعية، ولم يكن أمام هذه القوى سوى استخدام سلاح الإضراب[1].

وقد ضاعف من هذا الوضع وقوف المشرع في كل من فرنسا وانجلترا موقفا سلبيا من حق العمال في إنشاء نقابات أو اتحادات تتولى الدفاع عنهم والمطالبة بحقوقهم.

ففي فرنسا صدر سنة 1791 قانون يحظر كل نشاط أو اتفاق أو تجمع بين المواطنين الذين ينتمون إلى مهنة واحدة، إذا كان القصد من ذلك أن يرفضوا متحدين أو يمتنعوا عن العودة إلى العمل، إلا بأجر محدود.

كما نصت المادتان 414 و 415 من قانون العقوبات الفرنسي الصادر عام 1811 على معاقبة كل من يقوم أو يؤيد بالعنف أو القوة أو بالتهديد أو بالطرق الاحتيالية أو يحرض على قيام أو تأييد وقف العمل قاصدا من ذلك أن يجبر على رفع الاجور أو تخفيضها أو يتعدى على حرية ممارسة الصناعة أو حرية العمل.

وفي إنجلترا صدر في عام 1899-1900 قانون يحظر قيام النقابات أو الاتحادات، إلا أن ذلك كله لم يقف حائلا دون ازدياد ضغوط القوى العمالية على السلطات العامة من جل التدخل، وقبل ذلك صدر عام 1834 في انجلترا قانون يعترف بشرعية التجمع، كما صدر بعده قانون عام 1852 يعترف بحق الإضراب بشروط معينة أهمه أن يقوم نتيجة امتناع سلمي[2].

وفي المغرب، وبعد الحصول على الاستقلال صدر ظهير 1957/7/16 المتعلق النقابات ليعترف بالحق النقابي للعمال المغاربة، وجاء مرسوم 5 فبراير 1958 لينص في الفصل الخامس على منع الموظفين من ممارسة حق الإضراب في المرافق العامة، واعتبر أن :" كل توقف مدبر عن العمل، وكل تحرك جماعي بمثابة عصيان ظاهر، يمكن معاقبته خارج نطاق الضمانات التأديبية بالنسبة لجميع الموظفين"، وعندما صدر القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية المؤرخ في 24 فبراير 1958، نص الفصل الرابع عشر منه على حق الموظفين في ممارسة العمل النقابي ضمن الشروط التي يحددها التشريع الجاري به العمل، ولا يؤثر الانتماء لنقابي أو عدمه على توظيفهم وترقيتهم، مما يعني أن مشروعية حق الإضراب ترتبط بالتصريح بعدم مشروعية مرسوم 1958، الذي جاء بعد ستة أشهر من صدور الظهير المتعلق بالنقابات المهنية وقد نص هذا الظهير الأخير في الفصل الثاني على أنه يحق للمواطنين تأسيس نقابات فيما بينهم، غير أن الموظفين المكلفين بضمان أمن الدولة وحماية الأمن العمومي لا يستفيدون من تلك المقتضيات، وسيبين مرسوم شروط تطبيق المقتضيات السالفة الذكر[3].

كما أن الفصل منه نص على أن المقتضيات المشار إليها لا تنطبق على الموظفين المكلفين بضمان أمن الدولة وحماية النظام العام. وعليه فقد منع موظفي الأمن والقوات المساعدة من الحق النقابي، كما منع جميع الموظفين من ممارسة حق الإضراب.

[1] - Mohammed Amine BENABDALLAH, La Constitutionnalité Du Droit De Grève Dans La Fonction Publique, Op. Cit, p :129-130.

[2] - رشيد أقجي: الإضراب في الوظيفة العمومية، مرجع سابق.

[3] - نفس المرجع السابق.

المبحث الثاني: القاضي الإداري وضوابط ممارسة حق الإضراب في المرافق العمومية

إن غياب النص التنظيمي ووجود فراغ تشريعي بخصوص تنظيم حق الإضراب، يعطي للقضاء الإداري إمكانية خلق ضوابط كفيلة بتأمين ممارسة "المطلب الأول" الحفاظ على سير المرافق العمومية بانتظام (المطلب الثاني).

المطلب الأول:المشروعية الدستورية للإضراب وممارسة في القضاء الإداري

يعد تحليل الفصل 29 من دستور 2011، إجابة على الإشكالية المطروحة في الوظيفة العمومية، بخصوص وجود أو عدم وجود قانون تنظيمي يحدد السبل للممارسة حق الإضراب.

فبصدور أول دستور مغربي سنة 1962، تم الاعتراف بحق الإضراب في الفصل 14 منه، حيث جاء فيه: " حق الإضراب مضمون وسيبين قانون تنظيمي الشروط والإجراءات اللازمة لممارسة هذا الحق"[1].

وأول ما يلاحظ على هذا الفصل هو شمولية الاستفادة من حق الإضراب، إذ ليس فيه ما يستفاد منه اقتصاره على فئة دون أخرى. إذ المسألة معلقة على صدور القانون التنظيمي الذي سيبرز الشروط والإجراءات اللازمة لممارسة هذا الحق.

فعدم صدور تشريع تنظيمي يحدد كيفية ممارسة حق الإضراب لا يعني صدور هذا الحق بلا قيود، بل لابد من ممارسته في إطار ضوابط تمنع إساءة استعماله وتضمن انسجامه مع مقتضيات النظام العام والسير العادي للمرافق العامة على ألا يسم سيرها المنتظم بشكل مؤثر[2].

كما أن هذا الموقف أكدته المحكمة الإدارية بالرباط في أحد أحكامها[3]، حيث أكد القاضي الإداري أنه سعيا إلى خلق الموازنة بين مبدا استمرارية المرفق العام والحق في ممارسة الإضراب ، وانطلاقا بما له من دور في خلق قواعد قانونية عندما يخلو المجال من التشريع، يكون ملزما بوضع ضوابط ومعايير من شانها أن تضمن لهذا الحق الحماية. لذا فإن ممارسة حق الإضراب وفق منظور القاضي الإداري يخضع لمجموعة من الضوابط من أهمها:[4]

- التقيد بنظام الإخطار والإعلان المسبق، أي أن الجهة الراغبة في خوض اضراب ما لأسباب مهنية أن تخطر الإدارة بذلك حتى تتمكن من اتخاذ الإجراءات اللازمة.
- توضيح أسباب الإضراب ومدته.
- إجراء التبليغ، أي تبليغ الإعلان المسبق عن الإضراب بالجهات المعينة داخل أجل كاف، وعليه فإن حق الإضراب رهين بضرورة إخطار الإدارة المعنية لترتيب أوضاعها الإدارقامونية وعدم عرقلة سير المرفق العام بنظام وانتظام.
- فالإضراب المباغت أو الطارئ يعتبر غير مشروع (قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 31 أكتوبر 1984 في قضية الفيدرالية الوطنية النقابات الحرة للبريد والمواصلات). كما يجب أن يستهدف الإضراب تحقيق مكاسب مهنية أو الدفاع عنها (قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 18 فبراير 1951 في قضية Bermot) كما أن ممارسة حق الإضراب يجب أن يكون بناء على توجيه من نقابة ذات تمثيلية ومشكلة تشكيلا قانونيا (قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1972/7/21 في قضية الفيدرالية النقابية المسيحية

---

[1]- عبد الله الحارسي: محاضرات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 148.

[2]- الفصل 14 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011.

[3]- محمد الأعرج: الإضراب في المرافق العامة، القاضي الإداري وضوابط ممارسة حق الإضراب، المجلة المغربية للسياسات العمومية، عدد مزدوج 2-3، 2008، ص: 226

[4]- حكم إدارية الرباط، عدد 192 بتاريخ 2006/02/07 ، قضية محمد قدوري ضد وزير التربية الوطنية، أورده الأستاذ محمد الأعرج في مقاله، الإضراب في المرافق العامة، مرجع سابق، ص: 219.

للعاملين بالبريد والمواصلات)[1] كما يجب أن يكون الإضراب محددا زمنيا، أما الإضراب المفتوح فلا يكتسي طابعا شرعيا لما له من تأثير خطير على سير المرفق العمومي.

وعموما فإن الإضراب لا ينبغي أن يمارس بشكل تعسفي أو يستغل سياسيا انطلاقا الفصل 14 من دستور 1962، ويمكن تحليل مقتضياته من منطلقين:

المنطلق الاول: أن مقتضيات الفصل 14 من دستور 1962 تحدد تطبيق مبدا حق ممارسة الإضراب، حيث لم يعترف به إلا لأولئك الذين كانوا يكتسبونه قبل عهد الدستور، يعني أن حق الإضراب لا يهم الأشخاص العاملين في القطاع العام "المرافق العامة" فقبل دستور 1962 كان الإضراب محرما بمقتضى الفصل 5 من مرسوم 2 فبراير 1958.

فهذا الاتجاه يتلاءم مع المواقف التي تتخذها الإدارة كعادة، كلما قامت حركة الإضراب في مرفق من مرافقها العامة. بمعنى أن الإدارة لا يحبذ ممارسة الإضراب في مرافقها العامة. كما أن رأي الإدارة ينطوي على نوع من التفسير الضيق بحيث أنه سلب النص الدستوري قيمته وذلك بجعل سير الأمور على ما كانت عليه[2] فهذا الاتجاه يتفق مع إرادة المسؤولين عن سير هذا المرفق، هذه الإرادة التي تسعى قبل كل شيء إلى أن تفصل في النزاعات القائمة وموظفيها بطرق أأخرى غير طريقة الإضراب[3].

إلا أن التحليل يعطي التباسات قانونية، بحيث يعطي لمرسوم 2 فبراير 1958، الذي نص على: " أن كل توقف عن العمل بصفة مدبرة، وكل عمل جماعي أدى إلى عدم الانقياد بصفة بينة، يمكن المعاقبة عليه خارج الضمانات التأديبية"[4]. قيمة قانونية أعلى درجة من النص الدستوري الفصل 14، فهذا لا يتفق مع الواقع القانوني، لأن المرسوم لا يمكن أن يقوم مقام الدستور وأن يتجلى بقيمته أو قيمة أعلى منه، وهذا التحليل غير صائب وغير سليم.

المنطلق الثاني: انطلاقا من الفصل 14 من دستور 1962، والفصل 29 من دستور 2011 الجديد يكتسي صبغة شمولية، حيث يطبق على جميع المواطنين ومن بينهم العاملون في المرافق العمومية. وفي هذه الحالة تضع مقتضيات الفصل 14 من الدستور حد المفعول الفصل 5 من مرسوم 2 فبراير 1958 وتلغي مضمونه.

إلا إننا نلاحظ أن الدستور الجديد لسنة 2011 من خلال الفصل 29، احتفظ بقانون تنظيمي ليحدد الشروط والكيفيات التي يمكن معها ممارسة هذا الحق، ومعلوم أن إصدار هذا القانون يعد من اختصاص البرلمان، وأن هذا الأخير لم يقم ولحد الآن بإصدار هذا القانون التنظيمي مما جعل الحكومة تعتبر مقتضيات مرسوم 1958 قائمة. وتتدخل لتتخذ جميع التدابير لضمان الاستمرارية في أداء خدمات القطاع العام أو المرفق العام.

المطلب الثاني: الإضراب في المرافق العمومية بين المشروعية القانونية والحظر في الممارسة

لقد عمل المشرع المغربي بالاتجاه الفرنسي وسلك مسلكه، بحيث اعتبر بدوره أن الإضراب حق معترف به للجميع، إلا أنه بالنسبة لممارسته في المرافق العامة، ولقد اعتبرت سلطة الحماية ممارسة الإضراب في المرافق العامة شيئا غير مرغوب فيه، نظرا لكونه غير مطبق لقاعدة الاستمرارية ونظرا لكونه يؤدي إلى خلل في أسس هذه المصالح، ومن هذا القبيل كانت سلطة الحماية تقاوم وتحرم الإضراب إذا كان يكتسي صبغة سياسية[5].

---

[1]- محمد الأعرج: مرجع سابق، ص: 227.

[2]- نفس المرجع السابق، ص: 227.

[3]- ملكية الصروح: نظرية المرافق العامة الكبرى، دراسة مقارنة، مطبعة السلام فاس، 1987، ص: 107.

[4]- محمد البديوي: الإضراب رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق الرباط، 1975، ص: 70.

[5]- مرسوم 2-2-1958، المنظم للممارسة الحق النقابي، الجريدة الرسمية، عدد 2372، سنة 1958.

وفي عهد الاستقلال جاء المشرع المغربي في هذا الموقف السلبي اعتمد على المعيار التعاقدي[1] الذي أتى به اعتبر أن الموظف يوجد في وضعية تعاقدية تمنعه من التمتع بالضمانات التأديبية في حالة ممارسته للإضراب، وتقرر بذلك في حقه الطرد من منصبه، لكن التساؤل المطروح عن الأسس القانونية التي ارتكز عليها مرسوم 1958 الذي يحرم الإضراب في فصله[2]، بمعنى هل هناك ظهير ارتكز عليه المرسوم لتحريم الإضراب؟

بالرجوع إلى ظهير 1957/7/16 الذي يعترف بالحريات النقابية، والذي يترك لرئيس الحكومة حق التصرف في تنظيمها، فإننا نلاحظ أن مرسوم 1958 لا يمكن أن يكون مصدرا قانونيا أعلى لتحريم الإضراب. فالمصدر القانوني الأساسي للتحريم يجرع إلى المقتضيات القانونية المتعلقة بالسلطة التنظيمية العامة التي خولها ظهير 1956 المتعلق بتنظيم السلط في المغرب لرئيس الحكومة والذي بطبيعة الحال تمكنه من اتخاذ جميع التدابير اللازمة للحفاظ على السير العام للمرفق[3].

ومن خلال الحكم المتعلق بالسيد محمد الحيحي ضد وزير التربية الوطنية بتاريخ 1961/4/17 حيث استندت الغرفة الإدارية في حكمها إلى مقتضيات مرسوم 2 فبراير 1958 والذي جاء فيه: [4] حيث أنه من جهة أخرى فإن الفصل 5 من المرسوم يستبعد الضمانات التأديبية في حالة الإضراب المدبر عن العمل، لا يمكن اعتباره ملغى ضمنيا لكون ظهير 24 فبراير 1958 المتعلق بالوظيفة العمومية واللاحق له، لا ينص على ية حالة تعفى فيها الإدارة من إتباع الإجراء التأديبي الواجب قبل إصدار أي جزاء، فالموظفين العموميين عند إضرابهم عن العمل جماعيا لا يرتكبون فقط خطأ شخصيا شنيع، بل يضعون أنفسهم خارج نطاق تطبيق المقتضيات القانونية المتعلقة بالوظيفة العمومية، تلك المقتضيات التي تضمن حقوقا يقابلها الالتزام بالممارسة الفعلية والمستمرة للوظيفة باستثناء التغيبات المبررة[5].

ونستشف من خلال ما سبق أن هناك فريقين أولهما حجر حق الإضراب في الوظيفة العمومية، وثانيهما اعترف بمشروعيته، ولكل منهما حججه وبراهنه.

فأنصار نظرية تحجير حق الإضراب في الوظيفة العمومية اعتمدوا على ما يلي:

- تناقض ممارسة الإضراب في القطاع العمومي مع مبدا استمرارية المرافق العمومية.
- اختلاف الوظيفة العمومية عن القطاع الخاص، حيث لا يوجد بها طرفان، يعمل كل واحد منهما لصالحه الخاص ويسعى إلى الحصول على أقصى ما يمكن من الحقوق، وعلى هذا الأساس مكن المشرع أجراء القطاع الخاص من حق الإضراب ومكن من إغلاق المؤسسة، وهي وسائل ضغط لا تتماشى مع طبيعة العمل بقطع الوظيفة العمومية.
- الزيادة في الأجر الذي يتحصل عليها في القطاع الخاص على إثر الإضراب تخصم من الربح، أما الزيادة التي يتحصل عليها الأعوان في القطاع العام فهي تخصم من ميزانية الدولة.
- تشكل ممارسة الإضراب خطرا بالنسبة إلى عدة قطاعات بالوظيفة العمومية (الأمن، القضاء، الصحة العمومية ...) أما أنصار نظرية الاعتراف بحق الإضراب في الوظيفة العمومية، فيعتمدون على ما يلي:
- لا يتناقض حق الإضراب مع مبدأ استمرارية المصالح العمومية إذ أن حق الإضراب في القطاع العمومي معترف به في عدة بلدان لا تبدي أي مرونة فيما يتعلق بمبدأ استمرارية المرافق العمومية (مثال فرنسا).

---

[1]- نجيب بحيري: القاضي الإداري وضوابط ممارسة حق الإضراب في المرافق العمومية، مجلة القضاء الإداري، العدد الأول، صيف خريف، 2012، ص: 129.

[2]- محمد الأعرج: القانون الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 61، الجزء الثاني، 2009، ص: 102- 104.

[3]- نفس المرجع السابق، ص: 101.

[4]- نجيب حيري: القاضي الإداري وضوابط ممارسة حق الإضراب في المرافق العامة، مجلة القضاء الإداري، مرجع سابق، 2012، ص: 130.

[5]- قرار عدد 135، بتاريخ 1961/4/17، محمد الحيحي ضد وزير التربية الوطنية والشبيبة والرياضة، منشور في مجموعة قرارات الغرفة الإدارية، للسنة القضائية 1960-1961، ص: 56.

- يعتبر حق الإضراب مكسبا هاما، فهو السلاح الوحيد الذي يمكن الأعوان العموميين من الدفاع عن مصالحهم المادية والمعنوية.
- يمكن الحد من خطورة الإضراب أو حساسيته وذلك باتخاذ عدة إجراءات كتحجيره في بعض القطاعات أو استعمال التسخير إلى غير ذلك.

وقد سار حكم إدارية مكناس باعتباره أول حكم متعلق بالإضراب في المرافق الصادر عن القاضي الإداري المغربي منذ إحداث المحاكم الإدارية، والذي يمكن إدراجه ضمن الأحكام الطلائعية التي أصدرها القاضي الإداري المغربي من أجل التوفيق بني الحفاظ على حقوق وحريات الأفراد وضمان سير المرافق العمة بانتظام وإطراد. حيث سلكن إدارية مكناس حكمها" [1] أن حق الإضراب مضمون لكن لابد من ممارسته في إطار ضوابط تمنع إساءة استعماله وتضمن انسجامه مع مبدأا استمرارية سير المرفق العام بنظام وانتظام مؤكدة أن الإضراب في المرافق العامة لم يعد محرما بصفة عامة، ويجوز تحريمه في بعض المرافق بالقدر اللازم لضمان استمراريتها قصد تلبية احتياجات المصلحة العامة، كما يجوز تقييد ممارسة الإضراب ببعض القيود والإجراءات القانونية[2] وهو ما يجعل النصوص المحرمة للإضراب على بعض الأصناف من الموظفين قبل صدور الدستور محتفظة بقيمتها وكذلك الشأن بالنسبة للنصوص المحرمة للإضراب بعد صدور الدستور[3].

ومنه فإن هذا الحكم يعبر عن مظهر من مظاهر وظائف أحكام القاضي العريقة التي تجعل العدالة أمام القانون شعارا لها كما يفرض القضاء الإداري تجاوز نطاق المبادئ العامة المعروفة في القانون الخاص كمبدأ التزام القاضي الحياد، وهي مبادئ لا يمكن التمسك به في المنازعات الإدارية، كما أن هذا الحكم يعبر عن جرأة القاضي الإداري في ملء بعض الثغرات القانونية في انتظار صدور قانون تنظيمي ينظم حق الإضراب في المرافق العامة[4]

[1]- قرار عدد 135، بتاريخ 1961/4/17، محمد الحيحي ضد وزير التربية الوطنية والشبيبة والرياضة، منشور في مجموعة قرارات الغرفة الإدارية، للسنة القضائية 1960-1961، ص: 56.

[2]- حكم عدد 2001/63، بتاريخ 2001/7/12، قضية محمد شيبان ضد وزر التربية الوطنية غير منشور .

[3] - Mohammed Amine BENABDALLAH, La Constitutionnalité Du Droit De Grève Dans La Fonction Publique, Op. Cit, p :129.

[4]- الفصل 5 من ظهير 1 مارس 1963، الفصل 35 من المرسوم الملكي بتاريخ 1967/2/28، الفصل 13 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.467 بتاريخ 11/11 /1974.

خاتمة:

خلاصة القول، إن الفصل 29 من الدستور الجديد لسنة 2011، أكد بدوره على ضمان حق الإضراب، وهو الحق الذي تم التنصيص عليه دستوريان وحق الإضراب مضمون دستوريا منذ دستور 1962 إلى غاية دستور 2011 الجديد المنظم للمملكة المغربية ن وهذا ما يفسر ويؤكد على وجود ومشروعية حث الإضراب ، وأن عزوف المشرع المغربي عن إصدار القانون التنظيمي لا يهدف إلى تجريم الإضراب ومنعه على الموظفين بقدر ما يهدف إلى الإقرار بمشروعيته، ويمكن استنتاج هذا الحذر أو المنع من خلال النصوص التشريعية التي تحرم الإضراب على أصناف معينة من الموظفين كرجال السلطة والقضاة ...، ولعل تحريمه على هؤلاء صراحة والسكوت عن تحريمه على باقي الموظفين لدليل على مشروعية حق الإضراب .

لكن لا يمكننا الحسم من خلال ما استنتجناه أن الإضراب حق ، كون هذا الأخير مشروع في جميع الأحوال ، بل أن الإضراب الذي يعتبر حقا هو المنظم المؤطر بوعي نقابي هادف ، والذي يراعي مختلف عوامل الانضباط ، والحق حق عندما لا يتعسف في استعماله ، أما عند الإخلال بالضوابط فإن ذلك لا يصبح حقا تجاوزا في استعمال الحق ، وينبغي المعابة عليه، لذلك فإننا نشاطر الرأي الذي يرى أن الإضراب لا ينبغي أن يمارس بشكل تعسفي أو يشغل في إطار المساومات السياسية .

وقد سار حكم إدارية مكناس باعتباره أول حكم متعلق بالإضراب في المرافق العامة الصادر عن القاضي الإداري المغربي منذ إحداث المحاكم الإدارية ، والذي يمكن إدراجه ضمن الأحكام الطلائعية التي أصدرها القاضي الإداري المغربي من أجل التوفيق بين الحفاظ على حقوق وحريات الأفراد وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، حيث سلكن إدارية مكناس حكمها أن حق الإضراب مضمون ، لكن لابد من ممارسته في إطار ضوابط تمنح إساءة استعماله وتضمن انسجامه مع مبدأ استمرارية سير المرفق العام بنظام وانتظام، مؤكدة أن الإضراب في المرافق العامة لم يعد محرما بصفة عامة، ويجوز تحريمه في بعض المرافق بالقدر اللازم لضمان استمراريتها قصد تلبية احتياجات المصلحة العامة ، كما يجوز تقييد ممارسة الإضراب ببعض القيود والإجراءات القانونية[1] ، وهو ما يجعل النصوص المحرمة للإضراب على بعض الأصناف من الموظفين قبل صدور الدستور محتفظة بقيمتها[2]، وكذلك الشأن بالنسبة للنصوص المحرمة للإضراب بعد صدور الدستور[3] .

ومنه فإن الحكم يعبر عن مظهر من مظاهر وظائف أحكام القاضي العريقة التي تجعل العدالة أمام القانون شعارا لها كما يفرض القضاء الإداري تجاوز نطاق المبادئ العامة المعروفة في القانون الخاص كمبدأ التزام القاضي بالحياد، وهي مبادئ لا يمكن التمسك بها في المنازعات الإدارية ، كما أن هذا الحكم يعبر عن جرأة القاضي الإداري في ملء بعض الثغرات القانونية في انتظار صدور قانون تنظيمي ينظم حق الإضراب في المرافق العامة[4] .

[1]-تعليق محمد الأعرج على حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 2001/63، في مقاله حق الإضراب في أحكام القاضي الإداري المغربي، مرجع سابق، ص: 209.

[2]- حكم عدد 2001/63، بتاريخ 2001/07/12، قضية محمد شيبان ضد وزير التربية الوطنية، غير منشور

[3] -Mohammed Amine BENABDALLAH, La Constitutionnalité Du Droit De Grève Dans La Fonction Publique, Op. Cit, p :129.

[4]- الفصل 6 من ظهير 1 مارس 1963، الفصل 35 من المرسوم الملكي بتاريخ 1967/02/02 – الفصل 13 من الظهير الشريف بثابة قانون رقم 1.74.467 بتاريخ11/11 /1967.

مجلس المستشارين وحق التداول بالأسبقية في مشاريع القوانين التنظيمية

جابر لبوع

باحث في سلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس- الرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- سلا

منذ دخول الوثيقة الدستورية لسنة 2011 حيز التنفيذ، ثارت العديد من الإشكالات الدستورية الناتجة عن عدم دقة ووضوح فصوله، كما ثارت في شأنها العديد من النقاشات الفقهية والأكاديمية، ومن بين الأمور والقضايا البارزة في هذا الصدد تلك المتعلقة بالتأويل الدستوري الصحيح للفصول المؤطرة للعملية التشريعية والغاية الدستورية التي تغياها المشرع أثناء صياغته لأحكام الدستور. وما دام أن هذه النقاشات والتأويلات تظل تأويلات غير أصيلة بعبارة "هانس كلسن[1] وميشيل تروبير[2]"، فلا يمكن أن تكون فاعلة ما دامت لم تصدر من جهة تملك حق تفسير النصوص الدستورية والتي يأتي على رأسها القضاء الدستوري الذي يملك حق حماية نصوص الدستور من أي تفسير قد ينزاغ بها عن مقاصدها الحقيقة.

وفي هذا السياق الذي نحن بصدد الحديث فيه، أصدر المجلس الدستوري ثلاثة قرارات(66-67-68/2015) حول القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية الواردة في الفصل 146 من الدستور، بعد انتظار طويل وبعد طول الفترة الانتقالية التي قضاها مجلس المستشارين خارج إطار دستور 2011، والتي حاول من خلالها القاضي الدستوري أن ينتزع من مجلس المستشارين أحقيته في أن تداع لدى مكتبه مشاريع القوانين التنظيمية الثلاثة(الجهات-الجماعات-العمالات والأقاليم)، عندما استند إلى حجج لا يمكن أن تشفي غليل أي باحث مبتدئ، وهو الأمر الذي جعلنا نتساءل هل كان المجلس الدستوري فيما قرره على صواب؟ وهل حقا هذا هو المقصد الدستوري الذي تغياه المشرع من نصوص الدستور؟ وللإجابة على هذه الأسئلة سنحاول أن نقوم بتفكيك وتفسير المبادئ الدستورية لموضوع حق الأسبقية، وفق ثلاثة محاور أساسية:

الأول: حول مدلول أسبقية الإيداع المكرسة في الفصل 78

الثاني: حول منظور وتبرير المجلس الدستورية لحق الأسبقية

الثالث: حق الأسبقية بمقياس التجربة المقارنة

[1] - Hans Kelsen, la teoría pura del derecho, traducción: Roberto.J.Verningo, Universidad nacional autónoma de México, segunda reimpresión 1982, P:349.

[2] - ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ترجمة جورج سعد، دار الأنوار للطباعة والنشر، 2004، ص: 99.

المحور الأول: مدلول الفصل 78 من الدستور

بدون الغوص في الخلفيات الاجتماعية والسياسية التي تعطي لأي تشريع معناه الحقيقي، فإن أولى اللبنات التي تعطي للقانون انطلاقته نحو المناقشة والتصويت، نجد سندها في الفصل 78 من الدستور الذي نص على ما يلي: **" لرئيس الحكومة ولأعضاء البرلمان على السواء حق التقدم باقتراح القوانين"**[1]، فهذا الفصل جاء ليحدد من لهم الحق في المبادرة التشريعية التي جرى التمييز فيها بين المبادرة البرلمانية التي يطلق عليها "مقترحات القوانين" والمبادرة الحكومية التي يطلق عليها "مشاريع القوانين" بدون تمييز بين القوانين العادية والقوانين التنظيمية، وهو ما يفيد كذلك حق رئيس الحكومة وأعضاء البرلمان بالتقدم بالاقتراح في جميع القوانين العادية المحصورة في الفصل 71 من الدستور وفي فصول أخرى منه وجميع القوانين التنظيمية.

إلا أن المبادرة الحكومية في هذا السياق، تبقى مقيدة بشروط أخرى وضعها الفصل 78 نفسه في الفقرة الثانية منه عندما نصت على ما يلي:**" تودع مشاريع القوانين بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب، غير أن مشاريع القوانين المتعلقة، على وجه الخصوص، بالجماعات الترابية وبالتنمية الجهوية، وبالقضايا الاجتماعية، تودع بالأسبقية لدى مكتب مجلس المستشارين"**[2]، وهو ما يستنتج منه كذلك بأن هذا الفصل جاء مصاغا صياغة عامة بدون تمييز بين القوانين العادية أو القوانين التنظيمية وفق ما سنبينه على الشكل التالي:

- أن الأصل العام هو أسبقية الإيداع لدى مكتب مجلس النواب بالنسبة لمشاريع القوانين العادية ومشاريع القوانين التنظيمية باستثناء تلك المتعلقة **بالجماعات الترابية وبالتنمية الجهوية، وبالقضايا الاجتماعية**.

- ثم أن الأصل العام كذلك هو أسبقية الإيداع لجميع مشاريع القوانين سواء كانت عادية أو تنظيمية لدى مكتب مجلس المستشارين عندما تتعلق **بالجماعات الترابية وبالتنمية الجهوية، وبالقضايا الاجتماعية** وفق ما هو مكرس بموجب الفقرة الثانية من الفصل 78 ذاته.

وبناء عليه فإن الدستور في فصله 78 هو الذي أسس إذن لمسطرة التداول بالنسبة لهذه القوانين، وكل ذلك وفق مقتضيات المادة 84 بالنسبة للقوانين العادية وكل من الفصل 84 و 85 بالنسبة للقوانين التنظيمية. وهذه المقتضيات هي تقريبا نفس المقتضيات الناظمة للمبادرة التشريعية ومسطرة التداول المنصوص عليها في دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة في كل من الفصول 39 في من فقرتيه الاولى والثانية، والفصل 45 في فقرته الأولى، والفصل 46 منه الذي ينظم مسطرة التداول بالنسبة للقوانين التنظيمية.

وما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كانت مقتضيات الدستور الفرنسي جاءت واضحة -كما ساهم القاضي الدستوري الفرنسي إلى جانب وضوحها بتفسيرها-، فإن ما نص عليه الفصل 85 من الدستور المغربي، جعل القاضي الدستوري المغربي -ينفتح على تفسيرات لا نجد لها مثيل عند نظيره الفرنسي-، أدت به إلى أن يضع هوة وفصلا جازما بين كل من مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 78 والفصل 85 من الدستور في ما يتعلق بأسبقية الإيداع لدى مكتب مجلس المستشارين بالنسبة للقوانين التنظيمية، وفق تفسير لا يحاول أن يستمد من التجربة المقارنة لفقه القضاء الدستوري الفرنسي الذي كان أكثر انتصارا للقانون الدستوري على حساب القانون السياسي.

المحور الثاني: أسبقية الإيداع بمنظار القاضي الدستوري بالمغرب

صرح المجلس الدستور في إحدى حيثيات قراراته رقم 66-67-2015/68[3] في البند الثاني المرتبط بتفسير معنى أسبقية الإيداع بالنسبة لمشاريع القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية لدى مكتب مجلس النواب بما يلي:" **حيث إنه، لئن كان الدستور ينص، في**

[1]- الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص:3600.

[2] الماد 78 من دستور 2011.

[3] انظر قرارات المجلس الدستوري:

الفقرة الأخيرة من فصله 78، على أن مشاريع القوانين المتعلقة بالجماعات الترابية وبالتنمية الجهوية وبالقضايا الاجتماعية تودع بالأسبقية لدى مكتب مجلس المستشارين، فإنه يستفاد مما ينص عليه الدستور، في الفقرة الأولى من فصله 85، من أنه لا يتم التداول في مشاريع ومقترحات القوانين التنظيمية من قبل مجلس النواب إلا بعد مضي عشرة أيام على وضعها لدى مكتبه، أن أسبقية الإيداع لدى مكتب مجلس المستشارين، فيما يخص الجماعات الترابية، تنحصر في النصوص التي تقدم في شكل قوانين لكون مضمونها لا يندرج ضمن ما ورد في الفصل 146 من الدستور، ولا تمتد إلى القوانين التنظيمية التي يخضع إيداعها، سواء قدمت في شكل مشاريع أو في شكل مقترحات بمبادرة من أعضاء مجلس النواب أو مجلس المستشارين، لأحكام الفصل 85 من الدستور؛ وحيث إنه، تأسيسا على ما سبق، فإن إيداع مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالجهات بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب مطابق للدستور؛

إن هذا التصريح الذي قضى به المجلس الدستوري، بالرغم من أنه يكتسي لحجية الأمر المقضي به كما هو مقرر في الفصل 134 ويلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية[1]، فإن خطورته تكمن في هذه الحجية بالذات التي ستكرس قاعدة دستورية خفية لتكرار نفس المسطرة المتبعة في إيداع مشاريع القوانين التنظيمية بقوة قرار المجلس الدستوري لدى مكتب مجلس النواب في مراحل لاحقة. لكن هذا لا يمنعنا من أن نبدي بعض الملاحظات على هذه الحيثية التي جاء بها المجلس الدستوري عله يكون على صواب فيما أبداه من تفسيرات وتبريرات، سنحاول أن نبينها (وفق ما نراه) على الشكل التالي:

- إن اعتبار المجلس الدستوري لعبارة "مشاريع القوانين" الواردة في الفصل 78 الفقرة الثانية، أنها تعني القوانين العادية وفقط، جاء نتيجة قراءته وتفسيره لهذا الفصل، بالفصل 85 من الدستور.

- استناد المجلس إلى الفصل 85 الفقرة الأولى المرتبط بتداول مشاريع القوانين التنظيمية بالأسبقية لدى مجلس النواب، لكي يبرهن على أن الإيداع لا يتم إلا أمام مجلس النواب بالنسبة لمشاريع القوانين التنظيمية.

- ثم بالإضافة إلى ذلك، فإن المجلس الدستوري يعتبر أن عبارة مشاريع القوانين الواردة في الفصل 78 الفقرة الثانية منه، من حيث مضمونها لا تشمل ما ينص عليه الفصل 146 الذي يحيل إلى القوانين التنظيمية، التي تخضع لمسطرة الفصل 85، بدون أي تمييز كذلك بين مشاريع ومقترحات البرلمانيين نوابا ومستشارين.

فهذه المبررات الثلاثة كانت كافية بالنسبة للقاضي الدستوري لكي يبرهن على أن إيداع مشاريع القوانين التنظيمية بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب، وذلك بالاعتماد على تفسير الفصل 78 من الدستور بكل من الفصول 85 و 146[2]، وهو ما لا يمنعنا بأن نتساءل هل كان جواب المجلس الدستوري شافيا وكافيا؟

لما كان الفصل 78 واضحا كما حددناه سابقا، ولا يتحدث إلا بصيغة عامة حول عبارة "مشاريع القوانين" دون تمييز من حيث طبيعتها، مع تمييزه بين تلك التي يجب أن تودع بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب وبين تلك التي يجب أن تودع لدى مكتب مجلس المستشارين بالأسبقية كأصل عام، فإن جميع التصرفات الأخرى التي تلي عملية المبادرة والإيداع يجب أن تكون بالتبعية

966.15 المتعلق بالقانون التنظيمي للجهات رقم 111.14، والقرار 967.15 المتعلق بالقانون التنظيمي للعمالات والأقاليم رقم 112.14، والقرار 968.15 المتعلق بالقانون التنظيمي للجماعات رقم 113.14 ، والمنشورة بالجريدة الرسمية عدد 6376 بتاريخ 22 رمضان 1436(9 يوليوز 2015).

[1] نصت الفقرة الثانية من الفصل 134 من دستور المملكة لسنة 2011 على أنه:"**لا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن، وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية**".

[2] - نص الفصل 146 من دستور 2011 على ما يلي:" **تحدد بقانون تنظيمي** بصفة خاصة:

- شروط تدبير الجهات والجماعات الترابية الأخرى لشؤونها بكيفية ديمقراطية، وعدد أعضاء مجالسها، والقواعد المتعلقة بأهلية الترشيح، وحالات التنافي، وحالات منع الجمع بين الانتدابات، وكذا النظام الانتخابي، وأحكام تحسين تمثيلية النساء داخل المجالس المذكورة؛

منضبطة لجوهر الفصل 78 وليس العكس، الأمر الذي حذى بالمجلس الدستوري إلى أن يقوم بإعطاء تبرير يستند على قراءة الدستور بالدستور، وذلك بتفسير عبارة "مشاريع القوانين" وعملية إيداعها بالأسبقية الواردة في الفصل 78، بالفصل 85 من الدستور الذي يقرر ما يلي:" **لا يتم التداول في مشاريع ومقترحات القوانين التنظيمية، من قبل مجلس النواب، إلا بعد مضي عشرة أيام على وضعها لدى مكتبه، ووفق المسطرة المشار إليها في الفصل 84**"[1].

إن قراءة هذا المقطع من الفصل 85 يفيد بشكل قد لا يدع مجالا للشك بأن المجلس الدستوري على صواب عندما أقر بدستورية عملية الإيداع لجميع القوانين التنظيمية بمكتب مجلس النواب بالرغم من أن هذه الفقرة لا تنص سوى على التداول، لكن استئناف قراءة الفصل 85 قد تفيد عكس ما ذهب إليه المجلس الدستوري، وتوحي على غرار ما صرح به الاستاذ مصطفى قلوش بكون النص الدستوري أصابه نوع من الدخن[2]، كما أن المجلس الدستوري نفسه لم يحاول إماطته بل قام بإضافة الدخن على الدخن، عن طريق محاولة التغطية على نقص دستوري بخطأ دستوري آخر، وهو ما سنحاول أن نشرحه على الشكل التالي:

- نص البند الثاني من الفقرة الأولى من الفصل 85 على ما يلي: ...**وتتم المصادقة عليها نهائيا بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين من المجلس المذكور، غير أنه إذا تعلق الأمر بمشروع أو بمقترح قانون تنظيمي يخص مجلس المستشارين أو الجماعات الترابية، فإن التصويت يتم بأغلبية أعضاء مجلس النواب**". فصريح هذا النص لا يضع أي شروط تمييزية سوى في عملية المصادقة النهائية من طرف مجلس النواب على مشاريع ومقترحات القوانين التنظيمية، بين تلك التي تتطلب الأغلبية المطلقة وتلك المتعلقة بمجلس المستشارين والتي تتطلب أغلبية أعضاء مجلس النواب في المصادقة النهائية.

- وعليه فإن هذا الفصل يؤدي بنا إلى القول بأنه لو كان قصد المشرع الدستوري من أن القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية يجب أن تودع بمجلس المستشارين لكانت الصياغة غير التي جاء بها الفصل 85 الحالي، ولجاء النص على الشكل التالي:" ولا يتم التداول في مشاريع ومقترحات القوانين التنظيمية المتعلقة بمجلس المستشارين و الجماعات الترابية من قبل مجلس المستشارين، إلا بعد مضي عشرة أيام على وضعها لدى مكتبه ووفق المسطرة المشار إليها في الفصل 84، ولا يتم التصويت عليها إلا بأغلبية أعضاء مجلس النواب".

- غياب هذا التنصيص إذن أدى إلى نتيجتين وقراءتين؛ قراءة المجلس الدستوري التي تفسر الفصل 78 بالفصل 85، والقراءة الموازية التي تفسر الفصل 85 بالفصل 78، وهذه الأخيرة ينتج عنها الموقف التالي: هو أن النص الدستوري جاء ناقصا ومتناقضا، وبالتالي ما الجدوى من إقرار حق الأسبقية الواردة في الفصل 78 من الدستور بالنسبة لمجلس المستشارين، ما دام أنه ليس من حقه أن يتداول بالأسبقية في مشاريع القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية؟ وما جدوى إعطاء الكلمة النهائية وترجيح كفة مجلس النواب على مجلس المستشارين؟ إن لم نقل ما جدوى هذا المجلس بالذات؟

- وبالنتيجة، فإن الأمر يطرح مسألتين، إما تعديل نصوص الدستور حتى تنسجم مع بعضها البعض، وإما الاستمرار في نفس المنهجية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه المنهجية التي كرسها المجلس الدستوري في قراراته المشار إليها سابقا، جاءت متناقضة وقرارات سابقة أثناء نظره في كل من النظامين الداخليين لمجلس النواب والمستشارين، عندما

[1] انظر الفصل 84 و 85 من دستور المملكة لسنة 2011.

[2] مصطفى قلوش، شرح المقتضيات الدستورية المتعلقة بالمسطرة التشريعية، المنشور في المجلة الالكترونية هيسبريس على الروابط التالية:

http://www.hespress.com/writers/269568.html

http://www.hespress.com/writers/266163.html

صرح في قراره 924/13[1] بمطابقة المادة 123 من النظام الداخلي لمجلس النواب، وقراره رقم 14/938[2] بشأن مطابقة المادة 85 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين التي فسرت بشكل صريح مضمون الفصل 85 من الدستور الذي يفيد أن مشاريع القوانين التنظيمية المتعلقة بالمواد المحددة في الفصل 78 الفقرة الثانية تحال بصفة إلزامية على مجلس المستشارين بالأسبقية، ومما جاء في هذه المادة ما يلي: "**يتداول مجلس المستشارين في مشاريع القوانين التنظيمية المودعة لديه بالأسبقية... ولا يتم التداول في مشاريع ومقترحات القوانين التنظيمية المودعة لدى مجلس المستشارين بالأسبقية، إلا بعد مضي عشرة أيام على وضعها لدى مكتبه...**"[3].

المحور الثالث: حق الأسبقية بمقياس التجربة الفرنسية

هذا السؤال لا يستطيع أن يجيب عنه إلا المشرع الدستوري، فتضارب التأويل البرلماني الذي عبر عنه في المادة 85 من النظام الداخلي والذي صرح المجلس الدستوري بمطابقته للدستور، مع تفسير المجلس الدستوري في قراراته اللاحقة 2015/68/67/66، لا يدل سوى على أمرين إما أن المجلس الدستوري قد أصابه "نوع من السهو" وإما أن التفسير الموازي قد اعتوره "الخطل"، ولا مناص لو حاولنا في هذا الصدد أن نعرج إلى التجربة الفرنسية التي ينخر منها المغرب –باعتباره بيتا من زجاج على حد تعبير أحد الباحثين- فيما يخص مسطرة الايداع والتداول بالأسبقية.

بالرجوع إلى الدستور الفرنسي في فصله 39 نجده ينص على ما يلي: **لكل من الوزير الأول وأعضاء البرلمان حق المبادرة باقتراح القوانين.**

يتداول في مشاريع القوانين بمجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة فيها، وتودع بمكتب أحد المجلسين. وتعرض مشاريع قوانين المالية وقانون تمويل الضمان الاجتماعي على الجمعية الوطنية أولا... وتعرض مشاريع القوانين التي تهدف أساسا إلى تنظيم الجماعات الترابية ومشاريع القوانين المتعلقة بالهيئات التمثيلية للفرنسيين القاطنين بالخارج، على مجلس الشيوخ أولا"[4].

فالصياغة التي جاءت بها هذه المادة هي عامة وبدون تخصيص بين القوانين التنظيمية او العادية، وبدون أي ربط بين الفصل 46 من الدستور الفرنسي الذي يحدد مسطرة التداول بالنسبة للقوانين التنظيمية، حيث تنص هذه المادة على ما يلي:" **يتم التصويت على القوانين التي يضفي عليها الدستور طابع القوانين العضوية(التنظيمية)، وتعديلها وفق الشروط التالية:**

لا يعرض المشروع أو الاقتراح على المجلسين في قراءة أولى للتداول فيه والتصويت عليه إلا بعد انقضاء الآجال المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 42. غير أنه، في حالة الاستعجال المنصوص عليها في المادة 45، لا يمكن عرض المشروع أو الاقتراح على المجلس الذي أحيل إليه أولا للتداول فيه إلا بعد انقضاء أجل خمسة عشر يوما من إيداعه"[5].

---

[1] قرار المجلس الدستوري رقم 924.13 صادر في 14 من شوال 1434 (22 أغسطس 2013)، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6185 بتاريخ 2 ذي القعدة 1434 (9سبتمبر 2013)، ص: 6030.

[2] قراره رقم 938.2014 الصادر في 16 من شعبان 1435(14 يونيو 2014)، الجريدة الرسمية عدد 6267، بتاريخ 25 شعبان 1435(23 يونيو 2014)، ص: 5449.

[3] المادة 85 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين كما صادق عليه في جلسته المنعقدة بتاريخ 21 ماي 2014 والمعدل وفق قرار المجلس الدستوري، في فاتح يوليوز 2014.

[4] - l'article 39 de la constitution française, affirme que:" « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier Ministre et aux membres du Parlement.

Les projets de loi sont délibérés en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, **les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales et les projets de loi relatifs aux instances représentatives des Français établis hors de France sont soumis en premier lieu au Sénat.** »

[5] انظر في هذا الصدد دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة كما تم تعديله في 23 يوليوز 2008.

وصفوة ما يتبين من هذه المواد هو أن المشرع الدستوري وضع القاعدة التي يجب احترامها أثناء إيداع مشاريع القوانين لدى المجلسين مع إقرار نوعا من المساواة من جهة أخرى في المادة 39 والمادة 46، ومع مراعاة الاستثناءات المحددة في قوانين المالية وقوانين الضمان الاجتماعي التي تحال وجوبا إلى الجمعية الوطنية، ومشاريع القوانين المتعلقة بالجماعات الترابية التي تحال وجوبا إلى مجلس الشيوخ أولا، بدون أي ربط وتوضيح فيما إذا كانت مشاريع القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات تحال وجوبا إلى مجلس الشيوخ.

وبالعودة إلى المادة 74 من الدستور الفرنسي فنجدها تنص على أن القانون التنظيمي يحدد الوضع القانوني للجماعات الاقليمية فيما وراء البحار[1]، بدون أي إحالة كذلك إلى كون أن مشاريع القوانين التنظيمية هذه تحال إلى مجلس الشيوخ أولا، لكن المجلس الدستوري الفرنسي – وخلافا لما ذهب إليه المجلس الدستوري المغربي- سيكون له تأويل آخر يصب في اتجاه تفسير الفصل 46 من الدستور بالفصل 39 منه وذلك عندما صرح في مراحل سابقة بموجب قراره رقم DC444/2001[2]، بما يلي: **وحيث إن القانون التنظيمي المعروض على أنظار المجلس الدستوري، لا يشكل قانونا تنظيميا متعلقا بمجلس الشيوخ، وتمت المصادقة عليه وفق إجراءات الفصل 46 من الدستور"**، كما صرح بموجب قراره رقم 2007/559DC[3]، المرتبط بالقانون التنظيمي رقم 1719/2007[4]، المتعلق بتعزيز استقرار المؤسسات وشفافية الحياة السياسية في "بولينيزيا" الفرنسية، بما يلي: " **في شأن مسطرة المصادقة على القانون: حيث إنه وفقا للمادة 74 من الدستور، فإن مشروع القانون التنظيمي الذي يهدف إلى تحديد الشروط التي تستشار فيها الجماعات التابعة لفرنسا**... والتي **يهدف بشكل أساسي إلى تنظيم الجماعات الترابية، تم إحالتها في أول مرة إلى مجلس الشيوخ، كما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 39 من الدستور، كما تم فيها احترام مقتضيات المادة 46 من الدستور..."**[5].

وهو ما يعني أنه خلافا للمجلس الدستوري المغربي فإن نظيره الفرنسي قد أعطى تأويلا لعبارة "مشاريع القوانين" تسري على جميع المشاريع سواء كانت عادية أو تنظيمية، وهو ما يعني بأن القوانين العادية أو القوانين التنظيمية التي تقدم في شكل مشاريع والتي لها ارتباط بالمواضيع الواردة في الفقرة الثانية من المادة 39 من الدستور تحال بالأسبقية لدى مجلس الشيوخ.

وعلى سبيل الختم، يمكن القول بأن ما قرره المجلس الدستوري المغربي بشأن اعتبار عبارة مشاريع القوانين الواردة في الفصل 78 من دستور 2011 لا تعني سوى القوانين العادية، يعد تصريحا مشوبا بنوع من الضبابية على مستوى تبريراته الدستورية التي تفسر الأصل بالفرع، عوض أن يكون الفرع تابعا للأصل على غرار ما فعل المجلس الدستوري الفرنسي، كما أن هذا التفسير الذي ذهب فيه المجلس الدستوري المغربي حسم بشكل قطعي في عدم إمكانية مجلس المستشارين في التداول بالأسبقية في مشاريع القوانين التنظيمية، وهو أمر يستدعي النظر ليس في ما قرره المجلس الدستوري المغربي في قراريه المتناقضين السالفي الذكر، وإنما في ما يقرره الفصل 85 من الدستور الذي جاء ناقصا ومعيبا من حيث صياغته.

---

[1] L'article 74 de la constitution française dispose que:" Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République.

Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante.."

[2] C.Cons, Décision n° 2001-444 DC du 9 Mai 2001, Journal officiel du 16 mai 2001, page 7806.

[3] C.Cons, Décision n° 2007-559 DC du 6 Décembre 2007, Journal official n°0285 du 8 décembre 2007, page 19905, texte n°3.

[4] LOI organique n° 2007-1719 du 7 décembre 2007 tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française, JORF n°0285 du 8 décembre 2007 page 19890, texte n° 1.

[5] Dans sa Décision n° 2007-559 DC le C.cons affirme sur la procédure d'adoptation de la Loi:" Considérant que, conformément à l'article 74 de la Constitution, le projet de loi organique a fait l'objet d'une consultation de l'assemblée de la Polynésie française avant que le Conseil d'État ne rende son avis ; **qu'ayant pour principal objet l'organisation d'une collectivité territoriale, il a été soumis en premier lieu au Sénat comme l'exige le second alinéa de l'article 39 de la Constitution** ; que les prescriptions de l'article 46 de la Constitution ont également été respectées ; qu'en particulier, comme l'impose son quatrième alinéa, le dernier alinéa de l'article 9 relatif au Sénat a été voté dans les mêmes termes par les deux assemblées ; qu'ainsi, la loi examinée a été adoptée dans le respect des règles de procédure prévues par la Constitution pour une telle loi organique;"

جريمة افشاء السر المهني للطبيب فيالقانون المغربي

إكرام الداكي

باحثة في سلك الدكتوراه

تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية

مقدمة:

لاشك أن طبيعة عمل الطبيب تبيح له الاطلاع على الكثير من المعلومات والأسرار التي تتعلق بالمرض الذي ألم بالشخص، كما أن الثقة التي تنشأ بين المريض وطبيبه تدفعه إلى أن يفضي إليه بأدق اسراره[1]، لذلك جرم المشرع فعل إفشاء الطبيب لأسراره المهنية في القانون الجنائي المغربي. وعليه سأتعرض لأركان جريمة إفشاء السر المهني الطبي (أولا) ثم اتعرض الى عقوبة هذه الجريمة(ثانيا).

أولا : أركان جريمة إفشاء السر الطبي

تتكون جريمة إفشاء السر الطبي من ثلاثة أركان أو عناصر أساسية سأتطرق إلى كل ركن منها على حدة وذلك وفق النحو التالي: فعل الإفشاء (أ) ، أن يكون ما تم إفشاؤه سرا (ب)، أن يقع الإفشاء من الطبيب أو من في حكمه (ج)، توافر القصد الجنائي (د).

أ- الركن الأول: فعل الإفشاء

الإفشاء هو كشف السر واطلاع الغير عليه مع تحديد الشخص صاحب المصلحة في كتمانه، ويعني ذلك أن جوهر الإفشاء هو الإفضاء بمعلومات كافية ومحددة للغير، ويتحقق الإفشاء إذا أعلن السر بأية وسيلة، دون تحديد الشخص الذي يهمه كتمانه[2].

ولم يحدد المشرع المغربي وسيلة معينة من شأنها أن تحقق الإفشاء، إذ يتحقق هذا الأخير إذا أعلن السر بأية طريقة كانت، فسواء تم الإفشاء بطريق مباشر أو غير مباشر، وشفويا أو كتابيا أو عن طريق إعطاء الغير شهادة بما يعاني منه شخص ما، أما إعطاء المريض ذاته تقريرا عن حالته الصحية أو الغير بناء على طلبه فلا يعد إفشاء لسر المهنة[3].

ويذهب مأمون الكزبري في هذا الباب إلى أن الحكمة من كتمان سر المهنة في الطب هي ستر عيوب المريض التي تكون ناشئة عن ارتكاب الخطايا والتي لابد للطبيب أن يطلع عليها، فالمريض يلجؤه المرض إلى الطبيب وتقتضيه الضرورة التي ألجأته أن يبوح له بسر نفسه، فلا يجوز للطبيب أن يستغل هذه الضرورة ويفشي هاته الأسرار التي أئتمن عليها، وإنما يجب عليه أن يرعاها[4].

ويعتبر الطبيب من الأمناء على السر الخاص بالمريض، وبالتالي فهو مسؤول من الناحيتين المهنية والجنائية اتجاه المريض والمجتمع على حد سواء، فالطبيب ملزم باقتحام الحياة الخاصة للمريض في سبيل علاجه على نحو جيد، وهو حق استثنائي ومخالف للقانون. غير أنه إذا كان المجتمع بصفة عامة والمريض بصفة خاصة يأذنان للطبيب بالتدخل في الحياة الخاصة للمريض، إلا أنهما يمنعانه في المقابل من إفشاء أسراره، وعملية المنع تلك هي التي تمنح الثقة من أجل البوح باعترافات وبالتالي تحقيق علاج جيد[5].

---

[1]- محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، طبعة 2005، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص57.

[2] أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء-دراسة مقارنة -، الطبعة الثانية 1990، دار النهضة العربية القاهرة، ص36.

[3]- أسامة عبد الله قايد، ، مرجع سابق، ص36.

[4] مأمون الكزبري، شرح المسطرة المدنية الجزء الثاني، 1973، مطابع دار القلم، بيروت، ص: 291، مشار إليه لدى نور الدين الناصري، "الالتزام بالسر المهني (الأطباء، المحامون، الموظفون العموميون) "، مقال منشور بمجلة الملف، العدد 5، يناير 2005، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص: 103.

[5]- خالد خالص: "السر المهني للطبيب"، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 97 – نونبر – دجنبر 2002، ص98.

ب - الركن الثاني: أن يكون ما تم إفشاؤه سرا

ويعني ذلك أن تكون هناك واقعة أوامر أو صفة تأخذ معنى السر، حيث يعتبر السر موجودا، إذا انحصر العلم به في أشخاص محددين، أما إذا كان هذا العلم لدى أشخاص غير محددين زالت صفة السر عن هذا الأمر، ومن ثمة تنتفي مسؤولية الطبيب عن إفشاءه لهذا السر[1].

وعليه فإن الطبيب ليس هو صاحب السر حتى يناط به تقرير آثار إفشائه أو إمساكه، وإنما المريض نفسه هو صاحب السر، وهو الذي يمكنه تقدير ذلك، ولاسيما أن القانون فرض حماية مطلقة للسر الطبي دون تحديد نطاقه[2].

وقد اختلف الفقه في فرنسا حول أحقية الطبيب في الامتناع عن أداء الشهادة إذا تعلق الأمر بالسر المهني، فالبعض يرى([3]) أن أداء الشهادة واجب على الطبيب ولو تعلق الأمر بسر من أسراره المهنية، لأن الالتزام بالشهادة واجب ولا يجوز إعفاء أحد منه، في حين يذهب آخرون([4]) إلى أن الخيار بيد الطبيب فله إفشاء السر أو كتمانه، كما يمكن له أن يجب أو يمتنع عن الإجابة عن أي سؤال موجه له من طرف المحكمة بهذا الخصوص، على أنه ليس من حق الطبيب أن يمتنع عن الامتثال أمام المحكمة متذرعا بالسر المهني.

وقد ذهب القانون والقضاء الفرنسي إلى أن السر يجب تأويله بمفهومه الواسع بحيث لا يقتصر على ما يمكن أن يفصح عنه المرضى أو محيطهم، بل يشمل كل ما يمكن للطبيب معاينته وسماعه بمناسبة مزاولته لمهنته[5]. وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها المؤيد لحكم المحكمة الابتدائية في 18 يناير1996[6] إلى : "أن السر الطبي الذي يعاقب على عدم احترامه سواء جنائيا أو تأديبيا، يندرج في إطاره كل ما اطلع عليه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته، أي ليس ما اعترف به المريض أمامه فحسب، ولكن أيضا كل ما شاهد أو سمع أو أدرك".

وقد فرض المشرع المغربي من خلال الفصل 446([7]) من القانون الجنائي التزاما بالمحافظة على السر المهني للطبيب، وفي نفس الوقت فرض المشرع على الطبيب التزاما آخر يتعلق بالتبليغ([8]).

أما بالنسبة للقضاء المغربي فإنه خلافا للقضاء الفرنسي يتسم بفراغ تام حول المسألة[9]، وعلى العموم فإن القضاء المغربي في تطبيقه للقواعد القانونية على قضايا المسؤولية الطبية ظل تابعا للقانون الفرنسي بصفة عامة، فعلى أساس اجتهاد قضاته وتفسير فقهائه اعتمد القاضي المغربي للبث في قضايا المسؤولية الطبية التي عرضت عليه([10]).

---

[1] - محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص57.

[2] - أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص35.

[3] La cas (Marie- jeanne) « Les Obligations du médecin », thèse, Paris librairie générale de droit et de jurisprudence, 1938, n°312 et s.

مشار إليه لدى نور الدين الناصري، مرجع سابق، ص: 103.

[4] Garraud (R) , « Traité théorique et pratique de droit pénal Français », Tomme 5 n° 2069, p : 353 et S

مشار إليه لدى نور الدين الناصري، المكان نفسه.

[5] -georges boyer chammard-poul monzein , la responsabilité médicale, 1er édition 1974 presses universitaires français. P 218.

[6] -حكم صادر عن محكمة الاستئناف بباريس، بتاريخ 18 يناير1996، مشار إليه لدى خالد خالص، المرجع السابق، ص 99.

[7] - ينص الفصل 446 من القانون الجنائي المغربي في فقرته ا لثانية على: "... غير أن الأشخاص المذكورين أعلاه لا يعاقبون بالعقوبات المقررة في الفقرة السابقة:

1-إذا بلغوا عن إجهاض، علموا به بمناسبة ممارستهم مهنتهم أو وظيفتهم، وإن كانوا غير ملزمين بهذا التبليغ.

2-إذا بلغوا السلطات القضائية أو الإدارية المختصة أو الإدارية المختصة عن ارتكاب الأفعال الإجرامية أو سوء المعاملة أو الحرمان في حق الأطفال دون سن الثانية عشر علموا بها بمناسبة ممارستهم أو وظيفتهم.

3-إذا استدعي الأشخاص المذكورين للشهادة أمام القضاء في قضية متعلقة بالجرائم المشار إليها في الفقرة أعلاه، فإنهم أحرار في الإدلاء بشهادتهم أو عدم الإدلاء بها".

[8] - نور الدين الناصري، المرجع السابق، ص: 107.

[9] -خالد خالص، المرجع السابق، ص: 101.

[10] نور الدين الناصري، المرجع ا لسابق، ص: 109.

وهكذا يعاقب على كل افشاء للسر الطبي تم خارج الحالات التي يجيزها القانون بعقوبات جنائية وتأديبية وهو ما يستنتج من الفصل 446 من القانون الجنائي الذي ينص على حالة الاستثناء التي يجيزها القانون للفرد أو يوجب عليه فيها إفشاء السر، فبعض حالات الإفشاء لا تترتب عنها أية مخالفة وتعفي الفاعل من أية مسؤولية، وقد تكون لهذه الاستثناءات صلة بالمريض ذاته، الذي يحق له أن يكون على علم بمرضه، وذلك بتزويده بمعلومات واضحة وصادقة، سواء عن حالته أو عن التشخيص أو العلاج أو عن المخاطر التي تحدق به([1]). بالإضافة إلى استثناءات أخرى نص عليها القانون، من ذلك التصريحات بالولادة والوفاة والأمراض المعدية والمتنقلة جنسيا وبمدمني الكحول، الذين يشكلون خطورة على الغير والإجهاض... كل تلك الحالات تعفي الطبيب قانونا من التزامه بحفظ السر المهني[(2)].

ج- الركن الثالث: أن يقع الإفشاء من الطبيب أو من في حكمه

تعتبر جريمة إفشاء السر الطبي من الجرائم التي تتطلب صفة خاصة في الجاني، بمعنى أن هذه الجريمة لا يقترفها أي شخص بل يقترفها شخص يتصف بصفة معينة، وهذه الصفة مستمدة من المهنة التي يزاولها، والعبرة في اشتراط هذا الركن أن أساس الجريمة هو الإخلال بالتزام ناشئ عن المهنة، وما تتطلبه من واجبات، وهذه الصفة يجب توافرها وقت العلم بالسر دون إفشائه[(3)]. وقد توسع المشرع الفرنسي في مفهوم الملتزمين بالسر، فلم يقصره على الأطباء الذين يقومون بالعلاج أو الجراحة وإنما جعله يشمل جميع الأطباء بما فيهم أطباء التخدير والأسنان والتحاليل والعيون وكذلك جميع العاملين في المهن الطبية والصحية [(4)].

أما المشرع المغربي فقد سار بدوره في هذا الاتجاه، حيث نص على مجموعة من الأشخاص الذين لهم اتصال بالأطباء، بحكم مهنتهم أو وظيفتهم الدائمة أو المؤقتة بحكم الضرورة، حيث تتاح لهم فرصة للاطلاع على السر كمساعدي الأطباء والمعاونين فنيين كانوا أو غير فنيين كالممرضين مثلا، وكذا طلبة الطب الذين يتدربون في المستشفيات والمراكز الاستشفائية[(5)].

د- الركن الرابع: القصد الجنائي

تعد جريمة إفشاء السر الطبي من الجرائم العمدية التي يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي، وهو يتحقق بمجرد أن يعلم الطبيب بأن للواقعة صفة السرية، وأن لهذا السر طابعا مهنيا. ويعلم كذلك بأن مهنته هي أساس كونه مؤتمنا على السر، كما ينبغي أن يعلم كذلك بأن المريض لم يصرح له بإذاعة سره، وأن تنصرف إرادة الطبيب إلى فعل الإفشاء وغلى النتيجة التي تترتب عليه، أي أن يعلم الغير بالواقعة التي لها صفة السر([6]).

وعليه فإن الطبيب لا يسأل إذا كان إفشاء السر نتيجة الإهمال أو عدم الاحتياط في المحافظة عليه، وكما لو كتب ورقة تتضمن بيانات وأسرار عن مريضه، وترك هذه الورقة على مكتبة إهمالا منه، فاطلع عليها آخرون ولا عبرة بالبواعث الدافعة إلى إفشاء السر الطبي. فالجريمة تتحقق سواء كان الدافع مشروعا أو مرذولا[(7)].

ثانيا - عقوبة جريمة إفشاء السر الطبي

إذا توافرت جريمة إفشاء السر بعناصرها الأساسية، وجب تطبيق العقوبة المقررة لها، وهي طبقا للمادة 446 من القانون المغربي عقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائة وعشرين إلى ألف درهم.

---

[1] خالد خالص، المرجع السابق، ص: 101

[2]- خالد خالص، المرجع السابق، ص: 102

[3]- محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص63.

[4]- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، الطبعة الثانية 1989، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 745.

[5]- محمد أوغريس، مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 1994، مطبعة دار قرطبة، الدار البيضاء، ص116.

[6] محمد القبلاوي، المرجع السابق، ص: 64

[7]- محمود القبلاوي، المكان نفسه.

والخلاصة أن أسرار المرضى تعتبر أمانة وإفشائها يعتبر خيانة وقد نهى الله تعالى عن خيانة الأمانة وقرر رسوله أن خيانة الأمانة من النفاق وعلاقة المرضى بالطبيب والمستشفى مبنية على عقد، ومن أسس هذا العقد المحافظة على أسرارهم لأن من واجب المستشفى حكما عدم الإقرار بهم وإلا وجبت مسؤوليته عن ذلك([1])".

[1] مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة السادسة العدد الحادي والعشرون، أبريل- ماي- يونو سنة 1994، ص:248.

المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في إطار اشتراك الموثقين

الطالب الباحث: وائل تيسية

بالرجوع إلى المستجدات التي جاء بها القانون الجديد المنظم لمهنة التوثيق رقم 32-09 وبإستقرائنا للنصوص التي تتطرق إلى فكرة المشاركة بين الموثقين، و محاولة منا تسليط الضوء على هذا الموضوع حديث النشأة سنتولى القيام بتحليل فكرة المشاركة بين الموثقين بغية معرفة نوع الاشتراك الحاصل بين الموثقين وكذلك وضع تصور قانوني لإمكانية مساءلة الموثقين في إطار المشاركة مساءلة جنائية.

قبل الخوض في دراسة فكرة المشاركة بين الموثقين، سنحاول التطرق إلى المذاهب الفقهية المؤسسة للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وبيان موقف المشرع الفرنسي من فكرة الاشتراك بين الموثقين (**المحور الأول**)، ثم سنتولى تحليل التوجه العام للقانون المغربي في شأن المشاركة بين الموثقين (**المحور الثاني**).

المحور الأول: المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في إطار اشتراك الموثقين

ساهمت التوجهات الفقهية الدارسة للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في بلورة قواعد قانونية تهدف إما إلى مساءلة الشخص المعنوي مساءلة جنائية أو عدم مساءلته (1) إذ أن تلك المدارس قد تشبثت بمبادئ و أسس أعتمدت عليها كثير من الدول و من بينها فرنسا (2).

1/ المدارس الفقهية الدارسة للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

إن الهدف الأساسي من إثارة التوجه الفقهي المحدد للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي و المبادئ التي تميز كل اتجاه فقهي على حدى، هو تحليل المقتضيات القانونية المرتبطة بالمسؤولية الجنائية للشركة المدنية للموثقين في ظل القانون الفرنسي ثم بعد ذلك في إطار القانون الجديد المنظم لمهنة التوثيق بالمغرب لسنة 2011.

على هذا السبيل، تباينت الآراء الفقهية بين من هم رافضين لإسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي و بين من هم المؤيدين لها.

1-1 الاتجاه التقليدي للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

اعتمد الاتجاه الرافض للإقرار المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي على مجموعة من الحجج التي تنفي إمكانية مساءلة الشخص المعنوي مساءلة جنائية لعدم قدرته على التمييز والإدراك من جهة ثم إسنادا لمبدأ قانوني مفاده شخصية العقوبة و من ثمة سنعمل على رصد أساس توجه المدرسة التقليدية ثم سندرس مبررات رفض إسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.

- **أساس توجه المدرسة التقليدية**

قد أنكر هذا المذهب المساءلة الجنائية للأشخاص المعنوية ذاتها باعتبارها أشخاصا قانونية مستقلة ومتميزة عن الأشخاص الطبيعيين المعبرين عن إرادتها "كأعضائها وممثليها"، فالأفعال المجرمة التي تقع من العضو أو الممثل باسم الشخص المعنوي ولحسابه لا يسأل عنها الشخص المعنوي جنائيا بينما يعد المسؤول عنها من يرتكبها من الأشخاص الطبيعيين فقط، ذلك أن الأشخاص المعنوية هي

أشخاص افتراضية وهمية ولا يجوز إخضاع الوهم للعقاب وبذلك فإن هذا الاتجاه الفقهي يكتفي بالمسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي وحده دون مسؤولية الشخص المعنوي [1].

إنطلاقا مما سبق يتأكد جليا أن مساءلة الشخص المعنوي مساءلة جنائية تكاد تكون مستحيلة بالنظر لطبيعة الشخص المعنوي وصعوبة تطبيق بعض العقوبات أو أبعد من ذلك عدم إمكانية تصور توقيع العقوبات السالبة للحرية.

- **مبررات رفض إسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي**

تذرع أنصار مذهب الرافضين للمساءلة الجنائية للأشخاص المعنوية بحجة هامة استندوا إليها في تبرير وجهة نظرهم، وفحوى هذه الحجة يتبلور في أن وجود الشخص المعنوي وأهليته محددان بالغاية التي أنشىء من أجلها وتلك الغاية ليست هي إرتكاب الجريمة، ومن ثم فلا تكون له أهلية جنائية في مجال ارتكاب الجرائم وذلك ما يعرف بمبدأ تخصيص الشخص المعنوي[2]، وعليه فإن أنصار النظرية التقليدية يعتبرون أن الشخص المعنوي ليس أهلا للمساءلة الجنائية منطلقين من الغاية و الباعث المنشئ للشخص المعنوي ذاته.

علاوة على ذلك، فإن المدرسة التقليدية لم تتخذ حجة واحدة انكارا منها لإمكانية ترتيب العقوبات على الشخص المعنوي إذ أن هذا الأخير مجرد من الإرادة بسبب افتقاره للقدرات العقلية و الملكات الذهنية، فهو ليس إلا من صنع المشرع، رغبة منه في تمكين بعض الهيئات من تحقيق منفعة عامة [3].

في سياق آخر، تبنت النظرية التقليدية مبدأ قانوني قوامه اسناد العقوبة إلى الشخص الذاتي في ظل المبدأ العام لشخصية العقوبات. جوهر هذه الحجة – لدى مذهب الرافضين – يتبلور في أن إخضاع الشخص المعنوي للمساءلة الجنائية ينطوي على إعتداء صارخ وإخلال جسيم بأحد المبادئ القانونية الهامة و الراسخة التي تحمل الطرح القانوني الجنائي وهو مبدأ شخصية العقوبات و مقتضاه عدم جواز التوقيع العقوبة الجنائية إلا على ذات الشخص المعنوي الذي ارتكب الجريمة دون سواه، فإذا كنا بصدد تطبيق عقوبات جنائية على الشخص المعنوي كالغرامة أو المصادرة مثلا، فلا شك أن تلك العقوبات سوف تمتد حتما و بالضرورة لينفذ سهمها و يصيب أشخاص آخرين أبرياء دون ذنب أو خطأ يمكن أن ينسب إليهم، هؤلاء الأشخاص هم الأشخاص الطبيعيين المساهمين أو المشتركين في تكوين الشخص المعنوي و قد يكون من بينهم من لم يشترك إطلاقا في الجريمة، ولم يكن ليقبل ارتكابها، وربما كانت الجريمة قد وقعت دون علمه أو برغم إرادته [4].

2-1 الاتجاه الحديث المسند للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

ظهر الاتجاه الحديث الذي يقر ترتيب المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي مستحضرا في ذلك جملة من المبادئ التي تمكن من توقيع العقوبة على الشخص المعنوي وبالتالي ترتيب المسؤولية الجنائية عليه، إذ سنتولى دراسة خصوصية المدرسة الحديثة ، ثم سنحاول إيراد الإستثناء في الاتجاه الحديث.

- **خصوصية المدرسة الحديثة**

أخذت المدرسة الحديثة منحى مغاير للمنحى الذي سارت عليه المدرسة التقليدية بتأييدها بضرورة مساءلة الشخص المعنوي مساءلة جنائية، ولقد اعترف هذا المذهب بمسؤولية الأشخاص المعنوية جنائيا بصورة شخصية ذاتية بالنسبة لجرائم الأشخاص الطبيعيين التي تقع منهم – باسمها ولحسابها- ، بوصفهم معبرين عن إرادتها وذلك باستقلالها عن المسؤولية الجنائية لهؤلاء الأفراد عن

[1]- د. حسام عبد المجيد يوسف جادو، " المسؤولية الجنائية للاشخاص المعنوية" دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 2013 ص 101.

[2]- د. حسام عبد المجيد يوسف جادو، المرجع السابق ص 105-106

[3]- رامي يوسف محمد ناصر " المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم اقتصادية" أطروحة لنيل الماجستير في القانون العام بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين 2010، ص 9 و 10.

[4]- د.حسام عبد المجيد يوسف جادو،" المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية" ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 170

تلك الجرائم فالأشخاص المعنوية في الرؤية القانونية لهذا الاتجاه، هي أشخاص حقيقية تتمتع بشخصية قانونية عن أعضائها و ممثليها[1].

من هذا المنطلق، يعتبر المذهب الحديث أن تطبيق المسؤولية الجنائية في حق الشخص المعنوي هي واجبة مستندين في ذلك إلى فكرة استقلال الأشخاص المعنوية عن الأشخاص الذاتيين المؤسسين و العاملين بها، ومن حيث العقاب فإن هذا الفريق الفقهي يعتقد أن معاقبة تلك الأشخاص لا يخل بمبدأ شخصية العقوبات فضلا عن إمكانية معاقبة تلك الأشخاص القانونية بما يلائم طبيعتها من العقوبات الجنائية القائمة في التشريعات الحالية، مع إمكانية ابتداع عقوبة جديدة تناسب طبيعتها الخاصة، ويضاف إلى ذلك أن توقيع العقاب على تلك الكائنات المعنوية يحقق جدواه في ردعها عن إرتكاب الجرائم ومكافحة مخاطرها والوقاية منها – ردع خاص- وكذلك منع غيرها من الأشخاص المعنوية الآخرى من محاكاة سلوكها أي تحقيق الردع العام أيضا [2]، فالقانون الجنائي قد أدرج بعض الأمثلة التي تعبر عن الردع العام للشخص المعنوي ونخص بالذكر حل الشخص المعنوي ونشر الحكم الصادر بالإدانة بحيث تعتبر كل منهما عقوبات إضافية.

- **إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية على سبيل الاستثناء**

ظهر اتجاه فكري جديد يأخذ بالمدرستين التقليدية و الحديثة ويسمى بالمذهب التوفيقي، وعلى ذلك فإن جوهر الرأي في فكر المذهب التوفيقي، يتبلور في تقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ولكن على سبيل الاستثناء، في الحالات التي يراها المشرع تشكل خطرا أو ضررا بالغا على المجتمع و الأفراد، ويصدر بها نصوص قانونية تقرها صراحة، ويبرر هذا الاتجاه رأيه بأن المسؤولية الجنائية الفردية للشخص الطبيعي مرتكب الجريمة ليست كافية لتوقي مخاطر الأشخاص المعنوية، ومن ثم وجب تقرير مسؤولية هذه الأشخاص الأخيرة، ولكن في الحدود الاستثنائية التي تكفل الحفاظ على الأحكام و القواعد العامة لقانون العقوبات وعدم إهدارها [3].

من خلال ما سبق ما هو الاتجاه الفقهي الذي استمد منه القانون الفرنسي مرجعيته من أجل مساءلة الموثقين جنائيا في إطار الاشتراك؟.

2/ اشتراك الموثقين في ظل التشريع الفرنسي

بعد ما سلطنا الضوء على المدارس الفقهية التي ناقشت إسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي أو عدم الاعتماد بقاعدة الإسناد، سنستهل في هذه النقطة برصد التوجه الجديد للقانون الفرنسي بشأن مساءلة الشخص المعنوي مساءلة جنائية ، ثم تبيان موقف القانون الفرنسي من اشتراك الموثقين و إمكانية توقيع المسؤولية الجنائية عليهم في إطار منظم.

2-1 المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في ظل التشريع الفرنسي

إن الهدف من وراء رصد الاتجاهات الفقهية التي تناقش فكرة المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي هو بالأساس وضع أرضية من أجل تأسيس فكرة إما تؤيد مساءلة الموثقين الفرنسيين في إطار إشتراكهم مساءلة جنائية أو عدم إسناد المسؤولية إليهم، وذلك كله يصب في إطار المساءلة الجنائية للشخص المعنوي، ومن ثمة وجب تناول الاتجاه الحديث لقانون العقوبات الفرنسي، دون إغفال موقف التشريعات الخاصة من مساءلة الشخص المعنوي جنائيا.

- **الاتجاه الحديث لقانون العقوبات الفرنسي**

إن القاعدة العامة التي سادت التشريعات العقابية المتتالية في فرنسا هي انتقاء المساءلة الجنائية للأشخاص المعنوية إذ صدرت تلك التشريعات خالية من ثمة نصوص صريحة تجرم أفعالا أو امتناعات تكون محلا للمساءلة الجنائية لتلك الأشخاص، و بالرغم من أن تلك القاعدة قد استقرت ردحا من الزمن في قوانين العقوبات الفرنسية في مراحل تطورها المختلفة، فإن المشرع الفرنسي

[1]- د.حسام عبد المجيد يوسف جادو، نفس المرجع ص 101.

[2]- د.حسام عبد المجيد يوسف جادو، المرجع السابق ص 102، 103.

[3]- د.حسام عبد المجيد يوسف جادو، المرجع السابق ص 217، 218.

عندما أدرك تزايد دور الأشخاص المعنوية واتساع مجال أنشطتها وتعاظم مخاطرها خصوصا في ظل الإمكانات الهائلة والقدرات الفائقة التي تتمتع بها ونزولا على مقتضيات الواقع وضرورة حماية المجتمع، اضطر إلى التصدي لهذه الأشخاص بإيراد بعض الاستثناءات على تلك القاعدة، فأجاز مساءلة الأشخاص المعنوية في حالات محددة تقررها التشريعات العقابية الخاصة، وبذلك يكون المشرع قد اعتنق المذهب التوفيقي الذي مفاده رفض تلك المسؤولية كقاعدة عامة وقبولها على سبيل الإستثناء[1].

ولم يكتف المشرع الفرنسي بإقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي صراحة بل ذهب أبعد من ذلك حينما صدر في 16 كانون أول 1992 القانون الذي حدد قواعد الإجراءات الجزائية المتبعة في محاكمة الشخص المعنوي (المواد من 706- 46/706)[2].

من خلال ما تم تحليله، يتبين لنا أن قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1992 قد أخذ بفكرة إسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي مراعيا في ذلك متطلبات الواقع التي تحتم توقيع الجزاء ليس على الأشخاص الذاتية وممثلي الشخص المعنوي فحسب بل كذلك على الشخص المعنوي ذاته، وعلى هذا الأساس، أورد قانون العقوبات الفرنسي الجديد الذي دخل حيز التنفيذ سنة 1994 مجموعة من العقوبات التي تتلاءم والحال مع طبيعة الشخص المعنوي، على سبيل المثال: ثم إقرار الغرامة كعقوبة تقع على الشخص المعنوي" خمسة أضعاف للغرامة المطبقة على الشخص الطبيعي لذات الجريمة المرتكبة، ومن الممكن إيقاعها في جرائم الجنايات و الجنح و المخالفات بعكس العقوبات الأخرى التي لا تطبق إلا في حالات الجنح و الجنايات (المادتين 37/131 و 39/131).

وبموازاة ذلك، هناك عقوبة قاسية تتمثل في حل الشخص المعنوي، وتؤدي بذلك إلى إنهاء حياته.

ونستنتج من المادة 38/131 من قانون العقوبات الفرنسي أن مساءلة الشخص المعنوي جنائيا يمكن أن تكون في صورة حظر ممارسة النشاط المهني أو الاجتماعي، إذ يكون هذا الحظر إما بصورة نهائية أو لمدة خمس سنوات كحد أقصى.

علاوة على ذلك يتضح من مقتضيات المادة 46/131 من قانون العقوبات الفرنسي أن الشخص المعنوي يمكن أن يوضع تحت رقابة القضاء وهو تدبير مؤقت ويتم عن طريق تعيين نائب قضائي من قبل المحكمة تقوم بتحديد مهمته، ويجب على هذا الوكيل أن يقدم إلى قاضي تطبيق العقوبات كل ستة أشهر تقريرا عن سير مهمته.

من هنا يتضح لنا جليا أن قانون العقوبات الفرنسي جاء بمجموعة من المقتضيات الزجرية الهادفة إلى توقيع الجزاءات الجنائية على الشخص المعنوي حماية لمصالح الدولة و الخواص.

- **موقف التشريعات الخاصة من مساءلة الشخص المعنوي جنائيا**

تضمنت التشريعات العقابية الفرنسية- سواء ما يخص منها المجتمع الفرنسي أو ما يتعلق بالمستعمرات الفرنسية- خلال مراحل تطورها المختلفة تطبيقات عديدة للمذهب التوفيقي، ذلك أن المشرع الجنائي في فرنسا وإذا كان قد ظل وفيا لقاعدة رفض المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ردحا طويلا من الزمن إلا أنه قد اضطر للخروج على مقتضى تلك القاعدة في عدة مجالات ينحصر أغلبها في ميدان الجرائم الاقتصادية، إذ أُصدر مجموعة من النصوص العقابية التي تنطوي على إجازة تلك المسؤولية على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة وذلك بقصد التصدي للمخاطر الناجمة عن مباشرة الاشخاص المعنوية لأنشطتها المختلفة [3].

ومن بين القوانين التي تساءل الشخص المعنوي مساءلة جنائية نجد القانون الصادر في 1905/03/17 بشأن شركات التأمين على الحياة حيث نصت المادة 15 منه على أن:" تعاقب الشركات التي تخالف نصوص هذا القانون بدفع غرامة لا تقل عن مائة فرنك ولا تزيد عن ألاف فرنك، وفي حالة العود لا تقل الغرامة عن خمسمائة فرنك ولا تزيد عن عشرة ألاف فرنك"، و بالتالي نخلص أن قانون شركات التأمين على الحياة تسئل بصورة شخصية ومباشرة وذلك بشكل مستقل عن الأشخاص الذاتيين المكونين للشخص المعنوي.

---

[1]-د.حسام عبد المجيد يوسف جادو، المرجع السابق ص: 262

[2]-د.أنور محمد صدقي المساعدة " المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية" دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في التشريعات الأردنية و السورية و اللبنانية و المصرية و الفرنسية وغيرها، دار الثقافة – للنشر و التوزيع 2007، الطبعة الأولى الإصدار الأول ص 412.

[3]- د. حسام عبد المجيد يوسف جادو، المرجع السابق ص 263.

هناك كذلك قانون مهم يتصل بشكل مباشر بموضوعنا و الذي سيعطينا نظرة حقيقية عن مدى إمكانية توقيع العقوبات على الموثقين في إطار تنظيمي، هذا القانون هو القانون رقم 1130 الصادر في 1971/12/31 بشأن تنظيم المهن القانونية و القضائية، حيث اوردت المادة 67 منه ما يلي: "في حالة حظر ممارسة العمل الاستشاري في المجال القانوني لأحد الأشخاص و شغل هذا الشخص لإحدى الشركات المدنية للمحامين والاستشارات القانونية، سواء بشكل قانوني أو واقعي، فإنه يجوز الحكم بحرمان تلك الشركة من إعطاء الاستشارات أو إبرام مقترحات قانونية". ويعد هذا الجزاء من قبيل العقوبات الملائمة لطبيعة الأشخاص المعنوية في رأينا و ليس مجرد تدبير[1].

من خلال كل ما سبق، يتضح أن تعدد التشريعات الفرنسية التي تسند المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ما هو إلا توجه يعبر عن نية المشرع الفرنسي في عدم إفلات الاشخاص المعنوية من العقاب ترسيخا منها للدور الذي أصبحت تقوم به تلك الأشخاص على المستوى الاقتصادي و الاجتماعي.

2-2 أساس مساءلة الموثقين الفرنسيين في إطار اشتراكهم مساءلة جنائية

إن رصد الاتجاهات الفقهية التي تبرز الإطار النظري لفكرة إسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي لم تكن بمحض الصدفة، بل كان الهدف منها البحث في موضوع الاشتراك بين الموثقين أو المشاركة في ظل القانون الفرنسي ثم القانون المغربي الذي سوف نولي له عناية خاصة عند دراستنا لموضوع إمكانية مساءلة الموثقين في إطار اشتراكهم مساءلة جنائية وذلك في محور خاص.
فيما يخص القانون الفرنسي، سنتولى بداية وضع الاطار النظري والقانوني لمساءلة الموثقين في إطار إشتراكهم ، ثم بعد ذلك سنتناول مدى إمكانية مساءلة الموثقين في إطار الاشتراك مساءلة جنائية.

- **الاطار النظري و القانوني للمساءلة الجنائية للموثقين في إطار الاشتراك**

في فرنسا تتعدد صور إشتراك الموثقين فيما بينهم في إطار شركات مدنية، والتي تكون في الأصل إما شركة مدنية مهنية « société civile professionnelle »، أو شركة مقتصرة على الوسائل « société de moyens ». في هذا الصدد يتعين القول أن إشتراك الموثقين يكون إما اشتراكا مهنيا أو إشتراكا في الوسائل التي تيسر المهام التوثيقية.

فيما يخص الاشتراك المهني بين الموثقين، فإن القانون الفرنسي يميز بين إطارين ألا وهما: الشركة المدنية المهنية ذات مكتب توثيقي واحد والشركة المدنية المهنية للموثقين. بالنسبة للنوع الأول من الشركات فإن الموثقين في إطار إشتراكهم لا يتوفرون على مكتب لممارسة مهامهم، إذ يمارسون تلك المهام في مكتب توثيقي واحد بإسم الشركة التي لها أن تعين الموثق المكلف بإبرام العقود، ومن ثم فإن القانون يمنح صفة الموثق إلى الشركة موضوع الدراسة[2].

أما بالنسبة للشركة المدنية المهنية للموثقين فلا تتوفر على مكتب توثيقي واحد بل كل الموثقين يمارسون مهامهم كل في مكتبه[3].

كل تلك الشركات المدنية المهنية هي منظمة في فرنسا بمقتضى قانون 29 نونبر 1966، مكملة بمجموعة من الظهائر لمجلس الدولة[4] ،ومن بين شروط تأسيسها أن كل المهنيين الشركاء بما فيهم مثلا المحاميين، الخبراء المحاسبين و الموثقين يجب أن يمارسوا

[1]- د. حسام عبد المجيد يوسف جادو، المرجع السابق ص 272.

[2] Me M[ed] fayçal EL Aoufir, « la fonction notariale » imprimerie Beni Snassen, dépôt légal, 2008/0237, page 225 et 226.

[3] Me M[ed] fayçal EL Aoufir, opcite, page 226.

[4] Maurice COZIAN, Alain VINDIER, Florence de BOISSY, « droit des sociétés », litec, Groupe lexis nexis, 16 eme édition, du juris classeur,2003, page 591.

مهامهم بشكل مشترك و حصولهم على ديبلومات التي تخول لهم القيام بمهامهم هو شرط ضروري، وهذا المقتضى الأخير تم التنصيص عليه في المادة 3 من قانون 29 نونبر 1966.

أما فيما يتعلق بطريقة تسيير الشركة المدنية المهنية للموثقين، فإن هذه الشركة تتلقى بإسمها الخاص كل المستحقات و الأتعاب بمناسبة ممارسة النشاط المهني من طرف الموثقين المشاركين، وتقوم الشركة على هذا الأساس بتوزيع الأرباح بين الموثقين الشركاء، غير أن توزيع الأرباح يمكن أن يتفاوت بين هؤلاء الموثقين بالنظر إلى المهام المسندة لكل واحد منهم وحصة الخدمات المقدمة من طرفهم [1].

بعدما تطرقنا إلى الشركات المدنية المهنية المؤسسة بين الموثقين والتي تساهم في التعاون و التعاضد المهني بين الموثقين في إطار إبرام العقود و السهر على إكتمال المسطرة القانونية المتعلقة بالصفقات المحررة موضوع الاستشارة القانونية، سنسلط الضوء على صنف آخر من الشركات التي يمكن للموثقين أن يؤسسوها فيما بينهم لتيسير ممارسة نشاطهم المهني وهي الشركة المدنية المقتصرة على الوسائل التي ليس لها نفس الأهداف مقارنة مع الشركات المدنية المهنية للموثقين التي تسعى إلى توحيد النشاط المهني بين مختلف الموثقين الشركاء، بل على العكس من ذلك فالغاية من تأسيس الشركات المدنية المقتصرة على الوسائل هو تسهيل ممارسة النشاط المهني التوثيقي بين الموثقين الأعضاء في الشركة بتوفير كل الوسائل الممكنة لتيسير أداء تلك المهام التوثيقية [2].

اعتمادا على ما سبق فإن الشركة المدنية المقتصرة على الوسائل على خلاف الشركة المدنية المهنية التي تعد شركة تهدف إلى الممارسة المشتركة في الوظيفة، تهدف إلى خدمة أعضائها ولا تقوم الشركة ذاتها بممارسة النشاط المهني، وهذا ما تم التنصيص عليه في المادة 36 من قانون 29 نونبر 1966، إذ تعتبر الشركة المقتصرة على الوسائل شركة ثانوية تشبه إلى حد ما المجموعات ذات النفع الاقتصادي « groupement d'intérêt économique » [3]، في هذا الإطار تقوم هذه الشركة بتوفير الوسائل التالية : كراء محلات مشتركة معدة للاستغلال و الاستعمال المهني، كتابة مختصة مشتركة لتسهيل عمل الموثقين، الاشتراك في الخدمات المحاسباتية و المعلوماتية، عمال النظافة إلى غير ذلك.

إنطلاقا مما سبق يظهر لنا بشكل بين أن القانون الفرنسي قد عدد من أشكال الاشتراك بين الموثقين سواء في نسق خاص بالاشتراك في النشاط المهني وكذلك في إطار تعاون الموثقين في الوسائل اللوجيستيكية التي تمكن من ممارسة النشاط المهني.

- **مدى مساءلة الموثقين في إطار الاشتراك مساءلة جنائية**

من أجل معرفة التوجه الذي اعتمد عليه المشرع الفرنسي في إبراز مدى إمكانية مساءلة الشركة المدنية للموثقين مساءلة جنائية، ارتأينا الانطلاق من مقتضيات المادة 121-2 الفقرة 1 من القانون الجنائي الفرنسي المعدلة بموجب قانون رقم 2004-204 بتاريخ 9 مارس 2004 الذي دخل حيز التنفيذ في 31 دجنبر 2005، إذ يستنتج من المادة السابقة أن الأشخاص المعنوية هي مسؤولة مسؤولية جنائية عن الأفعال الجرمية المرتكبة من طرف الأجهزة التابعة لها أو ممثليها، غير أن مساءلة الشخص المعنوي جنائيا لا يمكن من إعفاء الأشخاص الذاتيين من ترتيب المسؤولية الجنائية عليهم التابعين للشخص المعنوي (المادة 121-2، الفقرة 3 من القانون المذكور). في نفس السياق، فإن ترتيب المسؤولية على الشخص المعنوي تتحقق بوجود شرطين أساسيين:

الأول هو إحترام مبدأ الشرعية الجنائية و الثاني ضرورة اقتراف الأفعال الجرمية قانونا من طرف ممثلي الشركة لحساب الشخص المعنوي [4].

---

[1] Maurice COZIAN, Alain VINDIER, Florence de BOISSY« droit des sociétés », litec, Groupe lexis nexis, 16 eme édition, du juris classeur,2003, page 593.

[2] Me M[ed] fayçal EL Aoufir, opcite, page 226.

[3] Maurice COZIAN, Alain VINDIER, Florence de BOISSY, opcite, page 594.

[4] - Jeanne de POULPIQUET, « Responsabilité des notaires, civile. disciplinaire, pénale ». Deuxième édition, Mai 2009. Dalloz, page 238-239

علاوة على ذلك جاء القانون الجنائي الفرنسي الصادر سنة 1994 بجملة من المقتضيات القانونية التي تحدد إطار المساءلة الجنائية للشخص المعنوي شأنه في ذلك شأن الشخص الذاتي، بحيث يمكن أن تثار مسؤولية الشركة المدنية للموثقين في إطار المادتين 441-2و 313-9 قد جاءت المادة 441-2 من القانون السالف الذكر المتعلقة بالتزوير في محرر عمومي بقاعدة قانونية مؤداها مؤاخدة كل مؤسسة عمومية سلمت وثيقة تبين حق أو هوية أو صفة أو تمنح رخصة، تعاقب بخمس سنوات سجنا وغرامة قدرها خمس وسبعين ألف أورو. في هذا الإطار يتبين لنا بشكل واضح أن القانون الفرنسي قد عاقب المؤسسة العمومية المقترفة للتزوير العمومي بغرامة تقدر بخمس وسبعين ألف أورو لكن الإشكال الذي يطرح تعقيدات هو مدى تصور توقيع عقوبة سالبة للحرية على الشخص المعنوي، غير أن المشرع الجنائي الفرنسي من رأينا قد أورد تلك العقوبات السالبة للحرية قاصدا توقيعها على الشخص الذاتي لا المعنوي بحيث أن الأشخاص الذاتيين وخصوصا الموثقين بصفتهم مفوضي السلطة العمومية الممارسين لمهامهم في إطار الشركة المدنية للتوثيق العصري يمكن أن تترتب عليهم مقتضيات المادة 441-2 المذكورة سالفا تحت لواء ممارسة المهام التوثيقية.

فيما يتعلق بالمادة 313-9 من القانون الجنائي الفرنسي التي تنص على جريمة النصب فإن العقوبة المقررة للشخص المعنوي يمكن أن تتخذ صورة غرامة لايمكن أن تتجاوز أربعة أضعاف الغرامة المقررة للشخص الذاتي وذلك وفق المادة 131-38 من القانون السالف الذكر، إضافة إلى ذلك فإن القانون الجنائي الفرنسي قرر عقوبات إضافية على إثر إرتكاب جريمة النصب استنادا للمادة 131-39 نذكر من بينها حل الشخص المعنوي، المنع الدائم أو المؤقت لمدة خمس سنوات أو أكثر لممارسة نشاط أو مجموعة من الأنشطة المهنية بشكل مباشر أو غير مباشر، الوضع تحت المراقبة القضائية لمدة خمس سنوات أو أكثر، غلق المقاولة التي اقترفت فيها الجريمة، لمدة خمس سنوات أو أكثر، غير أن ما يتضح في الأمثلة السابقة ذكرها أن الشخص المعنوي لا يمكن أن يكون موضوع وضع تحت المراقبة القضائية وهذا ما يؤكد على أن المشرع الفرنسي قد رتب المسؤولية الجنائية على الشخص المعنوي في مجموعة من الحالات دون إغفال إسناد تلك المسؤولية على الأشخاص الذاتية الذين يمثلون الشخص المعنوي و الذين يمارسون في إطاره كل الأنشطة المهنية موضوع المساءلة الجنائية. في هذا الباب نخلص إلى أن المادتين السابقتين إرتبطتا بفكرة إسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وبالتالي يمكن ترتيب المسؤولية الجنائية في هاته الحالة على الشركة المدنية للموثقين، غير أنه يمكن تطبيق تلك المساءلة الجنائية على الشركة المدنية المهنية للموثقين استنادا للمادة 121-2 من القانون الجنائي الفرنسي دون الشركات المدنية المقتصرة على الوسائل خصوصا وأن الموثقين في الصنف الأول من الشركات يشتركون في الوظيفة التوثيقية لحساب الشركة، وبالتالي مساءلة الشركة تظل ضرورية دون إغفال مساءلة الموثقين الشركاء عن الأفعال الجرمية المقترفة في إطار التمثيلية.

لم يرد المشرع الفرنسي توسيع نطاق المساءلة الجنائية للشخص المعنوي بالنظر لحدود إمكانية مساءلة الشخص المعنوي مساءلة جنائية[1].

من هذا المنطلق فإن كل ما سبق التفصيل فيه يزكي فكرة اعتماد المشرع الفرنسي لمبدأ إسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي على سبيل الاستئناس موفقا في ذلك بين جواز تطبيق المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي واستبعاد ذلك في حالة أخرى، فهل يا ترى حدى المشرع المغربي حدو المشرع الفرنسي في تقرير المسؤولية الجنائية على الشركة المدنية للموثقين باعتبارها شخصا معنويا؟

المحور الثاني: مدى إمكانية ترتيب المسؤولية الجنائية على الشركة المدنية للموثقين بالمغرب

جاء القانون الجديد المنظم لمهنة التوثيق رقم 32-09 الصادر سنة 2011 بزمرة من المقتضيات القانونية الجديدة التي تهم شأن الموثقين، والتي تساعد على تيسير تدبير مكاتب الموثقين بشكل يمكن معه ممارسة الوظيفة التوثيقية بصورة تتلاءم و الحال مع المستجدات القانونية الكونية، في نفس السياق سنحاول دراسة مفهوم المشاركة بين الموثقين و الوقوف على أوجه التشابه والاختلاف بين القانون الفرنسي و المغربي في موضوع الاشتراك بين الموثقين **(1)**،ثم سنتولى تحليل النتائج المترتبة عن اتخاذ المشرع المغربي لفكرة المساءلة الجنائية للشركة المدنية للموثقين مع إبراز دواعي تبني ذلك المنهج **(2)**.

[1] - Jeanne de POULPIQUET, opcite- page 239

1/ الإطار العام للاشتراك بين الموثقين بالمغرب

كما أسلفنا الذكر فإن قانون 32-09 اعتمد مفاهيم جديدة على خلاف الظهير بمثابة قانون لـ 4 ماي 1925 المنظم لمهنة التوثيق، إذ أن الوقوف على مفهوم المشاركة بين الموثقين هو أمر في غاية الأهمية بغية تأسيس فكرة جواز مساءلة الموثقين في إطار اشتراكهم جنائيا أو عدم جوازها، بحيث يجب تبيان المقتضيات القانونية المصاحبة لفكرة المشاركة بين الموثقين.

1-1 مفهوم المشاركة في القانون الجديد المنظم لمهنة التوثيق

ثم إيراد مفهوم المشاركة بين الموثقين في القسم الثالث من القانون 32-09 متضمنا ست مواد (من 59 إلى 64) اهتمت بوضع أساس لتطبيق المشاركة بين الموثقين ، ثم سنعتمد دراسة المسطرة المتبعة لإبرام عقد المشاركة بين الموثقين.

- **أساس تطبيق المشاركة بين الموثقين**

تعني المشاركة بين الموثقين حسب المادة 59 من القانون رقم 32-09 إبرام عقد مشاركة بين موثقين أو أكثر في الوسائل اللازمة لممارسة مهنتهم وتسيير المكتب إذا كانوا معينين في نفس الدائرة الترابية للمحكمة الاستئنافية. على هذا الأساس فمفهوم المشاركة بين الموثقين يقتصر على الوسائل و الأدوات التي تسهل ممارسة النشاط التوثيقي وعلى سبيل المثال فالعمل في مكتب توثيق واحد مع أداء التكاليف المرتبطة بكراء مكتب الموثقين و تسديد فواتير الماء و الكهرباء، و الهاتف وأجور المستخدمين، هذه كلها وسائل لا تدخل في إطار الممارسة الفعلية للمهام التوثيقية بل هي أدوات تمكن من تبسيط ممارسة الوظيفة بين الموثقين.

- **المسطرة المتبعة لإبرام عقد المشاركة بين الموثقين**

ارتبط مفهوم المشاركة بين الموثقين استنادا إلى المادة 59 من القانون المذكور بالشركة المدنية المقتصرة على الوسائل التي لا يكون موضوع اشتراكها توحيد الممارسة المهنية، بل تقتصر فقط على الآليات اللوجيستيكية المساعدة على توفير الظروف الملائمة لأداء الوظيفة التوثيقية. في هذا الصدد، تظل المسؤولية شخصية عن العقود و المحررات التي ينجزها الموثق أو يتلقاها (المادة 62، الفقرة الأولى من القانون المذكور)، وهناك مستوى آخر تكون المسؤولية فيها كذلك شخصية للموثق وذلك عند حفظ أصول العقود و الوثائق التي بحوزته وعن مسك سجلاته وحفظهما (المادة 62، الفقرة الثانية من القانون المذكور).

وفي نفس السياق، إذا حدث نزاع مهني بين الموثقين، ولم يتوصل رئيس المجلس الجهوي للموثقين إلى التوفيق بينهم، يعرض النزاع وجوبا على تحكيم يقوم به موثقون يختار كل طرف أحدهم لهذه الغاية وينضم إليهم محكم معين من طرف رئيس المجلس الجهوي. لا يكون القرار المتخذ قابلا لأي طعن (المادة 62 من القانون المذكور).

تضمن قانون رقم 32-09 مجموعة من القواعد القانونية التي توضح المسطرة المتبعة لتأسيس عقد المشاركة بين الموثقين، ثم كيفية انتهاء عقد المشاركة.

- ✓ تأسيس المشاركة بين الموثقين

يجب أن تكون المشاركة حسب المادة 59 من القانون رقم 32-09 محل عقد محرر بين موثقين أو أكثر تراعى فيه مقتضيات القانون السالف الذكر، وينص فيه خاصة على ضمان الاستقلال المهني للموثق وتقيده بالسر المهني. تجدر الإشارة أن نموذج العقد المذكور يصدر عن المجلس الوطني للموثقين، بحيث تسلم نظائر عقد المشاركة لكل من وزارة العدل و المجلس الجهوي للموثقين و الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف المعين بدائرتها الموثقون المتشاركون و الوكيل العام للملك لديها. وفي هذا الإطار يمكن لوزير العدل أن يطلب من الموثقين تعديل اتفاقهم إذا اعتبره منافيا لقواعد المهنة، فاستنادا للمادة 61 من القانون المذكور إذا لم يبث وزير العدل في الطلب داخل أجل ثلاثة أشهر من توصله بالعقد، يصبح العقد نافذ المفعول.

✓ انتهاء عقد المشاركة

على العموم تنتهي المشاركة في الحالات التالية وذلك حسب ما تم التنصيص عليه في المادة 63 من القانون المذكور:

- ❖ انتهاء المدة التي حددت لها في عقد المشاركة.
- ❖ وفاة الشركاء أو التشطيب عليهم ولم يبق إلا شريك واحد.
- ❖ اتفاق الشركاء.
- ❖ مقرر قضائي.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 64 من القانون المذكور نصت على تضمين جميع عمليات تصفية المشاركة في محضر بحضور الموثقين المتشاركين أو من يمثلهم، تحت مراقبة الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التي يوجد بها مكتب المتشاركين أو من ينتدبه لذلك، وممثل عن الوزير المكلف بالمالية وكذلك رئيس المجلس الجهوي للموثقين أو من ينوب عنه، كما أنه يمكن عن الاقتضاء الاستعانة بخبير محاسب.

2-1 دراسة مقارنة للاشتراك بين الموثقين بين القانونين الفرنسي و المغربي

حاولنا سلفا تقديم صورة حقيقية للإطار القانوني الذي ينظم الاشتراك بين الموثقين على ضوء القانون الفرنسي، بحيث خلصنا إلى أن المشرع الفرنسي ذهب في اتجاه تكريس فكرة إسناد المسؤولية الجنائية للشركة المدنية للموثقين، ثم كانت دراسة مفهوم المشاركة في القانون المغربي حتمية للوقوف على المستجد القانوني المرتبط بإبرام عقد المشاركة بين الموثقين. في هذا الإطار سنسعى إلى مقارنة اشتراك الموثقين بين القانونين الفرنسي و المغربي، ثم دراسة الآثار الناجمة عن اختيار بنية الاشتراك في القانونين الفرنسي و المغربي.

- **نطاق تطبيق الاشتراك بين الموثقين في القانونين الفرنسي و المغربي**

في فرنسا، أورد قانون رقم 29 نونبر1966 المتعلق بالشركات المدنية المهنية أصناف الشركات المدنية التي على ضوءها يمكن الإشتراك بين الموثقين، فكما أسلفنا الذكر أن الشركات المدنية المؤسسة من لدن الموثقين يمكن أن تكون في صورة شركات مدنية ذات مكتب واحد وشركات مدنية مهنية للموثقين، وكذلك شركات مدنية مقتصرة على الوسائل.

أما القانون المغربي الجديد المنظم لمهنة التوثيق الصادر سنة 2011 لم يشر بتاتا إلى نوع الشركة المدنية التي يمكن للموثقين تأسيسها، بل اقتصر على ذكر خصائص البنية التي يمكن على أساسها إبرام عقد المشاركة بين الموثقين، فمن بين مميزات تلك البنية نجد أن المشاركة بين الموثقين جاءت لتيسير عمل الموثقين فيما بينهم بناءا على الوسائل اللازمة لممارسة مهنتهم وإدارة وتسيير المكتب، ونخص بالذكر أن القانون رقم 32-09 جاء بمفهوم جديد على خلاف القانون الفرنسي وهو مفهوم المشاركة بين الموثقين، فاختيار ذلك المفهوم في نظرنا لم يكن اعتباطيا بل ينطوي على فكرة أساسية وهي أن المشاركة تتضمن الوسائل فقط دون الأنشطة الوظيفية للموثقين.

انطلاقا مما سبق يتبين لنا أن المشرع المغربي في القانون رقم 32-09 لم يتبنى موقف قانون الشركات المدنية المهنية الصادر في سنة 1966 بأخذه لنوع واحد من الاشتراك بين الموثقين ألا وهو الشركة المدنية المقتصرة على الوسائل.

- **الآثار الناجمة عن اختيار بنية الاشتراك في القانونيين الفرنسي و المغربي**

في فرنسا، فإن أول آثر ينتج عن اختيار الموثقين للشركة المدنية المهنية« société civile professionnelle» هو تحمل الشركة تبعات الأفعال الجرمية المقترفة من طرف ممثلها (الموثقين الشركاء) وذلك استنادا للمادة 121-2 من القانون الجنائي المعدلة بموجب قانون رقم 2004-204 بتاريخ 9 مارس 2004 الذي دخل حيز التنفيذ في 31 دجنبر 2005 في نفس السياق فإن الشركات المدنية المقتصرة

على الوسائل لا يمكن أن تتحمل تداعيات الأنشطة الجرمية المرتكبة من طرف الموثقين الشركاء لأن غرض إنشاء الشركة المدنية المقتصرة على الوسائل ليس الاشتراك في الوظيفة التوثيقية بين الموثقين بل تعاون في السبل و الآليات اللوجيستيكية لممارسة أفضل لمهنة التوثيق.

يلاحظ أن الشركات المدنية المهنية أثناء القيام بمهامها تتوفر على خاتم الشركة تقوم بالتأشير على كل المحررات و الوثائق التي تشهد عليها، بما فيهم العقود المبرمة، أما في القانون المغربي فإن اختيار البنية التي على ضوءها يمكن الاشتراك بين الموثقين لا تطرح أي إشكال خصوصا وأن القانون رقم 32-09 قد تبنى نوع واحد من الشركات المدنية للموثقين ألا وهي الشركة المدنية المقتصرة على الوسائل« société civile de moyens » ولو لم يتم التنصيص على عبارة الشركة المدنية المقتصرة على الوسائل في نفس القانون.

استنادا لما سبق يتعين القول أن القانون الفرنسي وسع من نطاق الاشتراك بين الموثقين على أساسين إثنين، الأول يكمن في كثرة الشركات المدنية للموثقين التي على ضوءها يمكن اشتراك الموثقين فيما بينهم، و الأساس الثاني قوامه مساءلة الشركة المدنية المهنية للموثقين وعدم جواز ترتيب المساءلة الجنائية على الشركات المدنية المقتصرة على الوسائل، هذا الأساس ما هي الأسباب التي تبرر اتخاذ المشرع المغربي فكرة المشاركة بين الموثقين و النتائج المترتبة عن تبني ذلك الموقف؟

2/ الإطار الخاص للمشاركة بين الموثقين في ظل القانون المغربي

بعد إستقرائنا لأهم الأسس التي اعتمد عليها القانونين الفرنسي و المغربي في إقامة فكرة اشتراك الموثقين و النتائج المترتبة عنها فيما يخص إمكانية ترتيب المسؤولية الجنائية على الشركات المدنية المهنية في فرنسا، وعدم جواز ترتيب تلك المسؤولية على الشركة المدنية المقتصرة على الوسائل بالمغرب، سنهتم في هذا النسق بتناول الأسباب المبررة لتبني مفهوم المشاركة بين الموثقين بالمغرب ، دون أن ننسى تحليل النتائج المترتبة عن اختيار توجه المشاركة بين الموثقين في نفس القانون.

1-2 الأسباب المبررة لتبني القانون المغربي فكرة المشاركة بين الموثقين

إن الخوض في مناقشة دواعي تبني المشرع المغربي للمشاركة بين الموثقين سيمكن لا محال من استنباط التوجه العام الذي سار عليه المشرع فيما يخص الاشتراك بين الموثقين وما مدى اقتباسه من المشرع الفرنسي للقواعد التي تحكم فكرة الاشتراك بين الموثقين، من هذا المنطلق سنتناول مبدأ شخصية العقوبة ، ثم سندرس مشاركة الموثقين في مكتب واحد.

- **مبدأ شخصية العقوبة في إطار مفهوم المشاركة بين الموثقين**

لم تكن إرادة المشرع المغربي في القانون رقم 32-09 متجهة لخلق إطار جديد يدمج كل الموثقين الساعين إلى الاشتراك فيما بينهم في إطار شركة مدنية يمكن مساءلتها مساءلة جنائية، بل كان الهدف من إدارج المشاركة بين الموثقين هو سن نظام جديد يسهل على الموثقين الذين يصعب عليهم تحمل أعباء المكتب بمفردهم، إلا أن مسؤولية كل موثق تبقى قائمة بالنظر للأفعال الجرمية المقترفة من كل موثق بصفة منفردة، وبالتالي نجد أن مبدأ شخصية العقوبة هي السائدة في القانون المغربي، ولا يمكن مساءلة الشركة المدنية المقتصرة على الوسائل « société civile de moyens » مساءلة جنائية.

- **المشاركة بين الموثقين في مكتب واحد**

أراد المشرع المغربي في القانون الجديد المنظم لمهنة التوثيق رقم 32-09 أن يحل بعض المشاكل التي تعترض الموثقين أثناء ممارستهم لمهامهم، على سبيل المثال، ارتفاع تكلفة تجهيز المكتب التوثيقي، غلاء ثمن كراء المحلات ذات الاستعمال المهني إلى غير ذلك من التكاليف التي تظل عبئا كبيرا على الموثقين الراغبين في ممارسة نشاطهم المهني، فالعلة هنا في إدراج المشاركة بين الموثقين تجد مناطها في تيسير ظروف الاشتغال بين الموثقين.

2-2 النتائج المترتبة عن اختيار مفهوم المشاركة بين الموثقين بالمغرب

تمت الإشارة آنفا إلى دواعي تبني المشرع المغربي لمفهوم المشاركة بين الموثقين، إلا أن تلك الدراسة تقتضي منا مناقشة ليس الأسباب فحسب بل استعراض النتائج المترتبة عن اتخاذ فكرة المشاركة بين الموثقين على مستوى توقيع العقوبة ، وكذلك إبراز إستحالة ترتيب المسؤولية الجنائية على الشخص المعنوي.

- **توقيع العقوبة على الموثق في إطار المشاركة بين الموثقين**

يمكن القول أن عقد المشاركة المبرم بين الموثقين يرتب أثرين اثنين: الأول المسؤولية الشخصية للموثق على الوثائق و العقود والمحررات المنجزة من لدنه والتي يتلقاها، أما الأثر الثاني يكمن في المسؤولية الشخصية للموثق فيما يخص حفظ أصول العقود وكل الوثائق التي بحوزته ومسك سجلاته وحفظها، وكنتيجة لترتيب تلك المسؤولية على الموثق فإن هذا الأخير يكون مسؤولا جنائيا على كل الإخلالات التي تطال العقود المبرمة من لدنه وكل هدر للعقود والسجلات الواجب عليه حفظها على هذا السبيل إختار المشرع المغربي في نظرنا مساءلة الموثق بشكل منفرد ولو في إطار المشاركة باستبعاده لفكرة مساءلة الشركة المدنية للموثقين لصعوبة تطبيق الجزاء الجنائي عليها ولكثرة التعقيدات التي ترافق مسطرة حل الشخص المعنوي هذا من جهة، ولا يجب إغفال السند الذي منحته الدولة للموثق من أجل إبرام العقود و الحفاظ على كل محرر يتلقاه، فالدولة عندما تفوض سلطتها للموثق باعتباره ممثلا للسلطة العمومية أرادت أن يتحمل هذا الأخير المسؤولية بشكل كامل مستندا في ذلك إلى أخلاقيات المهنة وإلى الأمانة والشرف الهادف إلى استقرار المعاملات داخل المجتمع.

- **استحالة مساءلة الشركة المدنية للموثقين مساءلة جنائية بالمغرب**

في معرض الحديث عن أشكال الشركات المدنية التي يمكن للموثقين تأسيسها بفرنسا، تطرقنا إلى أن الشركة المدنية المهنية يمكن أن تساءل مساءلة جنائية باعتبارها شخصا معنويا دون الشركات المدنية المقتصرة على الوسائل « société civile de moyens »، لكن المشرع المغربي اعتمد البنية السابقة للشركات كقاعدة عامة تحكم طبيعة الاشتراك بين الموثقين بالمغرب ومن هذا المنطلق اتخذ المشرع المغربي النسق السهل لاسناد المسؤولية الجنائية للشخص الذاتي "الموثق" دون الشخص المعنوي "الشركة المدنية".

نخلص في الأخير إلى فكرة جوهرية مفادها أن موقف المشرع المغربي ظل محتشما بالنظر للموقف الذي سار عليه المشرع الفرنسي فيما يتعلق بترتيب المسؤولية الجنائية على الشركة المدنية للموثقين.

مدى فعالية ضمانات التحكيم التجاري الدولي في تحقيق الحماية القضائية

وليد صالح أحمد عبد الرب

طالب باحث في سلك الدكتوراه، وحدة قانون الأعمال والاستثمار

كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة.

مقدمة:

أصبح اللجوء للتحكيم التجاري الدولي كتقنية قانونية لفض المنازعات التي تطرحها العقود التجارية الدولية، الخيار الإستراتيجي لمعظم الفاعلين في مجالها، وذلك لما تمتاز به هذه التقنية من عدة مزايا بالمقارنة مع القضاء من ناحية، ومن ناحية أخرى رغبة الفاعلين في التجارة الدولية في التحرر قدر الإمكان من القيود التي تتخلل مختلف النظم القانونية الوطنية والمتمثلة في تعقيد إجراءات التقاضي وبطئها وعدم تجاوب القوانين الوطنية مع متطلبات التعامل الدولي، كما أن اختصاص المحكم في النزاعات التجارية الدولية من خلال آلية التحكيم يرجع إلى كونه لا يرتبط بقانون اختصاص وطني يلزم باحترامه والتقيد به، فهو غالبا ما يجد حلولا للنزاعات التي تطرح عليه في العقود التجارية الدولية.

كما إن تزايد الإقبال على التحكيم في الآونة الأخيرة، كأسلوب لحسم المنازعات الخاصة الدولية، لاسيما في عقود التجارة الدولية، وازدياد الاهتمام به وتنظيمه سواء على صعيد التشريعات الوطنية أو على صعيد الاتفاقيات الدولية، لم يأت من العدم بل جاء نتيجة الضمانات التي يقدمها التحكيم هذا القضاء الخاص، حتى أضحى الطريق العادي لحسم منازعات التجارة الدولية. وتكمن أهمية التحكيم التجاري الدولي من خلال النظر إلى حجم التحديات التي تفرضها التحولات الاقتصادية على الساحة الدولية، نتيجة تطور العقود الدولية، وظهور عقود جديدة لم يكن للمنظومة الدولية سابق عهد بها، إضافة إلى رغبة أطراف التجارة الدولية في الحصول على حماية قضائية خاصة منبعها التحكيم التجاري الدولي، كقضاء أصيل للتجارة الدولية، وذلك لما يوفره هذا القضاء من ضمانات للتجار والتجارة الدولية على حد سواء.

ونظرا لما يحتله التحكيم التجاري الدولي من أهمية بالغة في التجارة الدولية، فإن التساؤل المطروح هو مدى فعالية ضمانات التحكيم التجاري الدولي في تحقيق الحماية القضائية؟، وللإجابة على هذا التساؤل سوف نتناول دور الضمانات المرتبطة بسلطة المحكم في تحقيق الحماية القضائية (المبحث الأول)، ثم الضمانات المرتبطة بمرونة مسطرة التحكيم (المبحث الثاني).

المبحث الأول: دور الضمانات المرتبطة بسلطة المحكم في تحقيق الحماية القضائية

يؤدي المحكم وظيفة القضاء بين الخصوم بحكم حاسم للنزاع يحوز حجية الأمر المقضي، وهذا هو جوهر الوظيفة القضائية وإن استندت مهمة المحكم في وجودها لاتفاق التحكيم، فالمحكم قاض ويعد كل ما يصدر حكما قضائيا[1]، كما يتميز التحكيم التجاري الدولي بميكانيزمات عديدة تساعد المحكم على إصدار حكم قضائي، يرمي إلى تحقيق العدالة والحماية القضائية في آن واحد. لذلك سنحاول معالجة الضمانات المرتبطة بسلطة المحكم وذلك من خلال عدم توفر المحكم على قانون اختصاص كضمانة لتحقيق عدالة خاصة (المطلب الأول) ودور السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحقيق الحماية القضائية (المطلب الثاني).

[1]. الحسين السالمي، حجية الحكم التحكيمي، مجلة القضاء والتشريع، العدد 5، السنة 74، ماي 2005، ص 79 وما بعدها.

المطلب الأول: عدم توفر المحكم على قانون اختصاص كضمانة لتحقيق عدالة خاصة

إن عدم توفر المحكم الدولي لقانون اختصاص، وعدم خضوعه لسيادة أي دولة، يجعل المحكم طليقا شيئا ما من التطبيق الحرفي للقواعد القانونية، إذ يسيطر على ذهن المحكم كيفية إصدار حكم قابل للتنفيذ، وإن غياب قانون القاضي بالنسبة له يجعله لا يحترم التراتبية القانونية، فالمحكم يصدر حكمه وفا للقواعد القانونية التي تجعله يشعر بفاعلية ما أصدره وعدالته[1]. ويعتمد في ذلك على مبادئ قانونية أساسية تتجسد في غياب قانون القاضي بالنسبة للمحكم (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى غياب نظام قانوني قاعدي للعقد الدولي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: غياب قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي

ويقصد بقانون القاضي (lex fori) مجموعة من القواعد التي تفرض على القاضي الوطني ليستخدمها في سبيل تحديده للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أي كل القواعد التي يشتمل عليها منهج تنازع القوانين في قانون دولة القاضي والتي تستخدم لحسم كل المشاكل القانونية التي يثيرها القانون الدولي الخاص للعقود [2]. وبناء عليه فإن قانون القاضي يتدخل ليرشد القاضي في إجرائه لعملية التكييف، وتحديده لقاعدة الإسناد وإعماله لمقتضى الدفع بالنظام العام، وفي استبعاده تطبيق القانون الأجنبي باسم الغش نحو القانون، بل وفي تطبيقه للقانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، وفي إعماله لمقتضى قوانين البوليس سواء في دولته أو تلك التابعة لدولة أجنبية، وكما هو واضح فإن مصدر قانون القاضي ينبع من وجود قانون يخضع له القاضي بحيث يأتمر بأوامره ويمتثل لنواهيه هذا القانون هو القانون الوطني لدولته التي يزاول مهمته باسمها[3]، وما يطرح هنا هو هل للمحكم الدولي قانون قاض خاص على غرار الذي يملكه القاضي الوطني ؟ هناك جانب من الفقه[4] يؤكد على أن المحكم الدولي يمتلك بالفعل قانون قاض، ولكن مختلف تماما عن قانون القاضي الوطني، وإذا كان القاضي الوطني يستمد اختصاصه من قبل الدولة التي أنشأته أو خلقته، فإن المحكم الدولي أيضا منشئه أو خالقه هم الأطراف في النزاع.

ومن تم فإن قانون القاضي أو قانون المحكم الدولي سيكون في المقام الأول، هو ذلك القانون الذي يحدد له صفته واختصاصه الأطراف، أي مجموعة الدلائل أو التوجهات التي يتضمنها اتفاق التحكيم المعد بواسطة الأطراف والتي لا تحدها حدود إلا المبادئ العامة للقانون، وفي المقام الثاني، عندما لا يتضمن اتفاق التحكيم القانون الواجب التطبيق فالمحكم يخضع لقواعد القانون الخاص الدولي والتي تعتبر بمثابة قانون اختصاصه[5]. ويتجسد ذلك عندما يطرح نزاع متعلق بعقد دولي أمام المحكم بغية حسمه، فإنه لا يمارس أي سلطة باسم أي دولة، ومن تم لا يفرض عليه تطبيق أي نظام قانوني وطني لحسم تنازع القوانين بالمشابهة مع ذلك النظام الذي يفرض على القاضي الوطني عندما يعرض ذات النزاع أمامه[6]. إلا أن هناك من الفقه[7] من يعترف بأن المحكم الدولي لا يملك قانون قاضي وطني، حيث يخضع المحكم في حسمه للنزاع للحلول العرفية الدولية، والتي تعد بمثابة قواعد قانونية حقيقية معدة بواسطة المنظمات المهنية،

---

[1]. وفاء طويله، ضمانات التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2008-2009، ص 61.

[2]. محمد طارق، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2007-2008، ص 92.

[3]. Frances Cakais (P R), conflits de Lois (principes généraux), Dalloz. Encylopédie juridique, 1982, p3.

[4]. Eisemann Frédéric, La lex fori de l'arbitrage commercial international, travaux du comité français de droit international privé, 1973/1975, anne 34/36, Dalloz 1977, p 195.

[5]. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، السنة الجامعية 1998، ص 625.

[6]. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة عمان، الجزء الخامس، 1997، ص 188-189.

[7]. Goldman Berthold, Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé cours de la Hays, 1963, Tome 109, n°II, p 384.

وهذه القواعد تتسم بالعمومية والتجريد فضلا عن كونها مصحوبة بجزاء ومن ثم فهي تشكل في تضافرها قانونا للعلاقات الاقتصادية الدولية يتخطى مشكلة تنازع القوانين، وهي بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي .

أما من الناحية الواقعية فتعترف أحكام التحكيم الدولية على أن المحكم الدولي لا يمتلك قانون القاضي، وذلك تأسيسا على أن المحكم يسعى دائما إلى إيجاد الحلول الذاتية التي تلاءم معاملات وعقود التجارة الدولية عن طريق إرساء بعض العادات والقواعد التي لا نظير لها في الأنظمة والقوانين الوطنية، وذلك تجاوبا مع مقتضيات وضرورات المعاملات التجارية الدولية[1]. فالمحكم عندما لا يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، يكون أمام عقد بدون قانون والذي لا يخضع حسمه لأي قاعدة قانونية، ويكون القانون الذي سيطبقه المحكم على العقد هو قانون المحكم أي عدالته الخاصة التي لا تعتمد على قواعد قانونية بالمعنى الفني لهذا المصطلح، وذلك تأسيسا على أن الأطراف باختيارهم حسم منازعاتهم أمام محكم لم يحددوا له القانون الذي يتعين عليه تطبيقه، يكونون قد خلصوا العقد من الخضوع للقانون الواجب التطبيق عليه (عادة) وإخضاعه في ذات الوقت للقواعد التي يبتدعها المحكم بنفسه[2].

الفقرة الثانية : غياب نظام قانوني قاعدي للعقد الدولي أمام المحكم

أبرز المبادئ التي يقوم عليها نظام التحكيم التجاري الدولي في مجال العقود التجارية الدولية، نجد غياب نظام قانوني قاعدي للعقد الدولي أمام المحكم، فسبب وجوده هو وجوب البحث عن نظام قانوني ثابت لا يتغير ولا يختلف من حالة إلى أخرى، مهمته تبرير أصول العقد الدولي، ومنه يستمد العقد أسسه وقوته الملزمة بغض النظر عن أحكام القانون الواجب التطبيق عليه، سواء المحدد عن طريق اختيار الأطراف مباشرة أو بناء على إشارة من قاعدة إسناد موضوعية في قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع، وهذا ما يطلق عليه النظام القانوني القاعدي للعقد الدولي[3]. وقد أكد الفقه غياب النظام القانوني القاعدي للعقد الدولي أمام القاضي الوطني، لكون العقد الدولي يجد مصدر قانونيته في أنظمة كل الدول، التي يحتمل أن تكون محاكمها مدعوة لأن تصدر قرارا في شأن هذه العلاقة، وأن الدعوة بوجود نظام قانوني للعقد الدولي قاعدة كانت تهدف بصفة أساسية إلى تدويل العقد بهدف الهروب من أحكام القوانين الوطنية، التي تحاول ضبط هيمنة الأطراف الأقوياء في العقود الدولية، ومن تم تكريس الاختلال الواقعي الذي يصيب توازن العقود الدولية[4]. وفي إطار العقود الدولية التي تطرح منازعاتها أمام المحكم، وعند غياب القانون المختار من قبل الأطراف على هذه العقود، ومع غياب نظام قانوني قاعدي للعقد الدولي، وغياب قانون القاضي بالنسبة للمحكم، يكون هذا الأخير حرا في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث يطبق قانون الدولة (أ) أو (ب) أو (ج) حسب اختياره بل قد يجمع بين قواعد مستمدة من نظامين قانونيين مختلفين أو قد يلجأ إلى قواعد لا تمت بصلة إلى أي نظام قانوني وطني. فللمحكم سلطة ليخلق قانون يصلح أن ينطبق على منازعات العقد الدولي، تأسيسا على أن العقد الذي ينظره هو عقد بدون قانون، فالمحكم هو الذي يقترح حلولا واقعية في إطار النزاع الذي يخضع له، مع إدراك ما يوجبه قانون التجارة الدولية، وهو بهذا يخلق مبادئ هذا القانون ويؤسس نظاما عاما حقيقيا له[5] . ويستمد هذه السلطة من مبدأ غياب نظام قانوني قاعدي للعقد، ويظهر هذا بوضوح في المنازعات التي تنشأ حول عقود بيع الغلال، حيث يقوم المحكم بدور المشرع ويتدخل لتعديل القواعد التي أقرتها المنظمات المهنية في العقود التجارية الدولية النموذجية، وذلك بهدف إيجاد حل مناسب للنزاع

[1] . علي تبريتي، المحكم الدولي ما بين القواعد القانونية الوطنية والقواعد الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية_ سلا، العام الجامعي2006-2007، ص 136.

[2] . أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 227.

[3] . سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 211.

[4] . محمد بوزلافة، الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية 2001-2002، ص 146.

[5] . محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، السنة الجامعية 1997، ص 273.

المعروض، ومع الزمن تندمج اجتهادات المحكمين عبر آليات العمل التجاري الدولي . وتحوز العمومية والديمومة . عن طريق التعاون بين المنظمات المهنية ومؤسسات التحكيم[1] .

المطلب الثاني: دور السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحقيق الحماية القضائية

القاعدة العامة في عقود التجارة الدولية هي خضوعها لقانون الإرادة، أي القانون الذي يختاره الأطراف، احتراما لمبدأ سلطان الإرادة الذي استقر في فقه القانون الدولي الخاص في نهاية القرن 19، وإذا كان الفقه قبل ذلك[2] يسند العقود لقانون بلد الإبرام أو بلد تنفيذه، إلا أن السلطات التي يتمتع بها المحكم تعطيه الحق في استبعاد القانون المختار من قبل لأطراف[3]، إما لقصوره، أو لعدم ملاءمته لخصوصيات العقد الدولي. وتبرز السلطة التقديرية للمحكم ويتسع مجالها في تعيين القواعد التي تحكم موضوع النزاع عند سكوت الأطراف عن تعيين قانون العقد أو الإشارة إليه في عباراته، بحيث يضطلع بمهمة تحديد القانون ويتصدى لمشكلة سكوت الأطراف عن ذلك.

ولمحاولة إبراز دور السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحقيق الحماية القضائية، يقتضي معالجته من زاويتين: من خلال سلطة المحكم في تحديد القانوني الواجب التطبيق (الفقرة الأولى)، ومن خلال دور المحكم في تكملة العقد وتعديله (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: سلطة المحكم إزاء القانون الواجب التطبيق

في ظل غياب الإرادة الصريحة للخصوم في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، فإنه يقع على عاتق المحكم أن يتصدى إلى هذه المشكلة حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في البحث عن هذا القانون[4]. فالمحكم الدولي . خلافا للقاضي الوطني . غير مقيد بقانون محلي أي أنه ليس له قانون اختصاص، فهو لا يصدر قراره باسم هذه الدولة أو تلك، ومن ثم فهو لا يخضع لسيادة أي دولة حتى ولو كانت هي أو أحد رعاياها طرفا في المنازعة التي تطرح على التحكيم[5]. وقد أكدت تلك الحقيقة الكثير من قرارات التحكيم التجاري الدولي، حيث قررت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية أن المحكم الدولي لا يملك تحت تصرفه قانون اختصاص يستطيع من خلاله تطبيق قواعد تنازع القوانين، وفي هذا الصدد يرى الفقه الغالب أن المحكم يلعب دورا مهما في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بالإضافة إلى دوره في استظهار الإرادة الضمنية لأطراف النزاع كما له دورا مستقلا منحته إياه النصوص التشريعية والدولية عند غياب إرادة الأطراف[6]، لذا لاحظ بعض الفقه أن حرية المحكم تتسع بمقدار سكوت الأطراف عن بيان القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع[7].

وقد حرصت الاتفاقيات الدولية على وضع نظام استرشادي للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، كاتفاقية جنيف بشأن التحكيم التجاري الدولي 21 أبريل 1961، حيث نصت مادتها السابعة على وجوب تطبيق المحكم للقانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها ملائمة في حالة عدم تحديد طرفي النزاع, إلا أن غياب قانون القاضي للمحكم يظهر أن تطبيقه لقواعد التنازع لا يعدو أن يكون سوى ترجيح لأحد القوانين الوطنية على الآخر. كما نصت المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم 1985 في فقرتها الأولى والثانية على: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما يجب أن يأخذ على أنه إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق

---

[1] . محمد محسوب عبد المجيد درويش، قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 692.

[2] - Eric Robine, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, seconde édition, (L.G.D.Y), mai 1994, p 80.

[3] - الطراسي قاسم، وضعية قاعدة الإسناد أمام المحكم الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق سلا، 2006-2007 ، ص 25.

[4] . محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادي، 2008، ص 213.

[5] . أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، 2006، ص 539.

[6] . أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مقال منشور في مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد 1، 2 لسنة 1993، ص 195.

[7] . حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 354.

الأطراف صراحة على خلاف ذلك، وإذا لم يعين الطرفان أية قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد التنازع التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق".[1]

كما نصت المادة 33 من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي سنة 1976 في فقرتها الأولى على: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانوني الذي يعينه الطرفان، فإذا لم يتفق على تعيين هذا القانون وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانوني الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها الواجبة التطبيق". يتضح من خلال الاتفاقيتين السابقتين أن للمحكم سلطة تقديرية في تحديد القاعدة الملاءمة، لكن ما المقصود بهاته القاعدة أو القانون الملاءم؟، فالمحكم ملزم بفحص مختلف عناصر العقد لتحديد القانون الذي له علاقة وطيدة بموضوع النزاع. لقد تعددت الآراء الفقهية بهذا الخصوص، فهناك اتجاه يدعو إلى إعمال قواعد التنازع للدولة التي يحمل جنسيتها أو التي يقيم بها إقامة دائمة، باعتبار أن المحكم الدولي سوف يكون أكثر إلماما بهذا القانون، واتجاه يدعو إلى إعمال قواعد التنازع للدولة التي يجري فيها تنفيذ القرار التحكيمي، انطلاقا من الرغبة التي تحد وتسيطر على ذهن المحكم الدولي والمتمثلة في ضمان المستقبل التنفيذي للحكم التحكيمي، واتجاه آخر يدعو إلى توحيد القانون الذي يحكم موضوع النزاع مع القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، تفسيرا للإرادة الضمنية للأطراف، واتجاه آخر يدعو إلى إعمال قواعد تنازع القوانين لدولة مقر التحكيم[2]. انطلاقا مما سبق يتضح أن جل الاتجاهات الفقهية تبقى داخل إطار واحد وهو منهج تنازع القوانين، مما يعني أن الإشكالات التي رغب الأطراف في تجاوزها باختيارهم قضاء التحكيم التجاري الدولي ستبقى مطروحة، لأن قاعدة التنازع سوف تعين أو تشير إلى قانون وطني لا محالة، وهذا ما قد يفرغ التحكيم من محتواه، فأساس لجوء الأطراف إلى هذا الأخير، هو تخوفهم ورغبتهم في عدم الخضوع للقضاء وللقانون الوطنيين، لذلك فهم باختيارهم لقضاء التحكيم التجاري الدولي، تحدوهم رغبة دفينة في القضاء على هذا التخوف قصد تحقيق الأمان، باعتباره ذلك الهاجس النفسي الذي يسعى إليه كل طرف. ولا شك أن ظهور المنهج الموضوعي جاء لمواجهة القصور الذي يعانيه المنهج التقليدي، الذي لم يعد يواكب التطور الذي طال مجال المعاملات الخاصة الدولية، هذا التطور أملته التغييرات العميقة التي طالت هذا المجال، والتي أسهمت في ظهور قواعد جديدة من أجل تجاوز سلبيات المنهج التنازعي،[3] وتلاؤم مع خصوصيات المعاملات التجارية الدولية.

كما إن أساس تطبيق المحكم للقواعد الموضوعية مستمد أولا من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص،[4] ويرى هذا الاتجاه أن المحكم له قانون خاص به، وهو قانون عبر دولي متكون من مجموعة من المبادئ العامة، والمحكم يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية بوصفها قانون اختصاصه، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، أي أن مجرد إدراج الأطراف لشرط التحكيم في العقد يعني القبول الضمني للقانون الموضوعي، لأن المحكم الدولي له سلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، وتقييدها بالتحديد الصريح للأطراف[5]. وسارت اتفاقية فيينا 1980، على نفس المنوال من خلال مادتها 90، التي جاء فيها: "يتعين تطبيق الأعراف والعادات الأكثر شيوعا والمراعاة بانتظام في التجارة الدولية من قبل الأطراف في الحالات المماثلة السارية في نفس نوع التجارة". كما أكدت السوابق التحكيمية على ضرورة التطبيق المباشر لعادات وأعراف التجارة الدولية على العلاقات الخاصة الدولية، لاسيما عند سكوت الأطراف عن هذا الاختيار، أو عند نص الأطراف على ذلك صراحة.[6]

---

[1] - صوفية دينار، السلطة التقديرية للمحكم الدولي إزاء القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق سلا، 2006– 2007، ص 39.

[2] - أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 150 وما بعدها.

[3] - محمد بوزلافة، الحماية القانونية المتعاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 106.

[4] - محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص277.

[5] - Yves Derains, l'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, revue de l'arbitrage, N°3, 1996, p 379.

[6] - محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 282.

الفقرة الثانية: دور المحكم في تكملة العقد وتعديله

قد يحدث عند إبرام العقد الدولي أن الأطراف لا يستطيعون أن يضمنوا اتفاقهم كافة الاشتراطات المتعلقة به، فيثور النزاع حول هذا العقد ويعرض على التحكيم للفصل فيه، فيكون الباب مفتوحا أمام المحكم لتكملة العقد أو تعديله من النقائص التي تشوبه، غير أن مسألة تكملة العقد وتعديله من قبل المحكم لا تزال محل نقاش وجدل بين الفقه:

فيما يخص تكملة العقد، فيرى جانب من الفقه أنه ليس ثمة ما يمنع المحكم من تكملة ثغرات العقد سواء أكانت هذه الثغرات أولية أو طارئة وعلى الأخص عند عدم الاتفاق على تكملتها، فلا يكون أمام المحكم من سبيل سوى الاجتهاد المباشر من خلال النظر في طبيعة المعاملة موضوع العقد، لأن طبيعة المعاملة قد تفرض وجود التزام لم يتعرض له المتعاقدان[1]. وفي نفس السياق يرى بعض الفقه أن المحكم ملزم باحترام العقد، إلا أنه في حالة إغفال الأطراف تحديد الطريقة التي يملأ بها الفراغات الموجودة في العقد، يعطي للمحكم الحق في وضع حد لهذا الخلاف عن طريق سد هذا الفراغ[2]. وفي هذا الصدد اختلف الفقه حول مجال اختصاص المحكم في ملأ الفراغات الموجودة في العقد فمنهم من يرى أن المحكم لا يتدخل إذا كان الفراغ ثانويا لا يمس بصحة العقد، في حين يرى جانب آخر من الفقه أن المحكم يمكنه أن يتدخل حتى ولو كان هذا الفراغ ثانونيا[3]. إلا أن الاتجاه السائد في قضاء التحكيم يتجه إلى تكريس مبدأ احتفاظ المحكم بسلطاته في مجال تكملة العقود الدولية من النقائص التي قد تشوبها، إذ يفضل ثبات العقود الطويلة المدى لتحصين العمليات التجارية الدولية ضد تغير الظروف[4]، حيث أصبح المحكم يقوم بدور فعال في تكملة العقود التجارية الدولية، وأصبح التحكيم الدولي هو المجال الذي يجد المحكم فيه المرتع الخصب لممارسة هذه السلطة أو الدور.

أما فيما يخص دور المحكم في تعديل العقد، فيقصد به إدخال بعض التغييرات سواء بإضافة شروط جديدة، أو حذف أخرى لم تعد ملاءمة، ويحتل تعديل التزامات الأطراف التعاقدية أو إعادة التفاوض بشأنها جانبا هاما من المنازعات التي تعرض على المحكم، وبصفة خاصة في المنازعات المرتبطة بالعقود الطويلة المدى، وما يطرأ أثناء تنفيذها من عقبات أو ظروف تستوجب تعديل العقد للوصول إلى شروط ملاءمة للتغيرات المستجدة[5]. إن احتكام الطرف المتضرر لقضاء التحكيم، لن يحقق نتائج كبيرة بغياب شرط يسمح للمحكم بتعديل شروط العقد في حالة التغير في الظروف، لأن قضاء التحكيم يعطي أولوية لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويرفض تعديل العقد حتى ولو تغيرت ظروف تنفيذه بشكل سبب ضررا لأحد المتعاقدين، لأن الأصل في قضاء التحكيم أن المتعاملين في التجارة الدولية على علم ودراية، أو من المفروض أن يكون كذلك، بالمخاطر التي تحيط بعقدهم وأنهم يستطيعون حماية أنفسهم ضد التغيرات التي قد تحدث في الظروف بإدراج ما يشاءون من الشروط في عقدهم[6]. لذا يمكن منح المحكم سلطة تعديل الالتزامات التعاقدية في حالتين:

الحالة الأولى: عند وجود نص في العقد، أي تضمين العقد شرط يسمح بمراجعته وإعادة التفاوض بشأنه، محددا الظروف التي تستوجب إجراء هذا التعديل، والمدة التي يجوز بمرورها مراجعة شروط العقد، وما إذا كان يكتفي بمراعاة هذه الظروف أم مراجعة كافة شروط العقد وإعادة صياغتها من جديد تحقيقا لتوازن العقد،[7] أو أي اتفاق لاحق يجيز ذلك ص صراحة.

---

[1]. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 310.

[2]. Eric Robine, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, op.cit, P516.

[3]. charles jarrosson, la notion d'arbitrage, LGDJ Paris, 1987, P297.

[4]. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص311.

[5] - هدى مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 297.

[6]. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة وإعاة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 453.

[7] - عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 151.

الحالة الثانية: هي اتفاق الخصوم على وجود نزاع بشأن الشروط التعاقدية يستوجب حسمه، ومنح المحكم سلطة مراجعة شروط العقد.

ولقد ثار خلاف في أوساط الفقه حول سلطة المحكم في تعديل العقد فذهب اتجاه إلى منح المحكم سلطة تعديل العقد، فيرى أن العقد يستند إلى الإرادة الفردية وبالتالي فإن المحكم بالصلح يتلقى من أطراف العقد السلطات التي يملكونها، وبالتالي يمكنه أن يتدخل لتعديل العقد[1].

ويضيف جانب آخر من الفقه أن الغالب في العمل أن يكون بنيان العقد ومضمونه هما الهدف المحرك للمحكم عندما يختل هذا البنيان أو يتأثر هذا المضمون بظروف غير متوقعة من الأطراف عند إبرامه، إذ يعمل المحكم عندئذ على إعادة التوازن الاقتصادي الأصلي الذي كان عليه الأطراف وقت التعاقد[2]. وعلى الرغم لما جاء به هذا الاتجاه الذي يعتد بدور المحكم وسلطته في تعديل العقد حفاظا على مبدأ التوازن في العقد وتحقيقا للعدالة، فإنه لم يسلم من سهام النقد، حيث يرى جانب من الفقه أن هذه السلطة الممنوحة للمحكم تتنكر لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ويهدر مبدأ سلطان الإرادة، وقد يؤدي إلى تغيير العقد تغييرا كليا يجعل منه عقدا آخر غير العقد الأصلي محل النزاع، وبالتالي فإن استخدام هذه السلطة سيؤدي إلى نتيجة خطيرة وهي تحريف العقد[3].

وترتيبا على ما سبق يمكن القول بأن المحكم يتقيد بحدود التفويض الذي يمنحه له الخصوم، ما لم يوجد اتفاق سابق بين الأطراف على تخويله سلطة التعديل، ونرى أن هذا الاتجاه هو الأقرب إلى الصواب، لأنه ينبغي أن يسمح للمحكم بالتعديل احتراما لطبيعة العلاقات الخاصة الدولية، التي تقتضي مبادئ وأفكار قانونية كثيرة تختلف في طبيعتها عن المبادئ والقواعد المطبقة في المعاملات الداخلية.

المبحث الثاني: الضمانات المرتبطة بمرونة مسطرة التحكيم

يمتاز التحكيم ببساطة الإجراءات، حيث تتمتع هيئة التحكيم بحرية أوسع مقارنة مع القضاء، في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي، مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها، وتقديم البيانات، والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك، وهو في كل هذه الأمور يبتعد عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان أمام القضاء طويلة ولا فائدة منها، سوى التقييد بحرفية النصوص القانونية الخاصة بالإجراءات[4]. ويتمتع التحكيم بضمانات مرتبطة بمرونة مسطرة التحكيم تجعله قادرا على التأقلم والتلاؤم بصورة فعالة وسريعة وبسيطة في نفس الوقت مع طبيعة النزاعات المعروضة، التي تتميز بالاختلاف والتنوع والتعقيد، فالتحكيم يعمل على ملائمة المساطر المعتمدة لحل النزاع للاستجابة للطبيعة الخاصة النزاعات التجارة الدولية.

وتتجلى هذه الضمانات على مستوى خصوصيات مسطرة التحكيم (المطلب الأول) و على مستوى مرونة الإجراءات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضمانات المرتبطة بخصوصيات مسطرة التحكيم

يتميز التحكيم التجاري الدولي بمجموعة من الخصوصيات تدفع الأفراد المتعاملة على صعيد التجارة الدولية إلى تفضيل اللجوء إليه كبديل عن قضاء الدولة لحل المنازعات المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، وتتمثل هذه الخصوصيات في سرعة الفصل في النزاع كضمانة لتحقيق حماية قضائية فعالة (الفقرة الأولى)، وضمان سرية الجلسات في التجارة الدولية (الفقرة الثانية).

---

[1]. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 257.

[2]. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 428.

[3]. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 430.

[4]- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 9.

الفقرة الأولى: سرعة الفصل في النزاع كضمانة لتحقيق حماية قضائية فعالة

تعتبر السرعة أهم ضمانة يقدمها نظام التحكيم لأشخاص التجارة الدولية، هذه الأخيرة التي لا تتوافر عادة في النظم القضائية العادية التي تستلزم مجموعة من القواعد الشكلية والإجرائية المعقدة والتي لا يمكن الإفلات منها، وإذا كان استيفاء تلك الإجراءات قد لا يستغرق وقتا في الوضع العادي، إلا أن مماطلة الخصوم قد تطيل الوقت إلى درجة يمكن أن تنتهي معها الخصومة بعد وقت طويل وبالتالي تضيع العدالة والحماية المنشودة للحقوق[1]. فمثلا في عقود الاستثمارات الدولية، تكون هناك استثمارات ومبالغ نقدية كبيرة ومجمدة في انتظار صدور حكم القضاء، مما يتسبب في خسائر محققة نتيجة تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في النزاعات بشأنها، لذلك يفضل المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة[2]. فالأطراف المتعاملة على صعيد التجارة الدولية، والتي تتعامل بالملايين من الدولارات، ويعنيها في المقام الأول أن تحسم الخلافات القائمة بينها في أسرع وقت ممكن، لذلك تفضل اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من عدالة إجرائية سريعة وذلك راجع إلى عاملين، الأول هو إلزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين، يحدده الأطراف كأصل عام، فقوانين التحكيم ولوائحه ومواثيقه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم عند إصدار قراره، بل وتسمح للأطراف بتعديل هذه المدة باتفاقهم على التحكيم، ويفقد المحكم سلطاته بعد انتهائها، أما العامل الثاني يتعلق بأن التحكيم نظام للتقاضي من درجة واحدة، فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية مع إمكانية رفع دعوى البطلان بشأنه وللأسباب الواردة حصرا في القانون، مع مراعاة أن الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام[3]. إن عامل السرعة من العوامل الهامة في تنفيذ المعاملات التجارية الداخلية والدولية التي تتأثر بتقلبات أسعار الصرف[4]، ويعزى هذا العامل إلى أن المحكمين يكرسون جل وقتهم للفصل في النزاع الماثل أمامهم، كما أن إجراءات الفصل في الأخير تكون أكثر تبسيطا من تلك المتبعة أمام القضاء الوطني، الأمر الذي يؤدي على الحصول على عدالة خاصة وسريعة[5].

ولقد حرصت غالبية النظم القانونية، التي تعنى بالتحكيم التجاري الدولي، على وجوب حسم النزاع المعني في فترة زمنية قصيرة أقصاها ستة أشهر من تاريخ توقيع الخصوم على وثائق التحكيم، علاوة على ذلك فإن هيئة التحكيم تكون ملزمة بحسم النزاع خلال مدة التحكيم القانونية أو المتفق عليها، بخلاف القاضي الذي يبقى رهينا بمجموعة من القضايا المعروضة عليه[6]. ودرءا لكل تماطل فقد حرصت المؤسسات التحكيمية سد الطريق على الأشخاص الذين يتماطلون في الإجراءات بغية كسبا الوقت، بتحديد مدد معينة يتوجب صدور الحكم فيها، وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 18 من نظام تحكيم الغرفة التجارية بباريس " من وجوب صدور الحكم خلال ستة أشهر من تاريخ توقيع الوثائق التحكيمية "، وكذلك نجد المادة السابعة من لائحة مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري التي تنص على " أنه يتعين على هيئة التحكيم أن تصدر قرارها خلال مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ استلام المهمة، ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول"، والغاية من إقرار هذه النصوص هو تحقيق سرعة الفصل في النزاعات، هذه السرعة التي تنسجم مع خصوصيات التجارة الدولية التي لا تتحمل بطء وتعقيدات إجراءات التقاضي أمام محاكم الدولة[7]. لذلك تبقى مرونة وسرعة الفصل في النزاعات التي يتميز بها نظام التحكيم التجاري الدولي من العوامل المشجعة والمحفزة على اللجوء إليه، كآلية فعالة لتسوية منازعات العقود التجارية الدولية.

---

[1] . عكاشة عبد العال ومصطفى الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 60.

[2] . بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص350.

[3] . حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 13.

[4] . ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994: دراسة مقارنة بين اتفاقية نيويورك، القانون الفرنسي، القانون النموذجي، الشريعة الإسلامية، والتشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 72.

[5] . هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، دراسة تفصيلية مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005 ، ص 32.

[6] . عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، 1998، ص8.

[7] . أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، 1993، ص 23.

الفقرة الثانية: ضمانة سرية الجلسات في التجارة الدولية

من أهم المسائل التي يحرص عليها الأطراف المتعاقدة، خاصة في مجال التجارة الدولية، هي السرية، حيث يتمتع نظام التحكيم بهذه الميزة التي تجعل المتعاملين في مجال التجارة الدولية يفضلون الالتجاء إليه[1]، وإذا كانت العلانية من أهم الضمانات القضائية، فإن السرية هي أهم ضمانات التحكيم، فإعمال مبدأ العلانية بالنسبة للتحكيم يعني وضع حد للعلاقات خاصة في مجال التجارة الدولية[2]. وعادة ما يحرص أطراف عقود التجارة الدولية على سرية ما تتضمنه هذه العقود من شروط خاصة في عقود نقل التقنية أو تراخيص استغلال براءات الاختراع[3]، وما تتضمنه من كشف الأسرار الصناعية ومعرفتها وخاصة عندما تكون هذه العقود لا تتمتع بحماية قانونية، لذلك يعتمد مالكها على الكتمان وإحاطتها بسياج من السرية عن طريق الاتفاق وما يتضمنه من شروط تهدف إلى تشديد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات[4].

فالسرية التي تجري بها إجراءات التحكيم تتفق ومقتضيات التجارة الدولية إذ كثيرا ما تتضمن العقود التجارية الدولية أسرارا يحرص المتعاملون على عدم الكشف عنها، كما هو الحال في حقوق نقل التكنولوجيا خاصة تلك التي ترد على المعرفة الفنية التي تشكل اليوم الجانب الأكثر أهمية من الجوانب التكنولوجية للمشروعات الكبرى والتي يعني الكشف عن سريتها فقدانها لأهميتها الاقتصادية[5]. وتزداد الأمور تعقيدا حينما يرغب أحد الأطراف في الكشف عن المعلومات كحجة للإثبات أثناء النزاع، لكنه يرفض في مقابل ذلك أن يتم تمكين الطرف الآخر منها لطابعها السري بالنسبة له، وهذه المسألة تتعارض مع مبدأ وجاهية وحقوق الدفاع، فيجد المحكم نفسه في حيرة من أمره أو بالأحرى بين موقفين متناقضين، الحفاظ على السرية والحفاظ على حقوق الدفاع، فيستعمل سلطته التقديرية، التي يعمد من خلالها على الموازنة بين هذين المبدأين، أو التضحية بأحد المبدأين على حساب الآخر[6]. ومع إن العلانية في القضاء العادي تعتبر ضمانة للعدالة، إلا أنها تنقلب سلبيا على التجار ورجال الأعمال والمستثمرين، إذا كان من شأنها إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقيات خاصة يحرصون على إبقائها سرا مكتوما، وهو ما يدفع التجار والمستثمرين إلى تفضيل خسارة دعواهم على أن تكشف أسرار تجارية أو صناعية، حيث تمثل في نظرهم قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضلون من أجله في الدعوى[7]. ونظرا للأهمية التي يكتسيها هذا المبدأ فقد كرسته معظم المواثيق الدولية التي نظمت التحكيم التجاري الدولي[8]، وهو ما نصت عليه المادة 4/22 من لائحة إجراءات التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون الخليجي لعام 1994، وكذلك المادة 3/28 من قواعد الأونسيترال للتحكيم على أن تكون جلسات المرافعة الشفوية وسماع الشهود مغلقة، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. وأثناء سير الإجراءات تعتبر كل المعلومات المقدمة من الأطراف طالبي التوفيق أو التحكيم سرية، ويجب على من اطلع عليها بحكم وظيفته عدم إفشاء ما فيها إلا بموافقة الطرفين أو بطلب من جهة قضائية مختصة. كما أكدت المادة 7/20 من لائحة غرفة التجارة الدولية في باريس على مبدأ سرية جلسات التحكيم، والمادة 35 من لائحة المؤسسة الأمريكية للتحكيم والمادتان 73 و 76 من لائحة المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية.

وما يلاحظ أن التجار يحرصون دائما على المحافظة على أسرار التجارة والصناعة بمختلف أنواعها و حفظها وعدم إفشائها لأقصى درجة ممكنة، وذلك لن يتحقق لهم إلا من خلال التحكيم[9]. وبما أن منازعات التجارة الدولية تقوم على مجموعة من العناصر تتصل بحجم الأعمال والمركز المالي للمشروع، وخططه المستقبلية، فإن أصحاب المشروعات يعتبرون أن كل المعلومات والبيانات المتعلقة

---

[1] . عمران علي السائح، أهمية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مقال منشور في مجلة جامعة الزيتونة ليبيا، العدد الثاني، 2012، ص 37.

[2] - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 3.

[3] - مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 13.

[4] - محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 259.

[5] . محمد شعيبي، التحكيم التجاري الدولي في ميزان، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتنمية، العدد 34، 1994، ص 131.

[6] . وفاء طويله، ضمانات التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 79.

[7] - ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 65.

[8] - Jean-Louis. Dévolue, vraies et fausses confidences ou les petites et les grands secrets de l'arbitrage, revue de l'arbitrage arabe, 1996, p373.

[9] - هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 66.

بتلك العناصر أمورا سرية ينبغي أن تظل طي الكتمان، وإفشاؤها يرتب أبلغ الأضرار بهم في مجال المنافسة الدولية، بل أكثر من ذلك هناك من المعاملات الدولية ما يعتبر سرية بياناتها ومفاوضاتها هي كل رأسمالها، كعقود نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية في مجالات تصنيع الدواء وتصميم وتصنيع الأقمار الصناعية، ونظم الحاسبات الالكترونية ومعالجة البيانات آليا وتخزينها في بنوك المعلومات[1]. ومن هذا المنطلق فعنصر السرية يعتبر عنصرا أساسيا وقاعدة جوهرية في التحكيم المتعلق بنزاعات العقود التجارية الدولية، وهذه القاعدة لا يتم احترامها فقط من طرف المحكمين، بل حتى مستشاري الأطراف يلتزمون بالسر المهني، وكذلك من طرف مؤسسات التحكيم، كل هؤلاء يعملون على ضمان هذه السرية، فيكون التحكيم هو الملاذ التي يحفظ أسرارهم وسمعتهم، ويظهر ذلك جليا طيلة مراحل التحكيم في العقود التجارية الدولية.

المطلب الثاني: الضمانات المرتبطة بمرونة الإجراءات

تتمتع إجراءات التحكيم بأهمية خاصة، إذ يتوقف نجاح نظام التحكيم أو إخفاقه على مدى سلامة إجراءات التحكيم المتبعة للنظر في الدعوى التحكيمية والفصل فيها، إذ تعتبر هذه الإجراءات بمثابة العمود الفقري لنظام التحكيم، وهي السياج الذي يضمن شرعيته، حيث أن مراعاة هذه الإجراءات على نحو صحيح من شأنه الوصول إلى حكم يكون بمنأى عن الطعن فيه، وبالتالي يكون قابلا للاعتراف به وتنفيذه[2]. وتتميز إجراءات خصومة التحكيم بالمرونة والسهولة واليسر، وذلك ما يظهر بوضوح على مستوى مرحلة التحقيق (الفقرة الأولى)، ونظرا لكون التحكيم يقدم عدالة حقيقية، فأدنى شيء يمكن للمحكم الالتزام به، هو ضمان الحد الأدنى من ضمانات التقاضي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المرونة على مستوى مرحلة التحقيق

إعمالا للأهداف المبتغاة من تنظيم التحكيم كوسيلة سلمية لفض المنازعات بعيدا عن التعقيدات والشكليات، وحفاظا على روابط المحبة وسرية المعاملات، فالقاعدة العامة هي إعفاء المحكم من التقيد بالقواعد الإجرائية التي يتقيد بها القاضي الوطني، ولما كان التحكيم إرادي النشأة فإن إرادة الأطراف هي التي تحدد قواعد المرونة التي تتمتع بها هذه الإجراءات التي من شأنها توفير ضمانات التقاضي.

وبخصوص نشأة خصومة التحكيم، تبتدئ خصومة التحكيم باتخاذ أي إجراء من الإجراءات، كحضور كل الأطراف أمام هيئة التحكيم، وذلك في حال ما إذا كانت هناك مشارطة تحكيم وتم تعيين المحكمين[3]، كما تنشأ بمباشرة الإعلان من أحد الخصوم لدعوة الطرف الآخر للمثول أمام هيئة التحكيم بعد وقوع النزاع[4]. وتتجلى أهمية تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم من عدة زوايا فمن جهة فإن تحديد وقت بدء الإجراءات يعني تحديد الوقت تعتبر قد رفعت فيه الدعوى بالنزاع أمام هيئة التحكيم، وذلك بتقديم المدعي طلب التحكيم إلى تلك الهيئة، ويتعين على هذه الأخيرة إخطار المدعى عليه بهذا الطلب في مدة زمنية محددة ويتعين على الطرف المطلوب التحكيم ضده الرد على طلب الطرف الأول[5]. ومن جهة أخرى فإن تحديد وقت بدء الإجراءات يبدو مهما في ضرورة اتخاذ إجراء معين، أو إتمامه خلال سير خصومة التحكيم كتسليم المستندات، وتبادل المذكرات، أو غلق باب المرافعة أو إبداء الدفوع، ومن جهة ثانية، فإن تحديد وقت بدء الإجراءات، يبدو حاسما في حساب المدة التي يتعين في غضوها إصدار حكم التحكيم، أو الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم. كما ينبغي التمييز بين بدء الإجراءات في التحكيم الحر، حيث القاعدة أن إرادة الأطراف هي الأساس في تحديد وتسيير إجراءاته، ومن تم يحق للأطراف أن يحددوا الوقت الذي تبدأ فيه إجراءات خصومة التحكيم، وعند غياب الاتفاق فيما بينهم فإن وقت بدء إجراءات

[1] - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 111.

[2]. عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيدك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 458.

[3] - أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1988، ص 216.

[4] - عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 124.

[5] - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق، مرجع سابق، ص 786.

التحكيم هو وقت إخطار طالب التحكيم الطرف الآخر برغبته في التحكيم. ويرسل له بيانا يتضمن العناصر الأساسية للنزاع واسم محكمه[1].

أما بخصوص وقت بدء الإجراءات في التحكيم المؤسسي، فباستقراء واقع هذه المراكز يتضح أنها لم تستقر على حل واحد، فلائحة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 نصت في الفقرة الأولى من المادة الرابعة على أنه: "على الطرف الراغب في اللجوء إلى التحكيم طبقا لهذه اللائحة أن يوجه طلب التحكيم إلى الأمانة العامة، والتي تتولى إخطار المدعى والمدعى عليه بتلقي الطلب وتاريخه"، وتضيف الفقرة 2: "أنه وفي جميع الأحوال يعتبر يوم تلقي الأمانة الطلب هو تاريخ بدء إجراءات التحكيم"،[2] أما لائحة إجراءات التحكيم لدى جمعية التحكيم الأمريكية (A.A.A) تنص في فقرتها الأولى من المادة الثانية على:" وجوب قيام المدعى بتوجيه إخطار التحكيم كتابيا إلى كل من الجهاز الإداري بالجمعية وإلى المطلوب التحكيم ضده"، ثم تضيف الفقرة الثانية من نفس المادة: "إن الإجراءات تعتبر قد بدأت في التاريخ الذي تسلم فيه الجهاز الإداري بالجمعية إخطار التحكيم"[3]. وهناك اتجاه ثان يحدد تاريخ بدء إجراءات التحكيم ليس باليوم الذي يتقدم فيه طالب التحكيم بطلبه إلى مركز التحكيم، بل باليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه إخطار التحكيم من الجهة الإدارية المختصة بمركز التحكيم، كما هو الشأن بالسنة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت المادة 21 منه: "تبدأ إجراءات التحكيم في النزاع منذ اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة هذا النزاع إلى التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".[4]

أما فيما يخص البيانات التي يجب أن يتضمنها طلب التحكيم أو إخطار التحكيم، حينما يعد الإجراء المفتتح للخصومة، فالفقرة الأولى من المادة 16 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري تقرر بأنه: "يجب على طالب التحكيم أن يقدم طلبا كتابيا إلى رئيس المركز العربي للتحكيم التجاري مشتملا على ما يلي:

أ – اسمه ولقبه وصفته وجنسيته وعنوانه،

ب – اسم ولقب وصفة وجنسية وعنوان المطلوب التحكيم ضده،

ج – عرض النزاع ووقائعه،

هـ - اسم المحكم".

تيسيرا لسير خصومة التحكيم، وتمكينا لأطرافها من إثبات طلباتهم ودفوعهم على الوجه المنشود، وتمكينا لهيئة التحكيم من الوقوف على حقيقة النزاع وإنجاز المهمة الموكولة إليها، ينبغي إرفاق الطلب بنسخ لعدد كل من أطراف التحكيم وهيئة التحكيم في حال تعدد أعضائها، إضافة إلى نسخة أخرى تودع في ملف التحكيم الذي تحتفظ به سكرتارية الهيئة عندما يكون التحكيم مؤسسيا،[5] أو لدى رئيس هيئة التحكيم عندما يكون التحكيم خاصا.

---

[1]- عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 141.

[2] - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق، مرجع سابق، ص 792.

[3]. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2005، ص 48.

[4] - منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1995، ص 139.

[5] - تنص المادة السادسة الفقرة الأولى من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بأنه يجب تقديم جميع المذكرات الكتابية الصادرة من الخصوم وكذلك جميع المستندات المرفقة بها في نسخ بعقد الأطراف الآخرين مضافا إليها نسخة لكل محكم وأخرى للأمانة.

- كذلك الفقرة الأخيرة من المادة 18 من قواعد اليونسترال تقرر بأنه يجوز للمدعى أن يرفق ببيان دعواه كل الوثائق التي يعتقد أن لها صلة بالدعوى أو أن يشير في البيان إلى الوثائق وأدلة الإثبات الأخرى التي يعتزم تقديمها.

تتجلى المرونة أيضا على مستوى وسائل الإعلان[1]، فالقاعدة هي إطلاق حرية الاختيار في سلوك الوسيلة الأكثر ملائمة لطرفي أو للطرف الذي يقع عليه عبء مباشرة الإعلان، ويتم تحديد المواعيد وكيفية تقديم كل من الطرفين لطلبه أو مذكرة دفاعه، أو الأوراق والمستندات المطلوبة إلى إرادة الطرفين أو إلى هيئة التحكيم في حال غياب اتفاقهما.

أما بخصوص سير خصومة التحكيم، قد ترى هيئة التحكيم التصدي للنزاع المعروض أمامها والفصل فيه دون استدعاء الأطراف المتعاقدة، وذلك عند كفاية الأدلة والمستندات التي بين يديها، كما ترى الهيئة ضرورة مثول الأطراف المتعاقدة أمامها للوقوف على بعض المعلومات الأساسية للفصل في النزاع، وعندها تحدد جلسة تدعوهم فيها للحضور أمامها كي تتمكن من تحقيق النزاع. فإذا كانت القواعد التي تحكم سير الجلسات أمام قضاء الدولة لم تترك لهوى الخصوم أو إرادة القضاء، بل تسير وفقا للنظام الذي حددته قوانين كل دولة، هذا خلافا لخصومه التحكيم حيث تلعب إرادة الأطراف المتعاقدة دورا كبيرا في تنظيم تلك القواعد وذلك تبعا لنشأتها الاتفاقية من جهة أخرى غياب إرادة للأطراف، فإن هيئة التحكيم تتمتع بسلطات واسعة في هذا المجال، فليس هناك ما يمنع من عقد جلسات التحكيم في أي ساعة وأي يوم ولو في أيام العطل الرسمية أو في غير ساعات العمل الرسمية، ما لم يشترط الخصوم اجتماعها في أوقات معينة وأيام معينة بالذات[2].كما يمارس التحكيم في أي مكان طالما انتهت إلى تحديده إرادة الأطراف المتعاقدة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كما هو الحال في تحديده بواسطة هيئة التحكيم. وفي هذا الخصوص تنص الفقرة الأولى من المادة السابعة من نظام محكمة لندن للتحكيم التجاري أنه: "في حال أحجام أطراف التحكيم عن اختيار مكان التحكيم فإن لندن تصبح مكانا لهذا التحكيم، اللهم إلا إذا قررت المحكمة استنادا إلى مجمل ظروف القضية أن مكانا آخر هو أكثر ملائمة"، كما تضيف الفقرة الثانية بأنه: "يمكن للمحكمة عقد جلساتها في أي مكان تراه مناسبا مع ضرورة إبلاغ الأطراف بذلك المكان وشرط أن يصدر الحكم في مكان التحكيم".

ويكتسي تحديد لغة التحكيم أهمية كبيرة بالنسبة لأطرافه خاصة إذا كان التحكيم دوليا، فالتحكيم عندما يباشر بلغة لا يتحدث بها أحد أطراف النزاع، أو من يمثله أو شهوده الذين يستعين بهم على إثبات الحق، فإن ذلك سيمثل عبئا ثقيلا عليه وسيكبده المزيد من النفقات الناتجة عن الترجمة. وإذا كانت لوائح التحكيم المنظم هي التي تحدد اللغة التي يجري بها التحكيم، مع السماح للأطراف بتحديد لغة التحكيم، إضافة إلى حرصها على توفير مكتب للترجمة، من أجل تيسير عمليات التحكيم، بل أكثر من ذلك إن بعض المؤسسات تترك في حال غياب اتفاق الأطراف أمر تحديدها لهيئة التحكيم نفسها باعتبارها أقدر من غيرها على تحديد اللغة الأكثر ملائمة. وعند تحديد اللغة يجب مراعاة ما إذا كانت هذه اللغة لها صلة مع بقية عناصر التحكيم الأخرى[3] وإذا قدم مستند إلى هيئة التحكيم مكتوبا بلغة غير اللغة المحددة أيا كان مصدر التحديد، أو كان أحد المترافعين أمامها لا يعرف تلك اللغة، فإن هيئة التحكيم تطلب ترجمة ذلك المستند أو تستعين بمترجم لترجمة تلك المرافعة[4].

إن مثول الخصوم بأنفسهم أو بواسطة من يمثلهم أمام هيئة التحكيم ليس وجوبيا لإصدار الحكم التحكيمي بل إنه مراعاة للمرونة والسرعة التي تتسم بها خصومة التحكيم فإن بإمكان هيئة التحكيم التصدي للنزاع المعروض أمامها، وإصدار الحكم الفاصل فيه دون توقف على حضورهم طالما احترمت حقوق الدفاع. إضافة إلى أن هيئة التحكيم لا تتقيد بمواعيد الحضور والغياب التي تسري أمام القضاء، ما لم يتفق الخصوم على إعمالها ، بل بإمكان أطراف التحكيم الحضور أمامها مباشرة، وعرض نزاعهم عليها دون إجراء مسبق، إلا أن الأمور لا تسير دوما كما ينبغي فقد لا يكفي ما يكون تحت يد هيئة التحكيم من بيانات ومستندات لتكوين تصورها، ولذا فقد يطلب أحد الخصوم مثول الأطراف أمامها، أو قد ترى هيئة التحكيم ضرورة استجواب الخصوم للوقوف على حقيقة النزاع.

---

[1] - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق، مرجع سابق، ص 835.

[2] - فالفقرة الأولى من المادة 15 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس تقرر بأن يقوم المحكم بناءا على طلب أحد الأطراف أو عدد الاقتضاء منا تلقاء نفسه بتكليف الأطراف بالحضور أمامه في اليوم والمكان الذين يحدد هما مع مراعاة إعطائهم مهلة مناسبة ويعلم بذلك أمانة الهيئة.

[3] - نصت الفقرة الثالثة من المادة 15 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على: "يحدد المحكم اللغة أو اللغات التي يجري بها التحكيم مراعيا في ذلك الظروف ولاسيما لغة العقد".

- الفقرة الأولى من المادة الثانية من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي التي تقرر بأن: "لغة التحكيم تكون لغة المستندات المتضمنة لاتفاقية التحكيم إلا إذا اتفق الأطراف على ما يخالف ذلك".

[4] - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 285.

كما تتمتع هيئة التحكيم بالحرية في اتخاذ أو عدم اتخاذ إجراءات الإثبات التي تراها مناسبة، كما تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للأطراف تعديل طلب التحكيم، فمن ناحية للمدعى أن يقدم طلبا عارضا ويسمى هنا طلبا إضافيا يتضمن تصحيح الطلب الأصلي، أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت بعد رفع الدعوى، وهذا ما يطلق على بالطلب الإضافي، ومن ناحية أخرى يمكن للمدعي عليه أن يقدم طلبا عارضا ردا على طلبات خصمه وهذا ما يطلق عليه الطلب المقابل،[1] انطلاقا من كون الطلبات العارضة تؤدي إلى تغيير نطاق الطلب الأصلي، من هنا وجب أن تكون تلط الطلبات العارضة بنوعيها مرتبطة بالطلب الأصلي.

الفقرة الثانية: احترام المبادئ الأساسية للتقاضي

لقد سبق أن أشرنا أن ما يهم المحكم والأطراف على حد سواء هو تنفيذ الحكم التحكيمي، ولتحقيق هذا المبتغى يتوجب على المحكم ضمان الحد الأدنى من الضمانات الذي لا يمكن النزول عنه أيا كانت المبررات والدوافع، مبادئ تضمن أداء العدالة لوظائفها وتتمثل في احترام مبدأ المواجهة، واحترام هذا الأخير يقتضي من المحكم مراعاة العناصر الآتية: حق الخصم في تقديم ما يدعم وجهة نظره، وحق الخصم الآخر في الإطلاع على ما قدمه خصمه لمناقشته و حق كل خصم في مناقشة عناصر الواقع والقانون التي يطرحها المحكم من تلقاء نفسه[2].

ويعتبر مبدأ المواجهة من أهم المبادئ المتفرعة عن مبدأ احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم، ويقصد بهذا المبدأ تمكين كل خصم من العلم بكل ما يبديه الخصم الآخر من حجج مؤيدة لدفاعه أو دفوعه وكل ما يقدمه من مستندات في الخصومة[3]، كما إن احترام مبدأ المواجهة يقتضي احترام حق كل خصم في أن يستمع إليه المحكمون، حيث لا يحق لهم الفصل في النزاع دون استدعاء الخصوم، كما ينبغي سماع كل خصم من طرف أعضاء هيئة التحكيم، فاحترام مبدأ المواجهة يفرض على جميع المحكمين أن يسمعوا كل خصم من الخصوم على قدم المساواة، وإعطاء كل منهم الفرصة الكافية لتقديم طلباته ومستنداته، سواء كانت المرافعة شفوية أو كتابية. إن منح المحكم سلطة الآمر بكافة إجراءات الإثبات التي يراها مناسبة لإمكان الفصل في النزاع، مع ضرورة إبلاغ كل خصم من الخصوم بما تم اتخاذه من إجراءات في غيبته، كذلك فمبدأ المواجهة يقضي بأنه إذا ارتأت هيئة التحكيم ضرورة اللجوء إلى خبير لاستشارته في مسألة فنية معينة، فإن التقرير الذي يعده هذا الخبير يجب عرضة على كل من الخصمين لمناقشته وإبداء ملاحظاته[4].

وهذا ما نص عليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي العام 1985، في المادة 3/24: "جميع البيانات والمستندات والمعلومات الأخرى التي يقدمها أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم تبلغ إلى الطرف الآخر، ويبلغ أيضا إلى الطرفين أي تقرير يضعه الخبير، أو أي دليل مستندي قد تستند إليه هيئة التحكيم في اتخاذ قرارها".[5] ثم المادة 3/15 من قواعد اليونسترال 1976 تنص على أن: "الوثائق أو المعلومات التي يقدمها أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم يجب أن يرسلها هذا الطرف في نفس الوقت إلى الطرف الآخر". كذلك الشأن بالنسبة لغرفة التجارة الدولية بباريس 1998، فالمادة 2/20 منها تنص على: "أنه بعد مذكرات الأطراف وكل المستندات المقدمة منهم، تستمع محكمة التحكيم إلى الأطراف في مواجهة بعضهم البعض"، كما تضيف ذات المادة في البند الثالث أن: "لمحكمة التحكيم أن تستمع إلى الشهود والخبراء في حضور الأطراف، أو حتى في غيابهم طالما تمت دعوتهم على النحو الصحيح".

أما بخصوص احترام حقوق الدفاع، فيعتبر من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التقاضي بوجه عام، فعلى الرغم من الطابع الرضائي والاتفاقي للتحكيم، واعتباره أساسا للقواعد التي تسير عليها خصومة التحكيم، فإنه يجب على المحكم احترام مبدأ حقوق الدفاع، ولو كانت الخصومة تحكيمية، تماما كما هو الشأن بالنسبة للخصومة القضائية، وهو ما يستوجب تمكين كل خصم من

---

[1] - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق، مرجع سابق، ص823.

[2] - عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 57.

[3]. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 261.

[4] - علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 310.

[5] - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق، مرجع سابق، ص 898.

إبداء دفاعه ودفوعه، وتقديم الأدلة التي يؤيد بها كل طرف إدعاءاته[1]، حيث يرى الفقه أنه حتى ولو لم يتفق الخصوم على وجوب إتباع المحكم لقواعد الخصومة القضائية، فإنه من المسلم به . بحكم وظيفة التحكيم كبديل للقضاء . وجوب مراعاة المحكم للضمانات الأساسية للتقاضي، والتي أهمها مبدأ احترام حقوق الدفاع[2]. إن حق الدفاع حسب الفقيه Motulsky هو حق كل خصم في الدفاع عن مصالحه،[3] وما يميزه أنه جمع في طياته مبدأ المساواة بين المتقاضين بحيث تنتهك حقوق الدفاع إذا لم يضع المحكم الخصوم على قدم المساواة، في حين يرى البعض الآخر أن فكرة حقوق الدفاع لها مضمون أوسع من هذا فهي فكرة مضادة لفكرة التعسف أو هي على الأقل السياج الذي يحمي الخصوم من أي تعسف، ولهذا فهي تجمع في طياتها كل الضمانات الأساسية للخصوم عند حل نزاعهم. ولم يعد حق الدفاع يعني مجرد تمكين الخصم عن عرض وجهة نظره فحسب، وإنما أصبح يتضمن أيضا تمكين الخصم من مناقشة الخصم الآخر فيما قدمه من وسائل دفاع وأدلة إثبات في الخصومة تمهيدا لدحضها توصلا لإقناع المحكم كي يحكم لصالحه، وحتى يتسنى للخصم ذلك فإنه لابد أن يعلم بما لدى الخصم الآخر من ادعاءات ووسائل قانونية وواقعية وحجج[4].

وإلى جانب هذه المبادئ نجد مبدأ احترام المساواة[5] بين الخصوم، والذي يعتبر من المبادئ الأساسية المستقرة في الخصومة التحكيمية . كخصومة القضاء ،. حيث يتوجب على المحكم، منذ قبوله لمهمة التحكيم، وحتى إصداره للحكم المنهي للخصومة أن يعامل الخصمين المتنازعين على قدم المساواة، وأن يمنح لكل منهما فرص متكافئة وكاملة لعرض دعواه، فلا يمنح أحدهما حقا إلا ويمنح الآخر ما يماثله، وما من ميزة منعت عن أحدهما إلا وتمنع اتوماتيكيا عن الآخر، كأن يطلب إحضار أحد الأطراف دون الآخر[6]. ونظرا لأهمية هذا المبدأ وخطورة الآثار التي تترتب على مخالفته، فإن أي خرق له من طرف المحكمين يعرض قرار التحكيم للطعن، وهذا ما نصت عليه المادة الثامنة عشرة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة حيث جاء فيها: "يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة، وأن تهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة لعرض قضيته". وهذا ما أقرته أيضا الفقرة الأولى من المادة الخامسة عشرة من قواعد التحكيم الخاصة التي أعدتها لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة لعام 1976 لما نصت على: "مع عدم الإخلال بهذه القواعد، يجوز لمحكمة التحكيم أن تسلك في التحكيم الطريقة التي تراها مناسبة، بشرط أن يعامل الطرفان على قدم المساواة، وأن يمنح كل طرف في أية مرحلة من الإجراءات فرصة كاملة لشرح دعواه". ثم نصت الفقرة ب من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على: "عدم جواز الاعتراف بحكم التحكيم وعدم تنفيذه في حال ما إذا كان الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه".[7] ونصت المادة 1/16 من لائحة إجراءات جمعية التحكيم الأمريكية لسنة 1992، على أنه: "تحقق محكمة التحكيم القضية بكل الوسائل التي تراها مناسبة بشرط أن تعامل الأطراف على قدم المساواة، وتعطي لكل طرف الحق في أن يستمع إليه وتقديم دفوعه بعدالة".[8]

خاتمة

يتسم التحكيم التجاري الدولي بضمانات عديدة، جعلت منه قضاء أصيلا للتجارة الدولية، ودفعت بأطراف هذه الأخيرة باللجوء إليه كأسلوب لفض المنازعات التي نشبت أو التي ستنشب بينهم. فالضمانات التي يوفرها التحكيم التجاري الدولي، جاءت مواكبة

---

[1]. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص151.

[2]. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 259.

[3] - عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 63 – 64.

[4] - علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 303.

[5] - لمزيد من التفاصيل حول مبدأ المساواة، أنظر: حميد محمد علي اللهبي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 203.

[6] - علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 301.

[7] - عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها.

[8] - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق، مرجع سابق، ص 907.

للتطورات الحاصلة على مستوى التجارة الدولية، إذ من غير الممكن بل من المستحيل أن نجد عقدا تجاريا دوليا خاليا من الإشارة إلى التحكيم، ليتمكن بذلك هذا العقد من الإفلات من سلطة قضاء الدولة، ويخضع إلى قضاء خاص من صنع أطراف النزاع أنفسهم.

عموما يمكن القول أنه من خلال البحث في مدى فعالية ضمانات التحكيم التجاري الدولي في تحقيق الحماية القضائية، يتبين أنه على مستوى دور الإرادة، يتضح أن هناك إرادة أولية للأطراف متمثلة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في حد ذاته، إذ أن عدم اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، لا يلزمهم عليه أي طرف آخر. كما أن إرادة الأطراف باللجوء الاختياري والطوعي لآلية التحكيم تلعب دورا رئيسيا في حل المنازعات التي تنشأ بين أطراف التجارة الدولية، وتتضح هذه الإرادة كذلك من خلال اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع، وعلى اختيار الهيئة التحكيمية.

أما على مستوى الضمانات التي يتميز بها التحكيم لتحقق حماية قضائية فعالة، وذلك من خلال عدم توفر المحكم الدولي على قانون اختصاص مما يجعله يختار القانون المناسب لحل النزاع دون احترام التراتبية القانونية، إضافة إلى تمتع المحكم بسلطة تقديرية واسعة سواءا في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع وإجراءات التحكيم أو أثناء تكملة العقد وتعديله.

كما تعتبر مرونة مسطرة التحكيم أهم ضمانة يتيحها هذا القضاء الخاص للأطراف، فهو يتميز بسهولة وبساطة إجراءاته بخلاف القضاء العادي الذي يتميز بالبطء والتعقيد، كما أن مبدأ المساواة يعتبر من الركائز الأساسية لضمان العدالة، وترسيخ ثقة المتقاضين في قضاء التحكيم، وتحقيق المساواة بين الخصوم يعد تطبيقا عمليا لمبدأ أعم وأكبر، هو مبدأ حياد هيئة التحكيم واستقلالها، إن هذه الضمانات جعلت من التحكيم التجاري الدولي القضاء الذي يتماشى مع خصوصية التجارة الدولية.

سياسات التعمير بالمغرب: الأبعاد والعوامل المؤثرة

محمد البزوي
طالب باحث بمركز دراسات الدكتوراه
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال
جامعة محمد الخامس/الرباط

ساهمت التحولات التي عرفتها بنية ووظيفة الدولة في إعادة صياغة الأدوار التي تضطلع بها بحسب ظروفها كل واحدة منها. الأمر الذي جعل أنشطتها تمتدُّ وتتوسّع بالقدر الذي يسمح لها بالسعي لبلوغ أهدافها، ويؤمِّن لها مزيدا من الشرعية والفعالية. وفي هذا السياق احتلت السياسات العمومية أهمية بالغة، باعتبارها واحدة من أهم الأدوات التي تكفل إمكانية تدخل الدولة في تنزيل رؤيتها لتدبير الشأن العام الوطني. وتشكل سياسات التعمير أحد أبرز الموضوعات التي تتيح للباحث إمكانية دراسة رصيد التجربة العمومية المغربية في بلورة وإنجاز سياسات عمومية، خاصة وأن مجال التعمير يقع في نطاق تقاطع معطيات اقتصادية واجتماعية وسياسية وبيئية وثقافية...إلخ. خصوصا في ظل تسارع وتيرة التوسع العمراني باعتباره أحد مكونات الظاهرة العمرانية وأبرز تجلياتها.

فشساعة نطاق مجال التعمير وتعقد موضوعاته وتعدد المتدخلين فيه مع تضارب مصالحهم، كلّها معطيات تجعل اعتماد ضرورة استدعاء مقاربة منهجية مندمجة توظِّف إلى جانب المقترب القانوني مقاربات تنتمي إلى حقول معرفية أخرى، لتحقيق إحاطة أكبر بموضوع السياسات العمومية في ميدان التعمير من خلال التجربة المغربية، وقوفا عند نقاط القوة ومواطن القصور. كل ذلك في أفق تقديم رؤية نقدية تتيح للمهتمين تجويد هذه السياسات واستدراك بعضا من أعطابها واختلالاتها. ولذلك وبحكم أن المفترض في أي سياسة عمومية هو السعي لبلوغ أهداف محددة، وتحقيق الانسجام والتكامل والتوازن من خلال اعتماد مبدأ التوقعية، فإنه من المهم العمل على دراسة سياسات التعمير بالمغرب باستحضار مختلف أبعادها ودراسة مجمل وأهم العوامل المؤثرة فيها.

وتكتسي دراسة وتحليل العوامل المؤثرة في سياسات التعمير بالمغرب في مختلف أبعادها أهمية بالغة، وذلك لمجموعة من الاعتبارات والدواعي التي يمكن أن نذكر من بين أهمها:

- كون مجال سياسات التعمير بالمغرب مجالا جد معقّد ومركّب يصعب معه تحديد المسؤوليات والأدوار. خاصة وأن واقع ميدان التعمير هو بالأساس نتاج طبيعي لصيرورة رواسب وتجاذبات سياسية واقتصادية ومصلحية، لا سيما أن كل مرحلة تدبيرية قد خلفت العديد من المشاكل يصعب تجاوزها. لذلك لن يسهل إمكانية استيعاب إشكالات سياسات التعمير من دون إدراك مختلف الأبعاد والعوامل المؤثرة فيها.

- اعتبار السياسات التعميرية أحد أبرز موضوعات النقاش العمومي، بوصفها سياسة عمومية تعبر عن رؤية وتصور وأهداف واستراتيجيات الفاعل العمومي في ميدان تدبير المجال، وهو الأمر الذي يجعل سياسات التعمير مفتوحة على المفهوم الشامل والمتكامل للتنمية المستدامة بمختلف أبعادها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الحضرية والحضارية.
- استحضار أن السياسات التعميرية تعبر بقوة عن آليات الضبط، بحيث يعبر كل مجال من مجالات السياسات العمومية، بشكل صريح أو مضمر، عن خلفيات العلاقات الاجتماعية واستراتيجيات تنافس الفاعلين وطبيعة المصالح المتقاطعة، والتي قد تتصارع في المجال العمراني باعتباره رأس مال يتيح للمتحكم فيه مزيدا من إمكانيات الضبط والتحكم في مسار المجتمع.

هذا الوضع المتداخل والمركب قد يحيد في كثير من الأحيان بسياسات التعمير عن هدفها في تحقيق المصلحة العامة، بل وقد يجعلها متناقضة مع مسار تحديث البلد وتنميته في كثير من الأحيان.

وتضع دراسة موضوع سياسات التعمير بالمغرب، الباحث أمام عدة إشكاليات يتوجب الوقوف عندها، خصوصا أن المجال العمراني ببلادنا تصعب مقاربته من زاوية واحدة، نظرا لتداخل الإكراهات القانونية بالاعتبارات السياسية والثقافية والحضارية، مع ضرورة مراعاة رهان الأهداف الاقتصادية والاجتماعية، وتعدّد المتدخلين في تدبيره. ونظراً لأن دراسة أبعاد الموضوع والعوامل التي تؤثر فيه، سيساعد بالتأكيد على الإحاطة بالموضوع ككل، فإنه لابد من طرح إشكال ماهية تلك الأبعاد والعوامل.

لذلك فإن محاولة الوقوف عند هذه الأبعاد والعوامل بالدراسة والتحليل والنقد سيساعد على محاولة استيعاب أهم إشكالات سياسات التعمير بالمغرب، من أجل السعي إلى تجاوزها وإقرار سياسة تعميرية عمومية متكاملة. وذلك على أرضية رؤية موحِّدة ومنهجية ناظمة، قوامها الرؤية المندمجة والحكامة الجيدة والتدبير التشاركي للمجال، عبر اعتماد مقاربات تنموية غايتها تنمية المجال العمراني وتطويره.

وسنتناول موضوع هذه المقالة في محورين، المحور الأول نحاول أن نبسط فيه أبعاد السياسات العمومية المتعلقة بالتعمير بالمغرب، أما المحور الثاني فسنحاول الوقوف فيه عند أهم العوامل المؤثرة في تلك السياسات.

المحور الأول: أبعاد السياسات العمومية المتعلقة بالتعمير بالمغرب.

المحور الثاني: العوامل المؤثرة في سياسات التعمير بالمغرب.

المحور الأول: أبعاد السياسات المعتمدة في ميدان التعمير بالمغرب.

نظرا للتحولات التي شهدها المغرب منذ بداية القرن العشرين، حيث عرف المجتمع المغربي مثله مثل باقي المجتمعات المعاصرة الأخرى، ظاهرة التعمير وما شكله ذلك من انعكاس على المجال الحضري المغربي. فقد اهتمت الدولة بميدان التعمير، بهدف تنظيم وضبط المجال الحضري والمجال العمراني بشكل عام، خاصة وأن تحولات وتغيرات هذا المجال لها نتائج وانعكاسات على حاضر ومستقبل البلاد، سواء على المستوى السياسي، أو الاقتصادي والاجتماعي...

ولهذا تتجلى أهم أبعاد سياسات التعمير بالمغرب في البعد السياسي (أولا)؛ والبعد الاجتماعي (ثانيا)؛ ثم البعد الاقتصادي التنموي (ثالثا).

أولا: البعد السياسي لسياسات التعمير بالمغرب.

يعتبر البعد السياسي من الأبعاد الضرورية لفهم كل سياسة عمومية مهما كانت طبيعتها. والسياسات العمومية في مجال التعمير باعتبارها جزء من السياسات العمومية ككل لها ارتباط كبير بالبعد السياسي. فالتعمير كسياسة يرتبط ارتباطا عضويا ووظيفيا مع القوانين المنظمة للمجال الحضري والهادفة إلى تنميته، و تجد هذه الجوانب ترجمتها خلال تطبيقات وثائق التعمير على واقع المجال[1]. كما يظهر ذلك في مجال الممارسة العملية التي تعكس الإرادة السياسية في هذا المجال. هذه الأخيرة التي تتجلى في مجموع القرارات والأعمال والتدخلات المتخذة من قبل الفاعلين السياسيين والمؤسساتيين لأجل إيجاد حلول للمشاكل المتعلقة بالتعمير. فالمفترض في السياسة العمومية للدولة في مجال التعمير هي أن تتجلى في إستراتيجيات حضرية تؤطر بفهم معين للواقع ونابعة من إشكالات التحضر، وتتوخى

[1]- حيمود المختار، **دور سياسة التعمير في تنمية وتنظيم المجال الحضري مساهمة في دراسة المجال الحضري المغربي نموذج: عمالة بنمسيك سيدي عثمان**، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، 2001-2000، ص 29.

تطبيق البرامج وصولا إلى أهداف بقصد التحضير للتحكم في التوسع الحضري، من خلال الإمكانات المادية والبشرية المتاحة أمام السلطات المختصة1.

وباستحضار كرونولوجيا قوانين التعمير بالمغرب، يتضح أن المستعمر عمد منذ بداية الحماية إلى وضع سلسلة من القوانين، هي التي تشكل الإطار المرجعي لكل الترسانة القانونية المنظمة للمجال العمراني بالمغرب اليوم. فكثيرا ما يقال أن المغرب هو من أوائل الدول التي عرفت إقرار قوانين في مجال التعمير، وبأن المغرب قد سبق فرنسا في هذا المجال، حيث لم تعرف أول نصوصها القانونية في هذا المجال إلا خمس سنوات بعد المغرب،[2] إلا أن الأمر كان يخفي أشياء أخرى.

فالمرحلة الاستعمارية عرفت فيها قوانين التعمير بالمغرب تطورا سريعا، وذلك نتيجة للدور الكبير الذي كانت تلعبه في تنظيم وضبط المجال. وهكذا عرف المغرب قوانين للتعمير وقانونين للتجزئات (ظهير 1914 وظهيرا 1952 و 1953)، رغم أن الجديد الذي جاء به ظهير 1952 يتعلق فقط بتوزيع نطاق تطبيقه بحيث لم يعمد إلى إعادة النظر في توزيع الاختصاصات محافظا على الفلسفة التي تحكمت في ظهير 1914[3]. فالإدارة الفرنسية لم تكن تنظر إلى المجال الترابي نظرة تنموية كما نصت عليها بنود معاهدة الحماية، بقدر ما كانت تهدف إلى استغلاله واستنفاذ خيراته الطبيعية وتسخير موارده البشرية، وذلك في إطار تقسيم العمل الدولي، وبسط هيمنة الدول الأوربية على مستعمراتها[4]. فالهدف الحقيقي من فرض الحماية على التراب المغربي بصفة عامة لم يكن يستهدف فقط التحكم في التجمعات البشرية وتسخيرها، بل كذلك استغلال المجال وما يتوفر عليه من موارد مختلفة على حساب مصالح البلد، ولقد نتج عن ذلك تعميق عوامل التهميش والفوارق الاجتماعية والمجالية بين سكان مجال المغرب النافع ومجال المغرب الغير النافع.

أما مرحلة ما بعد الاستقلال فقد عرفت اعتماد كليا على الإرث الذي تركه الاستعمار، والنص الوحيد الذي تمت المصادقة عليه هو ظهير 1960 المتعلق بتنمية التجمعات القروية. ووجب انتظار سنة 1992 من أجل إعادة النظر في القوانين، وتعديلها[5]. ومنذ ذلك الوقت إلى الآن باءت كل محاولات الإصلاح بالفشل، وهذا ما يمكن الاستدلال عليه بفشل مشروع مدونة التعمير الذي انطلق ورشها منذ سنة 2005، والتي على الرغم من تقسيمه إلى نصوص متفرقة فإنها هي الأخرى مازالت تراوح مكانها، ولم يخرج منها إلى حدود الآن إلا القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، الذي ظل حبيس جدران البرلمان لسنوات بسبب الرفض الذي واجهه من قبل البرلمانيين خصوصا الذين يجمعون بين الانتداب البرلماني والجماعي حيث كانوا يعتبرونه يشكل تهديد لمصالحهم على المستوى المحلي. ولم تتم المصادقة عليه بالبرلمان إلا منتصف سنة 2016[6].

كما أن البعد السياسي لسياسة التعمير يتجلى في العلاقة الجدلية بين تنمية المجال الترابي من جهة، وهاجس مراقبته وضبطه من جهة أخرى[7]. فضبط المجال الترابي ومراقبة سكانه كانتا في المغرب عبر مختلف مراحل تطوره، قاعدة السياسة العامة، ولا سيما منذ قرن. إذ كانت هذه الفكرة هاجسا يؤرق أنظمة الحكم التي تعاقبت عليه، لدرجة أصبحت معها المسألة الترابية حجر الزاوية في كل تدخل من تدخلاتها، إلى حد أن العامل السياسي هو الذي تحكم في إدارة المجال الترابي، لأسباب متناقضة أحيانا، وعلى حساب تنمية البلاد وتجديد بنياتها بعمق وإصلاحها. ومنذ نهاية القرن التاسع عشر، يبدو أن هذا المنطق سيطر بصيغ خاصة على ثلاث حقب تاريخية هي:

---

[1]- محمد كريدح، **أزمة تدبير المجال الحضري بالمدن الكبرى بالمغرب- مدينة فاس نموذجا - مقاربة قانونية وسوسيو اقتصادية**، أطروحة بحث لنيل دكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال، الرباط، 2009-2010، ص 19.

[2]- عبد الصمد سكال وعمر الشفدي، **دور الإطار القانوني والتنظيمي في التوسع العمراني**، بحث لنيل دبلوم مهندس معماري بالمدرسة الوطنية للهندسة المعمارية، الرباط، 1992، الصفحة 19.

3 - Mkinsi Abdlilah **: "Le droit marocain de l'urbanisme"** , Les presses de l'imprimerie Abad, publications de L'UNAU, 1989,P 13 .

4- حيمود المختار، مرجع سابق، ص 57.

5- عبد الصمد السكال وعمر الشفدي، مرجع سابق، الصفحة 21.

6- ظهير شريف رقم 124. 16. 1 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 غشت 2016) بتنفيذ القانون رقم 66.12 **المتعلق بمراقبة وجزر المخالفات في مجال التعمير والبناء**، الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 شتنبر 2016).

7- محمد الناصري، **مراقبة المجال الترابي أو تنميته؟ مأزق السلطة منذ قرن، التحولات الاجتماعية بالمغرب**، الرباط: مركز طارق بن زياد للدراسات والأبحاث، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 15.

حقبة ما قبل الاستعمار، حقبة الاستعمار، حقبة ما بعد الاستعمار. والمقارنة بين مختلف مراحل التطور التاريخي للمجال الترابي المغربي هاته عبر استحضار القطيعة الناتجة عن حلقة الاستعمار، يمكنها أن تبرز لنا الاضطرابات وتعقد الخيوط المتداخلة التي نسجت حبكة الاستمراريات والتحولات المميزة لكل مرحلة. ويسمح تحليل هذا المسار الطويل بتبين استمراريات غير متوقعة بين مختلف أنواع المنطق الترابي.

كما يرتبط العامل السياسي لسياسات التعمير بطبيعة النخب الفاعلة فيه خصوصا على المستوى المحلي، وهذا يحيلنا على دراسة التشكل الاجتماعي لنخبنا السياسية وسلوكها السياسي والاجتماعي؛ وكذا بنية وطبيعة المؤسسات السياسية والإدارية والتشريعية، وإشكالية العلاقة بين السياسي والإداري. حيث إن مجال السياسة التعميرية ليس بعيدا عن إشكاليات التوتر بين الإداري والسياسي، بل يشكل أحد أركانها. فسيطرة الدولة على آليات التعمير عبر إضعاف الجماعات الترابية (صلاحيات محدودة) كان وراء طغيان المقاربة الأمنية على تنظيم المجال؛ مما يحيلنا على طرح علاقة السياسة التعميرية بالمجال عموما الذي يعبر عن آليات الضبط السياسي والاجتماعي.

ثانيا: البعد الاجتماعي لسياسة التعمير بالمغرب

تعتبر مسألة التعمير والتمدن ظاهرة اجتماعية عالمية بامتياز، وذلك لما يمثله تعدد قضايا التعمير والسكنى خاصة بالدول النامية ومنها المغرب من عوائق أمام عملية إدماج الفئات في مسلسل التنمية الاقتصادية والاجتماعية بالرغم من مختلف المجهودات المبذولة من قبل الدول لحل هذه المشاكل، والتي تعترضها صعوبات متعددة تحول دون تطويق هذه الظاهرة.

وفي هذا السياق تشكل سياسات التعمير نقطة التقاء مصالح مجموعة من الفئات والشرائح الاجتماعية، وتسعى لتحقيق الأهداف الاجتماعية المسطرة في البرامج المتعلقة بها، باعتبارها سياسة تساهم في التنمية الاجتماعية. لهذا يعتبر استحضار الجانب الوظيفي لتنظيم المجال أمرا ذا أهمية بالغة، من أجل تخويل السكان بكل شرائحهم، الحياة والعيش في إطار إنساني ملائم من الناحية الصحية، وفي ظروف بيئية مرضية عبر تجهيز وتقوية هذه المجالات بالمرافق والتجهيزات الأساسية ومن ثمة المساهمة في تقليص الفوارق الاجتماعية وتحقيق العدالة الاجتماعية. خصوصا وأن التعمير في علاقته بالسكن أصبح هاجسا يشغل ذهن كل مواطن؛ فالسكن، مثلا، يعتبر من جملة الحقوق الأساسية التي يتعين على الحكومات أن تجعلها هدفا أساسيا ضمن برامجها، باعتباره يعد حقا من حقوق الإنسان الأساسية حسب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ويشكل أحد المبادئ الأساسية التي نص عليها دستور2011[1].

لهذا فوظيفة التعمير لم تعد تقتصر على توفير السكن فقط، بل توفير كل ما يحتاجه الفرد داخل محيطه السكني من المرافق الضرورية والتجهيزات الأساسية، وذلك قصد تلبية معظم الخدمات الاجتماعية اللازمة لسكان المدن، حتى لا تتحول هذه الأخيرة إلى فضاءات معرقلة لكل الطاقات الإبداعية لدى الفرد والجماعة، وبالتالي معرقلة لكل برنامج تنموي تسعى الدولة إلى إنجاحه[2]. فالبعد الاجتماعي لسياسات التعمير يتجلى في مساهمة التعمير كسياسة عمومية في تقليص الفوارق الاجتماعية، وذلك من خلال تجهيز المجالات الحضرية المهمشة بالتجهيزات الأساسية والمرافق العمومية ذات الهدف الترفيهي، التعليمي، الرياضي، الثقافي... والتي تعمل على تكوين وتنشئة السكان وتأطيرهم، وإدماجهم في الحياة العامة للمجتمع. ومن هنا يأتي الحديث عن سياسة التعمير ودورها في تنمية

[1]- الفصل 31 من الدستور المغربي 2011، **تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب استفادة المواطنات والمواطنين، على قدم المساواة، من الحق في: ...؛ السكن اللائق؛...** الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011) ص 3600.

2 - Said Ait Hammou , **Mutation de l'espace peri-urbain Casablanca le cas des communes d'Ain Harrouda et Titmellil** , Doctorat de 3ème cycle université de tours, France tome I , 1988, p 5.

الموارد البشرية داخل المجال الحضري، هذه الموارد التي أصبحت تشكل إحدى الأعمدة الرئيسية في إنجاح البرامج الاقتصادية والاجتماعية[1].

ثالثا: البعد الاقتصادي التنموي.

تعتبر سياسات التعمير اليوم من بين الأسس المؤسسة للفعل التنموي، سواء على مستوى التنمية عموما أو على مستوى التنمية العمرانية على وجه الخصوص. وهي تأخذ تمظهرات متعددة يتحدد بعضها في كون، الحياة الاقتصادية تحتاج إلى وضع الأسس الضرورية والمناخ الملائم من أجل التنمية الاقتصادية للمجالات، وإرساء وثائق تعميرية تضمن التوزيع المتوازن للأنشطة الاقتصادية والصناعية، وفي هذا السياق فإن سياسة التعمير تسعى إلى توفير البنية التحتية لهذه الأنشطة من تجهيزات أساسية ومرافق، وخلق مناطق صناعية قادرة على استقطاب رؤوس الأموال وتنمية وتشجيع المشاريع الاستثمارية. خصوصا وأننا نعيش في ظرف يتميز بعولمة الاقتصاديات، حيث تلعب المدن والمتروبولات الكبرى دورا كبيرا في المجال الاقتصادي، يصعب على بلدان العالم الثالث أن تكون دول تنافسية، ما دامت مجالاتها الحضرية تراكم اختلالات في بنياتها لا تؤهلها لاستقطاب الاستثمارات وخلق الثروات، وتطوير مجالات التنمية والبحث العلمي، من أجل تحسين جودة العيش داخل التجمعات العمرانية والمحافظة على التراث ورد الاعتبار له واحترام البيئة.

ولرفع تحدي العولمة وتسريع انخراط البلد في الاقتصاد العالمي، ينبغي التعامل مع تهيئة المجال عموما وقطاع التعمير على وجه الخصوص كأداة لخلق الثروات والرقي بإطار العيش بمدننا وقرانا، وذلك من خلال مقاربة تندرج ضمن منظور التنمية الشاملة والمستدامة. وهنا لا بد من التطرق لأهمية العلاقة التلازمية بين سياسات التعمير وسياسات إعداد التراب الوطني في التأسيس للبعد التنموي. وقد سبق لملك البلاد أن أكد بمناسبة انطلاق الحوار الوطني حول إعداد التراب على ضرورة اعتماد منظور جديد لإعداد التراب الوطني:

> **"... وفي هذا السياق فإننا ندعو لاعتماد منظور جديد لإعداد التراب الوطني قوامه اعتبار التهيئة الترابية أحسن وسيلة للحد من التفاوت الجهوي وأداة للتطوير العقلاني للمشهد الحضري وإنعاش العالم القروي، وأمثل طريقة للتوفيق بين النجاعة الاقتصادية وحماية الثروات من جهة وبين العدالة الاجتماعية والحفاظ على البيئة من جهة أخرى، ذلكم المنظور الذي نحرص على أن يدخل في اعتباره الارتباط العفوي بين تهيئة التراب الوطني والتعمير باعتبارهما وجهين لعملة واحدة..."** [2].

لهذا يعتبر الميثاق الوطني لإعداد التراب المسألة الحضرية من بين تحديات التنمية وإعداد التراب، باعتبار أن سياسة التنمية وإعداد التراب مرهونة بقدرة البلاد على رفع التحديات التي ستطرحها المسألة الحضرية في بلادنا، ولعل أكثرها إلحاحا استيعاب الخصاص القائم والاستجابة للحاجيات المقبلة التي ستترتب عن النمو الحضري على مستوى الشغل والسكن والمرافق ذات الوظيفة الاقتصادية والاستعمال الجماعي[3]. فالمجال الذي يسعى إعداد التراب الوطني والتعمير إلى تنظيمه يتميز بنمو ديمغرافي مرتفع نسبيا وبتمدن متسارع وبهجرة قروية مكثفة وبتمركز الأنشطة الاقتصادية والتجهيزات في بعض أجزاء البلاد. ونتج عن كل هذا عدة مشاكل أبرزها ما يتعلق بالأزمة الحضرية في مظهريها: عدم التجانس بين الأقطاب الحضرية وداخلها، ومن جهة ثانية انتشار السكن الغير اللائق. ولأجل تصحيح الاختلالات المجالية الحالية والحفاظ على التوازنات، من أجل تحقيق التنمية المنشودة، ينبغي استحضار سياسة إعداد التراب الوطني بالضرورة، في كل السياسات العمومية القطاعية؛ بالشكل الذي يراعي التكامل والانسجام بين تلك السياسات، سعيا لاستقرار التجمعات البشرية وفق طرق عيشها وخصوصياتها، سواء الثقافية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، عبر تنظيمها وتجهيز هيكلتها تحقيقا لشروط حياة العيش المناسبة، وضمانا لأسس تنموية تحافظ على المحيط الطبيعي وعلى بنية المجتمع وتماسكه، مما سيساعد على اعتماد سياسة تعميرية ملائمة للأوضاع والوقائع الاقتصادية والاجتماعية. خصوصا أن المدن أصبحت في القرن العشرين إحدى

---

[1]- حيمود المختار، مرجع سابق، ص 18.

[2]- مقتطف من الرسالة الملكية السامية الموجهة يوم 26 يناير 2000 إلى المشاركين في أشغال اللقاء الوطني لانطلاق الحوار الوطني حول إعداد التراب.

[3]- أنظر الميثاق الوطني لإعداد التراب، ص 8.

الدعامات الأساسية لتنظيم التراب الوطني.[1] فبعد أن كانت المدن عبارة عن مراكز للسلطة السياسية والإدارية والتجارية، أصبحت اليوم تشكل بامتياز أهم قطب للإنتاج بما فيه الصناعي، ومقر لإقامة أغلب المغاربة. كما أن وزنها يعرف تصاعدا مطردا داخل النسيج الوطني بحكم الدور الأساسي الذي أصبحت تلعبه في قطاعي التشغيل والخدمات. هذا دون أن ننسى أنه على حيزها الضيق تتجمع أهم المبادلات الخالقة للثروات. وقد تطور هذا الدور الجديد للمدن، على غرار ما وقع في باقي دول العالم، خصوصا بعد الاستقلال، الشيء الذي أدى إلى تغير ملموس في جغرافية المغرب.

وباعتبار علاقة التهيئة الترابية بالتنمية الجهوية، وفي إطار التغييرات التي يشهدها التنظيم الترابي والإداري المغربي بعد دستور 2011، وبعدما نص هذا الأخير على أن تتبوأ الجهة، تحت إشراف رئيس مجلسها، مكانة الصدارة بالنسبة للجماعات الترابية الأخرى، في عمليات إعداد وتتبع برامج التنمية الجهوية، والتصاميم الجهوية لإعداد التراب، في نطاق احترام الاختصاصات الذاتية لهذه الجماعات الترابية،[2]، فقد ألزام القانون التنظيمي المتعلق بالجهات[3] المجالس الجهوية بضرورة وضع التصميم الجهوي لإعداد التراب على مستوى كل جهة، وفق القوانين الجاري بها العمل في إطار توجهات السياسة العامة لإعداد التراب المعتمدة على المستوى الوطني وبتشاور مع الجماعات الترابية الأخرى والإدارات والمؤسسات العمومية، وممثلي القطاع الخاص المعنيين بتراب الجهة. كما اعتبر القانون التنظيمي المذكور، التصميم الجهوي لإعداد التراب بمثابة وثيقة مرجعية للتهيئة المجالية لمجموع تراب الجهة. وهذا سيشكل رافعة أساسية من أجل سياسات تعميرية متوازنة.

المحور الثاني: العوامل المؤثرة في السياسات التعميرية بالمغرب.

سياسات التعمير كما باقي السياسات العمومية لا تظهر بالصدفة، بل هي نتيجة عمل تتداخل فيه مجموعة من العناصر التي تجعل إقرار هذه السياسة أو تلك عملا ناتجا عن مسلسل معقد من تجسيد مجموعة من العناصر والوضعيات والأنساق التي تنتج السياسة التعميرية، أي أنه على مستوى الواقع توجد عدة عوامل تتدخل وتتفاعل لتساهم في إنتاجها سواء على مستوى الإعداد أو على صعيد التنزيل، وتتمثل أهمها في العامل الديمغرافي (أولا) وتعدد المتدخلين (ثانيا) والمنظومة القانونية (ثالثا) والاستثناء في التعمير (رابعا)؛ ثم العاملان العقاري والمالي (خامسا).

أولا: العامل الديمغرافي.

لعلاقة النمو السكاني بالبنية الاقتصادية والاجتماعية تأثير على المكونات العمرانية والتعميرية للمجال، فالمجال الذي يعيش رخاء اقتصاديا وتنمية بشرية اجتماعية لا بد أن تتوفر به فضاءات سكنية قانونية ولائقة لكافة الطبقات الاجتماعية وبدون استثناء أو تهميش لطبقة معينة. أما المجال الذي يعرف خللا بين عدد الساكنة والمستوى الاقتصادي والاجتماعي، فسيمتد خلله ليشمل لا محالة كل ما يتعلق بالتعمير، خصوصا السكن وما يرتبط به من مرافق مختلفة ضرورية، أولا باعتباره أحد أهم مكونات المجال؛ وثانيا لكونه التعبير الصريح عن مستوى عيش الساكنة. كما قد يتمظهر في مظاهر، من أهمها عدم قدرة التكتلات العمرانية والسكنية على احتواء الفئات الفقيرة من المجتمع الحضري، رغم المجهودات المبذولة سواء على صعيد القطاع العام أو الخاص. خاصة إذا كانت التدخلات

[1]- نوافذ على المجال المغربي، الفصل الخامس: **"التقطيب والمنظومة الحضرية"**، منشورات وزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان والبيئة، مديرية إعداد التراب الوطني، الرباط 2002، ص131.

[2]- الفصل 143 من الدستور المغربي،"... **تتبوأ الجهة، تحت إشراف رئيس مجلسها، مكانة الصدارة بالنسبة للجماعات الترابية الأخرى، في عمليات إعداد وتتبع برامج التنمية الجهوية، والتصاميم الجهوية لإعداد التراب، في نطاق احترام الاختصاصات الذاتية لهذه الجماعات الترابية..."** الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011) ص 3600.

[3]- المادة 88 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.83 بتاريخ 20 رمضان 1436 (7 يوليوز 2015) الجريدة الرسمية عدد 6380 الصادرة بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015).

تشوبهما اختلالات، كالمضاربة العقارية، مما يؤدي إلى عدم القدرة على توفير منتوج عقاري خاص بالأسر ذات الدخل المحدود، وعدم خلق التوازن المجالي بين مختلف أنواع المجالات السكنية، خاصة ما يتعلق بالتجهيزات العمومية الضرورية للحياة الحضرية[1].

وفي هذا السياق عرفت المجالات الحضرية بالمغرب بصفة عامة اتساعا مجاليا جد مهم وغير مسبوق مع بداية القرن العشرين، شكل التزايد السكاني أهم أسبابه، إلا أن مسببات هذا التزايد هي ما يشكل الفرق بين كل هذه المجالات. فإذا كان التزايد السكاني الذي عرفته مدينة الدار البيضاء نتيجة نموها الاقتصادي (صناعيا وتجاريا)، فإن التزايد السكاني الذي عرفته مدينة الرباط وسلا معا جاء نتيجة الدور الذي أنيط بالأولى كعاصمة المملكة وبفتح مجالات الثانية في وجه التعمير كمدينة مرقد، وهذا ينطبق على مدينة تمارة أيضا كمدينة تزايد عدد سكانها بشكل ملحوظ في السنوات الأخيرة بسبب مجاورتها لمدينة الرباط. وبالمقابل هناك مجالات حضرية أخرى عرفت نموا سكانيا واتساعا مجاليا نتيجة الهجرة القروية، ليس لكونها مجالات متقدمة اقتصاديا، بل لأن المجالات المصدرة لهذه الهجرة تعرف تهميشا حقيقيا ذا طابع اقتصادي واجتماعي[2]. وهذا يفرض على جميع المتدخلين في مجال التعمير، استحضار التلازم القائم بينه وبين سياسة إعداد التراب الوطني (كما أشرنا لذلك بالمحور الأول)، عبر استحضار المسألة الديمغرافية في المقاربة الترابية للتنمية، من أجل تنمية متوازنة بين مختلف المناطق، من أجل ضمان انتشار ديمغرافي متوازن، وبالتالي تعمير متوازن. خصوصا وأن النمو الديمغرافي يشكل مؤشرا دالا لقياس الوضع السكاني، كما يعكس التوزيع الجغرافي للسكان درجة دينامية المجالات التي تحتضنهم. فإعداد التراب الوطني كاستراتيجية تتداخل وتتكامل مع سياسة التعمير، من أجل خلق مجالات حضرية منظمة ومؤهلة للمساهمة في إنجاح برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية، يمكن اعتبارها كدرع واقي للمدن الكبرى من تدفق الهجرة القروية وما يترتب عنها من نمو غير متوازن لمجالاتها الحضرية، خاصة عندما لا تتوفر على مراكز استقبال قادرة على امتصاص هذه الهجرة القروية، الشيء الذي يخلق عدة متاعب أمام أهداف سياسة التعمير ويضعف من مردوديتها على مستوى تنظيم وتنمية المجالات الحضرية[3]. خصوصا أن سكان المغرب عرف تزايدا كبيرا في العقود الأخيرة، حيث أصبح عدد الساكنة يفوق 33 مليون نسمة حسب الإحصاء العام للسكان والسكنى سنة 2014[4]؛ والحضريون منهم يزيد عن 60 % مقابل 55.1 % سنة 2004. وعليه فقد انتقل عدد السكان بالوسط الحضري من 16 مليون و464 ألف إلى 20 مليون و 432 ألف نسمة خلال الفترة ما بين 2004 و 2014، مسجلا بذلك معدل نمو ديموغرافي سنوي قدره 2.2% مقابل 2.1% خلال العشرية السابقة.

ويرجع هذا الارتفاع في ساكنة الوسط الحضري إلى النمو الديموغرافي الطبيعي من جهة والهجرة من المجال القروي من جهة أخرى، بالإضافة إلى خلق مراكز حضرية جديدة وكذلك توسع المدارات الحضرية للمدن[5]. بالإضافة إلى الارتقاء بجماعات قروية إلى مستوى مراكز حضرية دون أن تستوفي الشروط الضرورية للتمدن.

ومن خلال توزيع السكان حسب المدن، يتبين أن 7 مدن كبرى فقط تستقطب زهاء ربع (24.9%) من سكان المملكة، أي ما يعادل 41.3% من السكان الحضريين وهي على التوالي حسب، حجمها الديمغرافي، الدار البيضاء ب 3 ملايين و359 ألف نسمة، ثم تليها فاس بمليون و112 ألف ثم طنجة ب 947 ألف ثم مراكش ب 928 ألف ثم سلا ب 890 ألف ثم مكناس ب 632 ألف وأخيرا الرباط ب 577 ألف. وبخصوص التوزيع حسب الجهات حسب التقسيم الجهوي الجديد (12) جهة، فإن 70.2% من ساكنة المغرب تتمركز بخمس جهات تتجاوز ساكنة كل واحدة منها ثلاثة ملايين نسمة. وحسب وزنها الديمغرافي، تأتي جهة الدار البيضاء - سطات في المرتبة الأولى بعدد بلغ 6 ملايين و862 ألف نسمة وبنسبة 20.3%، تليها جهة الرباط- سلا- القنيطرة بعدد بلغ 4 ملايين و581 ألف نسمة وبنسبة 13.5%، ثم جهة مراكش- آسفي بعدد بلغ 4 ملايين و521 ألف نسمة وبنسبة 13.4%، وجهة فاس- مكناس بعدد بلغ 4 ملايين و237 ألف نسمة

---

[1]- عدنان هلال، **تطور المجال الحضري لمدينة تطوان بين التنظيم العمراني والتعمير الغير القانوني** ، دبلوم الدراسات العليا المعمقة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية أكدال، الرباط، 2006-2007، ص 5.

[2] - Mekki Bentahar : "**Villes et campagnes au Maroc, Les problèmes sociaux de l'urbanisation**", édition El Maarif al jadida, Rabat 1987 , P 12-20 .

[3]- حيمود المختار، مرجع سابق، ص 232.

[4]- مرسوم رقم 2.15.234 صادر في 28 من جمادى الأولى 1436 (19 مارس 2015) بالمصادقة على الأرقام المحددة بها عدد السكان القانونيون بالمملكة.

[5]- مذكرة حول النتائج الأولية للإحصاء العام للسكان والسكنى 2014، الرباط، 13 أكتوبر 2015.

وبنسبة 12.5%، وجهة طنجة- تطوان- الحسيمة بعدد بلغ 3 ملايين و557 ألف نسمة وبنسبة 10.5%. بينما تتوزع الأعداد الباقية على مختلف جهات المملكة بنسب متفاوتة تتراوح ما بين 7.9% بجهة سوس-ماسة و0.4% بجهة الداخلة-وادي الذهب.[1] مما يوضح وجود فوارق ما بين الجهات، وعدم توازن النمو الديمغرافي بين المجالين الحضري والقروي، وتوزيع غير متوازن للسكان.

وبتحليل هذه المعطيات يتبين أن هناك صعوبة للتحكم في المجال العمراني بسبب العامل الديموغرافي؛ مما يؤدي إلى حدوث تحولات كبيرة على المستوى الاجتماعي وأنظمة نشاط المجالات الحضرية والقروية، مما نتج عنه ارتفاع الطلب على السكن والتجهيزات والبنيات الأساسية، وبالتالي الانعكاس بشكل سلبي على سياسات التعمير.

ثانيا: عامل تعدد المتدخلين في سياسات التعمير بالمغرب.

يتميز ميدان التعمير بتعدد المتدخلين سواء على مستوى التخطيط العمراني أو على مستوى التدبير، وذلك راجع بالأساس للصبغة الأفقية التي تميز قطاع التعمير. فإذا كانت على مستوى التخطيط، كل من المجالس المنتخبة والسلطات المحلية والوكالات الحضرية والسلطة الحكومية المكلفة بالتعمير والمصالح الخارجية تلعب أدوارا أساسية في التخطيط العمراني، فإن هناك مؤسسات أخرى ذات طبيعة لا مركزية تساهم كل حسب تخصصها في بلورة تصور واضح للتخطيط العمراني حيث تجد أساسها القانوني في التدخل في ميدان التخطيط العمراني انطلاقا من المادة الخامسة من المرسوم التطبيقي للقانون 12.90 المتعلق بالتعمير2، والذي ينص على عضوية اللجنة التقنية المحلية ضمن اللجنة المحلية المكلفة بالنظر في وثائق التعمير، حيث أن اللجنة التقنية المذكورة تضم في تشكيلتها مديري المؤسسات العمومية كما يقضي بذلك الفصل الخامس من ظهير 15 فبراير 1977 المتعلق باختصاصات العامل والذي تم نسخه بظهير 06 أكتوبر 1993 3، هذا المرسوم بالمناسبة ينبغي إعادة النظر فيه وتعديله من جديد تماشيا مع الإصلاحات الدستورية والقانونية في هذا الشأن. كما أن هذه المؤسسات بالإظافة إلى مساهمتها في وضع التصور لوثائق التعمير، فهي تتدخل في تنفيذ تلك الوثائق[4]، سواء من خلال إحداث التجهيزات المهيكلة، أو من خلال القيام بعمليات ترفع من قيمة المجال في ميداني التعمير والبناء.

فتعدد الفاعلين في مجال التعمير بالمغرب، نتج عنه تداخل الاختصاصات وصعوبة التنسيق؛ مما أدى إلى غياب الرؤية الشمولية سواء على مستوى التخطيط أو على مستوى التدبير، وأيضا تشتت وعشوائية التدخلات القطاعية؛ بالإضافة إلى ضعف التشاور والمشاركة عند اتخاذ القرار. الأمر الذي يستوجب إيجاد ميكانيزمات واضحة للتنسيق بين المتدخلين في ميدان التعمير وضمان النجاعة في التدخل، طالما أن الإشكال لا يكمن في التعدد بقدر ما يكمن في مدى ضبط الخيوط الناظمة له، خصوصا على مستوى دور الجماعات الترابية، فرغم أنها تتوفر على صلاحيات مهمة أساسا على مستوى التدبير العمراني، إلا ان واقع دور هذه الجماعات وإن كان قد حقق تطورا لا بأس به، فإنه ما زالت تعترضه مجموعة من الإكراهات[5].

كما أن عامل تعدد المتدخلين يرتبط بعامل طبيعة النخب الإدارية والسياسية وسلوكها كمحدد هام في صنع السياسات العمومية بشكل عام والسياسة التعميرية بشكل خاص، باعتبار التعمير هو مجموعة من التدابير التقنية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية التي يجب أن تعمل على تحقيق نمو متناسق ومنسجم، عقلاني وإنساني للكتل العمرانية[6]. فهي تعمل على التأثير في الفعل العمومي المرتبط

---

[1]- المرجع السابق.

[2]- مرسوم رقم 832. 92. 2 صادر في 27 من ربيع الآخر 1414 (14 أكتوبر 1993) لتطبيق القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، الجريدة الرسمية عدد 4225 بتاريخ 4 جمادى الأولى 1414 الموافق ل 20 أكتوبر 1993.

[3]- أحمد مالكي، **التدخل العمومي في ميدان التعمير بالمغرب**، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، 2007-2008 ، ص 95.

4 - M'hammed Dreyf : "**Urbanisation et droit de L'urbanisme au Maroc"**, Imprimerie El Maarif Al Jadida, Raabat, 1993, p : 260.

5 - M'hammed Dreyf : "**Urbanisation et droit de L'urbanisme au Maroc"**, Op . cit, p : 277

6 - Jean-Marie (Auby) et Robert (Ducos Ader) : "**Droit administratif, l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'aménagement du territoire, l'urbanisme et la construction**", 4éme éd . Dalloz, Paris , 1980, P : 203.

بسياسات التعمير، سواء على مستوى التدبير محليا، حيث يلاحظ التجاوزات من قبل السلطات المحلية أو من قبل المنتخبين في ظل البيروقراطية الإدارية، أو على المستوى الوطني سواء على مستوى المصالح المركزية، مثل طول مسطرة المصادقة على تصاميم التهيئة وعرقلتها في بعض الأحيان، أو على مستوى البرلمان، مثل تجميد مشروع مدونة التعمير، وعرقلة خروج القانون رقم 12.66 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، كما تمت الإشارة إلى ذلك أعلاه، حيث تم الاعتراض عليه من قبل البرلمانيين خصوصا منهم الذين يجمعون بين الانتداب البرلماني والمحلي ولم تتم المصادقة عليه إلا بصعوبة.

كما أن الثقافة السياسية السائدة في المجتمع والمتمثلة أساسا في الريع السياسي والاقتصادي، ووجود نخب سياسية واقتصادية ذات ولاءات مصلحية ذاتية مقابل الولاء للمصلحة العامة والوطنية، وكذا الثقافة المجتمعية الغير المساعدة في كثير من الأحيان من أجل عقلنة الفعل العمومي في ميدان التعمير، كلها تقوي الدور السلبي لعامل تعدد المتدخلين في مجال التعمير بالمغرب.

ثالثا: تأثير المنظومة القانونية في مجال سياسات التعمير بالمغرب.

يعتبر العامل القانوني من بين أهم العوامل المؤثرة في ميدان التعمير كما في باقي الميادين الأخرى، فلا يمكن تصور سياسة تعميرية بدون قوانين مؤطرة لها. ورغم المكتسبات التي تم تحقيقها على الصعيد القانوني، فإن هذا الجانب يعرف مجموعة من العوائق، نذكر منها تقادم وعدم ملاءمة بعض القواعد القانونية وتشتتها على نصوص متعددة؛ وجمود بعض المقتضيات التشريعية؛ وبطء وتعقيد المساطر؛ بالإضافة إلى صعوبة تطبيق بعض المقتضيات المتعلقة بالتعمير بسبب قلة الوسائل وضعف استيعاب النصوص القانونية، ثم عدم ملائمة ومواكبة الترسانة القانونية للمعطيات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة والتطورات المواكبة.

لقد أثبتت التجربة والممارسة الميدانية محدودية التشريعات المعمول بها بميدان التعمير، في ضبط النمو المجالي والاستجابة للتحولات الاجتماعية والاقتصادية، فهي لا تواكب مبدأ اللامركزية واللاتركيز الإداري، ولا تستجيب لمتطلبات الاستثمار ولا للاحتياجات الخاصة لبعض فئات المجتمع[1]. كما أن الممارسة تكشف عن وجود خلل بنيوي بين نوايا المخطط وواقع التخطيط مرده إلى عدة اعتبارات، يبرز أهمها في تلك المتعلقة بعدم استحضار البعد العقاري وآثاره ومدى تناغم أنظمته مع قوانين التعمير، ليس فقط على التخطيط العمراني، بل كذلك على التدبير العمراني الذي يعتبر التنزيل الطبيعي لتوجهات التخطيط، الأمر الذي يتجلى من خلال وثائق التعمير التي كانت موضوع انتقادات حول مردوديتها وفعاليتها[2].

فالتشريعات القائمة المؤطرة لميدان التعمير سواء تعلق الأمر بالقانون رقم 12.90[3] أو القانون رقم 25.90 [4] وكذا القانون الجديد رقم 12.66[5] وباقي النصوص المرتبطة بالموضوع، لا تمكن من إيجاد حلول للمشاكل الكبرى التي تعرفها التكتلات العمرانية فحسب، بل تزيد من حدتها بسبب التثاقل والجمود اللذين يميزان هذه القوانين والتنظيمات التي لم تعد تتماشى والتغييرات المتسارعة التي يشهدها المجال. لذا ولمعالجة الاختلالات الاجتماعية والمجالية المنتجة لتعمير غير منظم، مع كل ما يحمله هذا التعبير من معاني التمييز والإقصاء الاجتماعي والمجالي وتفشي البطالة والانحراف وكل مظاهر ضعف الاندماج، صار جليا، أن تنظيم مجالاتنا يتطلب وسائل وآليات ومقاربات قانونية جديدة في ميدان التخطيط والتدبير الحضريين من أجل سياسة تعميرية ناجعة.

ولقد أضحى من اللازم، في ظل التحولات التي يعرفها السياق الوطني والدولي، مقاربة التعمير عبر جوانبه الاقتصادية والمالية والاجتماعية. ثم إن القواعد القانونية للتعمير يجب أن لا تستمد مبادئها من المساطر الإدارية فحسب، بل كذالك من خلال الآليات المتحكمة في صيرورة التحولات التي يعرفها المجتمع.

---

[1]- وثيقة التشاور حول مدونة التعمير، منشورات الوزارة المنتدبة المكلفة بالإسكان والتعمير، فبراير 2006، ص 15.

[2]- أحمد مالكي، مرجع سابق، ص 184.

[3]- ظهير شريف رقم 1.92.31 صادر في 15 ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) بتنفيذ القانون رقم 12-90 المتعلق بالتعمير.

4- ظهير شريف رقم 1.92.7 صادر في 15 ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) بتنفيذ القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات.

[5]- ظهير شريف رقم 1.16.124، مرجع سابق.

ومن جهة أخرى فغياب تدوين تراتبي وموضوعاتي لمجموع النصوص القانونية المتعلقة بالتعمير والإسكان والبناء، يجعل معظم المتدخلين يواجهون حالات من التناقض والالتباس، مما يجعل تدبير هذا القطاع صعبا على مستوى الممارسة، حيث نجد كثيرا من التدابير القانونية المرتبطة بالتعمير، متداخلة مع نصوص متناثرة، تخص ميادين عديدة يُصعِّب علاقتها بالتدبير الحضري[1].

ومن التداعيات السلبية لعامل المنظومة القانونية على سياسات التعمير، نجد البطء الإداري، ويتجلى ذلك أساسا على مستوى بطء إنتاج وثائق التعمير. فهذه الأخيرة تعتبر من أهم الآليات القانونية التي اعتمدها القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير من أجل تنفيذ السياسات التعميرية عبر ما يعرف بالتعمير التنظيمي، وقد نصت عليها المواد من 2 إلى المادة 39 من الباب الثاني من القانون المذكور المتعلق بالتعمير، والمتمثلة في مخطط توجيه التهيئة العمرانية و تصميم التنطيق وتصميم التهيئة، والذي دعت إليه الحاجة بعد إدراك ضرورة تهيئة العالم القروي وتخطيط تنميته العمرانية ليتكامل مع المخططات التي توضع للعالم القروي[2]، والتي ينبغي أن يكون إنجازها متتابعا حتى نضمن تخطيط حضري جيد[3]. أما تصميم التنمية فبقي يخضع لأحكام ظهير 1960 المتعلق بتنمية الكتل العمرانية القروية. بالإضافة إلى مقرر تخطيط حدود الطرق والساحات العامة الذي يمتاز باللامركزية على خلاف الوثائق التعميرية السابقة[4].

ورغم أن جميع الحواضر وجل المجالات القروية الأكثر حساسية مغطاة حاليا بوثائق التعمير، غير أن إنتاج هذه الوثائق يعرف بطئا كبيرا من جهة، وتطبيق مقتضياتها يعرف مجموعة من الاختلالات من جهة ثانية. وقد أظهرت الممارسة على أرض الواقع أن عمليات إعداد وثائق التعمير ودراستها تعرف تأخرا كبيرا يهدد قدرتها على مواكبة التحولات الديمغرافية والعمرانية المتسارعة ومجاراة الديناميات الاجتماعية والاقتصادية التي تتفاعل داخل المجالات الترابية، الأمر الذي يزيد في توسيع الهوة بين مقترحات التهيئة وما يتم إنجازه على أرض الواقع، وهذا يجعل قيمة الوثيقة، كأداة لتخطيط استشرافي، موضوع تساؤل. لهذا أصبحت المراجعة الشاملة لمضمون وشكل وثائق التعمير والمساطر المتبعة لإعدادها والمصادقة عليها، ضرورة ملحة وذلك عبر تعزيز مسلسل اللامركزية واللاتمركز في إعداد وثائق التعمير؛ وتبسيط مسالك ومساطر إعداد وثائق التعمير والمصادقة عليها وطرق مراجعتها؛ وتبسيط محتوى وثائق التعمير خاصة ما يتعلق بضوابط التهيئة وبتحديد التنطيقات، وذلك من خلال اكتفاء وثائق التعمير بتحديد القطاعات، انطلاقا من كثافتها ونسبة التمازج الحضري من الناحية الوظيفية والشكلية، مع إرفاقها بجدول المرافق العمومية، والاقتصار على برمجة التجهيزات العمومية الاستراتيجية، علما أن التجهيزات الأخرى تتم برمجتها في إطار التجزئات العقارية والمجموعات السكنية. كما ينبغي تعزيز مقاربة التشاور والتشارك في إعداد وتنفيذ مقتضيات وثائق التعمير؛ وترشيد نفقات إعداد وتطبيق وثائق التعمير؛ وتشجيع إنتاج السكن الاجتماعي خصوصا منه السكن ذي القيمة العقارية الإجمالية المنخفضة؛ وإدماج توجهات المخطط الوطني والمخططات الجهوية لإعداد التراب[5].

كما أن إشكالية المراقبة الإدارية تعد نقطة ضعف الإدارة والمتدخلين في مجال مراقبة مخالفات التعمير، حيث أن واقع التدبير الإداري والقضائي في هذا الصدد يكشف الستار عن محدودية المراقبة وضعف فعاليتها في التصدي للمخالفات والانتهاكات التي يتعرض لها قانون التعمير، بحكم أن التدبير العمراني يخضع أحيانا لمنطق المصالح الانتخابية والسياسية والاعتبارات الزبونية والمحسوبية، أكثر مما يخضع لمنطق المصلحة العامة التي تقتضيها التنمية المحلية[6].

ومن تجليات ضعف المراقبة إشكالية البناء غير القانوني وتأثيرها السلبي على سياسات التعمير، فظاهرة البناء الغير القانوني تعتبر من الانحرافات المجتمعية، بل الظواهر التي أرقت السلطات العمومية والمهتمين وقضت ولا زالت تقض مضاجعهم، خلال القرن الماضي وحتى في قرننا هذا، وشوهت جمال بلادنا وأفقرت تراثها العمراني على غناه وأهدرت ثرواتها الطبيعية من أراضي زراعية خصبة ومناطق غابوية فريدة من نوعها وأضاعت على الدولة والجماعات المحلية فرصة تحصيل موارد مالية هائلة، هي في حاجة إليها، بل بالإضافة إلى

---

[1]- وثيقة التشاور حول مدونة التعمير، منشورات الوزارة المنتدبة المكلفة بالإسكان والتعمير، فبراير 2006، ص 15.

2 - M'hammed Dreyf : "**Urbanisation et droit de L'urbanisme au Maroc**", Op . cit. p 1.

3 - Hubert Charles : "**Les principes de l'urbanisme**", édition Dalloz, Paris, 1993, P 27 .

[4]- الدكتور عبد الرحمان البكريوي، "**التعمير بين المركزية واللامركزية**"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1993 ، ص 30.

[5]- وثيقة التشاور حول مدونة التعمير، مرجع سابق، ص 32.

[6]- أحمد مالكي، **السياسات العمومية في ميدان التعمير: حصيلة مائة سنة من التأطير التشريعي**، مداخلة بالندوة المنظمة من قبل كلية الحقوق بمكناس بتعاون مع مجموعة الأبحاث والدراسات المالية والضريبية ومركز الدراسات في الحكامة والتنمية الترابية حول موضوع " مائوية التعمير: قراءة في بعض إشكالات السياسات العمرانية بالمغرب"، 07 مارس 2015.

ذلك يتم تخصيص اعتمادات مالية مهمة لإعادة هيكلتها، كان من الأولى أن تخصص لمشاريع تنموية أخرى، فضلا عن تداعيات وأخطار بيئية واجتماعية وأمنية على الحاضر والمستقبل[1].

ولقد أثبتت العديد من البحوث المتعلقة بدراسة المجال الحضري ومكوناته العمرانية على أن هذا الأخير قد تتم عرقلة نموه الطبيعي والمتوازن من جراء الانتشار الواسع للبناء العشوائي ودور الصفيح، فهذه الأشكال العمرانية الغير اللائقة والغير المهيكلة من شأنها أن تفرز عدة مظاهر اجتماعية واقتصادية سلبية اتجاه المجال وسكانه، وبالتالي قد تحول دون الوصول إلى هيكلة مجالية معقلنة ومساعدة على إنجاح البرامج التنموية[2].

وأظهرت الإدارة باعتبارها المتدخل الأول في ميدان التعمير قصورا كبيرا، لأسباب متعددة، منها الضعف المتعلق بغياب الإرادة السياسية لدى المسؤولين من أجل تطبيق القانون، ورضوخهم في الغالب للضغوطات المختلفة الصادرة عن المخالفين، واللامبالاة التي تبديها بعض المصالح الإدارية، والتغاضي بسبب تفشي الرشوة، زيادة على تعدد المتدخلين في المراقبة والزجر في هذا المجال.

وانعكاسات البناء الغير القانوني في ميدان التعمير لا تقتصر آثارها السلبية على الجانب العمراني فقط، بل تتعداه لتؤثر سلبا على تنمية المجال في علاقته بالسكان، من خلال عرقلة التنمية المحلية، وخلق العديد من الصعوبات والعراقيل أمام الإدارة، الشيء الذي يساهم في فشل العديد من المحاولات الرامية إلى تنمية وتنظيم المجال سواء على المستوى المحلى أو الوطني، للمساهمة في إقرار سياسة تعمير متوازنة. وفي هذا السياق صدر القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، الذي أشرنا إليه أعلاه، من أجل تعزيز المراقبة وزجر المخالفات في هذا المجال.

رابعا: عامل الاستثناء في مجال التعمير.

يعرف التعمير بوصفه كما سبقت الإشارة " مجموع الإجراءات التقنية والقانونية والاقتصادية لمجال ما، والتي يتعين أن تمكن من إنماء متناسق وعقلاني وإنساني للتجمعات السكنية". ومن هذا المنطلق تظهر أهمية قواعد قانون التعمير في ضبط وتوجيه تهيئة المجال العمراني بالشكل الذي يضمن التنمية العمرانية المنشودة. ونظرا للحركية التي يشهدها قطاع التعمير أمام جمود بعض النصوص القانونية أصبحت ترد بعض الاستثناءات على قواعد قانون التعمير، بداعي إضفاء نوع من المرونة تمكنها من مواكبة التطورات العمرانية داخل المجتمع. وفي هذا السياق صدرت الدورية 254 في فبراير 1999عن وزير إعداد التراب والبيئة والسكنى، ثم الدورية رقم 622 الصادرة في ماي 2001. وقد أعقبتهما دوريتان وزاريتان مشتركتان، وهما على التوالي الدورية رقم 27/3020 في مارس 2003، والدورية رقم 31/10098 في يوليوز 2010[3].

واستهدفت هذه المذكرات إضفاء مرونة وشفافية أكبر على عملية دراسة المشاريع الاستثمارية المقدمة لمصالح التعمير، في محاولة لتجاوز طابع الصرامة التي تتسم بها وثائق التعمير وبطء مسطرة تعديلها ومراجعتها والتعقيدات التي تكتنفها. وكان الهدف من هذا المسعى، الذي اعتمدته السلطات العمومية كحل مؤقت، هو بث دينامية جديدة في قطاع يعد حجر الزاوية في كل المشاريع الاستثمارية الاقتصادية والاجتماعية. حيث يرى البعض في هذه المقتضيات رغبة من لدن المشرع المغربي في إضفاء نوع من المرونة على التدبير العمراني وتشجيع مسلسل البناء من جهة، ومواجهة التعمير الفوضوي والعشوائي من جهة ثانية4.

وقد استحدثت بموجب الدورية الصادرة سنة 1999 لجنة مختصة على مستوى الوزارة لتسليم رخص الاستثناء للمشاريع الاستثمارية. ولكن نظرا للعدد المتزايد من الملفات، أصبحت اللجنة المركزية عاجزة عن دراسة كل الطلبات. هكذا صدرت الدورية الثانية سنة 2001 التي نصت على نقل هذا الاختصاص إلى المستوى المحلي. وعهد برئاسة اللجنة المحلية لدراسة ملفات طلب رخص الاستثناء

---

[1]- **دور القضاء في تطوير التشريع والحد من البناء الغير القانوني في مجال التعمير، إشكالية البناء غير القانوني ومحاولة التصدي له**، منشورات وزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان والبيئة، يوليوز 2002، ص 3.

[2]- حيمود المختار، مرجع سابق، ص 157.

[3]- رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، دراسة التأثيرات المترتبة عن الاستثناءات في مجال التعمير، إحالة رقم 2014/11 من قبل مجلس النواب، ص 6.

[4] - El Idrissi Omar, **Evaluation des documents d'urbanisme à travers la dérogation : cas de la région Doukkala Abda**, DESA en urbanisme et aménagement, université Hassan II- Ain Chok, F.L.S.H- Casablanca, 2004-2005, p : 32.

إلى المفتش الجهوي للتعمير، بحيث لا تعرض على اللجنة المختصة المركزية سوى المشاريع الاستثمارية الكبرى التي لم تحظ بالتوافق على المستوى المحلي.

وقد صدرت بعد ذلك الدورية الثالثة رقم 27/3020، يتعلق الأمر بدورية مشتركة بين الوزارة المكلفة بالتعمير ووزارة الداخلية، باعتبارهما القطاعين الوزاريين الأساسيين المسؤولين عن مجال التدبير العمراني. ونصت هذه الدورية على إنشاء لجنة جهوية خاصة برخص الاستثناء في مجال التعمير، مكلفة بدراسة الطلبات المقدمة للاستفادة من هذه المسطرة. وتتكون هذه اللجنة، التي يرأسها والي الجهة، من العامل ومدير المركز الجهوي للاستثمار ورئيس الجماعة ومدير الوكالة الحضرية والمسؤول الجهوي للإدارة المعنية بالاستثمار. ويتخذ قرار منح رخص الاستثناء بإجماع أعضاء اللجنة. وقد أدى تطبيق هذه الدورية، خلال الفترة الممتدة ما بين 2003 و 2010، إلى حدوث بعض التجاوزات، وخاصة المضاربات العقارية وإنجاز بعض المشاريع فوق أراض مخصصة للمرافق العمومية وأخرى ذات مؤهلات فلاحية كبرى. وهنا لا بد من إبداء ملاحظة حول التحول الذي حصل على مستوى رئاسة اللجنة، فنقل الرئاسة من المفتش الجهوي للتعمير إلى والي الجهة يعتبر بمثابة ردة، خصوصا وأن باقي أعضاء اللجنة التي يترأسها الوالي غالبا ما يكون رأيهم من رأي هذا الأخير.

وسعيا إلى تدارك هذه الاختلالات، أصدرت السلطات العمومية دورية جديدة، وهي الدورية رقم 31/10098 الصادرة سنة 2010، بهدف إحاطة مسطرة الاستثناء بمزيد من الضمانات والقيود القانونية، من خلال التنصيص على أن رخصة الاستثناء تخص الشخص بعينه ولا يجوز له تفويتها لغيره. فضلا عن ذلك، فإن هذه الدورية تمنع منعا باتا أن تطال الاستثناءات المساحات المخصصة للمرافق العمومية وللفضاءات الخضراء وطرق التهيئة ودوائر الري والمناطق المهددة بالفيضانات أو التي تنطوي على بعض المخاطر والمناطق الواجب حمايتها. إضافة إلى ذلك، فقد حددت هذه الدورية نوع المشاريع التي يمكن أن تستفيد من مسطرة الاستثناء في مجال التعمير، وحصرتها في المشاريع الاستثمارية ذات الطابع السياحي والصناعي وتلك المرتبطة بالصناعات التقليدية والخدمات، إلى جانب مشاريع السكن الاجتماعي ومحاربة السكن غير اللائق. إلا أنه يلاحظ أن هذا الحصر يشمل كل شيء، أي أهم المجالات المعنية بالتعمير.

ويبقى أن رخص الاستثناءات الممنوحة طبقا لدوريات وزارية، والتي لا يعززها أساس قانوني قوي، تعتبر كأداة لإضفاء المرونة على مجال التخطيط العمراني، لهذا يجب أن تمثل الاستثناء لا القاعدة. ويمثل اللجوء إلى مسطرة الاستثناءات تعبيرا عن قصور يشوب عملية التخطيط العمراني، ومسا بالأهداف المتوخاة من وثائق التعمير، مما يجعل الإدارة نفسها عرضة للعبة المصالح والرهانات المرتبطة بمسلسل التعمير. وقد كانت هناك مجموعة من المحاولات الرامية إلى مأسسة ممارسة الاستثناء في مجال التعمير وإدراجها داخل إطار قانوني. ومع ذلك، فإن مشاريع النصوص القانونية في هذا المجال لم تعرف طريقها إلى التطبيق، نظرا لصعوبة التشريع في هذا الميدان[1]. ورغم أن صدور هذه الدوريات قد ينم عن التشدد والتصلب الذي يميز أحيانا قواعد قانون التعمير بالمغرب، فإن ذلك لا يشفع بإصدار دوريات لا تحترم مبدأ تدرج القوانين، لكون ذلك فيه مساس باستقرار البنيان القانوني وإفراغ التشريع الأصلي من محتواه طالما أن الغرض من الدوريات والمناشير يكمن في التفسير والتوضيح ولا يمكنها أن تقيد ما جاء به القانون أو تضيف إليه شيئا يتعارض مع مقتضياته، الأمر الذي نحا بجانب من الفقه والقضاء إلى عدم الاعتراف بقيمة وحجية تلك الدوريات2.

وعلى الرغم من أن الاستثناءات في التعمير سمحت بتصحيح عدد من الإشكالات والاختلالات على مستوى قوانين ووثائق التعمير، فإنها أفرزت في كثير من الأحيان نتائج سلبية على مستوى المشهد الحضري والمجال العمراني بشكل عام، من قبيل الاجهاز على التجهيزات والمرافق العمومية والمجالات الخضراء من جراء الاستعمال المغاير للأوعية المخصصة لها، مما أدى إلى بروز قطيعة مجالية والإخلال بسيرورة التطور العمراني للمجالات الحضرية.

[1]- رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، مرجع سابق، ص7.

[2]- أحمد مالكي، مرجع سابق، ص 234.

خامسا: العامل العقاري والمالي.

يقوم العقار بدور حيوي في تحقيق التنمية المستدامة في شتى تجلياتها، باعتباره الأرضية الأساسية التي تنبني عليها السياسات العمومية للدولة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، وذلك من خلال توفير الوعاء العقاري اللازم لإنجاز البنيات التحتية الأساسية والمرافق العمومية، وتوفير السكن المتنوع الذي يستجيب لحاجيات مختلف الفئات الاجتماعية، فضلا عن دعم الاستثمار المنتج في مختلف مجالات الفلاحة والصناعة والسياحة والخدمات وغيرها[1]. وفي هذا السياق، تعتبر المسألة العقارية من بين العوامل الأساسية المؤثرة في السياسة التعميرية. فالتوسع العمراني السريع يتطلب إعمار أراضي شاسعة لإيواء الساكنة الحضرية المتزايدة نتيجة للنمو الديمغرافي والهجرة القروية، وتزويد المناطق السكنية بما تحتاجه من تجهيزات تحتية وفوقية وما يستلزمه التعمير من خدمات أساسية كالماء والكهرباء والتطهير الصلب والسائل والحدائق والمناطق الخضراء ومناطق التنزه والراحة والنقل الحضري، ومن مرافق عمومية ضرورية كالتعليم والصحة والثقافة والرياضة. كما أن إعمار وتعمير المدن والمناطق المحيطة بها يستوجب تهيئة وتجهيز مناطق للأنشطة والإنتاج، كالمناطق الصناعية والسياحية والتجارية والصناعة التقليدية وغيرها من الأنشطة الأخرى حسب حجم وأهمية وموقع ودور كل مدينة. وتمثل هذه المناطق محرك وشريان الاقتصاد الحضري الذي يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومن ثمة يوفر تعميرا سويا ويحقق تكاملا بين المناطق السكنية ومناطق الأنشطة[2].

وباعتبار أن الملكية العقارية تشكل العنصر الأساسي في مجال تطبيق برامج التعمير وإنتاج الوحدات السكنية. فإن المتدخلون العموميون والخواص يلاقون مشاكل متعددة للتوفر على الأراضي بالمنطق الحضرية سواء كانت في ملك الدولة أو في ملك الخواص. فهناك من جهة صعوبة في توفير الأراضي بسبب طبيعة النظام العقاري المعقدة والإجراءات المسطرية غير الملائمة، وهناك من جهة أخرى ارتفاع مهول للقيمة العقارية ومضاربات لا حد لها على مستوى العرض والطلب[3].

لهذا، فالعامل العقاري يكون عاملا مساعدا لسياسة التعمير وتوجهات التخطيط الحضري في حال وفرته وتدبيره بطرق ناجعة وسليمة، ويكون عاملا معرقلا لتلك السياسة في حال ندرته وتدبيره بطرق سلبية وغير سليمة. وتصطدم السلطات العمومية بالمغرب بتعقد الأنظمة العقارية وتعددها، وبالخصوص منها المتواجدة سواء بداخل أو بجانب المدارات الحضرية، مثل أراضي الجموع وأراضي الأحباس والكيش وغيرها. ولعل السياسات العقارية تحتاج هي الأخرى إلى تطوير المفاهيم والتصورات بموازاة مع ما عرفته سياسات التعمير الحديثة من تطور في مجالي التخطيط والتشريع. فمفهوم "السياسة" بصفة عامة لا يقتصر على الآنية أو على التدخلات العملياتية بقدر ما يحتاج إلى نظرة "تقديرية" تتوقع المستقبل وتخطط له على المدى البعيد[4].

وحسب التشخيص الذي تم تقديمه بالمناظرة الوطنية حول السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية سنة 2015، فالمشاكل والإكراهات التي يطرحها العقار، في ارتباطه بالتعمير والتخطيط العمراني وإعداد التراب، تكمن أساسا في تعقد المقتضيات القانونية وتعدد الأنظمة العقارية وضعف نسبة الأراضي المحفظة وعدم تحيين الخريطة العقارية. فإذا كانت النصوص القانونية المتعلقة بالتعمير تعير اهتماما بالغا للمسألة العقارية، إذ تعتبر التعمير وسيلة فعالة لتصفية المشاكل العقارية العالقة، إلا أن توقعات وثائق التعمير نادرا ما تأخذ واقع النظام العقاري والتقسيمات العقارية بعين الاعتبار.

فرغم أن النصوص التشريعية المتعلقة بالتعمير تعتبر التعمير وسيلة فعالة لتصفية المشاكل العقارية، من حيث أنها ربطت الترخيص، لأي مشروع تجزئة، بالتحفيظ. كما أن وثائق التعمير وما تحتويه تؤدي إلى الرفع من قيمة العقارات في حالات توسيع المدار

---

[1]- تقرير تركيبي حول **واقع قطاع العقار بالمغرب أهم عناصر التشخيص**، المناظرة الوطنية حول السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، الصخيرات 2015، ص 3.

[2]- د. عبد الرحمن البكريوي، **تقديم لكتاب "السياسة العقارية في ميدان التعمير والسكنى"**، لمؤلفه الأستاذ الهادي مقداد، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1421-2000، ص 3.

[3]- د. الهادي مقداد، **السياسة العقارية في ميدان التعمير والسكنى**، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1421-2000، ص 7.

[4]- د. الهادي مقداد، المرجع السابق، ص 9.

الحضري، أو في حالة تهيئة مناطق معينة كالمدن الجديدة والمنطق الصناعية. إلا أن توقعات وثائق التعمير نادرا ما تأخذ النظام العقاري والتقسيمات العقارية بعين الاعتبار، مما يؤدي إلى سوء توزيع للقيم المضافة الناجمة عن فتح العقارات للتعمير. وتعتبر مناطق الاحتياط العقاري، التدبير الوحيد الذي يهدف إلى الحفاظ على المناطق القابلة للتعمير ومراقبتها، لكن وللأسف لم يتم بعد تحقيق الأهداف المتوخاة من تحديد هذه المناطق. ويعتبر تخصيص مناطق للاحتياط العقاري الإجراء الوحيد، في ميدان العقار، الذي تنص عليه وثائق التعمير الحالية. ولقد كانت الغاية من وراء هذا الإجراء إخضاع مناطق حساسة للمراقبة والتأمل في انتظار توفر ظروف تجهيزها واستكمال منظور تهيئتها. لكن نادرا ما تم تفعيل هذا الإجراء، وبهذا يكون التخصيص الذي منحته وثائق التعمير لهذه المناطق لم يفد إلا في جعلها " مناطق للتهيئة اللاحقة ".

ونظرا لتعقيد مسطرة نزع الملكية وندرة الاحتياط العقاري العمومي من جهة، ولغياب الوسائل العملية لمواكبة فتح مناطق جديدة للتعمير، من جهة أخرى، فإن العقار لعب دور المعرقل الرادع بدل الدور التحفيزي الذي كان بالإمكان أن يقوم به[1].

وبخصوص العامل المالي فإن التعمير لكي يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فهو يتطلب اعتمادات مالية دائمة ومجندة من طرف الدولة والجماعات المحلية والمنعشين العقاريين العموميين والخواص. فعمليات التهيئة الحضرية تتطلب إمكانيات مادية ووسائل مالية كبيرة لإنجازها، وذلك قصد تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية قد يستفيد منها سكان المجالات الحضرية والمناطق المحيطة بها[2]. وعلى هذا الأساس، وبناء على ضرورة التعاون والمساهمة في تحمل أعباء وتكاليف التهيئة الحضرية، فإن المشرع يعمل على تضريب قطاع التعمير، حيث يتم فرض ضرائب ورسوم تجاه المستفيدين من التجهيزات الأساسية التي يتم إنجازها قصد تدعيم البنية التحتية والتهيئة العمرانية للمدينة.

فالإدارة عندما تعمل على توسيع المدار الحضري فإنها تعطي للأراضي والعقارات الحضرية الجديدة قيمة مادية إضافية جديدة، وذلك نتيجة استفادتها من التجهيزات الأساسية التي تنجزها السلطات العمومية من طرق وشبكات الماء والكهرباء، والهاتف وغيرها، فهذه التجهيزات تزيد من قيمة العقارات والأراضي الحضرية[3].

ورغم تسجل بعض المكتسبات، فإن بعض العوامل ما تزال تشكل عائقا في هذا المجال، كقلة الموارد المالية للدولة والجماعات المحلية وغياب آليات التمويل، وعدم تحويل القيمة المضافة للعقار التي تمنحها وثائق التعمير إلى عوامل للتنمية.

خلاصة

رغم ما نجم عن سياسات التعمير المعتمدة بالمغرب من نتائج إيجابية ساهمت في تحقيق تطور اقتصادي وعمراني ملحوظ، إلا أن ذلك لم يمنع من ظهور انعكاسات سلبية على مختلف المجالات المرتبطة بها، خصوصا في ظل تعدد المتدخلين وضعف التأطير التشريعي والقانوني، فضلا عن تداخل الاجتماعي بالاقتصادي والسياسي، وتأثيرات الجانب السلبي للثقافة المجتمعية في علاقته بطبيعة النخب ذات الصلة بسياسات التعمير.

ومع ذلك فإن خلاصات دراسة موضوع الأبعاد والعوامل المؤثرة في سياسة التعمير بالمغرب يمكنها أن تنطلق من كون مقومات العمران المغربي الأصيل، وقواعد إحداث التجمعات العمرانية بالبلد المستدعية لثقافته وحضارته العريقة، لا تتعارض في مبادئها مع أحدث النظريات في هذا الميدان، سواء من حيث اعتماد التوازنات البيئية الكبرى في التخطيط، أو من حيث النظرة المندمجة للمجال والتواصل بين الفئات الاجتماعية، أو فيما يتعلق بتوظيف الخصوصيات المحلية والجهوية. إلا أن ذلك يبقى مرهونا بمدى اعتماد المقاربة المجالية المندمجة في وضع وتنزيل سياسة شمولية مندمجة لتأهيل المجال العمراني؛ واستحضار أن تأهيل السياسة التعميرية باعتبارها

[1]- وثيقة التشاور حول مدونة التعمير، مرجع سابق، ص 52.

[2]- حيمود المختار، مرجع سابق، ص 27.

[3]- عبد المجيد أسعد، "مالية الجماعات المحلية بالمغرب"، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2009، ص 72-73.

سياسة عمومية، يتطلب تعزيز وتقوية التقائية السياسات القطاعية المرتبطة بها، وذلك بوضع أسس متينة وشاملة للعلاقة بين سياسة التعمير وسياسة إعداد التراب الوطني، تهدف تأهيل الإنسان واستثمار الموارد المتاحة استثمارا عقلانيا، في أفق تنزيل كامل وعميق للجهوية الموسعة. مع اعتماد مقاربات تنموية ترتكز على المجال في بنائها وفي تنزيلها، من خلال اعتماد آليات الحكامة الجيدة في تدبير السياسة التعميرية، واعتبار أن القواعد القانونية للتعمير يجب أن لا تستمد مبادئها من المساطر الإدارية فحسب، بل كذلك من خلال الآليات المتحكمة في سيرورة التحولات التي يعرفها المجتمع. وأن تحقيق سياسة تعميرية فعالة وتنافسية يتطلب حكامة جيدة، قوامها المسؤولية والشفافية واستشراف المستقبل. لذلك صار لزاما تبني مقاربة جديدة تعمل على تجاوز السلبيات التي شابت السياسات التعميرية، والبحث عن آفاق جديدة ترقى بالتعمير الحالي إلى تعمير تشاوري واستشرافي، يستحضر الأبعاد والأهداف الأساسية والاستراتيجية ويأخذ بعين الاعتبار العوامل المؤثرة.

تحديد الطب الشرعي لهوية ضحايا الكوارث

ريطاب عز الدين،

طالب في طور الدكتوراه

بكلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري بقسنطينة – الجزائر -

.

مقدمة:

يشهد العالم سنويا كوارث حتمية تختلف بحسب طبيعتها وشدة خطورتها على التنوع البيولوجي والإيكولوجي، فينجرّ عن هذه الحوادث في غالب الأحيان دمار مهول في الجانب المادي،وتنتج عنها خسائر كبيرة في الأرواح والمفقودين، وأمام هذه الظروف الاستثنائية تعجز غالبية الدول خاصة النامية منها، والضعيفة اقتصاديا عن مسايرة هذه الوضعية التي تتسم بضعف التنسيق والتخطيط لمرحلة ما وراء الكارثة، فهذه المرحلة الحرجة تستدعي إنشاء خليات أزمة لمواكبة الأوضاع، ويتعين على إثرها إعلان السلطات حالة استنفار قصوى تندب فيها فرق الإغاثة والإسعاف، الأجهزة الأمنية والعسكرية، وكذلك استدعاء جميع الأطباء الممارسين لتقديم الإسعافات من جهة وللمساعدة على التعرف على هوية الضحايا من جهة أخرى، هذه العملية التي تنسب للأطباء الشرعيين رفقة فرق التحقيقات الجنائية، التي تفتح ملفات للبحث والتحري عن مسببات هذه الكوارث خاصة إذا كانت بخطأ بشري أو بفعل متعمد.

مشكلة الدراسة :

تتمحور إشكالية الدراسة في البحث عن الدور المنوط بالطبيب الشرعي في الحالات الاستثنائية، التي يمكن أن تمر بها أي دولة في العالم من خلال التساؤلات التالية:

ما هي الصلاحيات الملحقة بالطبيب الشرعي عند ندبه لأماكن حدوث الكوارث ؟، وأين يكمن دور الإستعراف في جانبه الطبي الشرعي في التعرف على المجهولين ؟

فرضيات الدراسة :

تثار حول دراستنا جملة من الفرضيات التي نوجزها في ثلاثة نقاط أساسية كالتالي:

- **الفرضية الأولى:**الطبيب الشرعي له الدور البارز والأهم عند معاينة أماكن وقوع الكوارث في عملية التعرف على هوية الضحايا الأحياء والأموات على حد سواء.
- **الفرضية الثانية :**يصعب إجراء المعاينة الفنية لأماكن الكوارث التي تخلف حصاد هائل في الأرواح والمفقودين وتهديم البنى التحتية، ويستحيل الإستعراف الطبي الشرعي لجميع الجثث .
- **الفرضية الثالثة :** خطوات الإستعراف الطبي الشرعي هي الوسيلة الوحيدة لتحديد الأسباب التي يحتمل أنها أدت لوفاة شخص ما، وتعتبر أهم الإجراءات العملية التي تساهم في التحقيق الطبي الجنائي .

أهداف الدراسة: تهدف دراستنا إلى ما يلي :

1- تحديد طبيعة الكوارث التي تضرب دول العالم بشكل مستمر، بما فيها النوع التكنولوجي المستحدث.
2- معرفة خطوات فحص مكان الكارثة من قبل الطبيب الشرعي والفرق المعاونة له، لفك الألغاز التي تحيط بأسباب الوفاة.
3- التركيز على الإستعراف الطبي الشرعي، وبيان دوره البارز في التوصل إلى تحقيق شخصية الجثث بالأساليب الإكلينيكية والمخبرية.

أهمية الدراسة :

1- حالة الطوارئ التي تعيشها الدول المتضررة من الكوارث، التي تنجم عنها خسائر مادية وبشرية فادحة، تستوجب التعرف على العدد الإجمالي للضحايا من المتوفين، الجرحى والمفقودين.

2- تحليل البرتوكول الطبي الشرعي لمعاينة أماكن وقوع الكوارث في الحالات الإستثنائية، ومن قبل المتدخلين الأوائل لكشف الحقيقة.

3- إبراز مكانة الطبيب الشرعي في تحقيق شخصية الأفراد في أوقات الكوارث والأزمات.

مصطلحات الدراسة:

- **الطبيب الشرعي:(Conoror) Medical examiner**

هو كل شخص متحصل على شهادة دكتوراه في العلوم الطبية، ثم تابع دراسة نظرية وتطبيقية متخصصة في الطب الشرعي، ليحصل على شهادة الدراسات الطبية المتخصصة في الطب الشرعيD.E.M.S.[1]

- **الطب الشرعي: Forensic medicine**

هو أحد تخصصات العلوم الطبية الذي يمثل حلقة وصل بين القضاء و الطب، ويتعلق بإجراء الخبرات والمعاينات الفنية في المواضيع الطبية الشرعية، التي تعجز أجهزة العدالة عن استيعابها علميا لكشف ملابسات أي فعل مهما كان نوعه.[2]

- **الضحايا:Victims**

اشتق مصطلح " الضحية" من اللغة اللاتينية الكلاسيكية "Victima"في سنة 1496م،التي تعني "المخلوقات الحيّة التي تهدى كآضاحي للآلهة"،[3] وظهر قبل ذلك في اللغة العامية الشعبية التي أنشأت في نهاية القرن 15م بالتحديد في عام 1485م،[4] وتطور مع مرور الوقت استخدام هذا المصطلح في الكتابات القديمة بالخصوص في ق 17م، فكانت تستخدم في ذلك الوقت وبالضبط في سنة 1642م في نظريات التبشير المسيحي لوصف سيدنا عيسى –عليه السلام- بالضحية الخارقة Super Victim أو الضحية المثالية Perfect victim، وارتبط المصطلح ليشمل الجوانب الإنسانية في نفس القرن، وأصبحت الضحية تعتبر في سنة 1606م بأنها: " الشخص الذي يصاب بالكراهية، التعذيب و اللاعدالة من أيّ شخص"، أو " الشخص الذي قُتل أو جُرح جراء زلزال، طوفان أو أيّ حادث أو عنف (1604م)"، أو" الشخص الذي يعاني من أفعال الغير (1617م)"، وفي نهاية القرن 17م اشتمل مفهوم الضحايا على المتوفين في الحروب، الإستبداد السياسي، الشباب الذي يضحي بنفسه من أجل الطموح العائلي والذين يجبرون على اعتناق ديانة ما (1690م)، وتطور المفهوم في القرن 19م ليشتمل على :" الشخص الذي عُذب، اغتصب، قُتل، الشخص الذي يتوفى جراء مرض، حادث، كارثة، الشخص الذي يقتل في المظاهرات والحروب"[5]،كما يعرّف القاموس الفرنسي لاروس Larousse الضحية بأنها:"الشخص الذي قُتل أو جُرح، أو هو الشخص الذي يعاني من الآلام بسبب عدائية الآخرين"،[6] أما القاموس الإنجليزي "أوكسفورد Oxford" فيعرّفها بأنها: "الشخص الذي تأذى، جُرح أو قُتل كنتيجة لجريمة، حادث أو أي مناسبة أو سلوك آخر"،[7]

[1] Diplôme d'études médicales spécialisées.

[2] Dictionnaire Le Petit LAROUSSE Illustré, édition LAROUSSE, Paris, 2009, P632.

[3] Evelyne Josse, Victimes, une épopée conceptuelle, 1ère partie, Belgique, 2006, P05.

[4] Ibid. P04.

[5] Evelyne Josse, O.P. cité, PP 05-06.

[6] Dictionnaire LAROUSSE poche 2015, Rotolito Lombarda, Italie, P861.

[7] See more in: http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/victim

ويعرّفها قانون الإجراءات الجزائية السويسري في المادة 116: " أنّ مفهوم الضحية كل إصابة بفعل جريمة، المعاناة من اعتداء مباشر على سلامته الجسدية، النفسية أو الجنسية".[1]

المبحث الأول: فحص مسرح الكارثة.

قد تعاني أي منطقة في العالم من حدوث اضطرابات غير تقليدية توصف بالكارثة، والتي تشكل عبئا ثقيلا على الحكومات في تسيير تلك الظروف الحالكة التي تعصف بالأرواح والممتلكات بدون استثناء.

المطلب الأول: المدلول العلمي للكوارث

تتميز الحوادث التي توصف على أنها تشكل "كارثة" بمجموعة من الخصائص، التي تمهد لمجموعة من الإجراءات الإرشادية التي تتبع في أي مكان تعرض لإختلال غير طبيعي.

أولا : مفهوم الكوارث :

يعرّف الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر الكارثة بأنها:" حادث مفاجئ وفاجع، ويعطل بصورة شديدة جميع وظائف الدولة أو المجتمع، ويسبب خسائر بشرية، مادية واقتصادية وبيئية التي تتجاوز قدرات المجتمع أو الدولة في استمرارية استخدامها لموردها".[2]

ويمكننا تعريف الكارثة بأنها:" حادث مفاجئ وغير متوقع يتسبب في أضرار جسمانية ومادية كبيرة، يتجاوز في بعض الأحيان الحدود الجغرافية للدولة أو القارة، ويكون إما لأسباب طبيعية أو قد تحدث بفعل تدخل البشر" .

لم يعرّف المشرع الجزائري الكوارث كلفظ وإنما وصفها بالمخاطر الكبرى، التي عرّفها في المادة 2 من قانون الوقاية من المخاطر الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة، بقوله أنه :"يوصف بالخطر الكبير، في مفهوم هذا القانون، كل تهديد محتمل على الإنسان وبيئته، يمكن حدوثه بفعل مخاطر طبيعية استثنائية و / أو بفعل نشاطات بشرية"، وعدّدت المادة 10 من نفس القانون المذكور آنفا مجموعة الأخطار الكبرى كالتالي: (الزلازل والأخطار الجيولوجية، الفيضانات، الأخطار المناخية، حرائق الغابات، الأخطار الصناعية والطاقوية، الأخطار الإشعاعية والنووية، الأخطار المتصلة بصحة الإنسان، الأخطار المتصلة بصحة الحيوان والنبات، أشكال التلوث الجوي أو الأرضي أو البحري أو المائي، الكوارث المترتبة على التجمعات السكانية الكبرى).[3]

أشارت الدراسة التي قام بها الدكتور الأسترالي **جيمس دانييل James Daniel**، حول مخاطر الكوارث الطبيعية على مر الحقبة الزمنية الممتدة من عام 1900م إلى غاية سنة 2015م، في تسببها في وفاة أكثر من 8 ملايين شخص في جميع أنحاء العالم، أيّ بمعدل سنوي بلغ 50 ألف حالة وفاة و أضرار اقتصادية فاقت 7 تريليونات دولار.[4]

وتتميز الكوارث بجملة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الحوادث الأخرى، والتي نوجزها كما يلي:

1- حادث مفاجئ:

تحدث الكوارث بصورة مفاجئة وغير متوقعة، بالرغم من التكنولوجيا العالية التي تتنبأ بالتغييرات و الإضطرابات الجوية، إلا أنها تقف عاجزة في غالب الأحيان بمعرفة وقت حدوثها بدقة، لذلك فإن عنصر المباغتة هو ما يميز الكوارث مهما كان طبيعتها، وسجّلت

[1] Voir l'article 116 de section 2 (Victime) du chapitre 3 (lésé, victime et partie plaignante) au code de procédure pénale de la confédération de Suisse.

[2] http://www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-management/about-disasters/what-is-a-disaster/

[3] قانون رقم 04-20 المؤرخ في 13 ذي القعدة عام 1425 الموافق لـ 25 ديسمبر سنة 2004المتعلق بالوقاية من المخاطر الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 84.

[4] طالع المزيد على GreenArea.me: **سبعة تريليونات دولار خسائر الكوارث الطبيعية خلال ١١٥عاماً:**

http://greenarea.me/?p=132882

317 كارثة طبيعية في جميع أنحاء العالم خلال العام 2014، تضرر بسببها ما مجموعه 94 بلداً، وفقا للأرقام الصادرة عن مركز أبحاث علم أوبئة الكوارث (CRED).[1]

2- حادث استثنائي:

توصف الكوارث على أنها حادث استثنائي غير مسبوق، بحيث تعطل الحياة العامة للسكان في المناطق المتضررة، وينجرّ عنها توقف تام لجميع مظاهر النشاط اليومي للأفراد، فغالبا ما يتبع حدوث الكارثة دق ناقوس الخطر من قبل السلطات المركزية والمحلية لإحتواء الوضع المتأزم، فمن البديهي اختلاط أوراق القائمين على تسيير شؤون الأفراد في التدخل السليم خلال مرحلة ما بعد الكارثة، وفي الحوادث المدمرة تستدعي تدخل المنظمات الدولية { منظمة الأمم المتحدة، منظمة الصحة العالمية، منظمة أطباء بلا حدود، الإتحاد الدولي لجمعيات الهلال الأحمر والصليب الأحمر...الخ}، فيما تساعد دول أخرى بحكم الجوار و المصالح المشتركة، ونجد أنّ التعاون الدولي الثنائي يتحقق في صورة برامج شراكة لتسيير الأزمات الكبرى، مثل: برنامج اليوروميد للشرطة الذي يدخل في قلب التعاون الأورومتوسطي.[2]

3- إعلان الطوارئ:

تعلن الدول المتضررة من أيّ كارثة حالة من الطوارئ لمواجهة انعكاسات الدمار المترتب على أراضيها، فيتجند جميع أفراد المجتمع المدني { فرق الإغاثة، الإسعافات الطبية، أجهزة الأمن ووسائل الإعلام...الخ}، في أقصى درجات التأهب والإستنفار، والتي ينجم عنها توتر نفسي وضغط عصبي حاد لأصحاب القرار بالخروج بقرارات حكيمة لمواجهة الأزمة.[3]

ثانيا: أنواع الكوارث :

تحدث الكوارث عادة إما لأسباب طبيعية خارجة عن نطاقنا أو لأسباب بشرية بفعل يد الإنسان، أو تكون مختلطة "مهجّنة " .

أ- الكوارث الطبيعية:

تحدث هذا النوع من الكوارث بفعل تدخل الطبيعة نفسها تتسبب في ظواهر فيزيائية وجيولوجية تأخذ منحنى سريع أو بطيء عند حدوثها، وتتخذ إحدى الصور التالية :

1- الكوارث الطبيعية الجيوفيزيائية :

وهي تتضمن "الزلازل، الانهيارات الأرضية، التسونامي و النشاط البركاني"، يلحق هذا النوع أضرار كبيرة بالأرض وبالأنشطة الفلاحية مما يؤثر على الأمن الغذائي في المناطق المتضررة، وتنبثق هذه الظواهر نتيجة التعاون ما بين الجيولوجيا والأحوال الجوية.[4]

وظهر ما يعرف بالسلاح الجيوفيزيائي، السلاح المناخي أو الأسلحة التكتونية وهي ترسانة من الأسلحة الصناعية المدمرة التي تفتعل حدوث الكوارث الطبيعية لأغراض حربية، فهي تحدث تغييرات مناخية غير متوقعة تتمثل: في الزلازل الصناعية، الأعاصير الفتاكة، الانهيارات الثلجية القوية، الجفاف، موجات تسونامي عاتية...الخ، بسبب القوى الكهرومغناطيسية والكيمياوية أو البيولوجية التي تهز القشرة الأرضية.

---

[1] موقع الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، طالع المزيد على:
http://www.ifrc.org/ar/news-and-media/press-releases/general/wdr-press-release/

[2] CIVI. POL conseil, EUROMED Police 3, l'Union Européenne, Paris, 2014, P05.

[3] عباس أبو شامة عبد المحمود، **مواجهة الكوارث الغير تقليدية**، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، 2009، ص25.

[4] بول ماجواير، ترجمة (أشرف عامر)، **الكوارث العالمية – مقدمة قصيرة جدا-**، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، ط1، 2014، ص22.

2- الكوارث الطبيعية الهيدرولوجية:

يتعلق هذا النوع بالمسببات المائية الوجوبية بالفيضانات والانهيارات الثلجية، العواصف والأعاصير المدارية، تشير الإحصاءات أنّ ما نسبته 87% من الكوارث كانت مرتبطة بالمناخ في سنة 2014، والتي تزيد عن عددا لكوارث الجيوفيزيائية في الدول العشر الأكثر تضرراً من الكوارث في العالم، "شكّلت الفيضانات والانهيارات الأرضية 49% من مجمل الكوارث الطبيعية، متسبّبة بـ 63% من مجمل عدد الوفيات المرتبطة بالكوارث، و 34% من العدد الإجمالي للأشخاص المتضررين من الكوارث، وكانت الفيضانات في الهند وباكستان والبلقان بين أشدّها، وأثّر الجفاف على 39% من مجمل عدد الأشخاص المتضررين من الكوارث".[1]

3- الكوارث الطبيعية البيولوجية :

يحدث هذا النوع نتيجة الأضرار التي تحدثها الكوارث الطبيعية الجيوفيزيائية، الزلازل، التسونامي...الخ، أما الكوارث الطبيعية الهيدرولوجية أو المناخية الفيضانات، الأعاصير المدارية...الخ، بحيث تنشر الأمراض أو الأوبئة في المناطق المتضررة التي تحتاج إلى إخلاء فوري لمنع انتقال العدوى مع الآخرين، وتعاني عدد من الدول من هذه الأوبئة في الوقت الحالي التي تجتاح قارات بأكملها، مثل: داء الملاريا، الحمى القلاعية، الحمى الصفراء، الأنفلونزا وفيروس الإيبولا والزيكا...الخ، والتي تتشكل من جراثيم و فيروسات تتكاثر وتنتشر بسرعة عن طريق العدوى، فمنها ما يضعف أجهزة الجسم وهناك ما هو قاتل،[2]ومختلف الفيروسات الأخرى التي تحدث أخطار بيولوجية كبيرة على الكائنات الحية جميعا، وهو ما ينبثق عنه مع مرور الوقت الوباء الحيوي أو البيولوجي.[3]

4- الكوارث الطبيعية المناخية :

تحدث هذه الكوارث الطبيعية بفعل تغيّر المناخ، بحيث قد ترتفع درجات الحرارة لمستويات قياسية تسبب في اندلاع حرائق كبيرة تقضي على الغطاء النباتي، أو قد تنخفض درجات الحرارة لتجتاح موجات الصقيع والتجّمد على الأخضر واليابس مما يؤثر على سلامة الكائنات الحية، وتنعكس على الحياة البرية في صورة الأزمات الغذائية والمجاعة التي تعاني منها دول القرن الإفريقي، حيث راح ضحيتها في سنة 2011 حوالي 28 ألف شخص.[4]

والتغيرات المناخية تؤثر بالضرورة على الأحوال الجوية : فقد تنتج على ذلك أعاصير، زوابع رملية أو حدوث أمواج عاتية (لا تصل لدرجة التسونامي).[5]

ب- الكوارث البشرية:

تتعدد الكوارث الفنية أو التقنية التي تحدث سواء بيد البشر مباشرة أو بعقولهم نتيجة الاستخدام السيئ للتكنولوجيا التي صنعها فتنتج هذه الأضرار إما سهوا (غرق السفن، سقوط الطائرات...الخ) ، أو تكون عمدا (الحروب والنزاعات المسلحة)،[6] التي تخلّف

---

[1] تقرير جديد للاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر يدعو لمزيد من الاعتراف بالجهات الفاعلة الإنسانية المحلية ودعمها، طالع المزيد على:
http://www.ifrc.org/ar/news-and-media/press-releases/general/wdr-press-release

[2] رضا عبد الحكيم رضوان، الوقاية من العوامل البيولوجية، مجلة الشرطة، وزارة الداخلية، العدد 384، أبو ظبي، ديسمبر 2002، ص44.

[3] See more in:
http://www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-management/about-disasters/definition-of-hazard/biological-hazardsanimal-and-insect-infestation/

[4] الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، **القانون والحد من مخاطر الكوارث على المستوى المجتمعي-تقرير الأساسي**-، أشغال المؤتمر الدولي الحادي والثلاثون للصليب الأحمر والهلال الأحمر، جنيف بسويسرا، من 11/28 إلى2011/12/01، ص02.See more in:
http://www.ifrc.org/ar/what-we-do/idrl/disaster-laws-at-the-31st-international-conference/#sthash.lwrX2Dbj.dpuf

[5] عبد الكريم بجاجة، **المبادئ التوجيهية للوقاية من الكوارث ومراقبتها**، لجنة المجلس الدولي للأرشيف الخاص بالوقاية من الكوارث، المجلس الدولي للأرشيف، الإمارات العربية المتحدة،2008، ص 05.

[6] عباس أبو شامة عبد المحمود، المرجع السابق، ص32.

عددا هائلا من القتلى والمفقودين والجرحى تستدعي ضرورة إجلاء الأحياء منها وتكثيف أفراد المجتمع الدولي في إغاثة تلك المنطقة المذكورة.

كما تدخل الإشعاعات والتفجيرات النووية من قبل الكوارث البشرية (مثل التفجيرات النووية التي نفذت في هيروشيما و نكازاكي باليابان في 06 أوت 1945 حيث قتل 140 ألف بمدينة الأولى فورا، وبعد ثلاثة أيام تمّ إلقاء قنبلة نووية ثانية بمدينة ناكازكي قتلت ما يقارب 80 ألف شخص، من ضمنهم 30.000 ألف كوري)[1] .

صرح مدير مستشفى "هيروشيما"آنذاك السيد "**مشيكو هاشيا Dr. Michihiko Hachiya**"في شهادته التي نشرت بالإنجليزية في عام 1955، وصف فيها المشهد المأساوي للضحايا بقوله:" كان أمامي أشكال بشر ضبابية، البعض منهم يداه كأنهم أشباح يمشون،والآخرون كانوا ينتقلون بالرغم من الألم مثل فزاعات الحقول، كانوا يرفعون أذرعهم وسواعدهم المتدلية في الأسفل"[2]، من خلال هذه الصور المفزعة التي تدل عل صعوبة الموقف على الحكومة، فرق الإنقاذ وعلى الأطباء الشرعيين سواء لفحص مكان الحادث بسبب هول الفاجعة أو باعتبار أنّ تخصصات الطب الشرعي لا يمكنها إعطاء وصف دقيق لحالة الضحايا التي لم يسبق وأن تمّ مشاهدتها من قبل.

وتعرضت كذلك اليابان إلى تسرب إشعاعي خطير في 11 مارس 2011 في المحطة النووية "فوكوشيما" بفعل الموجات البحرية الزلزالية، لينذر العالم بخطورة ومستقبل الصناعة النووية التي تعتبر أشد كارثة بشرية تكنولوجية في الوقت المعاصر، بلغت المستوى السابع حسب تصنيف جمعية الطاقة الذرية الدولية بمساحة تلوث بلغت 1800 كم^{2}من الأراضي اليابانية.[3]

وظهرت الأسلحة البيولوجية التي يعد مفعولها أشد فتكا بالإنسان، مثل: الجمرة، الطاعون، الحمى المتوجة...الخ، حيث تنتشر بسرعة هائلة متى توفرت الظروف الطبيعية المواتية لذلك، كما أنها تطوّر نفسها تلقائيا لمقاومة الأدوية والمضادات المتوفرة في الأسواق،وهناك كذلك الأسلحة الكيمياوية التي تصيب منطقة جغرافية كاملة بأضرار صحية بليغة، وهي تقسم إلى أسلحة تستخدم على الجهاز العصبي مثل غاز السارين، والتي تعمل على تعطيل الإنزيمات في الجسم و تحدث عدة أعراض مرضية تصل للوفاة، والأسلحة التي تحدث التبثرات مثل: غاز الخردل الذي يحدث التهاب في الأنسجة والإحساس بالإحتراق، وبعد مضي 24 ساعة تظهر بثرات على الجلد ممتلئة بسائل أصفر.[4]

ج- الكوارث المهجّنة:

وهي مجموع الكوارث المختلطة، فهي تكون بفعل الطبيعة من جهة وبفعل الإنسان من جهة أخرى، وقد يزيد الإهمال وسوء التقدير في حجم الأضرار،[5] ومن أهم الكوارث المهجّنة حادث التسرب الإشعاعي في مفاعل فوكوشيما في 11 مارس 2011 إثر حدوث زلزال عنيف بلغ 09 درجات على مقياس ريشتر، صاحبته موجات تسونامي عاتية مما أدى بانهيار في مفاعل الطاقة النووية، حيث يمثل الحادث اشتراك 03 كوارث منفصلة في آن واحد، أدت إلى تدهور وتأزّم الأوضاع الصحية آنذاك،[6] وفي غالب الأحيان تحدث كوارث

---

[1] David Nakamura, In Hiroshima 71 years after first atomic strike, Obama calls for end of nuclear weapons, The Washington Post, May, 27th 2016, see more in:
https://www.washingtonpost.com/politics/obama-visits-hiroshima-more-than-seven-decades-after-the-worlds-first-atomic-strike/2016/05/27/c7d0d250-23b6-11e6-8690-f14ca9de2972_story.html

[2] "Surviving atomic attack on Hiroshima (1945)", 2001, see more in:
http://www.eyewitnesstohistory.com/hiroshima.htm

[3] سيلفا ميباتيان، **الكوارث النووية والتَّهجير**، نشرة الهجرة القسرية، مركز دراسات اللاجئين،جامعة أكسفورد، المملكة المتحدة، العدد 45، مارس 2014، ص63.

[4] محمد علي المرزوقي، الأسلحة الكيمياوية والجرثومية.. هل هي خطر محتمل؟، **مجلة الشرطة**، وزارة الداخلية، العدد 371، أبو ظبي، نوفمبر2001، ص ص 38-39.

[5] المركز الوطني للمعلومات، **إدارة الكوارث الطبيعية**، رئاسة الجمهورية، د.ت، اليمن، ص04.

[6] A. Sugimoto, S. Nomoura, T. Morita & M. Tsuhokura, The voice of the most vulnerable lessons from the nuclear crisis in Fukushima "Japan", bulletin of World Health Organization, Volume 90, n°8, Geneva, August 2012, P629.

طبيعية مهما كانت درجة التأهب، لكن إهمال الإنسان وعدم احتياطه يؤدي إلى عواقب وخيمة، مثل حدوث زلزال في أعماق البحار قد يتسبب في تسرب البترول في منشأة بحرية للنفط وسط البحار أو المحيطات، مما يؤدي في النهاية إلى تدهور التوازن البيئي بفعل الإنسان.[1]

من الملاحظ أنّ في كثير من الأحيان لا يتم استعراف الجثث في حالة حدوث كوارث تسببت في دمار كبير، فيعرقل ذلك من مهمة فرق البحث والإسعاف، وكذلك تصّعب عمل الطبيب الشرعي في استعراف هذا الكم الهائل من الضحايا.

المطلب الثاني: المعاينة الفنية لموقع الكارثة

بمجرد حدوث كارثة مهما كان نوعها، يهرع إلى مكان وقوعها عدد من الفنيين، يتقدمهم رجال الشرطة العلمية والتقنية والطبيب الشرعي،الإجراء المسرح الميداني للموقع مع ضرورة إبعاد المتدخلين الأوائل من الناس.

أولا: مدلول المعاينة الفنية

يقصد بالمعاينة لغة: المناظرة و المشاهدة ومعنى عاين الشيء أي نظر إلى الشيء، "و يقال قد عاينه معاينة وعياناً و رآه عياناً لم يشك في رؤية إياه ورأيت فلاناً عياناً أي واجهته".[2]

وتعرف المعاينة اصطلاحا بأنها:" إثبات مباشر و مادي لحالة شيء أو شخص معين، يكون من خلال الرؤية أو الفحص المباشر للشيء أو الشخص، بواسطة من باشر الإجراء".[3]

كما يمكننا تعريفها بأنها:" فحص دقيق وشامل لمكان ما، بغرض التوصل لدلائل أو أثار تساعد في تكوين اعتقاد مبدئي عن كيفية ومسببات حدوث الكارثة".

تتحقق المعاينة بتحليل مكان الحادث بجميع حواس الإنسان، وتتجسد بالنظر لتمحيص مسرح الكارثة للعثور على مكان الجثث، الرفات البشرية، الآثار المادية والمخلفات العضوية والحيوانية، أما حاسة السمع فتستعمل في الحالات المماثلة في تلقي و سماع أصوات الضحايا والمدفونين تحت الأنقاض لإجلائهم، ويشم الطاقم المعاين لموقع الكارثة أي انبعاثات لروائح قد تدل على أماكن جثث الضحايا، جراء عوامل التعفن و التحلل الرّميين التي تطالها مع مرور الوقت.[4]

ثانيا: إجراءات معاينة مكان الكوارث

لإجراء معاينة فنية سليمة، يجب احترام بعض الخطوات وفق تسلسل متفق عليه في أسس التحقيق الجنائي الفني كالتالي:

1- الانتقال الفوري لمكان الحادث :

يتعيّن على المحقق الجنائي أن ينتقل بصورة سريعة و آنية إلى مكان الكارثة بمجرد علمه بها، عن طريق الاتصالات الهاتفية التي تردهم من قبل الأهالي أو المعلومات التي تقدمها وسائل الإعلام المختلفة أو بأيّ وسيلة أخرى، حيث يقول أستاذ القانون الفرنسي **"إدموند لوكارد Edmond Locard"** في كتابه " التحقيق الجنائي والطرق العلمية" أنّ الساعات الأولى لا تقدر وأنّ الوقت الذي يمر هو

---

[1] الدورة 29 للجنة الأمن الغذائي، **تأثير الكوارث على الأمن الغذائي والتخفيف من حدة الفقر على المدى البعيد**، بروما من 12 إلى 16 مايو – أيار2013، ص 02.

[2] محمد حماد الهيتي، **التحقيق الجنائي والأدلة الجرمية**، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010، ص 74- عن ابن منظور، **لسان العرب**، المجلد الرابع، دار الجبل، بيروت، 1988، ص946.

[3] معجب معدي الحويقل، المعاينة، **مجلة الأمن والحياة**، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد 245، الرياض، 1423هـ-2003 م، ص 78.

[4] طارق إبراهيم الدسوقي عطية، **مسرح الجريمة في ضوء القواعد الإجرائية والأساليب الفنية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص256.

الحقيقة التي تضيع، أيّ الوقت الضائع الذي لا يمكن تعويضه"،[1] ويستلزم على ضابط الشرطة القضائية الذي يعاين مكان الحادث أن يندب خبراء فنيين آخرين في صورة الطبيب الشرعي، خبراء الحرائق، خبراء تفكيك المواد المتفجرة، خبراء التصوير الجنائي ...الخ.[2]

يعمل المحققين الجنائيين على تطويق مكان الكارثة بشريط خاص لمنع دخول المتطفلين، وللحفاظ على سلامة الآثار المادية التي تتواجد بالمنطقة، لكن في حالة وجود أشخاص مصابين بمكان الحادث، يتعين على الطبيب الشرعي من الجانب المهني والإنساني، تقديم الإسعافات الأولية للأشخاص الجرحى ولو على سبيل زوال الأدلة المتواجدة بمكان الواقعة،[3] إلا أنّ في بعض الحالات قد يكون التعامل الطبي للمسعفين مع الجثث عائقا كبيرا لصيرورة التحقيق الفني.[4]

يشكل الطبيب الشرعي إضافة هامة للفرقة الخاصة من الخبراء التحقيق الجنائي، بحيث يلعب دور محوري بفضل انتقاله الشخصي لمعاينة موقع أيّ حادث نجم عنه ضحايا، نظرا لمؤهلاته العلمية التي تكشف الغموض عن الكثير من الاستفسارات العالقة.

2- فحص مكان الحادث :

يتعين على الطبيب الشرعي رسم مسلك الإرشادات لتكوين ممر لجميع من يتواجد بموقع الحادث وذلك للحفاظ على الدلائل الموجودة هناك من الدهس العشوائي لها، ويشرع الطبيب الشرعي في مهمته بفحص مكان الكارثة وفق الخطوات التالية:

أ- الفحص المكاني لموقع الكارثة :

تختلف مواقع الحادث باختلاف حجم ونوع الكارثة، فمثلا سقوط طائرة مثلا : يفحص الطبيب الشرعي الحيز الذي سقطت فيه الجسم وفي الكوارث التفجيرات أو الانفجارات يعمل الطبيب الشرعي في مواضع حدوث الانفجار التي يمنع تدخل أيّ شخص فيها قبل وصول خبراء المتفجرات أو الحرائق من أجل الحفاظ على الشظايا ومخلفات الانفجار لتحديد وسيلة التي أدت بهذه الكارثة،[5] لكن تصعب معاينة موقع الكوارث الطبيعية مثل: الفيضانات والزلازل، البراكين...الخ، حيث يكون عدد الضحايا كبيرا وفي أماكن عديدة ومتفرقة، ففي هذه الحالات يتم تجميع الضحايا في أماكن ومراكز خاصة مثل : المراكز الصحية والمستشفيات وفي الأماكن الأخرى يقوم الطبيب الشرعي بتحليل موقع الحادث عن طريق ملاحظة التهوية، وجود تسرب للغاز، حدوث عطل كهربائي...الخ، كما يبحث الطبيب الشرعي مع خبراء البصمات عن وجود أيّ أثار ممكنة لوجود بصمات تدل على إمكانية أنّ الحادث مفتعل.

ب- فحص الجثث :

لا يمكن في بعض الأحيان فحص الجثث دون تحريكها أو نقلها مثل: في حالة حدوث الكوارث الكبرى، التي يتعذر على الفنيين معاينة كل جثة على حدى، فتتولى فرق خاصة يرأسها الطبيب الشرعي مجموعة من المختصين (خبير البصمات، خبير الحرائق، ضابط الشرطة القضائية وخبراء تحقيق الشخصية)، نقل الجثث لضحايا لتجميعها في أماكن مختصة لها، تحمل كل جثة رقما خاص بها، ويتم تصويرها فوتوغرافيا في عين المكان ويتم كذلك تسجيل قائمة بعدد الضحايا لمعرفة تعداد المفقودين.

يعاين الطبيب الشرعي عن حالة ملابس الضحية للبحث عن سلامتها أو تمزقها لأيّ سبب كان فيبحث عن نفاذ أجسام مهما كان طبيعتها إلى بدن الضحية، ويبحث في جيوبها عن أي وثائق تثبت هوية المتوفي، ويدوّن شكلها ولونها التي وجدت عليه {يذكر إن كانت

---

[1] ثورية بوصلعة، إجراءات البحث والتحري في مرحلة الضبط القضائي – دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص393.

[2] تنص المادة 49 ف01 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه: " إذا اقتضى الأمر إجراء معاينات لا يمكن تأخيرها فلضابط الشرطة القضائية أن يستعين بأشخاص مؤهلين لذلك".

[3] مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، **مسرح الجريمة والأدلة المادية**، منظمة الأمم المتحدة، نيويورك، 2009، ص 06.

[4] محمد حجازي محمد، الطب الشرعي.. من واقع ميداني، **مجلة الأمن والحياة**، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، العدد 218، رجب 1421هـ/2000م، ص 52.

[5] عبد الكريم الردايدة، **إجراءات التحقيق الجنائي وأعمال الضابطة العدلية**، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2013، ص 415.

ملطخة بالدم أو أي سائل أخر}،[1]كما يلاحظ وضعية الجثة ولا يسمح بنقلها قبل إجراء فحص دقيق ومفصل عليها، وتجمع الآثار التي لحقت بها لبناء تصور أولي عن كيفية حدوث تلك الجروح بحساب طولها وعرضها والمهمة المنوطة بالطبيب الشرعي، لتوضيح ما إذا كانت تلك الآثار عرضية أو لسبب جنائي، و إن كانت إصابة حيوية أي أنها حدثت قبل الوفاة أو بعدها.[2]

ج- فحص الأشياء :

يباشر فريق التحقيقات الجنائية من قبل مأموري الضبط القضائي والخبراء الفنيون تمحيصهم للأشياء الموجودة بمكان الحادث، بالخصوص في الحوادث الصناعية أو البشرية، فتبعثر الأشياء أو ترتيبها يدل على الحالة أو الوضعية التي تواجدت بها الجثث قبل وفاتها، من أجل مساعدة المحققين على إعطائهم لفكرة عن أحد الأسباب الاحتمالية التي أدت بالوفاة، فمثلا في حوادث الحرائق يقوم الخبراء بفحص الأنقاض بدقة التي غالبا ما تحتوي على الأثاث أو الأشياء القيّمة، التي انهارت بفعل شدة النيران والتي يمكن أن تساعد رجال التحقيق في تحديد أصحاب المنازل،وتعاون كذلكالغازات الكربونية في معرفة ما إذا كان الحريق عمدي أو بالخطأ أو غيرها، ويبحث عن مواد سريعة الإشتعال والإلتهاب كالبنزين، المازوت والغازات، ويتم فحص المولدات، الدوائر والالتماسات الكهربائية التي قد تكون سببا في اندلاع الحريق.[3]

3- تدوين محضر المعاينة:

ينتهي الطبيب الشرعي من مهمته التي سخّر من أجلها بمعاينته شخصيا لمكان الكارثة، ويخرج بمجموعة من الاستنتاجات التي تقرّب من كيفية وفاة الضحايا، وعن جملة من الأسباب الاحتمالية التي أدت إلى وقوع الكارثة (بشرية أو صناعية)، ويعمل على إثبات أو نفي العلاقة السببية بين حدوث الكارثة و موت الأشخاص بسببها، ويدوّن كل ما توصل إليه من معلومات عند إجرائه للمعاينة الطبية الشرعية بموقع الحادث،[4] فغالبا ما يلقى ضحايا الكوارث الطبيعية حتفهم بسبب الجروح البليغة التي تعرضوا لها أو الغرق أو الحريق، ويستبعد وفاتهم بالمرض إلا إنّ التجربة أثبتت أنه يسهل معرفة الضحايا المصابين بفيروس نقص المناعة المكتسبة، الذي اكتشف وجوده في الجسم بعد ستة أيام من الوفاة، بحسب إحدى الدراسات العلمية التي وردت في مجلة "الطبيعة Nature".

المبحث الثاني : الإستعراف الطبي الشرعي للضحايا

يمثل الإستعراف من أهم الموضوعات التي يعالجها الطب الشرعي في تحقيق شخصية الأفراد، حيث تساعد في كشف عدة أمور فنية في الأزمات المتعلقة بالكوارث.

المطلب الأول: ماهية الإستعراف الطبي الشرعي

تفرض المواقع الخاصة بالحوادث الإجرامية أو تلك المتعلقة بالكوارث الطبيعية أو البيولوجية، التدخل السريع لمجموعة من الخبراء الفنيين، لاستنطاق هذه الأمكنة للبوح بالأسرار الدفينة بها، فتقتصر مهمتهم من الأساس في التعرف على هوية الجثث والأشلاء.

---

[1] حسين علي شحرور، **الطب الشرعي مبادئ وحقائق**، ب.ن، ب.ت، ص 20.

[2] منصور عمر المعايطة، خبرة الطب الشرعي في جرائم الاعتداء على النفس، **مجلة الأمن والحياة**، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، العدد224، محرم 1422هـ، مارس / أبريل 2001 م، ص61.

[3] أحمد سعد جوهر، التفتيش الأمني ومسرح الجريمة، أشغال الدورة التدريبية حول " إجراءات التحري والمراقبة والبحث الجنائي"، بكلية التدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض،من 05/26 إلى 2012/06/06، ص 09.

[4] صبرينة بختي، الطب الشرعي الجنائي حلقة الوصل ما بين الطب والعدالة، **مجلة الشرطة**، وزارة الداخلية، العدد 120، الجزائر، أكتوبر2013، ص 71.

أولا: مفهوم الإستعراف الطبي الشرعي

يقصد بالإستعراف Identification بأنه:" العملية التي تسمح بتحديد جميع العلامات والأوصاف المميزة التي تؤدي إلى التعرف على شخص ما، سواء أكان على قيد الحياة أو فارقها، والتوصل إلى جنسه (ذكر أم أنثى)"، وعموما يكون الإستعراف بناءا على طلب الجهات القضائية لتحديد الضحايا مجهولي الهوية، وقد يكون في حالات أخرى جنائيا للتوصل إلى مرتكب الجريمة.[1]

ونعرّف الإستعراف في شقه الطبي الشرعي بأنه:" جميع الخطوات العملية التي يقوم بها طبيب مختص في الطب الشرعي من أجل الحاق الجثث بأصحابها".

يعتبر الإستعراف الطبي الشرعي من بين أولى الإجراءات التي يمارسها الطبيب المعاين لأمكنة الكوارث، على أساس فحص العلامات الخلقية الفيزيائية والعضوية التي تميز كل جنس و إنسان عن الآخر.[2]

ثانيا: أهمية الإستعراف الطبي الشرعي

تتجلى الأهمية البالغة لفحص الطبيب الشرعي لمكان الحادث في مجموعة من النقاط الأساسية، التي ينبغي عليه توضيحها إلى الجهة التي سخرته، لمساعدة فرق التحقيقات الجنائية، وفرق الإغاثة والإسعاف للتوصل إلى حقيقة الأمر الحاصل.

1- التعرّف على عدد الضحايا:

يمكن الإستعراف الطبي الشرعي في تحديد العدد الإجمالي للضحايا سواء المتوفين، الجرحى أو المفقودين، بالأخص بعد وقوع الكوارث الكبيرة التي تخلف خسائر مادية وبشرية هائلة، فعدد كبير من الدول أعلنت بأنها منكوبة جراء الدمار الحاصل لها، مما يستدعيها إلى طلب يد المساعدة من المجتمع الدولي لتسيير الأزمة التي تمر بها، وفي هذا الشأن أطلقت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية مشروع "فاستيد" لتحديد هوية الكوارث بصورة سريعة، حيث يستفيد من قاعدة البيانات الشرطية لتبيّن الأشخاص المفقودين و ربطهم مع الجثث مجهولة الهوية على المستوى الدولي.[3]

ويتم معرفة العدد الكلي للضحايا بعد فحص جميع الأماكن المتضررة، واستخراجهم من تحت الأنقاض ولا يتحقق الأمر، إلا بإجلاء الأحياء و التواصل معهم لمعرفة عدد المفقودين، بناءا على شهادات أقوالهم و بالرجوع إلى سجلات الحالة المدنية المركزية أو المحلية، وفي حوادث تحطم الطائرات يظهر هاجس حقيقي لفرق التدخل السريع، حيث قد ينتقل بعض الضحايا الجرحى إلى المراكز الصحية من أجل تلقي الإسعافات الطبية، دون علم خبراء البحث و التحري عن ذلك، مما يطول التحقيق عن مكان تواجدهم في موقع الحطام من عدمه.[4]

2- تحديد جنس المتوفين:

تتركز عملية تحديد جنس المتوفين ما إذا كان ذكر أم أنثى بحسب الحالة التي تتواجد عليها الضحية، ففي بعض الأحيان تحافظ الجثة على تفاصيلها العضوية، بحيث يمكن لأي شخص متدخل أن يتوصل إلى معرفة جنس الجثة بسهولة تامة.

وفي الحوادث التي تصنف بأنها كارثة ما، فتصعب من مهمة الطبيب الشرعي والفرق المعاونة له، جراء الحالة السيئة التي تكون عليها الجثث، فهذه الأخيرة تتأثر بالوسط البيولوجي الذي يحيط بها، وبالخصوص إذا كانت مدفونة تحت الأنقاض أو الماء، فتتشوه

---

[1] عبد الحكم فودة، سالم حسين الدميري، **الطب الشرعي وجرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص261.

[2] يحي بن لعلى، **الخبرة في الطب الشرعي**، مطبعة عمار قرفي، باتنة، الجزائر، د.ت، ص 109.

[3] الإنتربول، **تبيّن ضحايا الكوارث**، صحيفة وقائع الإنتربول، ليون، مارس 2015، ص02.

[4] David E. Hogan, Jonathan L. Burstein, **Disaster Medicine**, Lippincott Williams & Wilkins, 2nd edition, 2007, Philadelphia, p343.

الجثث جراء التعفن الرمي الذي يطالها بسبب ارتفاع معدلات الحرارة، أو بسبب تعرضها لحروق نارية شديدة في حوادث الحرق و الانفجارات و البراكين.[1]

ويركز الطبيب الشرعي على تفاصيل صغيرة مميزة لتحديد جنس ونوع الضحايا، التي تتمحور في فحص التركيبة العضوية و الفيزيولوجية للجثة" الأعضاء التناسلية، تفاصيل الوجه، الصدر و علامات البلوغ... الخ".[2]

3- تحديد جنسية المتوفين:

يطلب من الطبيب الشرعي في حالات الكوارث التي تخلف عدة ضحايا، والتي قد يكون من ضمنهم أجانب، أن يحدد سلالة أو الأصل البيولوجي للجثث مجهولة الهوية، وفي الدول المتقدمة يستعين بخدمات علماء الأنثربولوجيا الطبية الشرعية، الذين يبحثون عن العلامات التي تميز الجثة والتي يمكن نسبها لمنطقة ما، فمثلا إذا كانت بشرة شديدة السواد فيشك في أنها تنحدر من القارة الإفريقية، أما البشرة السمراء فهي تميز البلدان العربية، أما البشرة الصفراء فهي ترجع إلى شرق أسيا، فمثلا السلالة الهندية يمكن معرفتها بسهولة وغيرهم من الأجناس البشرية في العالم.

4- تقدير العمر:

ينطوي عمل الطبيب الشرعي عند تجميع الجثث أو الأشلاء على تقدير السن التقريبي للمتوفين، ففي بعض الأحيان تلجأ فرق تحقيق الشخصية بمساعدة الطبيب الشرعي، إلى إتباع طريقة "المقاسات البدنية" للفرنسي "**ألفونس بريتليون**" والتي عمل بها العالم البلجيكي "**لامبرونت كيتالي**"، والتي تقوم بحساب القامة، طول العظام وأطراف الجسم أو طول الأذنين...الخ.[3]

يمكن معرفة عمر الضحية كذلك من خلال مظاهر النمو البدني للإنسان، فمثلا التجاعيد وترهلات الجلدية تدل على الشيخوخة، وشيب شعر الرأس واللحية والحاجبين يدل احتمالا على التقدم في السن، أما علامات انقطاع الحيض أو البلوغ الجنسي فهي تشير إلى الفئة العمرية للفتاة أو المرأة، وغيرها من الدلالات الفيزيولوجية التي تميز الطفولة عن الشباب، والكهولة عن الشيخوخة.[4]

وفي الإستعراف الطبي الشرعي يركز الخبراء و المحققين الجنائيين، على أسنان الجثث التي تشكل أحد السيمات الرئيسية في تحديد هوية المتوفين، بحيث يمكن من خلالها معرفة مهنة الضحية فالأسنان النخرة تدل على الشغل في صناعة الحلويات و المواد السكرية، أما الأسنان الجافة والتي تفقد لمعانها فهي تشير إلى امتهان صناعة ما، تستخدم في مكوناتها الأحماض والغازات، أما الأسنان المنكسرة فهي قد تدل على امتهان حرفة الخياطة والحياكة بمختلف أشكالها، وذلك راجع لاستخدام الحرفيين في هذه الصنعة لأسنانهم لتقطيع الجلود وشد الخيوط.[5]

كما يمكن معرفة بعض العادات التي يقوم بها الشخص في حياته اليومية، مثل إدمانه على الخمور والتدخين والتبغ، فهذه المواد تترك أثار خاصة على الأسنان التي تغير من لونها إلى الاصفرار، وفي حالات أخرى يمكن معرفة المرض الذي يعاني منه الشخص، مثل داء السكري.

---

[1] عبد الحميد الشواربي، **الخبرة الجنائية في مسائل الطب الشرعي**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص39.

[2] بدر بن سرور الحربي، **دور الطب الشرعي في تكييف الواقعة الجنائية – دراسة تطبيقية**-، رسالة ماجستير في السياسة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض، 1433هـ-2012 م، ص49.

[3] عبد الحميد المنشاوي، **الطب الشرعي ودوره الفني في كشف الجريمة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص51.

[4] منصور عمر المعايطة، **الطب الشرعي في خدمة الأمن والقضاء**، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض، 1428هـ -2007م، ص222.

[5] منصور عمر المعايطة، دور الأسنان في الأدلة الجنائية،**مجلة الأمن والحياة**، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد 245، الرياض، 1423هـ-2003 م، ص81.

قد يضع المتوفي طقم أسنان أو بعض الأسنان الاصطناعية، فيمكن اللجوء إلى المختبر أو طبيب الأسنان الذي وضعها، خاصة إذا كان هذه الأطقم معروفة بها عيادة طبية أو جراح أسنان ما.[1]

المطلب الثاني: الفحص الطبي لجثث الضحايا

يتوجب على الأطباء الشرعيين الذين يسخرون لمعاينة مسرح الكوارث، إلى ضرورة المبادرة السريعة لفحص الضحايا وفق الشروط الإكلينيكية، لتأكيد وقت وفاتهم قبل أو بعد حدوث الكارثة.

أولا: الكشوفات الطبية

تنتشر عقب حدوث الكوارث مجموعة من المعلومات الخاطئة، التي تفيد بتسبب الجثث بالأمراض والأوبئة في كامل المحيط الجغرافي لموقع الحادثة، وتلعب وسائل الإعلام المختلفة دورا بارزا في تأزّم الأوضاع بنشر هذه المغالطات، التي تؤثر على نفسية الناجين بتسلل الخوف والذعر بداخلهم، مما يجبر السلطات على التسريع في الدفن الجماعي للجثث، وتستخدم في ذلك المواد المطهرة في جميع أماكن تواجد الرفات البشرية.[2]

وفي الحالات التي يسودها حسن التسيير و التنسيق بين جميع المصالح المعينة بالتحقيق الفني، ينوط بالطبيب الشرعي ما يلي:

1- الفحص الطبي الظاهري:

يفحص الطبيب الشرعي إن أمكن مكان تواجد الجثث بطريقة سريعة، لوضع الاحتمالات الممكنة لتحديد أسباب الوفاة، فهي المهمة التي تندب على إثرها النيابة أو الإدعاء العام الخبير الشرعي،[3] لكن إذا كان عدد الضحايا كبيرا فيقصى هذا الشرط، وفي الحالات المماثلة تستلزم الحكومة أو الهيئات المحلية بإنشاء خلية أزمة، تلحق بها عملية تنسيق بين مختلف مصالح الإغاثة وتجنيد جميع الأطباء الممارسين للمهنة، حيث يتمحور الفحص الطبي الجسدي على معرفة هويته، فإذا بقيت الجثة غير معروفة فيستلزم دفنها على أساس شخص مجهول، بحيث تعجز المصالح الإستشفائية على تخزين جثث المتوفين في غرف التبريد و المشرحات، على أن يحتفظ بجميع البيانات والبصمات التي ترفع منها، لتخزينها في قاعدة بيانات المفقودين للرجوع إليها في المستقبل، فالعينات الحيوية السائلة والقابلة للإنتان مثل: الدم، البول...الخ، أو الأجسام الملّطخة (سكين، إبرة... إلخ) لابد من حفظها داخل وعاء سميك مقاوم لعبور الماء، مقاوم لانكسار والثقوب مع وضع ملصقة بها عبارة تحذيرية **"خطر إنتاني"**.[4]

ويتم استعراف هوية الجثث المتوفين في الكوارث بإحدى الطرق التالية الواجب إتباعها[5]:

أ. مقارنة سجلات الأسنان:

يرجع الطبيب الشرعي للسجلات الطبية بالمصالح الإستشفائية العمومية والخاصة التي تعنى بأمراض وجراحة الأسنان، من أجل البحث عن فحوصات الأشعة السينية البانورامية، المحفوظات الطبية للمرضى لدى أطباء الأسنان أو أطقم بصمة الأسنان.

---

[1] عبد الحكم فودة، سالم حسين الدميري، المرجع السابق، ص ص405-406.

[2] أوليفر مورغان، موريس تيد بال، دانا فان ألفين، **إدارة الجثث بعد وقوع الكوارث** : دليل ميداني موجه إلى المستجيب الأول، منظمة الصحة للبلدان الأمريكية، واشنطن د.س، 2006، ص05.

[3] مالك نادي سالم صبارنة، **دور الطب الشرعي والخبرة الفنية في إثبات المسؤولية الجزائية**، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 25.

[4] عبد الكريم عثماني، طارق بن لطرش، لمحان فيصل، منهجية أخذ عينات من مسرح الجريمة للبحث عن البصمة الوراثية، راجع:
https://www.mjustice.dz/html/seminaire_medecine_leg/med_ar/com_methodologie_rech_06.htm

[5] Kristi L. Koenig, Carl H. Schultz, Koenig **and Schultz's Disaster Medicine: Comprehensive Principles and Practices**, 2nd edition, Cambridge University press, New York, 2016, p364.

ب. مقارنة بصمات الأصابع و الأقدام:

تفحص فرق التحقيق الجنائي بمعية الطبيب الشرعي بصمات الأصابع العشرية للضحايا، وترفعها عن طريق الأدوات الخاصة بنقل وتسجيل البصمات، ويتم البحث في قاعدة البيانات المركزية التابعة للأجهزة الأمنية مثل : نظام التعرف الآلي لبصمات الأصابع" أفيس" **A**utomated **F**ingerprints **I**dentification **S**ystem ، الذي يخزّن فيه جميع المعلومات الشخصية للمسبوقين قضائيا والمحكوم عليهم، أو يتم اللجوء إلى قاعدة البيانات الوطنية التابعة لوزارات الداخلية التي تتضمن البصمات الرقمية أو البيومترية للمواطنين.

وبالنسبة لبصمات الأقدام، يعمل الخبراء على قياس مورفولوجية الرجل أو القدم، حيث يتيح هذا الفحص من رفع أثار الأقدام التي يعثر عليها بمسرح الكارثة، من أجل أخذ القياسات البدنية الضرورية "حجمها، طولها وعرضها"، ويتم استخدام حبر أسود من أجل رفع البصمة على حاضنة أو قالب مخصص لذلك، كما يستعين الخبراء بالمعلومات والآثار المقدمة من ذوي الضحايا.[1]

ج. مقارنة الوثائق الطبية:

يراجع الطبيب الشرعي ومن معه في فرق البحث والتحري عن الضحايا، السجلات الطبية للأشخاص الذين يشتبه في إصابتهم بأمراض مزمنة كداء السكري، السرطان وغيرهم، من خلال التفتيش في الأرشيف الطبي للمرضى "الفحوصات والكشوفات الطبية، التحاليل البيولوجية الطبية، فحوصات الأشعة...الخ"، من أجل التوصل إلى الوضع الصحي للمرضى قبل وفاتهم، كما تحتفظ بعض السجلات الطبية بأوصافهم الفيزيولوجية، مثل: التشوهات، الوشوم أو العلامات المميزة...الخ، للتأكد من هوياتهم النهائية.[2]

د. مقارنة بصمة الحمض النووي:

يعتبر فحص البصمة الجينية في الوقت الحالي هندسة متكاملة في التعرف على الجثث، حيث ترفع الآثار البيولوجية من جسد المتوفي لمقارنتها مع البصمات الوراثية، التي تخزن بشكل أوتوماتيكي في نظام البيانات الحيوية، أو ترفع بعض الآثار العضوية من أهالي الضحايا من أجل مقارنتها في مخابر البيولوجيا الشرعية، ويستخدم في الوقت الراهن تقنية R.F.L.P التي تتيح نتائج دقيقة في التصنيف البيولوجي للآثار المادية،[3] التي رفعت من موقع الكارثة "شعر، لعاب، دم...الخ"، و تحديد السيمات الجينية لأقل عدد ممكن من الأشخاص للوصول في نهاية التحقيق إلى صاحب الأثر أو العينة.[4]

و أنشأت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية "الإنتربول" قاعدة بيانات البصمة الوراثية في سنة 2002، والتي تربط قواعد البيانات الوطنية لبصمة الحمض النووي للدول الأعضاء مع قاعدة معطيات الإنتربول، حيث تتيح مقارنة البصمات التي رفعت من أماكن الحوادث مع السيمات البيولوجية الدولية المخزنة إلكترونيا، للبحث عن هوية الجثث المجهولة والأشخاص المفقودين.[5]

2- الفحص الطبي المعملي:

في بعض حوادث الكوارث الصناعية أو البشرية مثل: سقوط الطائرات، تصادم القطارات...الخ، تحيل جهات التحقيق بعض الجثث إلى مصلحة الطب الشرعي من أجل تشريحها، وإجراء الفحوصات المخبرية الدقيقة في المختبرات الطبية، وبدرجة كبيرة تلك الجثث التي تتعرض إلى التحلل والتعفن الرميّين، بفعل متغيرات مناخية أو طبيعية يتعذر على غير المختصين التوصل لمسبباتها، فمثلا: في

---

[1] Stan Z.Li, Anil K, Jain, **Encyclopedia of biometrics:I.Z**, volume2,Springer science and business media, New York, 2009, p570.

[2] تعمل وزارة الداخلية والجماعات المحلية بالجزائر على تسجيل العلامات المميزة لكل فرد من مواطنيها، في السجل الوطني الرقمي للحالة المدنية، وعلى بطاقات التعريف الوطنية التي تحمل لفظ "أوصاف أو علامات مميزة".

[3] تعدد شكل طول جزء الحصر Restriction Fragment Length Polymorphism

[4] إبراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصيني، **تطبيقات تقنيات البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي**، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، 2002، ص33.

[5] فريق خبراء الإنتربول لرصد سمات البصمة الوراثية، **دليل الإنتربول بشأن تبادل بيانات البصمة الوراثية**، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، ط2، ليون، 2009، ص09.

حوادث الغرق، نجد أن الجثث التي تموت بأسفكسيا الغرق في المياه، تظهر عليها مجموعة من التغييرات الفيزيائية، حيث يتوّرم الجلد بعد أيام قليلة من الوفاة، ويميل لونه إلى الأزرق بعد ذلك، أما الجثث التي تفحمت كلية نجد أنّ الجلد المتبقي شديد السواد، ولا يعثر على البقايا البيولوجية للجثة سوى الأسنان، العظام والجمجمة فقط،[1] ويتم تصوير جميع مراحل التشريح لبيان العلامات التي ظهرت على الجثث من كسور وجروح من عدة زوايا، وتستخدم بعض المختبرات الأشعة السينية X-Ray وفوق البنفسجية Ultra-Violet لتحليل وضعية الجثث التي طالتها المقذوفات النارية،[2] خصوصا في حوادث الانفجارات الكيمياوية والنووية مثل: حادثة تشيرنوبيل بأوكرانيا في 26 أفريل من عام 1986م، حيث تعرض حوالي 230 ألف شخص في 640 مستوطنة بالإتحاد السوفياتي سابقا لأشعة غاما.[3]

ثانيا: تجميع الجثث

يفضل أن يتم جمع الجثث من قبل أشخاص متخصصين في ذلك (الأطباء الشرعيون، أفراد الشرطة العلمية والتقنية، ضباط الشرطة القضائية، مصالح الإسعاف و أطباء الأسنان)[4] ،" وفي حالة الجثث المبتورة والمبعثرة يجب إعادة تكوين الجثة الأصلية، مثل هذا يُعدُ مهمة صعبة للغاية في الجثث المقطعة إلى أشلاء عديدة والمتناثرة والمتعفنة.هنا تحتاج المهمة،طبعاً، خبيرا بها".[5]

يقوم ضباط الشرطة القضائية بإجراء الوصف الكتابي والرسم الهندسي الكروكي أو التخطيطي، لوصف موقع الحادثة أو الكارثة من الناحية الفنية المكانية (منزل مهجور، مأهول، شقة، حديقة، شاطئ، مدرسة...الخ)،[6] ويتعين عليهم ملاحظة ما يحيط بالمكان و تدوينه بالوصف الدقيق، مع توضيح الوضعيات التي وجد عليها الجثث، ولتوثيق مكان الحدث يشترط تسجيل شرائط فيديو وأخذ صور فوتوغرافية من عدة زوايا مختلفة "الرسم الفوتوغرافي"، من أجل الرجوع إليها لاحقا عند الاقتضاء، والتي تعد من المقومات الأساسية التي تقوم عليها المعاينة الفنية الحديثة.[7]

وعند حدوث الكوارث النووية التي ينتج عنها الإشعاعات المؤينة التي تفقد الإلكترونات لذراتها و جزيئاتها، ويكسر ما يعرف بالروابط الكيمياوية في البصمة الوراثية، يزيد من حجم الإصابة بالأورام السرطانية بفعل الإشعاعات النووية التي تصيب المناطق المتضررة أو عن طريق فحوصات الأشعة الطبية.[8]

الخاتمة:

يمثل الطب الشرعي تخصصا بالغ الأهمية في مختلف أماكن الحوادث والكوارث، من أجل تحقيق سليم وصحيح لإجراءات المعاينة الفنية، بحيث يتيح التعرف على هوية الجثث والمفقودين وفق المناهج الإكلينيكية المقرر لذلك، وتمكن هذا التخصص العلمي من بلوغ مكانة مرموقة في مختلف المنظومات الصحية العالمية، بفعل الطفرات العلمية والتكنولوجية المتتالية التي توصلت إليها الأبحاث الأكاديمية، للإرتقاء بهذا التخصص من جهة ولتسهيل آليات الإستعراف الطبي الشرعي من جهة أخرى، والذي نجح إلى حد كبير في معاينة الأماكن المتضررة من الكوارث، خاصة مع اعتماد البصمة الوراثية في تحقيق شخصية الأفراد.

ومن النتائج المتوصل إليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع، ما يلي:

---

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، **مسرح الجريمة والحدث الإجرامي وكشف المجهول**، دار النهضة العربية،ط1، القاهرة، 2006، ص69.

[2] عمر منصور المعايطة، **الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص251.

[3] سيلفا ميباتيان، المرجع السابق، ص63.

[4] قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 72.

[5] كاظم المقدادي، **محاضرات حول الطب العدلي والتحري الجنائي**، كلية القانون والسياسة، الأكاديمية العربية في الدنمارك، 2008، ص 86.

[6] محمد عبد الكريم مزهر، **القيمة القانونية والفنية في إجراء الكشف والمعاينة في مسرح الجريمة**، بحث مقدم لنقابة المحاميين النظاميين الفلسطينيين، 1430هـ-2010م، ص 25.

[7] عبد الكريم خالد الردايدة، مسرح الجريمة طرق ووسائل المعاينة،**مجلة الأمن والحياة**، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد 309، الرياض، 1429هـ - 2008، ص27.

[8] أليسون أبوت، يستكشف الباحثون مخاطر التعرض لجرعات منخفضة من الإشعاع، **مجلة Nature**، باكستون برس المحدودة، العدد 35، المملكة المتحدة، أغسطس 2015، ص27.

1- عجز مختلف الفرق المتدخلة في أماكن وقوع الكوارث {فرق التحقيقات الجنائية، فرق البحث والتحري، فرق الإسعاف والإغاثة، فرق الحماية والدفاع المدنيين...الخ} في إجراء معاينة سليمة الخطوات، دون الاستعانة بخبرات الأطباء الشرعيين لتمحيص وتفتيش الأمكنة المتضررة و إجلاء الجثث.

2- صعوبة تسيير وتنسيق الأمكنة التي تضررت بفعل الكوارث، نتيجة لجسامة الخسائر المادية والبشرية الكبيرة، وهو ما يعيق قدرة الأطباء الشرعيين في إتمام جميع خطوات بروتوكول معاينة مسرح الكوارث، في ظل الظروف المحيطة بالحادثة الذي ينتج عدد هائل من الضحايا، وفي غالب الأحيان يتم تجميعهم لدفنهم جماعيا.

3- تشكل السيمات الحيوية أهم الآثار البيولوجية في التعرف على هوية المجهولين، بحيث يتم الاستعانة بالهندسة الوراثية لجينات الإنسان من أجل التوصل إلى تحقيق شخصية الرفات البشرية، للجثث المجهولة والمفقودين إلا أنّ عددا كبيرا من الدول ما تزال متأخرة في اعتماد التكنولوجيا نظرا لغلائها من جهة، وعدم امتلاكها للقدرات الفنية والمادية التي تسمح لها بالولوج لهذه الهندسة.

4- يمكن تحقيق شخصية المتوفين حتى بعد مرور فترة زمنية طويلة من وفاتهم، وهذا بالإعتماد على أساليب الإستعراف لعلم الأنثربولوجيا الجنائية وعلم الحفر الشرعيين، بإستخدام تقنيات البصمة الوراثية ونظرية تبادل المواد للدكتور" **إدموند لوكارد**"، بحيث تتيح هذه الأساليب الفنية من الرجوع إلى أماكن دفن الجثث مستقبلا لإعادة فحص المجهولة منها في أيّ وقت.

ومما سبق ذكره فإن جملة الإقتراحات التي نراها جديرة بالإهتمام و الدراسة حول موضوع بحثنا، ما يلي:

1- وضع تحديثات على الدلائل الطبية الإرشادية المتعلقة بمستوى خطر الإشعاعات النووية المنخفضة، على سلامة الجسد من خلال الأمراض المترتبة عن التعرض إليها، وذلك بالإعتماد على الأبحاث والنظريات الطبية الحديثة التي تربط الإشعاعات بالتسبب في أمراض السرطان واللوكيميا.

2- تكوين السكان على مواجهة الأخطار الكبرى في صورة الكوارث، وفق الخطوات العملية لإجلاء الأفراد في الحالات الاستثنائية، من خلال المناهج الدراسية والتربوية والحملات الإعلانية الهادفة، لزيادة الوعي حول كيفية التصرف في الظروف الحرجة من أجل تفادي الذعر والرعب، اللذان يحبطان من معنويات ونفسيات السكان.

3- ضرورة وضع قواعد بيانات بصمة الحمض النووي {بنوك الهندسة الوراثية} في مختلف الدول، لربطها مع قاعدة بيانات الإنتربول لرصد سمات البصمة الوراثية، من أجل تكريس مبادئ التعاون الدولي في إنجاح عمليات الإستعراف الطبي في فترات زمنية قصيرة.

4- العمل على وضع بروتوكول موّحد حول تسيير أماكن حدوث الكوارث المختلفة، ليكون دليل إرشادي وعملي لفائدة المتدخلين لإجراء المعاينة الفنية، والتي يشترط أن يقوم بها مجموعة من الخبراء الفنيين المتخصصين (الأطباء الشرعيين "لفحص و معاينة الجثث")، علماء الأنثربولوجيا الشرعية، علماء الحفر الشرعي، أطباء الأسنان الشرعيين وضباط الشرطة القضائية وفرق التحقيقات الجنائية " الشرطة العلمية والتقنية".

التقييد الإحتياطي لدعوى القسمة

محمد افكير

طالب باحث في سلك الدكتوراه

جامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق طنجة

مقدمة

نظم المشرع المغربي القسمة في الكتاب الثاني من مدونة الحقوق العينية تحث عنوان أسباب كسب الملكية و القسمة و ذلك في المواد من 313 إلى 332 و لم يعرف هذا الأخير القسمة و خيرا فعل لأن التعاريف من اختصاص الفقه و القضاء ,ويقصد بالقسمة بأنها عملية تهدف إلى إنهاء حالة الشيوع بمقتضاها يحصل كل شريك على جزء من المال المشاع يتفق مع حصته فيه بحيث يستقل كل منهم بحصة من الحصص دون سائر الشركاء[1].

و إذا كان المشرع المغربي قد تدخل من خلال مدونة الحقوق العينية و أقر مجموعة من الحقوق للشركاء فإن هذا الإقرار لا يكفي لزرع الثقة و الاستقرار خصوصا بين المتقاسمين في حالة النزاع لذلك كان لابد من الاعتراف لهم بحق اللجوء إلى القضاء لرفع الظلم و إحقاق الحق و ضمان حقوقهم من الضياع.

والأصل أن تكون القسمة رضائية إلا أنها قد تكون قضائية إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة الاتفاقية، وإذا كان أحدهم غير متمتع بأهلية التصرف في حقوقه أو كان غائبا حسب الفصل 1084[2] من ق.ل.ع، و تخضع دعوى القسمة للمبادئ العامة التي تحكم نظرية الدعوى حيث تتخللها إجراءات قضائية حددها المشرع المغربي بدقة في قانون المسطرة المدنية وعلى المحكمة أن تسهر على حسن تطبيقها وإلا كانت أحكامها عرضة للنقض.

وقد نص المشرع على مجموعة من النصوص القانونية المؤطرة لها، حيث صدر بتاريخ 24 نونبر 2011 القانون رقم 39-08 بمثابة مدونة للحقوق العينية، جاءت لتنظم أحكام هذه الحقوق بالعقارات المحفظة وغير المحفظة أو تلك التي في طور التحفيظ ، ومن ضمن ما جاءت به المادة 316 التي نصت على ما يلي :لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء و تم تقييدها تقييدا احتياطيا إذا تعلقت بعقار محفظ .و نصت المادة 13 من القانون نفسه على ما يلي: إن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها اتجاه الغير إلا من تاريخ تقيدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا.

كما صدر بالتاريخ نفسه القانون 14-07 المعدل والمتمم لظهير 12 غشت 1913 بشأن نظام التحفيظ العقاري، الذي نظم بمفاهيم وآجال جديدة قواعد التقييد الاحتياطي بصريح الفصلين 85[3] و 86[4].

---

[1] _ ادريس الفاخوري, الحقوق العينية وفق قانون رقم 39,08 دار النشر المعرفة الرباط الطبعة الأولى 2013 الصفحة 142

[2] _ ينص الفصل 1084 من ق ل ع على ما يلي : إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة أو كان احدهم غير متمتع بأهلية التصرف في حقوقه أو كان غائبا كان لمن يريد منهم الخروج من الشياع أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة طبقا للقانون .[2]

[3] _ ينص الفصل 85 من قانون 07/14 على ما يلي " يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا للاحتفاظ به مؤقتا.

يضمن طلب التقييد الاحتياطي من طرف المحافظ بالرسم العقاري إما:

- بناء على سند يثبت حقا على عقار ويتعذر على المحافظ تقييده على حالته؛
- بناء على أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع العقار في دائرة نفوذها؛
- بناء على نسخة من مقال دعوى في الموضوع مرفوعة أمام القضاء.

إن تاريخ التقييد الاحتياطي هو الذي يحدد رتبة التقييد اللاحق للحق المطلوب الاحتفاظ به.

تبقى التقييدات الاحتياطية الواردة في نصوص تشريعية خاصة خاضعة لأحكام هذه النصوص.

[4] -ينص الفصل 86 من قانون 07-14 على ما يلي : تحدد في عشرة أيام مدة صلاحية التقييد الاحتياطي المطلوب بناء على سند ولا يمكن خلال هذه المدة قبول أي تقييد آخر لحق يقتضي إنشاؤه مافقة الأطراف .

ومن هنا يمكن التطرق إلى إبراز التقييد الاحتياطي كآلية لحماية المتقاسمين، ودور المحافظ العقاري في تقييد الحكم القاضي بالقسمة، لكن ماذا لو رفض هذا الأخير تقييد هذا الحكم ؟ هل يجوز الطعن في قراره؟ أم هو من القرارات غير القابلة للطعن ؟

للإجابة على هذه الأسئلة سأحاول اعتماد التقسيم التالي :

المبحث الأول : التقييد الاحتياطي كآلية لحماية المتقاسمين

المبحث الثاني : رفض المحافظ العقاري تقييد الحكم بالقسمة و إمكانية الطعن في قراره.

المبحث الأول : التقييد الاحتياطي كآلية لحماية المتقاسمين

يعرف الفقه التقييد الاحتياطي بأنه " الإجراء الذي يقوم به صاحب حق تعذر عليه تقيده تقييدا نهائيا لسبب من الأسباب ليضمن لنفسه في المستقبل إمكانية هذا التقييد عند زوال المانع[1]، وهو كذلك إجراء يضمن تقييد هذا الحق مستقبلا عند زوال المانع[2]، وعلى هذا الأساس يكون دور التقييد الاحتياطي ينحصر في الحفاظ على حقوق محتملة من الضياع لأسباب شكلية أو في انتظار إعلانها من طرف القضاء والتي غالبا ما يكون المستفيد قدم بشأنها طلبا للمحافظ على الأملاك العقارية[3].

ويعد التقييد الاحتياطي من بين المؤسسات القانونية الأكثر أهمية و التي أوجدها المشرع المغربي للحفاظ المؤقت على حقوق الغير القابلة للتقييد بشكل عادي[4]، فهو إجراء يقوم به صاحب حق تعذر عليه تقييده لسبب أو لأخر ليضمن لنفسه في المستقبل إمكانية هذا التقييد عند زوال المانع فلو أن أحد الشركاء قدم للمحكمة مقالا افتتاحيا يطلب فيه منها إجراء قسمة أموال شائعة لوجود قاصرين بين الشركاء مثلا وفي نفس الوقت قدم للمحافظ العقاري نسخة من مقال الدعوى طالبا منه إجراء تقييد احتياطي للمحافظة على حقه ورتبته[5] ، فإذا ما ثبت للمحكمة في الدعوى فسيكون تاريخ احتساب الحصة هو تاريخ إجراء القيد الاحتياطي وليس تاريخ النطق بالحكم أو تاريخ تسجيله في المحافظة العقارية[6].

وحتى يتبين لنا دور التقييد الاحتياطي في حماية حق المتقاسم لابد لنا للوقوف عند أهمية التقييد الاحتياطي في حماية وحفظ حق المتقاسم المطلب الأول وتبيان كيفية تقييد دعوى القسمة تحفظيا المطلب الثاني.

المطلب الأول :أهمية التقييد الاحتياطي في حماية و حفظ حق المتقاسم

إن الهدف من التقييد الاحتياطي المشار إليه في الرسم العقاري هو الاحتفاظ بصفة مؤقتة إما بحق موجود لكن منازع فيه وينتظر إعلانه من طرف القضاء ، وإما حق متوقف على إجراء شكلي ينتظر إتمامه .

لا يمكن إجراء أي تقييد احتياطي بناء على سند إذا كانت مقتضيات القانون تمنع تقييده النهائي.

تنحصر في شهر مدة مدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على إدلاء الطالب بنسخة من مقال دعوى في الموضوع مرفوعة أمام القضاء .

يشطب على هذا التقييد الاحتياطي تلقائيا بعد انصرام الأجل المذكور ما لم يدل طالب التقييد بأمر صادر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية طبقا لأحكام الفصل 85 أعلاه.

يحدد مفعول التقييد الاحتياطي الصادر بناء على أمر من رئيس المحكمة البتدائية في ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ صدوره ما لم ينجز التقييد النهائي للحق و تكون هذه المدة قابلة للتمديد بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية شريطة تقديم دعوى في الموضوع و يستمر مفعول هذا التمديد إلى حين صدور حكم نهائي.

وفي جميع الحالات لا يصدر رئيس المحكمة الابتدائية الأمر بالتقييد الاحتياطي إلا بعد تأكده من جدية الطلب .

لا يمكن لطالب التقييد الاحتياطي أن يقدم أي طلب جديد بناء على نفس الأسباب .

يمكن اللجوء إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة نفوذها العقار بصفته قاضيا للمستعجلات للأمر بالتشطيب على التقييد الاحتياطي كلما كانت الاسباب المستند عليها غير جدية أو غير صحيحة.

[1] _ مأمون الكزبري ,التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية و التبعية في ضوء التشريع المغربي الجزء الأول ص:126.

6_ نور الدين المبروكي "الدور الحمائي للتقييد الاحتياطي مقال منشور بالندوة المشتركة حول التحفيظ العقاري بالمغرب بين كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بالرباط وجمعية محافظين والمراقبين على الملكية العقارية 4_5 ماي 1990 ص :131

7 _ العربي مياد، مستجدات التقييد الاحتياطي على ضوء قانون 07_14، منشورات مجلة الحقوق مطبعة المعارف الجديدة الرباط الإصدار السادس، ماي 2012 ص: 23.

[4] _ إدريس الفاخوري : نظام التحفيظ العقاري ، مطبعة دار النشر الجسور وجدة 2006 ص 75 .

[5] _ انظر الفصل 85 من قانون 07/14 .

[6] _ محمد الكشبور ، القسمة القضائية في التشريع المغربي مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الثانية الصفحة361 .

ومن بين الإشكاليات العملية في هذا الإطار كما لو قام الشركاء في عقار محفظ بقسمة هذا العقار دون أن يبادروا إلى تقيد تلك القسمة بالرسم العقاري وقام أحد الشركاء المتقاسمين ببيع الحصة التي آلت إليه عن طريق القسمة لشخص أخر فهل يحق لباقي الشركاء ممارسة حق الشفعة على اعتبار أن القسمة غير مقيدة ؟

بالرجوع إلى مقتضيات الفصلين 66[1] و 67[2] من قانون,14 _07 يمكنني أن أقول على أنه ليس هناك ما يمنع من ممارسة حق الشفعة من طرف باقي الشركاء مادامت القسمة عديمة الآثار القانوني لكن ما هو الحل في حالة ما إذا كان المدعي في دعوى القسمة هو الذي صدر الحكم بقسمة العقار المحفظ لصالحه و في نفس الوقت هو الذي يطالب بالشفعة في حالة عدم تقييد ذلك الحكم بالرسم العقاري ؟

بالرجوع إلى العمل القضائي[3] نلاحظ أن محكمة الاستئناف بأكادير قررت ما يلي": إن المحكمة عندما مناقشتها و دراستها لوثائق الملف تؤكد أن ذلك لا يرتكز على أساس باعتبار الحكم المستأنف قضى بإجراء القسمة في الملك المذكور بناء على طلب الطاعن نفسه ومن ثم فإنه لا يحق له بعد ذلك طلب إبطاله من ممارسة حقه شفعة حصة شريك مستأنف عليها التي باعتها لكل من) ب و ج (وهو نص عليه خليل بقوله

"وسقطت الشفعة إن قاسم الشيء"

والذي يتعين معه رد استئناف الطاعن وتأييد الحكم المستأنف .

ومن هنا تظهر أهمية التقييد الاحتياطي في حماية و حفظ حق المتقاسم وحتى يكون الغير الحسن النية على علم بمختلف التقييدات المدرجة بالرسم العقاري ومن ثم لا يمكن أن يخاطر و يقدم على أي معاملة بخصوص العقار موضوع الدعوى المعروضة على المحكمة وذلك ما جعل بعض الباحثين يطالب بضرورة تقرير إلزامية التقييد الاحتياطي إثر رفع الدعوى و تفعيل هذه الإلزامية و ذلك بالتنصيص على عدم قبول مثل هذه الدعاوى إلا بعد إدلاء المدعى بشاهدة التقييد الاحتياطي [4] .

وأرى أن هذا الموقف حري بالتأييد نظر لما يتسم به من حماية للمتقاسمين الذين لم يستطيعوا تقييد حقوقهم خصوصا ونحن نعلم أن الكثيرين يجهلون وجود مثل هذه المؤسسة الأمر الذي يفوت عليهم استحقاقهم للحقوق المحكوم لهم بها، ولا شك أن إلزامية الإدلاء بشهادة التقييد أمام رئيس المحكمة بقبول دعوى القسمة سيجعل المعنيين بذلك يحرصون على إجراء هذا التقييد .

المطلب الثاني :تقييد دعوى القسمة احتياطيا

إن الهدف من التقييد الاحتياطي المشار إليه في الرسم العقاري هو الاحتفاظ بصفة مؤقتة إما بحق موجود لكن منازع فيه وينتظر إعلانه من طرف القضاء ، وإما حق متوقف على إجراء شكلي ينتظر إتمامه

باستقراء مقتضيات المادة 316 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على على مايلي " : لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء وتم تقييدها احتياطيا إذا تعلقت بعقار محفظ."

ويشترط لقبول دعوى قسمة عقار خاضع لنظام الرسوم العقارية أن تأتي على الشكل التالي:

_أن يرفع مقال القسمة ضد جميع الشركاء المقيدين بالرسم العقاري

_أن يتم تقييد مقال الدعوى احتياطيا بالرسم العقاري

من هنا ينطلق الإشكال المتعلق بتقييد دعوى القسمة احتياطيا بالرسم العقاري,فهل التقييد وكفى؟أم لابد للمدعي أن يلجأ إلى رئيس المحكمة الابتدائية لطلب التمديد عملا بأحكام الفقرة الرابعة من المادة 86 من قانون التحفيظ العقاري؟

---

[1]- ينص الفصل 66 من قانون 07-14 على ما يلي : كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الاملاك العقارية .

لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة.

[2]- إن الأفعال الإرادية و الاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض و كذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم.

[3]-قرار صادر عن محكمة الاستئناف بأكادير عدد 269 مؤرخ في 2002/2/4 تحث رقم 91-81 غير منشور

[4]- جهان زاوش : دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود و العقار شعبة القانون الخاص وحدة التكوين و البحث في قانون العقود و العقار جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2011-2012.

مما لا شك فيه أن التقييد الاحتياطي هو إمكانية منحها القانون لكل من يدعي حقا على عقار محفظ , ومفهوم الادعاء هنا أجمع الفقه والقضاء معا بشأنه أنه حق نشأ صحيحا أو حق ينتظر تصحيحه الأطراف أو القضاء ,وتعذر تقييده تقييدا نهائيا بالرسم العقاري,كعدم تحديد النصب المشاع المبيع ,أو عدم تسليم البائع للمشتري نظير الرسم العقاري ...إلى غير ذلك من الحالات الكثيرة.

ولما كان التقييد بصحيح الفصل 65[1] من قانون التحفيظ العقاري هو إنشاء للحق العيني أو نقله أو الاقرار به أو تغييره أو اسقاطه . فمتى تعذر على المرتقب انتقال الحق العيني له عملا بأحكام الفصل المذكور,أن يبادر إلى الاستفادة من الفصل 85 سالف الذكر فإن طالب قسمة لعقار محفظ ألزمه مشرع سلوك مؤسسة التقييد الاحتياطي جبرا تحت طائلة عدم سماع دعواه قضاءا.

والمشرع لما عدل مقتضيات التقييد الاحتياطي بموجب القانون 14_07 وأتى به أكثر تشددا في الشكليات ,أراد بذلك التضييق على مدعى الحق العيني وحماية المالك المقيد ,باعتبار الاخير أولى بذلك من المدعي حتى يثبت الأخير أو يصحح مدخله للعقار

فمن غير المنطقي أن يخضع المالك المقيد بالرسم العقاري على الشياع رفقة ملاك اخرين طالب القسمة لهذه الشكليات الضيقة جدا في الآجال.

وإذا استثنى المشرع من المقتضيات أعلاه التقييدات الاحتياطية الواردة في نصوص خاصة كالتقييد الاحتياطي الوارد في الالتزامات والعقود وذالك المنصوص عليه في المادة 173[2] من مدونة الحقوق العينية فإنه سكت ولم يحدد شكليات معينة لذلك التقييد المؤقت في الفصل 316[3] من مدونة الحقوق العينية.

إذن فهل يستفيد طالب القسمة من التقييد الاحتياطي مرة واحد؟ أم هل يجبر على سلوك مقتضيات الفصل 86 وتمديد تقييده احتياطيا؟.

هناك فريق من السادة القضاة والمحافظين على الأملاك العقارية والسادة المحامين يرى أن دعوى القسمة وإن كانت كاشفة للحق وغير منشأة له ,فإنها مع ذلك تدخل في عموم الادعاء المنصوص عليه في الفصل 85 من قانون التحفيظ العقاري و المادة 13 من مدونة الحقوق العينية وبالتالي فإن تمديد هذا التقييد إجراء جوهري تحت طائلة عدم قبول دعوى القسمة وبالتالي فإن السادة المحافظين ملزمون بالتشطيب تلقائيا على التقييد الاحتياطي إذا لم يبادر المدعي للتمديد فبل انقضاء الشهر أو ثلاثة أشهر حسب الحالة عملا دائما بأحكام الفصل.86

غير أن هناك فريقا ثالثا له يقول إن دعوى القسمة هي دعوى كاشفة للنصيب المشاع وإن المدعي هو بالضرورة مالك مقيد بالرسم العقاري المراد تقسيمه قضاءا .

وبالتالي فان المشرع لما نص على ضرورة التقييد احتياطيا تحت طائلة عدم القبول إنما أراد بذلك ضمان تنفيذ الحكم المرتقب صدوره وعدم تفاجئ المستفيدين منه من تغير أحد الملاك المقيدين واستحالة التنفيذ جراء ذلك وبالتالي يكون التقييد الاحتياطي تقنية قانونية للسادة المحافظين لتطبيق الحكم القاضي بالقسمة على الرسم العقاري على الحالة التي كان فيها قبل التقييد الاحتياطي ولو تغير بعض الملاك أثناء سريان الدعوى.

والمحكمة هنا عند البث في الدعوى تكتفي فقط بالإطلاع على شهادة المحافظ على الاملاك العقارية وقد نصت على التقييد الاحتياطي للدعوى ,دون أن تلزم المدعي بأن يدلي ما يفيد تمديد هذا التقييد المؤقت

---

[1]-ينص الفصل 65 من قانون 07-14 على ما يلي : يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري جميع الوقائع و التصرفات و الاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض وجميع المحاضر و الأوامر المتعلقة بالحجز العقاري و جميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو البإقرار به أو تغييره أو إسقاطه وكذا جميع عقود أكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات وكل حوالة لقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء أو الإبراء منه.

[2]- ينص الفصل 173 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي : عند الاستعجال يمكن لرئيس المحكمة في حالة الرهن الإجباري أن يأمر بناء على طلب بإجراء تقييد احتياطي يبقى مفعوله ساريا إلى غاية صدور الحكم النهائي.

يأخذ الحكم الصادر بالرهن رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي.

[3]-ينص الفصل 316 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي : لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء و تم تقييدها تقييدا احتياطيا إذا تعلقت بعقار محفظ.

صحيح أن المشرع لم يفصل في المادة 316 في شكليات هذا التقييد الاحتياطي عكس ما نص عليه في الفصل 173 من المدونة نفسها,وبالتالي ترك الباب مفتوحا لكل فريق للتأويل وترجيح مبرراته القانونية .وان كنا نميل إلى الرأي الثاني إعمالا للمنطق القانوني .

المبحث الثاني : رفض المحافظ العقاري تقييد الحكم بالقسمة و إمكانية الطعن في قراره .

إن المحافظ على الأملاك العقارية بالنظر إلى إلتصاق عمله بالملكية العقارية . وصيانتها والحفاظ عليها بالتقييد و التحديد ورسم خرائط وضمان الحقوق المكتسب عليها ترك له المشرع المغربي من خلال قانون 14 .07 سلطة واسعة في إطار هذه المسطرة تتمثل في دراسة الطلبات المقدمة إليه و فحص الحجج المدلي بها ليتخذ بعد ذلك وعلى ضوء تلك الوثائق قراره في الموضوع .

و انطلاقا من كون رفض تقييد الحكم القاضي بقسمة عقار محفظ يعتبر من بين القرارات التي يتخذها أحيانا أثناء ممارسته لمهامه فسأحاول من خلال هذا المبحث الوقوف على أسباب الرفض التي عادة ما يعلل بها المحافظ قراره المطلب الأول وكذا كيفية الطعن في ذلك القرار المطلب الثاني .

المطلب الأول : رفض المحافظ العقاري تقييد الحكم بالقسمة:

إن قانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري يلزم المحافظ متى تعلق الأمر بتقييد حق عيني بالتحقق تحت مسؤوليته الشخصية من صحة الوثائق المدلى بها شكلا و جوهرا، ومن كون مضمونها لا يتعارض مع مضمون الرسم العقاري المعني ومن كونها غير متوقفة على وثائق أخرى تجبر تقييد الحقوق التي تضمنتها .

والمحافظ العقاري ونتيجة للمسؤولية التي يتحملها بصدد تلقيه للوثائق والمستندات وعلى رأسها الأحكام القضائية المطلوب تقييدها في الرسم العقاري ، كلما تبين لديه أن الشروط المتطلبة قانونا غير متوفرة أو أن البيانات التي يتضمنها الحكم القضائي ناقصة فله إمكانية رفض تقييد الحكم في الرسم العقاري شريطة أن يعلل المحافظ العقاري قراره مع إبلاغ المعني بالأمر بذلك .وهذا ما نص عليه صراحة الفصل 96من القانون 14_07والذي ينص على مايلي" يجب على المحافظ على الأملاك العقارية في جميع الحالات التي يرفض فيها تقييد حق عيني أو التشطيب عليه أن يعلل قراره و يبلغه إلى المعنى بالأمر."...

وعلى العموم تتعدد أسباب رفض المحافظ تقييد الحكم القاضي بالقسمة وأذكر على سبيل المثال

- تعارض الحكم المراد تقييده مع البيانات الواردة بالرسم العقاري و مخالفته لقانون 14.07 أو قوانين الحد من تجزئة الأراضي الواقعة بدوائر الرأي و الاستثمار الفلاحي كأن يقضي الحكم بقسمة عقار ينتمي إلى أراضي الضم إلى أجزاء تقل مساحتها عن 5 هكتارات خلافا لمقتضيات الفصلين 2 و 3 من ظهير 15 يوليوز 1969 المتعلق بالحد من تجزئة الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري .
- عدم إرفاق الحكم المراد تقييده بالشهادات الإدارية المتطلبة .
- عدم نهائية الحكم القاضي بالقسمة

وعلى العموم فأسباب رفض المحافظ العقاري التي تقيد الحكم بالقسمة يصعب حصرها ، إلا أن المحافظ العقاري غالبا ما يعلل قراره برفض التقييد، وقد جعل المشرع هذا الرفض قابلا للطعن حيث نص في الفقرة الثانية من الفصل 96 من قانون14_07 على ما يلي " : يكون هذا القرار قابلا للطعن أمام المحكمة الابتدائية التي تبت فيه مع الحق في الاستئناف وتكون القرارات الاستئنافية قابلة للطعن بالنقض "و هذا ما سأتناوله في المطلب الثاني .

المطلب الثاني : الطعن في قرار المحافظ العقاري

طبقا لأحكام الفصل 96 من قانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري فإنه يتعين على المحافظة على الأملاك العقارية متى رفض تقييد الحكم القاضي بقسمة العقار المحفظ وجب عليه أن يصدر بذلك قرار معللا و هذا القرار يكون قابلا للطعن أمام المحاكم الابتدائية مع الحق في الاستئناف و تكون القرارات الاستئنافية قابلة للطعن بالنقض .

وعليه فمتى علل المحافظ قراره برفض التقييد لسبب من الأسباب فإنه يجب عليه تبليغه إلى الطرف المعني دون تأخير و لتاريخ التبليغ أهمية خاصة ، ذلك أنه يشكل انطلاق حساب أجل الشهر لمباشرة مسطرة الطعن إذ بمجرد تبليغ المعني و توصله بمحتوى قرار الرفض يحق له التقدم بمقال كتابي لدى كتابة الضبط بالمحكمة المختصة يتضمن باختصار وقائع النزاع و الأسباب المستند عليها و على إثر ذلك يقوم رئيس المحكمة بتبليغ المحافظ بعريضة الطعن مع إلزامه بتقديم مذكرة جوابية يحاول من خلالها بيان الأسباب المبررة للرفض المتخذ من قبله و إحالة ملف القضية و الوثائق و المستندات المدعمة لقراره إلى كتابة الضبط و ذلك داخل أجل خمسة عشر يوما على الأقل حيث تقوم هذه الأخيرة بتبليغ الطاعن بمضمون العريضة و يمكنه بدوره الرد و التعقيب عليها ثم تعرض بذلك القضية على المحكمة التي تصدر حكما يمكن الطعن فيه بحسب الأحوال بالاستئناف والطعن بالنقض أمام محكمة النقض في حالة صدور قرار استئنافي في الموضوع [1]

أما متى علل المحافظ العقاري قراره برفض التقييد بسبب لا علاقة له بقانون 14.07 فإن الاختصاص في هذه الحالة بالطعن في قراره يعود إلى القضاء الإداري[2].

و يمكن القول في نهاية هذه النقطة بأن قرارات المحافظ العقاري التي تقبل الطعن أمام القضاء العادي هي قرارات محددة على سبيل الحصر بمقتضى نصوص التحفيظ العقاري، أما القرارات الأخرى الصادرة عن المحافظ العقاري فيختص بالطعون الموجهة ضدها القضاء الإداري باعتباره صاحب الولاية العامة للنظر في المنازعات الإدارية[3].

خاتمة

من خلال ما تقدمت بمناقشته أعلاه فقد تبين بجلاء مدى أهمية التقييد الاحتياطي كآلية لحماية حقوق المتقاسمين و بالتالي فإن إقرار هذه التقنية بمجرد رفع دعوى القسمة سيكون له أثر إيجابي في عدم التلاعب في تقسيم العقارات إلا بحضور جميع المتقاسمين وذلك عن طريق التنصيص على عدم قبول هذه الدعوى إلا بعد إدلاء المدعي بشهادة التقييد الاحتياطي ، هذا بالإضافة إلى ضرورة تدخل المشرع من أجل إعادة النظر في الإجراءات المسطرية لدعوى القسمة العقارية و محاولة اختصار الإجراءات وتسريعها أو تخصيصها بأحكام تميزها عن باقي الدعاوى المشابهة.

و أخيرا فإن ختم هذه الأسطر لا يعني نهاية البحث في هذا المجال بل هو دعوى مفتوحة لكل الباحثين و النقاد على المستوى الأكاديمي من أجل إثراء النقاش و إغنائه

و العمل على تحفيز المشرع المغربي على مسايرة التطورات التي تعرفها بلادنا في كل المجالات .

[1]-أخويا هاشمي المحمدي: الطعن في قرارات المحافظ على الملكية العقارية بعد إحداث المحاكم الإدارية مقال منشور بمجلة الإشعاع عدد 27 الصفحة 68.

[2]- عبد العزيز لكنيفري،مرجع سابق ص:77.

[3]- عبد الرزاق عريش، الطعون القضائية على القرارات الصادرة عن المحافظ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة و حدة التكوين و البحث في القانون المدني المعمق شعبة القانون الخاص كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط السنة الجامعية 2011/2010 الصفحة 76.

ذوي الاحتياجات الخاصة بين الحق في التوظيف وشرط السلامة البدنية

عبد المنعم اكنيدي

باحث بسلك الدكتوراه،

استاذ الاشغال التوجيهية بكلية الحقوق السويسي

مقدمة

يتواجد في كل مجتمع من المجتمعات فئة خاصة تتطلب تكيفاً خاصاً مع البيئة التي يعيشون فيها نتيجة لوضعهم الصحي الذي يوجد فيه خلل ما، هذه الفئة هي التي يطلق عليها فئة ذوي الاحتياجات الخاصة،[1] وهذا التكيف لا يتأتى من قبلهم نظرا لصعوبة الأمر بل يقع على عاتق من يحيط بهم.

وإذا كانت حكومات العالم قد أخذت على عاتقها النهوض بمستوى معيشة مواطنها وأولت في ذلك كل الجهد لمسالة تمديد وتوسيع الخيارات أمام كل مواطن في إطار ما اصطلح على تسميته التنمية البشرية، فقد كان من المتعين على الحكومات ألا تتجاهل هذه الفئات داخل مجتمعاتها أو تهميشها او التغاضي عن الاحتياجات الخاصة بها، خاصة ان الظروف والأقدار أجبرتهم على ان لا يعيشوا على درجة واحدة من الصحة مع اقرأنهم من سائر أفراد المجتمع.[2]

وإذا كان لكل مواطن حقه في حياة كريمة تتضمن الرعاية الصحية والمسكن وفرص العمل المناسبة[3] فان ذوي الاحتياجات الخاصة من المعاقين يجب ان ينالوا قسطين من الحقوق، لكونهم مواطنون مثلهم مثل سائر المواطنين الآخرين من جهة، وباعتبارهم عجزوا عن الاعتماد على أنفسهم في مزاولة الحياة او العمل نتيجة ظروف خارجة عن إرادتهم من جهة أخرى، وقد يكون المجتمع او الدولة مسؤولة عن جانب كبير منها.[4]

ومن اجل تحديد أكثر دقة للموضوع فانه من المفيد جدا التعريف بالعناصر الأساسية للموضوع فنعرف الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة باعتبارهم محور الحماية القانونية.

ويقصد بالأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة تلك الفئة من افراد المجتمع التي تصاب بإعاقة معينة[5] تجعلها غير قادرة على التكيف مع المجتمع، وقد أصبح يطلق عليهم "ذوي الاحتياجات الخاصة "بدلا من "المعاقين" لما لهذه التسمية من أثار نفسية سلبية.[6]

1- تعريف ذوي الاحتياجات الخاصة في بعض المواثيق الدولية:

_في اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة:

---

[1]- هده الفئة كان يطلق عليها في السابق الأشخاص المعاقين ونظرا لأن هده التسمية تترك آثارا نفسية سلبية على هده الفئة لدلك أصبحت تسمى فئة دوي الاحتياجات الخاصة وهدا ما تبناه التشريع المغربي في العديد من النصوص القانونية التي تحاول فك الارتباط مع الماضي والتأسيس لمقاربة حقوقية تنبني على تجريم التمييز والميز العنصري سواء بالألقاب أو الجنس أو اللون أو الإعاقة او غيرها

[2]- نادية النحلي "ا لرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين"، دار القلم، الرباط 2001، ص232.

[3] تنص المادة 6 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على ما يلي: "تعترف الدول الاقي هذا العهد بالحق في العمل، الذي يشمل ما لكل شخص من حق في ان تتاح له امكانية كسب رزقه بعمل يختاره او يقبله لحرية، وتقوم باتخاذ تدابير مناسبة لصون هذا الحق".

[4]حسن يوسف " أفاق جديدة لتحقيق الأمن الاقتصادي وتأهيل المعاقين في إطار البعد الاقتصادي لمفهوم التأهيل الاجتماعي للأفراد المعاقين" مجلة الحوار المتمدن - العدد: 2246 -2008 / 4 / 9، ص1

[5]- تختلف انواع الاعاقات فهناك:

التأخر العقلي (الاعاقة العقلية)، الاعاقة السمعية، الاعاقة البصرية، الاعاقة الجسمية، صعوبات التعلم، صعوبات الكلام واللغة، انظر في هذا الصدد: محمد الحجوجي، "حماية المتعاقد المعاق حركيا "، مجلة الاشعاع، العدد 24 دجنبر2001، ص:51.

[6]عبد الكريم غالي "حماية ذوي الاحتياجات الخاصة على ضوء القانون الاجتماعي المغربي "، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 36، يناير-فبراير2001، ص41.

عرفت هذه الاتفاقية الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة بأنهم " كل من يعانون من عاهات طويلة الأجل بدنية كانت أو عقلية أو ذهنية او حسية، قد تمنعهم لدى التعامل مع مختلف الحواجز من المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين.

والجلي من خلال هذا التعريف، أن تعريف المعاق يرتكز على عنصرين أساسيين:

الأول: يتعلق بالزمانة بمعنى ان تكون الإعاقة حاصلة لمدة طويلة من الزمن، مما يوحي مباشرة أن الأشخاص المصابين بعجز مؤقت لا يدخلون ضمن نطاق الأشخاص المعاقين.

الثاني: يتعلق بوجوب ان تكون الإعاقة حاجزا حقيقيا امام الشخص المصاب بها تمنعه من المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع.

2- تعريف ذوي الاحتياجات الخاصة في القوانين الداخلية:

_في القانون رقم92/07 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين[1]: عرفت المادة 2 من هذا القانون الشخص المعاق بأنه: "كل شخص يوجد في حالة عجز او عرقلة دائمة او عارضة، ناتجة عن نقص او عدم قدرة تمنعه من أداء وظائفه الحياتية لا فرق بين من ولد معاقا ومن عرضت له اعاقة بعد ذلك.

واهم ما يمكن ان يلاحظ من خلال هذه المادة ان المشرع تجاوز نظرة الاتفاقية فيما يتعلق بعنصر الزمانة، فلم يأخذ بهذا العنصر بشكل مطلق وإنما اعتبر ان العجز المؤقت بمثابة إعاقة من خلال عبارة "عرقلة عارضة"، مما يفيد ان المشرع وسع من دائرة الحماية لتشمل جميع الأشخاص الذين يعانون من إعاقة بمن فيهم أصحاب الإعاقات العرضية.[2]

إن الاهتمامات الحديثة بالإعاقة والمعاقين ، وضرورة تقديم الرعاية اللازمة لهذه الفئة بشكل تكاثفي من جميع أفراد المجتمع ومؤسساته ، وبالخصوص مسالة التوظيف ليست وليدة المصادفة البحتة أو بدافع الإنسانية فقط ، بقدر ما كان إعادة لتصحيح مجموعة من الأخطاء ارتكبتها المجتمعات الإنسانية عبر التاريخ، والتي كان ضحيتها دائماً وأبداً الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث إن تلك النظرة السلبية عرقلت مسيرة النمو الطبيعية للمجتمع، فأغلب المصادر التاريخية تشير إلى معاناة المعاقين في جميع العصور الماضية من النظرة المتدنية نحوهم، وذلك من جراء القواعد والقوانين الظالمة التي جعلت منهم هدفا للتعبير عن الدوافع والنزعات العدوانية في المجتمع نتيجة للخوف والجهل من جهة ، ونقصان المعلومات من جهة أخرى.

وحديثاً حيث التطور التكنولوجي في العلوم التطبيقية والإنسانية وتطور الأبحاث والدراسات المتعددة ، أدى كل ذلك إلى الشعور بأهمية وقدرة هذه الفئة من أبناء المجتمع على المساهمة في بناء معالم المجتمع الدولي، كما أن لاهتمامات بعض الهيئات مثل هيئة الأمم المتحدة أثره الواضح على الدول والهيئات والجمعيات الحكومية والأهلية التي تطالب بحقوق الإنسان إلى غير ذلك من الحقوق، ففي ميثاق الأمم المتحدة عن حقوق الطفل جاء في المادة 27 : " أن الطفل المعاق عقليا وجسديا يجب أن يتمتع بحياة كاملة كريمة ضمن الشروط التي تؤمن الكرامة وتقوي الاعتماد على النفس وتسهل مشاركة الطفل الفعالة في المجتمع"، فالنظرة الحديثة للإعاقة والمعاقين بنيت على أساس علمي هو أن الفرد المعاق كغيره من الأفراد يتمتع ببعض القدرات والإمكانيات والخصائص إذا تمت تنميتها بالشكل الصحيح أصبح الفرد المعاق قادرا كغيره من الأفراد العاديين على القيام بالأعمال التي تتلاءم مع هذه الإمكانيات والقدرات.

وانطلاقا من كل ما سبق فان اهمية الموضوع تنبثق من كون تهميش الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة وإقصاؤهم تبت بالتجربة انه يؤدي لا محالة الى حدوث شروخ واضطرابات عميقة في المجتمع، في حين ان الاهتمام بهم وإدماجهم داخل المجتمع عن طريق التوظيف سيكون له نتيجة ايجابية دون شك اذ انه سيؤدي الى إعادة توازن النسيج المجتمعي.

وهو ما يوضح الإشكالية الرئيسية لهذا الموضوع والتي تتمحور حول:

---

[1] القانون 07 /92 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.30بتاريخ10سبتمبر1993، الجريدة الرسمية عدد 4225بتاريخ 1993/20/10.

[2]-تعرف هذه الحالة من الاعاقة على انها حالة عجز مؤقت يمر منها الشخص وتحد من قدراته مؤقتا الا ان الفرق بينها وبين الاعاقة المطلقة هي انها تكون بشكل مؤقت ونسبة الشفاء منها تكون أكبر من الاعاقة الدائمة.

مدى نجاح المشرع المغربي في الانتقال بوضعية الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة من المنظور التكافلي القائم على الإحسان الى الوضع الشمولي المندمج القائم على الإدماج الفعلي لهذه الفئة فيما يتعلق بالتوظيف؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات يمكن طرحها على الشكل التالي:

- ما هي المرجعيات التي استند عليها المشرع في إقرار الحقوق الخاصة بالأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة، خصوصا ما يتعلق منها بالتوظيف؟
- ما هي مختلف ضمانات التوظيف الواردة في التشريع المغربي؟
- ما هي الوسائل التي اعتمدها المشرع لتفعيل هذه الضمانات؟

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالات من خلال التصميم التالي:

اولا: نطاق مسؤولية الدولة في توظيف ذوي الاحتياجات الخاصة

ثانيا: الحوافز القانونية لتفعيل حق ذوي الاحتياجات الخاصة في التوظيف

اولا: نطاق مسؤولية الدولة في توظيف ذوي الاحتياجات الخاصة

لطالما عانى الأشخاص في وضعية إعاقة من تهميش وإقصاء وتمييز عبر التاريخ منذ أن نشأ مفهوم الدولة، حيث لم يكن هؤلاء الأشخاص يحظون بالمكانة الكافية داخل المجتمع، بل لم يكن لهم بتاتا الحق في تقلد المناصب والوظائف العامة، ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل وصل أحيانا إلى حد التخلص منهم كما حدث مثلا في ألمانيا في عهد "هتلر" حيث كان يعتبرهم عالة على المجتمع.[1]

غير أن هذه النظرة سرعان ما تغيرت بعد استقرار الأوضاع السياسية بعيد الحرب العالمية الثانية، حيث بدأ التفكير في وضع مواثيق دولية [2] تكفل حق ذوي الاحتياجات الخاصة في مستوى عيش لائق [3] وضمان حقوقهم المدنية والسياسية والاقتصادية على قدم المساواة مع غيرهم.[4]

والسؤال الذي ظل مطروحا في الواجهة الدولية، كيف يمكن رد الاعتبار لهذه الفئة من المجتمع البشري؟ وكيف يمكن إعادة إدماجها داخل المجتمع؟ وما هي الوسائل الكفيلة لإلزام الدول على احترام حقوق هذه الفئة؟

1- المرجعية الدولية

استمر التفكير طويلا منذ نهاية الحرب العالمية الثانية في إيجاد منظومة حقوقية كونية تكفل لجميع أفراد الأسرة البشرية ممارسة حقوقهم وأداء واجباتهم في جو يسوده القانون ومبادئ العدالة الدولية، وإذا كان هذا الاهتمام موجه نحو الأسرة العالمية، فإن الفئات الأضعف في النسيج البشري حظيت بدون شك باهتمام أكبر نظرا لموقعها غير المستقر ضمن المجتمع.

من هذا المنطلق كان التفكير العالمي منصبا على إيجاد إطار قانوني يضمن الحقوق الأساسية لفئة هي الأكثر تهميشا وإقصاءا [5] ألا وهي فئة الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث وجد المنتظم الدولي صعوبة بالغة في تغيير النظرة الإقصائية لهذه الفئة من

---

[1]- أبو فاخر غسان عبد الحي ."التربية الخاصة للأطفال المعوقين ".مطبعة الاتحاد .دمشق .1992.،ص11.

[2]-تمثلت اهم هذه المواثيق الدولية في:

اعلان الامم المتحدة المتعلق بحقوق الطفل المعاق سنة1969

تصريح الامم المتحدة بحقوق المعاقين سنة 1975

تصريح الامم المتحدة بحقوق المعاقين سنة1975

اتفاقة حقوق الاشخاص ذوي الاعاقة و البروتوكول الاختياري لسنة2007

بالاظافة الى المواتيق الغامة المرتبطة بحقوق الانسان بشكل عام

[3] _نادية النحلي"الرعاية الاجتماعية للاشخاص المعاقين"مرجع سابق،ص238

[4]- ترجع العوامل التي أدت إلى تغيير النظرة السلبية تجاه الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة إلى تطور مستوى الوعي العالمي بمخاطر الاستمرار في إقصاء هذه الفئة من المجتمع سواء على الشخص المعاق نفسه أو على المجتمع بصفة عامة، حيث يصبح هذا الشخص إذا لم يحظى بالعناية الكافية مجرد شخص عديم الجدوى داخل المجتمع يحتاج إلى إحسان الآخرين، بدل إدماجه في المجتمع.

[5] ترجع الاسباب الرئيسية التي ادت الى هذا الاقصاء من المجتمع الى تلك النظرة التميزية الموجهة الى هذه الفئة والتي تقوم على اساس اعتبار هذه الفئة حالة شاذة من المجتمع ليست كبقية الافراد الاخرين ولا تتمتع بالقدرات اللازمة للتكيف السريع مع المجتمع مثل بقية الافراد.

المجتمع، ولم يتأتى ذلك إلا عبر مدة من الزمن ليست بالهينة استمرت منذ نهاية الحرب العالمية الثانية إلى الآن وما تزال الجهود الدولية مستمرة في هذا المجال.

إن موضوع الدراسة يتعلق بحماية حق ذوي الاحتياجات الخاصة في نظام الوظيفة العمومية، لذلك فإننا سنقتصر على المعاهدات والمواثيق الدولية التي تناولت مسألة إدماج الشخص المعاق في أسلاك الوظيفة العمومية للدول الموقعة عليها.

إن المغرب وبمصادقته على كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، إضافة الى معاهدات خاصة بالأشخاص المعاقين هي: اتفاقية الأشخاص ذوي الإعاقة وبروتوكولها الاختياري، فإن التساؤل يبقى مطروحا حول مرجعيات التزام المغرب بتوظيف ذوي الاحتياجات الخاصة في كل من المعاهدات الدولية العامة والمعاهدات الدولية الخاصة بالأشخاص المعاقين وهو ما سنتناوله في النقطتين التاليتين:

أ- المعاهدات الدولية العامة.

شكلت المعاهدات الدولية العامة حجر الأساس لتوطيد حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، بل شكلت المرجعية الأساسية التي استقت منها معظم المعاهدات الدولية الخاصة بالأشخاص المعاقين مبادئها.[1]

وبالرجوع إلى هذه المعاهدات العامة نجد أنها تضمنت مبادئ أساسية بمثابة ضمانات قانونية لحقوق المعاقين يبقى أهمها الحق في تقلد المناصب والوظائف العامة انطلاقا من مبدأ المساواة في تقلد الوظائف وعملا بمبدأ تكافؤ الفرص، وذلك انطلاقا من المبدأ العام المنصوص عليه في المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ألا وهو تساوي جميع الناس ي الكرامة والحقوق،[2] استتبعها التنصيص في المادة الثانية على أحقية كل إنسان في التمتع بالحقوق الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي من أهمها الحق في تقلد الوظائف العامة دون تمييز كيفما كان نوع هذا التمييز، والتي نجد سندها في نص المادة 21 من الإعلان العالمي حيث جاء فيها:

" لكل شخص نفس الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف العامة في البلاد"، وقد شكلت هذه المادة اعترافا دوليا بحق الشخص المعاق في التوظيف ولو أن هذا الاعتراف جاء بشكل ضمني إلا أنه من الممكن تفسير مقتضيات هذه المادة لصالح الشخص المعاق.

ولعل الهدف الأساسي من وراء إقرار هذه الضمانات ما نصت عليه المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ويتعلق الأمر هنا بحق الشخص في الحماية من البطالة كيفما كانت الوسائل المستعملة من طرف الدولة لحماية هذا الحق، ويبقى أهم وسيلة لحماية حق الشخص المعاق هو التنصيص على حقه في التوظيف في الوظائف العامة داخل الدولة، انطلاقا من كون هذا المعطى حق للشخص المعاق وواجب على عاتق الدولة.

وبالانتقال إلى العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فإننا نجد هذا المقتضى (الذي هو حق المعاق في التوظيف) بشكل أكثر توسعا وحماية ولو لم تكن هناك إشارة واضحة إلى التوظيف في أسلاك الدولة، إلا أنه يمكن تفسير أحكام المادة 6 من نفس العهد على أنها اعتراف دولي لحق جميع الأشخاص في أن تتاح لهم فرص العمل بشكل متساو، وتبقى المسؤولية في ذلك على عاتق الدولة عن طريق جميع الوسائل المتاحة لها، خصوصا ما يتعلق منها بالتدابير التشريعية[3]، على أن الدولة ملزمة في هذا الإطار بضمان تكافؤ الفرص وعدم التمييز على أي أساس كان.[4]

فالحق في العمل وحرية اختياره، وتوفر ظروف عمل عادلة ومواتية والحق في الحماية من البطالة، وفي أجر متساو عن العمل المتساوي. والتمتع بالحق في العمل لا تكفله الصكوك الدولية التي أعدتها هيئات المم المتحدة فحسب، بل تكفله أيضا الصكوك الدولية المعدة تحت رعاية منظمة العمل الدولية.[5]

---

[1] نخص بالذكر هنا :

الاعلان العالمي لحقوق الانسان

العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية والثقافية

[2] تنص المادة الاولى من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على مايلي:"يولد جميع الناس احرارا متساوين في الكرامة و الحقوق وقد وهبوا عقلا وضميرا وعليهم ان يعامل بعضهم بعضا بروح الاخاء.

[3] - هذا الالتزام يجد سنده في المادة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

[4] - انطلاقا من الفقرة 2 من المادة من العهد فإن الدولة تضمن ممارسة جميع الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد دون أي تمييز على أي أساس كان.

[5] Rémy Fontier « handicap et fonction publique:apports de la jurisprudence aux droit des personnes handicapées »l'harmattan, paris 2000,p:21.

وهكذا جاء في المادة 32 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان «لكل شخص الحق في العمل، وفي حرية اختيار عمله وفي شروط عمل عادلة ومرضية وفي الحماية من البطالة...».

وليس من باب الصدفة إذ عالج الفصل الأول من الجزء الثالث للعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الحق في العمل بحيث يوجد هذا الحق بالفعل.

وتعتبر الاتفاقية رقم 111 لسنة 1958 المتعلقة بالتمييز في مجال الاستخدام والمهنة، الوثيقة الرئيسية لمنظمة العمل الدولية والتي رغبت بواسطتها في وضع أسس السياسة الوطنية الهادفة إلى إقرار المساواة في المجال الاجتماعي، وهكذا تتعهد الدول المصادقة على الاتفاقية - طبقا للمادة 2- «بأن تعلن رسميا وتنتهج سياسة وطنية تهدف إلى تحقيق المساواة في الفرص وفي المعاملة بغية القضاء على التمييز في الاستخدام والمهنة».

إن هذه المعاهدات الدولية العامة تبدو إلى حد كبير قد ضمنت الحقوق الأساسية لجميع أفراد المجتمع الدولي، غير أن أهم ما يمكن ملاحظته على هذه الاتفاقيات عدم تنصيصها على الآليات الكفيلة بإعمال الحقوق المنصوص عليها ولا على طرق تفعيلها، فهل من الممكن أن تحقق النصوص والمعاهدات الدولية الخاصة بحقوق الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة ذلك، خاصة وأن الدول الموقعة على هذه المعاهدات يمكن أن تتملص من مسؤولياتها المتعلقة بإيجاد مناخ ملائم لتوظيف هذه الفئة من المجتمع تحت ذريعة عدم وجود تنصيص واضح وصريح على الوسائل الكفيلة بأعمال هذه الحقوق، وهو ما سنتناوله في النقطة التالية:

ب- المعاهدات الدولية الخاصة

جاءت المعاهدات الدولية الخاصة كتكملة للمعاهدات الدولية العامة فيما يخص تعزيز حقوق الأفراد خاصة ذوي الاحتياجات الخاصة، فما هي مكامن النقص التي سعت هذه المعاهدات إلى تداركها؟ وكيف سعى المنتظم الدولي إلى توطيد هذه الحقوق عن طريق إلزام الدول الموقعة على الاتفاقيات الخاصة بذوي الاحتياجات الخاصة بتطبيق مقتضياتها؟

إن أهم ما يمكن ملاحظته حول الاتفاقيات الدولية العامة هو أنها لم تولي اهتماما للأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة بالشكل الذي يرقى إلى تطلعات هذه الفئة من المجتمع خاصة ما يتعلق منها بالحق في التوظيف، إضافة إلى عدم تنصيصها على الوسائل الكفيلة بإعمال الحقوق الأساسية لهذه الشريحة، مما فرض ضرورة التفكير في إيجاد منظومة تشريعية دولية لتجاوز هذا الوضع، ولم يتأتى ذلك إلا بعد إصدار المعاهدة الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.[1] فلقد كان أهم مقتضى نصت عليه هذه الاتفاقية مبدأ المساواة في جميع الحقوق الأساسية مع الآخرين خاصة ما يتعلق منها بالمساواة في تقلد الوظائف[2] انطلاقا من مبدأ تكافؤ الفرص ما دامت الإعاقة لا تشكل سببا من الأسباب المؤدية إلى الحرمان من تقلد الوظائف العامة[3]، انطلاقا من المادة 27 من نفس الاتفاقية التي تحظر التمييز على أساس الإعاقة أو أي أساس آخر.

بل أكثر من ذلك أوجبت هذه المادة على الدول الأعضاء ضرورة توفير شروط التوظيف والعيش بشكل متساو بين الأشخاص المعاقين وغيرهم، ولم تقف الاتفاقية عند ذلك، بل جعلت من تشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة في القطاع العام واجبا أساسيا من واجبات والتزامات الدولة اذا توفرت الشروط المتطلبة في الشخص المراد توظيفه.[4]

ولم تغفل الاتفاقية التنصيص على الوسائل الكفيلة بضمان إعمال وتتبع إعمال الحقوق المنصوص عليها وخاصة ما يتعلق منها بمسؤولية الدولة في توظيف الأشخاص المعاقين في أسلاك الوظيفة العمومية، ذلك أن الاتفاقية تتطلب وجود نقطة مركزية حكومية واحدة على الأقل لهذه المسؤولية[5]، وتشجع كذلك على أن تكون هناك آلية ضمن الحكومة لتنسيق الأعمال المتخذة في مختلف

---

[1]- هذه الاتفاقية تم إقرارها في 30 مارس 2007،وصادق عليها المغرب في 10 دجنبر 2008

[2]- المادة 3 من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقات والبروتوكول الاختياري

[3]- ولو أن معظم الدول الحديثة تجعل من ضمن الشروط الأساسية للتوظيف شرط القدرة البدنية إلا أن ذلك لم يمنع من إيجاد استثناء من هذا المبدأ يتعلق بحالة الأشخاص المعاقين.

[4]- جعلت الفقرة 7 من المادة 27 الالتزام بتشغيل المعاقين التزاما أساسيا على عاتق الدولة، في حين اكتفت فيما يخص القطاع الخاص بعبارة تشجيع عمالة المعاقبة في القطاع الخاص.

[5]- الفقرة الأولى من المادة 33 من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والبروتوكول الاختياري

المستويات والقطاعات[1]، كما أنه على كل بلد أن يستحدث هيئة مستقلة مثل هيئة حقوق الإنسان أو الإعاقة تكون مسؤولة عن متابعة تنفيذ القوانين الوطنية لمراقبة كيفية وضع الاتفاقية موضع التنفيذ. ويبقى أهم مستجد نصت عليه الاتفاقية ما يتعلق بحق مشاركة المنظمات غير الحكومية في عملية المراقبة الوطنية على تفعيل مقتضيات الاتفاقية.

وكجزء من الالتزام بالمعاهدة فإن الدول ملزمة بمقتضى المادة 35 بتقديم تقارير لجنة الخبراء الدولية والتي تتضمن أشخاص معاقين، فهذه التقارير تظهر تقدم البلد في العمل المتوافق مع بنود الاتفاقية، غير أن الإشكال المطروح في هذا السياق يتمحور حول إمكانية فرض أية عقوبات عن طريق اللجنة على الدول المخالفة.

بالرجوع إلى المادة 36 من نفس الاتفاقية نجد هذه الإمكانية غير متاحة مما يمكن معه القول أن هذه اللجنة لا تتمتع بالطابع التقريري وإنما ينحصر دورها في الطابع الاستشاري. ولو أمكن القول في هذا السياق أن توصيات هذه اللجنة يكون لها دعم عالمي قوي مما سيشعر الحكومات بضغط سياسي يحثها على الامتثال، إلا أن ذلك لا يعدو أن يكون رهان غير مضمون، ولا يخدم مصالح الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة الذين هم في حاجة إلى ضمانات حقيقية لتحقيق الاستقرار والاستقلال الذاتي.

إن المغرب ومنذ توقيعه على الإعلان العالمي والعهدين الدوليين التابعين له، إضافة إلى مجموعة من الاتفاقيات الخاصة بالأشخاص المعاقين[2]، وانتهاء باتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة أصبح أمام تحد كبير فيما يخص ملاءمة نصوصه القانونية لمبادئ ومقتضيات هذه الاتفاقيات، ولو أن الأمر في الواقع يتطلب أكثر من ذلك، إذ يفرض ضرورة خلق وسائل عملية لضمان تحقيق التكامل بين المنظومة التشريعية الدولية والمنظومة التشريعية الوطنية، مما يفرض البحث عن مظاهر التكامل الإيجابي بين هذه المقتضيات، والبحث عن مكامن الخلل في التوازن بين هذه التشريعات لان هذه الاتفاقيات الدولية تفرض من جملة ما تفرضه ضرورة ملائمة التشريعات الوطنية للدول الموقعة عليها وفق مبادئها بشكل يخدم مصالح الأشخاص المعاقين ويضمن حقهم في التوظيف.

2- التشريع الوطني الداخلي:

إيمانا منه بضرورة مسايرة المقتضيات والمعاهدات الدولية المعنية بحماية حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في مجال التوظيف، فإن المغرب قام بإصدار مجموعة من النصوص القانونية التي تكفل هذا الحق وبقية الحقوق الأخرى بشكل يضمن ممارسة هذه الفئة لحقها في التوظيف دون عراقيل.

وتبقى الإشارة واجبة في هذا الصدد إلى أن أهم النصوص التي أصدرها المغرب في هذا المجال تتمثل في:

-القانون رقم 92/07 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين سنة 1993

-القانون رقم 81/05 يتعلق بالرعاية الاجتماعية للمكفوفين وضعاف البصر.

-قرار للوزير الأول رقم 3.130.00 بتحديد قائمة المناصب الممكن إسنادها إلى الأشخاص المعاقين بالأولوية وكذا النسبة المئوية لهذه المناصب بأدوات الدولة والهيئات التابعة لها الصادر في 10 يوليوز 2000. وتمثل هذه النصوص مظهر من مظاهر التفاعل بين المرجعية الدولية والتشريع الوطني، ذلك أن المغرب وبعد تعهده باحترام حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها لم يكن أمامه سوى الوفاء بهذا التعهد، فكان إصدار هذه القوانين نتيجة حتمية لالتزامه بضمان ممارسة ذوي الاحتياجات الخاصة لحقوقهم وخصوصا ما يتعلق منها بالتوظيف.

وبما أن الدستور يشكل أكثر القوانين ضمانة للحقوق باعتباره أسمى قانون في البلاد[3] فإن حق الأشخاص في التوظيف لم يتم إغفاله. وإذا كان توظيف الأشخاص ذوي الإعاقات من صميم حقوق الإنسان فإن ذلك فرض على المغرب الإقرار بحقوق جميع الأشخاص في التوظيف وتقلد المناصب العامة في البلاد دون تمييز على أي أساس كان، وبذلك نص المشرع في الفصل 31 من الدستور الجديد لسنة 2011 على ما يلي: "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير اسباب استفادة المواطنين والمواطنات على قدم المساواة من الحقوق التالية:

[1]- الفقرة الثانية من المادة 33 من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة

[2]- تتمثل أهم هذه الاتفاقيات في: اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والبروتوكول الاختياري سنة2007.

[3]-عبد الواحد القريشي " القضاء الاداري ودولة الحق والقانون بالمغرب الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، دون ذكر الطبعة، ص:140.

.....ولوج الوظائف العمومية حسب الاستحقاق.".

وهو ما شكل ضمانة دستورية عامة للأشخاص المعاقين ولو أمكن إبداء بعض الملاحظات حول هذا الفصل، فالمشرع وعند تنصيصه على حق جميع المواطنين في التوظيف وساوى بينهم في الشروط المتطلبة لذلك لم يأخذ بعين الاعتبار خصوصية الشخص المعاق باعتباره يعاني من نقص في القدرة البدنية، والتي تعتبر شرطا أساسيا من شروط الاستحقاق لولوج الوظيفة العمومية[1]، فكان على المشرع في هذا الصدد التنصيص على حق المعاق في تقلد الوظائف العامة باعتباره شخصا يحظى بخصوصيات معينة. فهل يمكن تفسير نص الفصل 34 من الدستور الجديد في اتجاه تثبيت هذا المعطى؟

نص الفصل 34 من الدستور المغربي الجديد لسنة 2011 في الفصل 34 منه على ان:

"تقوم السلطات العمومية بوضع وتفعيل سياسات موجهة إلى الاشخاص والفئات من ذوي الاحتياجات الخاصة ولهذا الغرض تسهر خصوصا على ما يلي:

.....-

- اعادة تأهيل الاشخاص الذين يعانون من اعاقة جسدية او حسية حركية، او عقلية، وادماجهم في الحياة الاجتماعية والمدنية وتيسير تمتعهم بالحقوق والحريات المعترف بها للجميع".

وعلا سبيل المقارنة فان المشرع الفرنسي تبنى نفس الموقف حيث اقر بحق جميع المواطنين في تقلد المناصب والوظائف العمومية [2]

وبالرجوع الى التشريع المغربي فان نفس الامر ينطبق على النظام الاساسي للوظيفة العمومية الذي نص على حق جميع المواطنين في تقلد الوظائف العمومية دون تمييز[3] الا انه هو الاخر لم ينص على الوسائل الكفيلة بتفعيل هذا الحق خاصة فيما يتعلق بالأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة.

ومما يزيد الأمر تعقيدا أن المشرع لم يشر بتاتا إلى أية خصوصيات تتعلق بالشخص المعاق في الفصل 13 من الدستور عندما نص على أن "...الشغل حق للمواطنين على السواء"، فهل من الممكن أن نعتبر ذلك مجرد اعتراف من الدولة بحق المعاق في التوظيف باعتباره مواطنا دون الارتقاء إلى درجة التنصيص على الآليات الكفيلة بضمان الوسائل الكفيلة بأعماله، لأن الإدارة من ضمن ما تشترطه في التوظيف شرط القدرة البدنية، وبما أن المشرع لم يلزم الإدارة على الأخذ بعين الاعتبار خصوصيات الشخص المعاق، فإنه من الممكن أن تتذرع بكون الشخص المعاق يمكن أن يعطل سير المصلحة المراد توظيفه فيها لعدم تمتعه بالقدرة البدنية.

ومع ذلك، فإن هذا المنظور الذي تم تكريسه دستوريا لا ينتقص من معطى حق الشخص المعاق في التوظيف شيئا لأنه ورد في الدستور على أنه من بين أهم حقوق المواطنة، وبذلك يمكن القول أنه رغم الملاحظات التي يمكن إبداؤها حول هذه الفصول التي تناولت حق المعاق في التوظيف إلا أن ذلك لا يمكن أن يمس بأي حال من الأحوال قدسية هذا الحق باعتباره السبيل الوحيد لتحقيق استقلالية الشخص المعاق الذاتية والاقتصادية، و هذا المعنى هو المعتمد دوليا لمفهوم الإدماج وكفالة تكافؤ الفرص.[4]

غير أن الإشكال الذي يبقى مطروحا بشدة في هذا السياق: هل التزام الدولة هنا التزام بدين يمكن المطالبة به في مواجهتها؟ أم أن الأمر يتعلق بالالتزام بإيجاد الوسائل الكفيلة بإعمال هذا الحق؟

للإجابة على هذا التساؤل، ينبغي تحديد طبيعة المسؤولية الملقاة على عاتق الدولة في هذا المجال، وإذا رجعنا إلى فصول الدستور خاصة الفصل 12 و 13[5]، فإننا سوف لن نجد أي عبارة تفيد التزام الدولة بتوفير عمل لكل مواطن من قبيل عبارة "مسؤولية وواجب وطني" مما يفيد أن الدول غير ملزمة بضمان عمل لكل مواطن وفي ظرف زمني محدد.[1]

---

[1]- الحاج شكره "الوظيفة والموظف في القانون الإداري المغربي" دار القلم، الطبعة الثانية 2007، ص 160.

[2] Emmanuel Aubin « droit de la fonction publique »Edition Gualino, 2OO1, .p:69

[3]-عبد الرحيم المكادمي"حرية الراي لدى الموظف العمومي بالمغرب"رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام،كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ،الرباط،السنة الجامعية:2000/1999،ص63.

[4]- نادية النحلي "الرعاية الاجتماعية لأشخاص المعاقين" مرجع سابق، ص 237.

[5]- ينص الفصل 12 الدستور المغربي على "يمكن بيع المواطنين أن يثقل والوظائف والمناصب العمومية، وهم سواء فيما يرجع للشروط المطلوبة".

وخير دليل على ذلك ان المغرب اعتمد لأول مرة في تاريخه ما كان يعرف بنظام المغادرة الطوعية بهدف التقليص من كتلة الاجور، مما يفسر بشكل جلي ان الدولة تقلصت امكانيتها في التوظيف بشكل كبير خاصة في ظل النظام الليبرالي، تاركة المبادرة في ذلك للخواص.[2]

وبناء على ما سبق يمكن القول أن التزام الدولة ليس سوى التزام بوسيلة obligation de moyen، وبالتالي فإن هذا الوضع لا يخدم مصلحة الشخص المعاق، لأنه لا يشكل ضمانة قانونية حقيقية.

ثانيا: الحوافز القانونية لتفعيل حق ذوي الاحتياجات الخاصة في التوظيف

تعتبر الحوافز القانونية التي أقرها المشرع بخصوص حق ذوي الاحتياجات الخاصة في التوظيف، بمثابة ضمانات قانونية أساسية يمكن للشخص المعاق التمسك بها في مواجهة أي محاولة من طرف الإدارة لاستبعاده من مجال الوظيفة تحت ذريعة عدم توفره على القدرة البدنية [3]، خاصة وأن هذا الشرط يعتبر من الشروط الأساسية في التوظيف.[4]

ويمكن إجمالا توضيح هذه الحوافز من خلال النقطتين التاليتين:

أ- حق ذوي الاحتياجات الخاصة في التوظيف انطلاقا من مبدأ المساواة في تقلد الوظائف.

ب- ثانيا: الملائمة بين حق ذوي الاحتياجات الخاصة في التوظيف وشرط السلامة الصحية

أ-حق ذوي الاحتياجات الخاصة في التوظيف انطلاقا من مبدأ المساواة في تقلد الوظائف.

يمكن النظر الى الحق في تقلد الوظائف العامة انطلاقا من مبدا المساواة مبدا، قبل ان ينظر اليه كحق، حيث يعد الركن الاساسي لبناء دولة الحق والقانون،[5]

شكل قانون 07.92 تمثلا للمبادئ الأساسية لحقوق الإنسان المعاق المتمثلة بالدرجة الأولى في الحق في تقلد الوظائف العامة على قدم المساواة مع الآخرين، فهل من الممكن أن نعتبر هذا القانون بمثابة طفرة نوعية في المسلسل التشريعي المرتبط بحقوق الإنسان، وعلى وجه الخصوص الإنسان في وضعية إعاقة؟ أم أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد امتصاص لتطلعات ومطالب الأشخاص المعاقين؟

إن قاعدة الجواب على هذا السؤال تنطلق من فكرة مؤداها أن قانون 07.92 يعتبر أول قانون في المغرب تعرض لحق المعاق في الشغل، وإذا ذهبنا أبعد من ذلك فإننا سنجد أن المادة 17 من ذات القانون تناولت هذا المعطى بشكل يمكن أن يعتبر ضمانا لحق ذوي الاحتياجات الخاصة في المساواة في تقلد الوظائف، إذ أن نص هذه المادة يؤكد ذلك حيث جاء فيها "لا يمكن أن تكون الإعاقة سببا في حرمان مواطن من الحصول على شغل في القطاع العام أو الخاص إذا توفرت فيه المؤهلات اللازمة للقيام بذلك..." وبذلك يمكن القول أن الإعاقة وفق هذه المادة لم تعد سببا من الأسباب المؤدية إلى الحرمات من حق التوظيف في الوظيفة العمومية[6]، ما دام أنه يتوفر على المؤهلات اللازمة لشغل الوظيفة المرشح لها.

في حين ينص الفصل 13على ان:"التربية والشغل حق للمواطنين على السواء".

[1]- نادية النحلي "الرعاية الاجتماعية لأشخاص المعاقين"، مرجع سابق، ص 236.

وانظر ايضا:

- فتحي نوعمة،"الوساطة في التشغيل بين مدونة الشغل و القانون المقارن"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون و المقاولة، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية- مكناس، السنة الجامعية:2008-2009،ص2.

[2]- يونس العياشي " دور التشريع و القضاء في حماية حماية حق الشغل في افق 2010"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص،كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية-الراط،السنة الجامعية:2005-2006،ص1.

[3]- خاصة إذا علمنا أن الإعاقة لايمكن أن تكون سببا في حرمان أي مواطن الحصول على شغل في القطاع العام أو الخاص، حسب مقتضيات المادة 17 من قانون 92.07

[4]- الحاج شكرة "الوظيفة والموظف في القانون الإداري المغربي"، مرجع سابق، ص 160.

[5]-عبد الواحد القريشي " القضاء الاداري ودولة الحق والقانون بالمغرب" مرجع سابق، ص: 138

[6]- نادية النحلي "الرعاية الاجتماعية لأشخاص المعاقين"، مرجع سابق، ص 238

وإذا كان المشرع يشترط في قانون الوظيفة العمومية ألا يكون المرشح مصابا ببعض الأمراض المعدية أو غير المعدية، لأن توظيف هؤلاء المصابين بهذه الأمراض سيكلف الدولة والوظيفة باهظا، لذلك من البديهي أن يستبعد الشخص المصاب بهذه الأمراض منذ البداية من تولي الوظائف العمومية.[1]

فهل من الممكن أن نعتبر أن توظيف الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة حسب قانون 07/12 يشكل استثناءا من هذا المعطى؟

في تحليل بسيط لهذا الوضع الذي يوجد فيه الشخص في وضعية إعاقة، من الممكن أن تعتبر أن توظيف هذه الفئة ليس استثناء يرد على شرط القدرة البدنية وإنما هو توظيف عادي لسبب بسيط هو أن هؤلاء الأشخاص يتوفرون على المؤهلات البدنية اللازمة لممارسة بعض الوظائف[2]، وبذلك لا يمكن أن نعتبرهم استثناءا ما داموا يتوفرون على نفس الشروط التي يتوفر عليها غيرهم.

إن مبدأ المساواة في تقلد الوظائف العمومية ليس فقط حق للأشخاص المعاقين بل هو مبدأ عالمي مرتبط بمنظومة حقوق الإنسان عموما لا يمكن تناوله بمعزل عن الصكوك الدولية التي اعتمدتها الأسرة الدولية في مجال القضاء على التمييز ضد هذه الفئة. وتعتبر الاتفاقية رقم 111 لسنة 1958[3] المتعلقة بالتمييز في مجال الاستخدام والمهنة، الوثيقة الرئيسية لمنظمة العمل الدولية والتي رغبت بواسطتها في وضع أسس السياسة الوطنية الهادفة إلى إقرار المساواة في هذا المجال.[4]

وهكذا تتعهد الدول المصادقة على هذه الاتفاقية بأن تعلن رسميا وتنتهج سياسة وطنية تهدف إلى تحقيق المساواة في الفرص وفي المعاملة بغية القضاء على التمييز في الاستخدام والمهنة "من الممكن اعتبار قانون 07/92 بمثابة وفاء لهذا الالتزام[5]؟

إن قانون 92/07 مبدئيا هو قانون جاء لحماية الحقوق الأساسية للشخص المعاق خصوصا حقه في التوظيف، ولعل المشرع راعى في وضعه مجموعة من الاعتبارات المتداخلة بين ما هو التزام دولي وبين ما هو معطى داخلي فرضته الوضعية الخاصة لهذه الفئة من المجتمع، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تخرج هذه الاعتبارات عن كون المغرب ملزم بما وقع عليه في اتفاقيات دولية بخصوص حماية حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة.

ولو أن المشرع في الأصل ليس مدعو إلى خلق حقوق جديدة بالأشخاص المعاقين، وإنما هو مدعو لإيجاد مقتضيات قانونية تكفل إعمال حقوق الإنسان عموما – ولصالح الشخص المعاق خصوصا نظرا لأن ظروف الإعاقة تجعل من الصعب عليه الاستفادة من هذه الحقوق خاصة الحق في التوظيف وفق مبدأ المساواة – في نفس ظروف الأشخاص العاديين[6]، حتى ولو كانوا يتوفرون على نفس المؤهلات اللازمة لشغل الوظيفة أو المنصب المرشح له.[7] وإذا كان من الممكن أن نعتبر أن الحق في التوظيف للأشخاص المعاقين مكفول بمقتضى القانون 07/92 فان طريقة تفعيله يشوبها نقص، انطلاقا من نص الفصل الأول من هذا القانون حيث جاء فيه "الوقاية من الإعاقة وتشخصيها والعلاج منها وتربية المعاق وتعليمه وتكوينه وتأهيله وإدماجه في المجتمع مسؤولية وواجب وطني".

وفي تحليل بسيط لمقتضيات هذا الفصل يمكن أن نلاحظ بسهولة أن هذا النص لم يذكر التشغيل، فهل يوحي ذلك بأن الحق في الشغل للشخص المعاق ليس سوى اعتراف من طرف المشرع لا يرقى إلى مستوى التزامها بتحقيق توظيف للمعاقين من منطلق الالتزام العام بتوفير مناصب للمعاقين في الوظائف العمومية، وهل من الممكن أن يفهم ذلك على أنه تناقض في موقف المشرع المغربي حيال حق المعاق في التوظيف.

---

[1]- الحاج شكرة "الوظيفة والموظف في القانون الإداري المغربي"، مرجع سابق، ص 161

[2]- الحاج شكرة "الوظيفة والموظف في القانون الإداري المغربي"، مرجع سابق، ص 62

[3]- صادقت الحكومة المغربية على هذه الاتفاقية بتاريخ 27 مارس 1963، ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 2222 بتاريخ 25 يناير 1963

[4]- هذا الالتزام منصوص عليه في المادة 2 من نفس الاتفاقية (رقم 111 لسنة 1958)

[5]- خاصة وأن المغرب من الدول الموقعة على هذه الاتفاقية وبذلك أصبح ملزما بتطبيق بنودها والتي من ضمنها كما سبقت الإشارة إلى ذلك "ضرورة نهج سياسة وطنية تهدف إلى تحقيق المساواة في الفرص وفي المعاملة" لفائدة الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة.

[6]- نادية النحلي "الرعاية الاجتماعية لأشخاص المعاقين"، مرجع سابق، ص 241

[7]- هذه الصعوبة التي يجدها الشخص المعاق ربما تنبع من النظرة التميزية له من طرف المجتمع عموما على أنه شخص ليس كالأشخاص الآخرين، شخص يمتاز بوضع صحي لا يؤهله للقيام بوظائفه العادية، فكيف يمكن أن يشغل منصبا أو وظيفة عامة.وإذا كانت هذه هي النظرة التي يوجهها المجتمع للمعاق، فغن الوضع يختلف بالنظر للنصوص القانونية لأن كافة النصوص القانونية تنص على مبدأ المساواة في التعامل مع هذه الفئة.وبذلك يمكن أ،يطمئن المعاق إلى حقوق وخاصة عدم التميز ضده.

إن هذا الإشكال لا يمكن حله إلا بتحديد المقصود "بالحق في العمل"-هل هو التزام دين يمكن المطالبة به في مواجهة الدولة أم أنه التزام بواسطة يفرض على الدولة إيجاد الوسائل الكفيلة بإعمال هذا الحق.

إن مقتضيات الفصل 17 من قانون 07.92 لا تنص مطلقا على أية مسؤولية للدولة في توظيف هؤلاء الأشخاص، فالأمر لا يعدو أن يكون مجرد اعتراف بحق ذوي الاحتياجات الخاصة في التوظيف على قدم المساواة مع غيرهم.

وإذا كان هذا المعطى ليس سوى اعتراف من الدولة بحق المعاق في التوظيف، فإن ذلك يحتاج دون شك إلى دعامة قانونية ترقى به إلى مستوى هذا الحق قانونيا.

ب: الملائمة بين حق ذوي الاحتياجات الخاصة في التوظيف وشرط السلامة الصحية

تتفق أنظمة الوظيفة العمومية في كافة الدول على أن يكون من بين الشروط اللازمة لتولي الوظائف العمومية شرط يتعلق بلياقة الموظف من الناحية الصحية وسلامته من الأمراض[1] وهو ما يتجلى على مستوى قانون الوظيفة العمومية المغربي من خلال المادة 21 منه حيث نص على أن المرشح يجب أن يكون مؤهلا جسديا وألا يكون مصابا بأية آفة عصبية أو داء السل أو السرطان أو الشلل ما لم يكن قد شفي منها بصفة نهائية. وعلا سبيل المقارنة فالمشرع الفرنسي اشترط في قانون13يونيو 1983 المتعلق بالوظيفة العمومية ان يكون الشخص المرشح لشغل الوظيفة مؤهلا بدنيا لذلك، ويتم اثبات ذلك عن طريق إجراء خبرة طبية من طرف الإدارة للشخص المرشح.[2]

قد يبدو في قراءة أولية للمادة 21 من قانون الوظيفة العمومية المغربي أن الشخص المعاق لاحظ له في تقلد المناصب والوظائف العمومية، ولا يمكن أن نتجاوز هذه الوضعية إلا إذا قمنا بمقارنة هذه المادة مع العديد من المواد التي تنص على حق المعاق في التوظيف ونخص بالذكر هنا:

1) المادة 17 من قانون 12/07 جاء فيها «لا يمكن أن تكون الإعاقة سببا في حرمان مواطن من الحصول على شغل في القطاع العام أو الخاص، إذا توفرت فيه المؤهلات اللازمة للقيام بذلك، ولم تكن إعاقته سببا في إحداث ضرر أو تعطيل في السير العادي للمصلحة المرشح لها».
2) الفقرة الثانية من الفصل 4 من القانون رقم 05/81 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للمكفوفين وضعاف جاء فيها "منحهم الأولوية لشغل بعض المناصب التي تناسب حالتهم في القطاع العام أو الخاص".

- فهل يمكن أن نعتبر ذلك مفارقة بين قانون الوظيفة العمومية وباقي القوانين المتعلقة بالأشخاص المعاقين؟ وكيف يمكن تفسير هذا المنع الوارد في قانون الوظيفة العمومية على الأشخاص ذوي الإعاقات وبين الحق المنصوص عليه في كل من قانون 92/07 وقانون 05/81؟

إن الأمر ليس سوى محاولة للملاءمة بين متطلبات الإدارة وخصوصيات الشخص المعاق والدليل على ذلك أن المشرع عندما نص في المادة 17 من قانون 92/07 على حق المعاق في الشغل قرن ذلك بضرورة توفره على المؤهلات اللازمة للقيام بالوظيفة المسندة إليه ويؤكد ذلك القرار الصادر عن الوزير الأول تحت رقم 3.130.00 حيث تضمن مشروع لقائمة المناصب والمهام الممكن إسنادها إلى الأشخاص المعاقين في القطاع العام بشكل توفيقي بين تصنيف الإعاقة والمناصب التي يمكن ن يتقلدها الشخص المعاق حسب تصنيف إعاقته.[3]

---

[1]- الحاج شكرة «الوظيفة والموظف في القانون الإداري» مرجع سابق ص 160

[2] Emanuel Aubin « droit de la fonction publique », Edition Gualino, 2001, p:67

[3]- تضمنت هذه القائمة ما يلي:

1-الإعاقة الحركية:

- جميع الأعمال الإدارية

- التعليم: التدريس بكل أسلاكه بالمؤسسات التعليمية ومؤسسات التكوين المهني

الأعمال التقنية: تقنيو المعلوميات، تقنيو الإدارات العمومية، الطب، الهندسة، البحث ألمختبري، الخرائطية، تقنيو التعمير، المراقبة التقنية، التسيير الإداري، التأطير والتكوين.

- العمل الصحفي: مذيع، محرر، الإنتاج الإذاعي، التنشيط الثقافي وإعداد البرامج، الأعمال التقنية المتعلقة بالعمل الصحفي الاذاعي والتلفزي.

خاتمة

يتضح من خلال كل ما سبق أن وضعية الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة لا تزال هشة إلى حد ما، و تحتاج إلى مزيد من الضمانات على جميع المستويات و بالخصوص على المستوى القانوني، ومهما يكن من أمر فان النهوض بحقوق هذه الفئة من المجتمع أصبح امرأ ملحا اجتماعيا و أخلاقيا، وأصبحت عملية ترجمة النص الدستوري في غاية الأهمية خاصة إن المغرب وكما هو معلوم انخرط منذ وقت مبكر في المنظومة الحقوقية الدولية بجميع مقوماتها و في شتى مجالاتها لذلك فان تنزيل المنظومة التشريعية المرتبطة بالأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة قد أصبح امرأ ضروريا لا يحتمل التأخير، ويعزز هذا الطرح أن المشرع المغربي قد تبنى نفس النهج في الدستور الجديد، هذا النهج قائم على فكرة الانتقال بوضعية الأشخاص ذوي الاحتياجات من الوضع الاحساني التكافلي إلى الوضع الحقوقي بامتياز.

2-الإعاقة البصرية:

موزعو الهاتف، أعمال التأطير والتوجيه الإداري، الصحافة (الإذاعة)، التنشيط الثقافي، (الموسيقى والمسرح)، التعليم، التدليك الطبي

3-الصم والبكم:

الأعمال التقنية: الرسم بكل أنواعه (الطوبوغرافية، الخرائطية، المعماري، التخطيط...)، الأعمال الإدارية.

4-الإعاقة الذهنية:

الأعمال الإدارية، المعلوميات (معالجة النصوص).