



مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها  
الدكتور رضوان العنبي  
باحث في القانون العام

الإيداع القانوني  
2011 PE 0113

الرقم الدولي المعياري  
X2028876

ملف الصحافة  
42/2011

المطبعة

دار القلم للطباعة  
12. شارع النور ، يعقوب المنصور -الرباط  
الهاتف: 0661370079 /0537299490  
الفاكس: 0537694820  
البريد الإلكتروني: [daralkalam@yahoo.fr](mailto:daralkalam@yahoo.fr)  
[Daralqalam2011@gmail.com](mailto:Daralqalam2011@gmail.com)

المراسلة

العنوان: زنقة 13 الرقم 24 حي قصر البحر 2 ق ج البيضاء 20350  
الهاتف: 0665929835  
البريد الإلكتروني: [elanbiredouane@gmail.com](mailto:elanbiredouane@gmail.com)

جميع حقوق النشر محفوظة  
لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

- د- عبد الرحيم فاضل : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء(القانون العام)
- د- أحمد حضرائي : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)
- د- عبد النبي ضريف : أستاذ جامعي بكلية الحقوق – عين السبع الدار البيضاء (القانون العام)
- د- گولفرنزي محمد : أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
- د- إدريس الحيايني : أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)
- د- جميلة العماري : أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
- د.نعيم سايبك : أستاذ التعليم العالي بكلية متعددة التخصصات ببني ملال (القانون الخاص)
- د.محمد شادي : أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين السبع
- د.ابوبكر مهم : أستاذ بالتعليم العالي بكلية الحقوق – سطات (القانون اخاص)
- د.عاصم التجاني إبراهيم : رئيس قسم إدارة الأعمال – جامعة شقراء أستاذ إدارة الأعمال المشارك (المملكة العربية السعودية)
- د/عبدالله محمد عبدالله : رئيس قسم الاقتصاد وإدارة الأعمال -جامعه شقراء (المملكة السعودية)
- د/راجي يوسف محمود البياتي : رئيس قسم العلاقات الدولية والدبلوماسية بكلية القانون - جامعة الكتاب- جمهورية العراق
- د/محمد مجني : أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون العام)
- د/لعشرات محمد : أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)

## قواعد النشر

- 1- أن يكون البحث أصيلاً معدداً خصيصاً للمجلة، و ألا يكون قد نشر جزئياً أو كلياً في أي وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية.
  - 2- يرفق البحث بمختصر السيرة العلمية للباحث باللغتين العربية والإنجليزية.
  - 3- يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور سالفاً.
  - 4- تنشر المقالات باللغات العربية والفرنسية والإنجليزية.
  - 5- الالتزام بالمعايير الأكاديمية والعلمية المعمول بها دولياً في إعداد الأعمال العلمية، أهمها الأمانة العلمية.
  - 6- أن يكون المقال مكتوباً بلغة سليمة، مع العناية بما يلحق به من خصوصيات الضبط والأشكال.
  - 7- يكتب على الصفحة الأولى من المقال ما يلي:
    - اسم ولقب الباحث باللغتين العربية والإنجليزية، الصفة، الدرجة العلمية، مؤسسة الانتساب (الجامعة والكلية)، البريد الإلكتروني
    - كتابة عنوان المقال باللغتين العربية والإنجليزية.
    - وضع ملخصين وكلمات مفتاحية للمقال باللغتين العربية والإنجليزية في حدود 300 كلمة.
  - 8- إتباع طريقة التمهيش أسفل الصفحات بطريقة غير تسلسلية حيث يبدأ ترقيم التمهيش وينتهي في كل صفحة كما يلي: اسم الكاتب ، لقب الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر ، سنة النشر ، ص
  - 9- توثق المراجع حسب الترتيب الأبجدي في نهاية المقال وتصنف إلى:
    - مراجع باللغة العربية: (1-الكتب-2-القوانين والمواثيق الدولية-3-المقالات-4-المواقع الإلكترونية)
    - المراجع باللغة الأجنبية: (1-الكتب-2-القوانين والمواثيق الدولية-3-المقالات-4-المواقع الإلكترونية)
  - 10 طريقة كتابة المراجع:
    - -الكتاب: لقب الكاتب، اسم الكاتب ، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر ، سنة النشر
    - -المقال: لقب الكاتب ، اسم الكاتب، "عنوان المقال"، اسم المجلة، العدد، سنة النشر، الصفحة
    - المواقع الإلكترونية: لقب الكاتب ، اسم الكاتب ، "عنوان المقال" اسم الموقع الإلكتروني وتاريخ الولوج وساعته
    - رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه: يكتب اسم صاحب البحث، العنوان، يذكر رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه ، اسم الجامعة، السنة.
    - إذا كان المرجع نشرة أو إحصائية صادرة عن جهة رسمية: يكتب اسم الجهة، عنوان التقرير، أرقام الصفحات، سنة النشر
  - 11- يتم تنسيق الورقة على قياس (A4) ، بحيث يكون حجم ونوع الخط كالتالي:
    - نوع الخط هو TraditionalArabic حجم 16 بارز (Gras) بالنسبة للعنوان الرئيسي، وحجم 14 بارز بالنسبة للعناوين الفرعية، وحجم 14 عادي بالنسبة للمتن، وحجم 11 عادي بالنسبة للجداول والأشكال إن وجدت، وحجم 9 عادي بالنسبة الهوامش. (أما المقالات المقدمة باللغة الأجنبية تكون مكتوبة بالخط Times New Roman.
    - ترك هوامش مناسبة (2.5) من جميع الجهات.
  - 12- لا يزيد عدد صفحات المقال (بما في ذلك المراجع) عن 22 صفحة ولا يقل عن 15 صفحة
  - 13- يرسل البحث المنسق على شكل ملف مايكروسفت وورد، إلى البريد الإلكتروني [elانبiredouane@gmail.com](mailto:elانبiredouane@gmail.com)
  - 14- يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.
  - 15- يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أسس موضوعية.
  - 16- تعبر المضامين الواردة في المقال على آراء أصحابها ولا تمثل آراء المجلة.
  - 17- أي خرق لقواعد البحث العلمي أو الأمانة العلمية يتحملها الباحث صاحب المقال بصفة كاملة.
- كل بحث أو مقال لا تتوفر فيه الشروط لا يؤخذ بعين الاعتبار ولا يتم نشره مهما كانت قيمته العلمية

المحتوى العدد

7	افتتاحية العدد
	الدراسات والابحاث
9	التسريح التأديبي للعمال في القانون الجزائري مهدي بخدة
49	الحركة الجموعية بالمدن الصحراوية: "بين التماهي ومحاولات الانعتاق حالة مدينة العيون". حمودي بيباه
73	الدخول والأجور المعتبرة في حكمها في النظام الضريبي المغربي عبد الغاني فايدي
85	آليات الحماية الوقائية لمستهلك العلامة ما بين محدودية النص ومتطلبات الواقع كمال الفاسي
101	تقسيم الدوائر الانتخابية وضوابطها في الانتخابات التشريعية الفلسطينية اسامة دراج
119	النظام العام وحرية التجمهر حميد ملاح
133	دراسة نقدية لمسطرة التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية عزيز صنهاجي ومحمد كريم ايت الشيخ
156	دور الجهاز الإداري في النشاط العمومي صفاء البوهالي
174	مساهمة مبدأ الحيطة في تطوير القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية- دراسة مقارنة – البعبيدي سهام
192	مظاهر الثورة في تعديل القانون المدني الفرنسي. محمد الطيبي
217	في التطرف الدجالي أيوب
231	القاضي الإداري وتحقيق نجاعة المرفق العام من خلال رقابته للصفقة العمومية". نبيل الإدريسي البوزيدي

251	واقع التكريس التشريعي والقضائي لقوانين البوليس والأمن في القانون الدولي الخاص المغربي مصطفى القاسمي
267	علاقة المجلس الوزاري بالمؤسسة الحكومية والتشريعية نور الدين التقاوي
281	التزام الدولة بضمان الرعاية الصحية بين المطلب الاجتماعي والرهان الاقتصادي عبد المنعم الأنصاري
296	فصل المقال في ما بين حضور وتغيب الموظف من اتصال أبت الشريفة بو عزة
314	نشوز الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 النافذ عبد الجبار عبد الواحد صالح العبيدي / محمد فائق الشماع
333	بعض مظاهر حماية الاقلية في شركة المساهمة: قراءة في المادة 157 من قانون شركات المساهمة أمنية غميرة
346	ضمانات استقلالية للمجلس الوطني لحقوق الانسان على ضوء القانون 15-76 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس المهدي بوكيو

## الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله ربي العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى اله صحبه ومن اتبع هداه الى يوم الدين.

اما بعد

يسر إدارة مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية أن تضع بين يدي القراء والباحثين العدد الثاني والثلاثين الذي يتضمن جملةً متنوعةً من المواضيع التي تتكامل فيما بينها لتعالج إشكاليات آنية ومهمة، دراسات تهل من تخصصات ومجالات بحثية متنوعة تضيء كلها نورًا واشعاعا على منارتنا الخالدة.

وبحمد الله وتوفيقه فإن البحوث مازالت تصل إلينا تباعاً من داخل المغرب وخارجه مما يجعل المسؤولية كبيرة في تحكيم هذه البحوث ونشرها، مع الحفاظ على مستوى علمي مرموق لهذه المجلة، وليس هذا فحسب بل وللسعي الدؤوب لمزيد من التجويد والإتقان في أعدادها القادمة بمشيئة الله.

وبفضل هذا الوفاء في الانتظام فان المجلة تجتهد كذلك للحفاظ على مستوى معين التزمت وانطلقت به، وهو الحرص على تقديم المفيد الجديد في الثقافة القانونية والادارية، والحرص على التنوع الذي يجعل المجلة جامعة لكثير من المواد القانونية والادارية المتنوعة .

وبالقاء نظرة على فهرس العدد، يلتقي القارئ الكريم مع ابحاث متنوعة ومختلفة كلها تتسم بالجدة كما هو واضح من بعض العناوين من قبيل " دراسة نقدية لمسطرة التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية"، " الحركة الجموعية بالمدن الصحراوية : "بين التماهي ومحاولات الانعتاق حالة مدينة العيون"، " واقع التكريس التشريعي والقضائي لقوانين البوليس والأمن في القانون الدولي الخاص المغربي" و" التزام الدولة بضمان الرعاية الصحية بين المطلب الاجتماعي والرهان الاقتصادي".

وهذه الباقية الطيبة المنتقاة نضع بين يدي القارئ محتويات هذا العدد مؤكدين بأن استمرارية هذا العمل، بإذن الله تعالى، تستلزم التجاوب ومساهمة من الباحثين حتى نصوّب الأخطاء ونصحح المسار، لعلنا نرتقي حتى نقارب مما يرضي الحق .جلّ ثناؤه .ويرضي مَطْمَحَنَا ومطمح الباحثين والاساتذة الذين نعرف زادنا من إسهاماتهم أو الذين ينهلون من معيننا ما يكون لهم نبراسا في طريقهم والله نسألُه أن يكون لنا خير هادٍ ومُعِين، ويتقبل منا صالح أعمالنا.

اسمحوالي في الاخير أن أتقدم بجزيل الشكر والتقدير للأساتذة الأجلاء الذين عمّرت أقلامهم صفحات الاعداد السابقة، كما نرحب بالأقلام الجديدة التي أسهمت في إثراء هذا العدد، ونقف معهم مُعْرِفِينَ بمادتهم التي شكّلت قوام مجلتكم الفتية الواعدة. وكذلك الشكر موصول الى جميع اعضاء فريق العمل على ما بذلوه من مجهودات اثمرت نتائجها بين ايديكم وستستمر بأذن الله.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل،،،

## الدراسات والابحاث

## التسريح التأديبي للعمال في القانون الجزائري

د/ مهدي بخدة

أستاذ محاضر- أ-

معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي - غليزان - الجزائر

ملخص:

وضع المشرع الجزائري في موضوع تسريح العمال لأسباب تأديبية قواعد مختلفة تأثرت كثيرا بسياق وظروف تشريعها، فحاول في السنوات الاولى من التحولات الاقتصادية مجارة النظام الليبرالي الذي يعتمد على مبدأ سلطان الارادة في تنظيم علاقات العمل لاسيما معاقبة العمال بتسريحهم، فأوعز إلى النظام الداخلي مسألة تحديد الاخطاء الجسيمة، لكنه سرعان ما تراجع تحت ظروف ضاغطة عن طريق تعديل المادة 73 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل بواسطة القانون 29/91 والأمر 21/96 مما أوقع نصوصه في اختلالات انسحبت على الاجتهادات القضائية المتضاربة، الأمر الذي أنتج تعقيدات تشريعية وتنظيمية ساهم فيها التناقض بين التوجه الاقتصادي المعلن والأساليب المتبعة التي لا تسمح بهذا التوجه لاسيما وأن قواعد التسريح التأديبي تعد من المهام التنظيمية.

غير أنه يمكننا استخلاص الدور الواقعي للتنظيم الذي يظهر بوضوح في السماح للهيئة المستخدمة بتحديد الاخطاء الجسيمة مع ضمانات تشريعية لحماية العمال والتي تلقت تطبيقات مكثفة من طرف القضاء وإقراره بتلك الصلاحيات الممنوحة للمستخدم والتي يجب أن تقع تحت رقابة القاضي في حالة غياب الضمانات التأديبية.

### Résumé :

Le législateur algérien à propos du licenciement de travailleurs pour des raisons disciplinaires a énoncé diverses règles qui ont été fortement influencées par les circonstances de leur législation, et il a essayé de suivre, dans les premières années de la transformation économique le système libéral, fondé sur le principe de la volonté de réglementer les relations de travail, notamment licenciement des travailleurs, il a donné au règlement intérieur le sujet de la détermination des fautes graves, mais s'est rapidement retirée dans des circonstances stressantes en modifiant l'article 73 de la loi 90/11 relative aux relations de travail par la loi 91/29 et l'ordonnance 96/21, ce qui entraînait des déséquilibres dans ses dispositions et retirait la jurisprudence contradictoire, qu'il a créé des complexités législatives et réglementaires ont contribué à la contradiction entre le système économique déclarée et les méthodes ne permettant pas cette tendance, d'autant plus que les règles de licenciement disciplinaire sont une tâche organisationnelle.

Cependant, nous concluons le rôle réaliste de règlement intérieur qui permet clairement à l'organisme employeur de limiter les fautes graves avec des garanties législatives pour la protection des travailleurs et

ayant fait l'objet de nombreuses applications du pouvoir judiciaire et approuvées par les pouvoirs conférés à l'employeur et qui doivent être sous le contrôle du juge en l'absence de garanties disciplinaires.

مقدمة:

نظم المشرع الجزائري مسألة التسريح التأديبي رغم ما لها من أهمية تتسم بالخطورة على حياة العمال بشيء من التملل لاسيما في ظل المرحلة الانتقالية التي واكبت توجه الجزائر نحو اقتصاد السوق وتحرير التجارة في بداية التسعينات من القرن الماضي وما أفرزته تلك المرحلة من محاولة جذب الاستثمار الأجنبي والأخذ ببعض النصوص الأجنبية بما يفرضه هذا النمط من التوجه الاقتصادي من ترك الحرية لإرادة الأطراف ضمن ما يتم الاتفاق عليه في العقود الفردية أو الاتفاقيات الجماعية (عقود العمل الجماعية) أو النظام الداخلي في ضبط مسائل الشغل العديدة سواء في طبيعة النشاط أو مسألة الأجور أو ظروف ونظام العمل أو الجوانب التأديبية التي يمنح القانون من خلالها السلطة التأديبية لرب العمل في توقيع العقاب على العامل الذي ثبت في حقه ارتكاب الخطأ وكل ذلك طبقا لمبدأ سلطان الارادة.

إن الاصلاح التشريعي الذي ساد تلك الفترة عن طريق قانون علاقات العمل الصادر بالقانون 11/90 المؤرخ في 1990/04/21 كان يصب في هذا الاتجاه ألا وهو تغليب النظام التعاقدى على النظام اللائحي بترك مجال أوسع لإرادة طرفي العلاقة أو للنقابات مع المستخدم أو مع نقابة المستخدمين عن طريق الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية في تنظيم مسائل الشغل بما في ذلك جعل مسألة تحديد الأخطاء المهنية وعقوبتها بجميع أنواعها من صلاحيات المستخدم في إطار ما يضعه من أحكام ضمن النظام الداخلي.

غير أن اصطدام ذلك بعدة عوامل منها ضعف الثقافة التنظيمية للمستخدمين والبنية الاقتصادية الضعيفة للدولة آنذاك التي ساهمت في غلق كثير من المؤسسات الانتاجية وتسريح كثير من عمالها، الأمر الذي ساهم في رفع نسبة البطالة فضلا عن عدم شعور العمال بعدالة من خلال ارتكاب بعض العمال لنفس الأخطاء لكن ينتج عن البعض منها التسريح التأديبي والبعض الآخر لا يتم تسريحه بسبب اختلاف المؤسسات وبالتالي اختلاف أنظمتها الداخلية، بالإضافة إلى الضغط الذي مارسه التنظيمات النقابية خاصة في موضوع استئثار المستخدم بوضع الأخطاء الجسيمة المؤدية إلى تسريح العمال.

وخلال 18 شهرا تم تعديل المادة 73 عن طريق القانون 29/91 أين حدد المشرع الأخطاء الجسيمة التي يستحق عليها العامل عقوبة التسريح ثم أضاف لها المشرع بعض المواد التي لها علاقة بالتسريح التأديبي والتسريح خرقا للإجراءات القانونية والتسريح التعسفي وكشف هذا التطور التردد الحاصل في التغيير من أجل مواكبة التطورات الاقتصادية.

فإذا كان التغيير الحاصل قد أثبت لا محالة تردد المشرع الجزائري في ضبط مسألة التأديب وفق ما تستدعيه التوجهات الاقتصادية وما يتطلبه الأخذ بالنظام الليبرالي الذي يركز على مبدأ سلطان الإرادة داخل المؤسسات الاقتصادية كونه الأنسب لتحريك عجلة الاقتصاد، فهل يمكن أن نعتبر بأن القواعد التشريعية في مجال النظام التأديبي قد وضعت أحكاماً كافية ومتوازنة بما يحقق التوجه الاقتصادي المطلوب ويسمح بالانسجام داخل المؤسسة الاقتصادية من جهة، ويضمن حقوق العمال عند مساءلتهم تأديبياً من جهة أخرى؟

سنجيب على الإشكالية المطروحة من خلال التطرق للخطأ الجسيم الموجب للتسريح التأديبي بالنظر إلى المادة 73 المعدلة بالقانون 29/91 والامر 21/96 في المبحث الأول، ثم نعرض على موضوع القواعد الموضوعية والاجرائية للتسريح التأديبي ضمن المبحث الثاني:

## المبحث الأول: الخطأ الجسيم الموجب للتسريح التأديبي

متى أثبت المستخدم ارتكاب العامل لخطأ جسيم على وجه العمدة يعتبر ذلك سببا موجبا لقيام المستخدم بتوقيع عقوبة التسريح على العامل، غير أن السؤال الذي يطرح بإلحاح يدور عمّا هي الخطأ الجسيم ومصدره أين يمكننا القول بأن مشرعنا يكون قد أخذ بأسلوب تشريع الخطأ بحيث استأثر بتحديد الأفعال التي تعتبر خطأ جسيما فيما يظهر من خلال قراءة الأهداف المتوقعة من التغيير الذي حصل في المادة 73 بواسطة القانون 29/91 حيث مكن المستخدم من تسريح العامل تطبيقا لتلك الاخطاء الواردة في التشريع تحت رقابة القضاء في كل الأحوال، إذ يمكن للقاضي مناقشة الخطأ الوارد في قرار التسريح دون أن يقوم بتغييره<sup>1</sup>.

ومن جهة ثانية تظل عبارة على الخصوص لا تؤدي معنى حصر الأخطاء الجسيمة في نص المادة 73 المعدلة مما يسمح للقضاء وللفقه بتمكن النظام الداخلي هو أيضا بالنص على الأخطاء الجسيمة:

### المطلب الأول: تعريف الخطأ الجسيم

أجمع الفقه على أن الخطأ الجسيم يشكل أعلى أقسام الخطأ بالنظر إلى الجسامة والضرر الكامنتين فيه، غير أنه بهذا الاعتبار يختلف في الاستدلال على تلك الاقسام وعلى عددها، الأمر الذي صعب من إعطاء تعريف للخطأ الجسيم، كما أن بعض التشريعات تحدد صورته والبعض الآخر يترك للأطراف مسألة تحديدها.

### الفرع الأول: الاعتبارات المختلفة لتكييف جسامة الخطأ

قبل التعرض لبعض التعريفات التي حاولت إعطاء تعريف للخطأ الجسيم يتعين علينا أن نشير إلى أن تشريع العمل الجزائري الحالي يسمي الخطأ الجسيم في النص الفرنسي *faute grave* التي تترجم بالخطأ الخطير أما الخطأ الجسيم فيترجم إلى *Faute lourde* كما كان في ظل الأمر 31/75 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص؛<sup>2</sup> ولا شك أن مثل هذه التناقضات في التسمية تمثل إحدى الصعوبات التي تواجه الفقه في تحديد مدلول يعبر بصورة مقبولة عن الخطأ الجسيم.

<sup>1</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 354461 المؤرخ في 06/12/2006 مجلة المحكمة العليا عدد 02 لسنة 2006 ص 293.

<sup>2</sup> المواد 33 و36 من الأمر 31/75 المؤرخ في 29/04/1975 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص الملغى. ج.ر عدد 39 سنة 1975 ص 527.

ففي التشريع الحالي لا يوجد سوى نوعين من الخطأ: خطأ جسيم عبر عنه بالنص الفرنسي *faute grave* وخطأ غير جسيم وتم إهمال الخطأ الخطير في النصوص العربية بينما احتفظت النصوص الفرنسية من تشريع العمل الجزائري بالخطأ الخطير *faute grave* واستبعدت الخطأ الجسيم غير أنه لا يوجد فرق بينهما من حيث الآثار لأن نتيجة كل منهما هو إنهاء علاقة العمل عن طريق تسريح العامل دون مهلة الإخطار ودون تعويض.

يعتبر إعطاء تعريف للخطأ الجسيم أمرا صعبا بالنظر إلى عدة عوامل تعود بالدرجة الأولى إلى تحديد طبيعة ومواصفات هذا القسم من الخطأ التي ينجر عنها الاختلاف في وضع تعريف ملائم للخطأ الجسيم يمكن قياس الافعال المرتكبة عليه.

إن صعوبة تحديد طبيعة ومواصفات الخطأ الجسيم بدورها ترتبط بعدة اعتبارات حيث نجد بعض التشريع والفقهاء يختلف في إعطاء لفظ مشترك للتعبير عن تلك الأخطاء التي تحمل الجسامة، كما هو الحال لدى المشرع الجزائري عبر مختلف مراحلها فيطلق عليه تارة الخطأ الخطير و تارة أخرى الخطأ الجدي في غير ذلك يسمى بالخطأ الحقيقي والخطأ الغير عادي والخطأ من الدرجة الثالثة أو الرابعة.

كما أن هناك اعتبارات أخرى تُصعب من تحديد طبيعة الخطأ الجسيم تعود إلى اختلاف قطاع النشاط من ناحية والمستويات المهنية من ناحية ثانية حيث يمكن اعتبار تصرف ما لعامل في منصب عمل أدنى في التصنيف المهني خطأ بسيطا كحالة إفشاء سر مهني من عامل يدوي أو حاجب بعيد عن أسرار العمل أو ترك عامل لمكان عمله في منصب لا يترتب على شغوره أية مخاطر أو عدم تنفيذ الأوامر من عامل يعمل في الحراسة لا ينتظر منه أن يقدم بذلك مردودا للمؤسسة وهي التي يمكن أن تعتبر أخطاء جسيمة بالنسبة لعمال في مناصب عالية يضع فيهم المستخدم ثقة كبيرة وينتظر منهم عناية شديدة أو في الاعمال التي تستدعي بطبيعتها حضور مستمر في مكان العمل أو طاعة وولاء العامل الإطار، فتنوع الأعمال والوظائف والنشاطات يجعل من الصعوبة تحديد تعريف للخطأ الجسيم يحمل طبيعة ومواصفات دقيقة بالمعنى الصحيح.

كما يعود بعض هذه التصرفات إلى الأحكام القضائية التي يختلف تكييفها للأفعال من نفس الجنس والنوع فتارة تكيف على أنها أخطاء جسيمة وتارة أخرى تكيف على أنها أخطاء بسيطة<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: مقاربات في تعريف الخطأ الجسيم

لم تمنع الاعتبارات السابقة والتي صعبت على الفقه والقضاء مهمة إيجاد تعريف للخطأ الجسيم من الاجتهاد في البحث عن القاسم المشترك لمواصفات يمكن أن تكون دليلا على وجود خطأ جسيم.

يعرف بعض الفقه الخطأ الجسيم بأنه ما يرتكبه العامل عن قصد إما بفعل شيء أي بتصرف ايجابي صادر عنه أو بالامتناع عن فعل شيء أي بتصرف سلبي ينتج عنه ضرر<sup>4</sup>.

ويرى آخرون بأن الخطأ الجسيم هو ذلك التصرف الذي يقوم به العامل فيلحق أضرارا بمصالح صاحب العمل أو بممتلكاته أو يخالف به إحدى التزاماته المهنية أو يلحق به خسائر وأضرار إما لصاحب العمل أو للعمال الآخرين مما يجعل استمرار العامل في العمل أمرا غير مقبول إما لخطورته وإما بسبب المحافظة على النظام والاستقرار في مكان العمل<sup>5</sup>.

ومن جهتها عرفت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الجسيم بأنه التصرف الذي يتصف بقصد الإضرار بالمستخدم أو المؤسسة.

أما المشرع الفرنسي فقد اشترط في ظل القانون 13/7/1973 لأجل إنهاء علاقة العمل لمدة غير محددة أن يكون هذا الانهاء مدعما بالسبب الحقيقي والجدوي وإلا كان تعسفيا، لكنه لم يعرف السببين وترك الأمر للفقه إذ عرف الفقيه برنارد فورنيه السبب الحقيقي والجدوي بأنه السبب الذي يعد في نفس الوقت موجودا وصحيحا وموضوعيا.

تعد هذه الصفات الثلاث لصيقة بالسبب الحقيقي، فوجود السبب الداعي للتسريح يجعل أي تسريح خال من أي سبب تعسفيا كما إذا ادعى المستخدم عدم كفاءة العامل بدون أن يدقق في معنى عدم الكفاءة، أي أنه لم يستطع إثبات عدم الكفاءة أو قدم مفهوما ناقصا لم تقنع القاضي اعتبر تسريح العامل تعسفيا

<sup>3</sup> Camerlynck execution du contrat de travail Rep droit du travail T1 1976. p489.

<sup>4</sup> المستشار عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحول الاقتصادي، دار القصة للنشر، الجزائر 2003 ص436.

<sup>5</sup> د/احمية سليمان-التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري- ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2002 ص285.

لغياب السبب الحقيقي.

بينما تعني صحة السبب الحقيقي خلو المستخدم عند إثباته للخطأ الجسيم من أي قصد الاضرار أو الانتقام وغير ذلك مما لم يتعمده العامل، وهو ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي في موضوع تسريح عاملة من الفندق لأخذها ما بقي من طعام الزبائن لأن قضاة الموضوع اعتبروها سرقة بسيطة لا ترقى لدرجة فصل تلك العاملة وبالتالي لا يعد سببا استند عليه صاحب العمل من أجل تسريحها بينما السبب الحقيقي هو معاقبة العاملة على شهادتها ضد رب العمل في قضية طلاقه لزوجته مما يجعل التسريح لا يرتكز على سبب حقيقي صحيح.

أما موضوعية السبب الحقيقي الذي يرتكز عليه المستخدم في تبرير التسريح فيستوجب أن يصدر هذا الأخير قرار التسريح بعيدا عن الذاتية أو التمييز أو المحاباة بين العمال بل يجب أن يكون تصرف العامل قد أضر بالمؤسسة فعلا وحال دون استمرار العلاقة التعاقدية بما لا يخفى على الرجل العادي.

في حين عرف وزير العمل الفرنسي السابق أثناء المناقشات البرلمانية المتعلقة بقانون العمل<sup>6</sup> السبب الحقيقي بأنه يشتمل على عنصر موضوعي والذي يستبعد الآراء التحكيمية والذاتية، أما السبب الجدي ففي رأيه هو الذي يكتسي نوعا من درجة الخطورة تؤدي إلى الإخلال بعلاقة العمل ومن ثم إلى استحالة استمرارها نظرا للضرر الذي لحق بالمؤسسة الشيء الذي يؤدي إلى ضرورة التسريح.

### المطلب الثاني: اختصاص التشريع والتنظيم بتحديد الخطأ الجسيم

تختلف التشريعات المقارنة في طريقة تصنيف الأخطاء بصفة عامة والعقوبات المقررة لها إلى طريقتين هما الطريقة التشريعية والطريقة التنظيمية، يتم من خلالهما تحديد طبيعة ونوعية الأخطاء المهنية بما فيها تلك التي توصف بأنها أخطاء جسيمة.

فالطريقة الأولى تُمكن النص التشريعي من الاستئثار بتحديد الأخطاء الجسيمة ويتكفل بالنص على نوعية وطبيعة الأخطاء الجسيمة وكذلك الاجراءات المتبعة لتوقيع عقوبة التسريح والضمانات المقررة للعامل خلالها بهدف توحيد الأخطاء الجسيمة بما تتسم به من خطورة على حياة العمال من جهة وضمان أكبر قدر من الحماية لهم من جهة أخرى ولغرض إقامة توازن تجعل طرفا ثالثا قادر على حماية مصلحة

<sup>6</sup> J-O débats assemblée nationale, 23 mai 1973. par H.SINAY, p1445.

العمال والمستخدمين معا عن طريق التكفل بتحديد مصير العمال وضمان مصلحة المؤسسة في حالة ارتكاب العمال لأخطاء مهنية وهو ما فعله المشرع الجزائري بعد تعديل المادة 73 من القانون 11/90.<sup>7</sup>

أما الطريقة التنظيمية فهي تقع خارج النصوص التشريعية وتمنح للمستخدم حق وضع جميع الأخطاء بما فيها الجسيمة المؤدية إلى التسريح من خلال النص عليها في النظام الداخلي للمؤسسة ، حيث يتم ذلك من قبل رب العمل الذي يقع على عاتقه وحده إعداد نظام داخلي بدون أي شرط عدا التزامه بالأخذ برأي العمال<sup>8</sup> ، ويعتبر هذا النظام رغم ما يحمله من مواصفات تجعل شرعية الخطأ معطاة لمن يملك السلطة التنظيمية، إلا أنها كثيرا ما لا تكون في صالح العمال.

من خلال النصوص التشريعية يتبين لنا أن المشرع الجزائري في مختلف مراحل زواج بين الطريقتين من خلال النصوص السابقة والنصوص السارية المفعول، فيأخذ تارة بالطريقة التشريعية وتارة بالطريقة التنظيمية وإن باتت هذه الاخيرة هي الأولى من الناحية العملية.

#### الفرع الأول: الفرع الأول: صور الخطأ الجسيم في تشريع العمل الجزائري

حاليا يأخذ المشرع الجزائري بالطريقة التشريعية التي تحدد صور للخطأ الجسيم من خلال ما نصت عليه المادة 73 من القانون 11/90 المعدلة: «يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة، وعلاوة على الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجنائي والتي ترتكب أثناء العمل تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة يحتمل أن ينجر عنها التسريح بدون مهلة وبدون علاوات الأفعال التالية:

-إذا رفض العامل بدون عذر مقبول تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية أو التي قد تلحق أضرارا بالمؤسسة والصادرة من السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء الممارسة العادية للسلطة. -إذا أفشى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا وطرق الصنع والتنظيم أو وثائق داخلية للهيئة

<sup>7</sup> انظر: المادة 73 من القانون 11/90 المؤرخ في 11/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل ج.ر عدد 17 لسنة 1990 ص562، المعدل والمتمم ب القانون 29/91 المؤرخ في 12/12/1991 ج.ر عدد 68 لسنة 91 ص2654، والمرسوم التشريعي 03/94 المؤرخ في 11/04/1994 ج.ر عدد 20 لسنة 94 ص05، والأمر 21/96 المؤرخ في 9/7/1996 ج.ر عدد 43 لسنة 96 ص06، والأمر 02/97 المؤرخ في 11/01/1997 والأمر 03/97 المؤرخ في 11/01/1997 ج.ر عدد 03 لسنة 97 ص05.

<sup>8</sup> المادة 75 من القانون 11/90 السابق الذكر.

المستخدمة إلا إذا أذنت السلطة السلمية بها أو أجازها القانون. - إذا شارك في توقف جماعي وتشاوري عن العمل خرقاً للأحكام التشريعية الجاري بها العمل في هذا المجال. - إذا قام بأعمال عنف. - إذا تسبب عمداً في أضرار مادية تصيب البنايات والمنشآت والآلات والأدوات والمواد الأولية والأشياء الأخرى التي لها علاقة بالعمل. - إذا رفض تنفيذ أمر التسخير الذي تم تبليغه وفقاً لأحكام التشريع المعمول به. - إذا تناول الكحول أو المخدرات داخل أماكن العمل». من هذا النص نستخلص أن الأخطاء الجسيمة في التشريع الجزائري 08 أخطاء يمكن تصنيفها طبقاً لثلاثة أقسام<sup>9</sup>، يضم القسم الأول الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجزائري بينما يضم القسم الثاني الأخطاء الجسيمة المتعلقة بمستلزمات التنفيذ وفي الأخير يضم القسم الثالث الأخطاء الجسيمة المتعلقة بمستلزمات التبعية القانونية:

#### أولاً: الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجزائري

تشكل كل جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي ارتكبت أثناء العمل أو بمناسبة خطأ جسيماً عدا المخالفات بسبب فقدها للقصد الجنائي الذي يفقد الفعل جسامته لأنه يجب على رب العمل أن يثبت العمد في جهة العامل وهو ما لا يوجد في المخالفات.

طبقاً للقاعدة الإجرائية التي تقضي بأن: الجنائي يوقف المدني و تطبيقاً لقواعد الاختصاص التي تحمل طابعاً دستورياً بموجبه تمنح للهيئات القضائية اختصاصاً مانعاً في إصدار الأحكام الجزائية بحيث لا يمكن لأي هيئة بما فيها الهيئة المستخدمة إصدار حكم جزائي ولو كان الهدف هو ممارسة سلطتها

---

<sup>9</sup> انظر المادة 39 من مدونة الشغل المغربية التي تعدد الأخطاء الجسيمة للأجير كما يلي: تعتبر بمثابة أخطاء جسيمة يمكن أن تؤدي إلى الفصل، الأخطاء التالية المرتكبة من طرف الأجير: ارتكاب جنحة ماسة بالشرف، أو الأمانة، أو الآداب العامة، صدر بشأنها حكم نهائي وسالب للحرية - إفشاء سر مهم نتج عنه ضرر للمقاولة - ارتكاب الأفعال التالية داخل المؤسسة أو أثناء الشغل: السرقة؛ خيانة الأمانة؛ السكر العلني؛ تعاطي مادة مخدرة؛ الاعتداء بالضرب؛ السب الفادح - رفض إنجاز شغل من اختصاصه عمداً وبدون مبرر - التغيب بدون مبرر لأكثر من أربعة أيام أو ثمانية أنصاف يوم خلال الإثني عشر شهراً - إلحاق ضرر جسيم بالتجهيزات أو الآلات أو المواد الأولية عمداً أو نتيجة إهمال فادح - ارتكاب خطأ نشأت عنه خسارة مادية جسيمة للمشغل - عدم مراعاة التعليمات اللازم اتباعها لحفظ السلامة في الشغل وسلامة المؤسسة ترتبت عنها خسارة جسيمة - التحريض على الفساد - استعمال أي نوع من أنواع العنف والاعتداء البدني الموجه ضد أجير أو المشغل أو من ينوب عنه لعرقلة سير المقاولة. ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 11 سبتمبر بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل المغربية.

التأديبية في حق عامل عند ارتكابه لخطأ مزدوج، لأن الأصل يبني على تجريم الفعل، ذلك ما ذهب إليه القضاء الجزائري في هذا الاتجاه حيث أقر بأن يتم إثبات الخطأ الجزائي بحكم جزائي نهائي في حالة اقتران الخطأ المهني بالخطأ الجزائي<sup>10</sup>.

وبالتالي فإن المستخدم في هذه الحالة لا يمكنه توقيع عقوبة التسريح التأديبي إلا بعد صدور حكم جزائي نهائي، وكل عقوبة تصدر قبل الحكم المذكور تعتبر باطلة وعديمة الأثر ويعتبر التسريح في هذه الحالة قد

وقع تعسفيا بسبب غياب الخطأ الجسيم وبالتالي مخالفة نص المادة 73.

كما أنه لا يجوز توقيع العقوبة التأديبية بسبب خطأ جزائي تمت تبرئة العامل منه كما لا يمكن وصف خطأ واحد بوصفين كأن يكيف على أنه خطأ جسيم وفي نفس الوقت خطأ غير جسيم.

في كل الأحوال لا يمكن إدراج الجريمة المرتكبة خارج مكان العمل ضمن الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها إذا لم تسبب ضررا للمؤسسة وهذا هو الفرق بين الجزاء التأديبي والعقوبة الجنائية حيث لا يشترط قيام جناية في حق شخص توافر ضرر بينما لا يمكن أن يكون خطأ جسيم إلا بإحداثه ضررا بالمستخدم.

غير أنهما يشتركان في الهدف المطلوب المتمثل في تحقيق الردع<sup>11</sup> سواء بالنسبة للعقوبة الجنائية أو للعقوبة التأديبية داخل المجتمع و في العمل لأن العقوبة عموما يقصد بها ردع من ينتهك المصلحة العامة للمجتمع.

#### ثانيا: الأخطاء الجسيمة المتعلقة بمستلزمات التنفيذ

1/ إفشاء السر المهني: هو العمل الذي يتمتع عنه العامل وجوبا وذلك بعدم الكشف عن أية وثيقة أو معلومة سواء تعلقت بأساليب الصنع أو الإنتاج أو البيع أو التنظيم وكل ما يخص الهيئة المستخدمة لأشخاص آخرين يمكنهم استعمالها للإضرار بمصالح صاحب العمل.

ويعرف بعض الفقه السر المهني بأنه: «المعلومات التي تتعلق بالمنشأة والتي أوجب القانون كتمانها أو جرى العرف بذلك بحيث يترتب على إذاعتها الإضرار بالمنشأة أو زعزعة الثقة فيها وبشرط أن لا يكون هذا

<sup>10</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 615373 المؤرخ في 2010/10/07 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة 2011 ص 183.

<sup>11</sup> علي عوض حسن، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996 ص 273.

الكتمان ساترا لجريمة جنائية أو حائلا دون الكشف عن جريمة تمت أو في مرحلة شروع»<sup>12</sup>.

عند إبرام عقد العمل يلتزم العامل بعدم إفشاء السر المهني فضلا عن عدم المنافسة، وتعتبر التزامات أساسية نصت عليها المادة 07 ف08 من القانون 11/90: يخضع العمال في إطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية: أن لا يفشوا المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيا وأساليب الصنع وطرق التنظيم وبصفة عامة أن لا يكشفوا مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة إلا إذا فرضها القانون أو طلبتها السلطة السلمية».

وبالتالي كل إفشاء للمعلومات المهنية سواء تعلق بالتكنولوجيا المستعملة داخل المؤسسة أو بأساليب التصنيع وطرقه أو كفاءات تنظيم العمال والمستخدمين وتوزيعهم وتنظيم عملهم وتنظيم المنتج وتسويقه وتوزيعه أو سرب وثائق داخلية تخص الهيئة المستخدمة يشكل خطأ جسيما من العامل يستحق عليه عقوبة التسريح من طرف رب العمل الذي عليه إثبات الخطأ؛ وقد أنكر القضاء الجزائري صفة التعسف على التسريح العامل الذي أفشى السر المهني واعتبر ذلك الخطأ يحمل من الجسامة ما ينهض بهذا التسريح لكي يكون مشروعاً ويكفي أن ينص عليه النظام الداخلي للمؤسسة<sup>13</sup>.

غير أن التشريعات المقارنة ومن بينها تشريع العمل الجزائري يستثني تسريب تلك المعلومات أو إفشاء تلك الأسرار حالة ما يطلبها القضاء لأجل التحقيق أو تسمح بها الهيئة المستخدمة إذا رأت رفع السرية عن موضوع ما، ففي هذه الحالة الأخيرة تتحمل المستخدم أي ضرر يلحق نتيجة انتشار المعلومة واستخدامها. مع ذلك يبقى تقدير مدى سرية العناصر المذكورة من اختصاص قاضي الموضوع كما يمكن أن ينص العقد على بقاء العامل على تلك السرية حتى بعد انصرافه من الخدمة.

كما يعد قيام العامل بمنافسة غير مشروعة تستوجب كشف الاسرار المهنية التي اطلع عليها بحكم عمله وتسخيرها في مشروع مستقل تخل عن الواجبات الأساسية التي يستحق عليها العامل عقوبة التسريح

<sup>12</sup> علي عوض حسن، المرجع السابق ص462.

<sup>13</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 0870026 المؤرخ في 2014/07/03 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02

لسنة 2014 ص 443.

التأديبي وذلك طبقا لما أقره الاجتهاد القضائي الجزائري في أحد قراراته<sup>14</sup>.

2/الاضراب غير المشروع: أي إضراب داخل المؤسسة يجب أن يخضع لشروط إقراره وفق ما ينص عليه القانون 02/90 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب وأيده القضاء في ذلك<sup>15</sup>.

يضع القانون 02/90 السابق شروطا لإقرار أي إضراب تتمثل في انعدام التسوية الودية وانعقاد الجمعية العامة للتصويت ونسب الحضور والتصويت عليه والاشعار بالإضراب ومواعيده وغيرها حيث ذهب القضاء الجزائري إلى القول بأنه لا يكفي توجيه الرسائل إلى المستخدم ومفتشية العمل لاستيفاء اجراءات الاضراب..

وفي هذا الصدد يعتبر أي خروج عن هذه الاجراءات يفقد الاضراب مشروعيته ويقوم القاضي المختص في المواد الاجتماعية حينئذ بإصدار حكم قضائي يقضي بعدم شرعية الاضراب، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تعتبر الهيئة المستخدمة أي توقف جماعي عن العمل غير مشروع قبل نطق القاضي الاجتماعي بعدم شرعية الاضراب لتعاقب عليه العامل بعقوبة التسريح التأديبي لهذا السبب، حيث لا يعاقب العامل على أساس ارتكابه لخطا التوقف عن الجماعي إلا إذا ثبت عدم شرعيته من طرف القاضي المختص، وأي تسريح بهذه النحو يعد تعسفيا<sup>16</sup>.

فإذا ثبتت عدم شرعية التوقف الجماعي عن العمل فإن ذلك يجعل مشاركة العامل في هذا التوقف الجماعي خطأ جسيما يستحق عليه عقوبة التسريح وفق ما أيدته المحكمة العليا في أحد قراراتها<sup>17</sup>.

من جهة أخرى، يمكن أن تطول فترة التوقف ويمكن أن تقصر فليست العبرة حينئذ بمدة التوقف الجماعي بقدر ما تكون العبرة في وجود هذا التوقف الجماعي الذي يقع خرقا للقوانين من عدمه، وإلى ذلك

<sup>14</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 0829234 المؤرخ في 05/06/2014 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 2014 ص 427.

<sup>15</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا بتاريخ 07/05/1996 ملف رقم 132207 المجلة القضائية عدد 02 لسنة 1997 ص 191.

<sup>16</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 0728901 المؤرخ في 10/01/2013 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق عدد 02 لسنة 2013 ص 237.

<sup>17</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 610645 المؤرخ في 07/10/2010 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة 2010.

ذهب القضاء الجزائري في اعتبار كل توقف جماعي عن العمل ولو كان لوقت قصير ارتكز على اجراءات غير قانونية يعد خطأ جسيماً<sup>18</sup>.

3/ ارتكاب أعمال عنف: يقصد بالعنف الاعتداء الجسدي على شخص آخر الذي يمكن أن يشكل خطأ جزائياً كما يمكن أن يشكل فقط خطأ تأديبياً، أما العنف اللفظي فلا يعدو كونه خطأ جزائياً وليس تأديبياً صرفاً.

بخلاف العنف البدني في المواد الجزائية الذي يشترط فيه أن يحدث عجزاً معيناً يثبتته طبيب محلف عن طريق شهادة طبية ليؤخذ به كخطأ جزائي، بل يكفي أن يثبت الاعتداء على الغير<sup>19</sup> داخل أماكن العمل من طرف المستخدم بكل وسائل الاثبات ليؤخذ به كخطأ جسيم دون انتظار الحكم الجزائي لإثباتها.<sup>20</sup>

ويعتبر عنفاً بدنياً كل مشاجرة أو الضرب أثناء العمل حيث يدخلان ضمن العنف المقرر كخطأ جسيم يستحق عليه العامل عقوبة التسريح التأديبي وفق ما أقره الاجتهاد القضائي الجزائري دون أن ينتظر المستخدم حكماً نهائياً إذا تم رفع دعوى قضائية أمام القاضي الجنائي بسبب العنف المستعمل<sup>21</sup>.

ويذهب القضاء المغربي إلى أكثر من ذلك فيربط بين الخطأ الجسيم والشجار الحاصل داخل العمل ولا يفرق في بصرف النظر عما إذا كان العامل الاجير معتدي أو معتدى عليه<sup>22</sup>.

4/ عدم المحافظة على وسائل العمل: إذا تسبب عمداً في أضرار مادية تصيب البنايات والمنشآت والآلات والأدوات والمواد الأولية والأشياء الأخرى التي لها علاقة بالعمل.

<sup>18</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 515182 المؤرخ في 05/11/2009 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 2009 ص 421.

<sup>19</sup> د/أحمد شوقي عبد الرحمان - الخطأ الجسيم للعامل وأثره على حقوقه الواردة في قانون العمل - المطبعة العربية الحديثة القاهرة 1979 ص 65.

<sup>20</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 157154 المؤرخ في 10/02/1998 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة 1998. قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 337769 المؤرخ في 07/06/2006 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة 2006 ص 297.

<sup>21</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 0824177 المؤرخ في 04/07/2013 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 2013 ص 263.

<sup>22</sup> القرار عدد 357 الصادر بتاريخ 13/02/2012 في الملف الاجتماعي عدد 1030/1/5/2010 قضاء محكمة النقض عدد 76 قرارا الغرفة الاجتماعية ص 249.

تعتبر المحافظة على وسائل وممتلكات المؤسسة التزامات تقع على عاتق العمل بالشكل الذي لا يضر بالمستخدم بقدر ما يقع على المستخدم توفيرها لكي يؤدي العامل عمله باستعمالها بالطريقة التي لا تعرض صحة وقدرات العامل لأي ضرر<sup>23</sup> فإذا ما أخل بذلك يشكل تصرفه خطأ جسيماً يهض تسريحه عملاً مشروعاً كما يشكل ذلك التصرف خطأ جزائياً وإذا كان الأمر كذلك تعين انتظار صدور حكم جزائي نهائي بشأنها حتى يستوفي المستخدم اجراءات التسريح.

أما إذا اعتبر الاخلال من هذا الوجه خطأ تأديبياً صرفاً دون إقرانه بالخطأ الجزائي فإن على رب العمل إثبات عنصر العمد وهذا ما يكون صعباً في الغالب بسبب تداخل العمل والعامل ووسائل العمل، إذ لا يمكن تكييف عملية إحداث أضرار مادية مهما كان حجمها بدون قصد كخطأ جسيم وعلى ذلك سار القضاء<sup>24</sup> حيث قضى بأن الفعل المنسوب للعامل وهو التهاون في أداء مهامه كحارس نتج عن هذا التهاون أن تعرضت المؤسسة للسرقة في فترة حراسته لا يدخل ضمن الخطأ الجسيم.

5/ تناول الكحول أو المخدرات أثناء العمل: يعتبر تناول المسكرات الممنوعة والتي هي الكحول والمخدرات خطأ جسيماً لأنه يمس بالأداب العامة ويشكل خطراً على أمن المؤسسة والأشخاص المتواجدين بها سواء كانوا عمال أو زبائن أو مرتادي المؤسسة، ولذلك يعد أيضاً دخول المؤسسة في حالة سكر أو تحت تأثير المخدرات مما يمكن وصفه بنفس الوصف.

واضح من صياغة هذا الخطأ أن العلة المقصودة من المنع هي السُّكْر وليس مجرد تناول الذي يكون سبباً فيه حيث يستوي في ذلك العامل الذي يتناول المسكر الممنوع داخل العمل الذي غالباً ما يكون مفعول السكر لديه، وغيره الذي يتناوله خارج العمل<sup>25</sup> فالعلة هي السكر تدور مع جسامه الخطأ وجوداً وعدماً.

وفي هذا المجال يعتبر الاجتهاد القضائي المغربي أن التدخين في مقر العمل خطأ جسيماً حينما يكون مخالفاً لتعليمات المُشغِّل الذي يتوفر على سلطة الادارة والتدبير ويرتب مشروعية فصل العامل عن عمله<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> د/احمية سليمان المرجع السابق ص 26.

<sup>24</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 157838 المؤرخ في 10/02/1998.

<sup>25</sup> د/أحمد شوقي عبد الرحمان المرجع السابق ص 63.

<sup>26</sup> القرار عدد 196 الصادر بتاريخ 13/02/2014 في الملف الاجتماعي عدد 607/1/5/2013، قضاء محكمة النقض المغربية عدد 80.

قرارات الرقة الاجتماعية.

### ثالثا: الأخطاء الجسيمة المتعلقة بالتبعية القانونية

تتطلب التبعية القانونية من العامل أن يعمل تحت إمرة المستخدم ينفذ أوامره وتعليماته وعموما يلتزم بواجب الطاعة، ومن هنا فإن رفض تلك الأوامر فردية كانت أم تنظيمية وبدون عذر مقبول يعد خطأ جسيما في نظر المشرع الجزائري سواء كانت في خضم تنفيذ العمل أو في أوقات الاضراب أين مكن المشرع المستخدم بتسخير بعض العمال وفق ما تنص عليه الاتفاقيات الجماعية للقيام بعملهم داخل المؤسسة وهذا الرفض يكمن في:

#### 1/ رفض العامل تنفيذ التعليمات: يتشكل العنصر المادي للخطأ الجسيم في هذه الحالة من الرفض

الحاصل من العامل بدون عذر مقبول للخضوع لأوامر رب العمل سواء كان صريحا أو ضمنيا، الأمر الذي يشكل خروجاً منه عن التزام أساسي يحمله تبعات التسريح التأديبي.

يشترط المشرع أن يكون الأمر الصادر من رب العمل أو من يعينه مشروعاً بحيث يكون موجه تلك الأوامر مؤهلاً كما يكون التنفيذ المطلوب من العامل مما تم الاتفاق عليه حيث لا يسمح تشريع العمل الجزائري بتعديل طبيعة العمل بصفة انفرادية من المستخدم أو لا يدخل ضمن الصلاحيات العادية للعامل

ويبقى تقدير هذا الرفض خاضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع الذي يقدر الظروف التي يوجه فيها الأمر للعامل ونوعية العمل المطلوب منه ومدى تأثيره على مصلحة المؤسسة وضرورة أن يكون الأمر صادراً من شخص مؤهل أي من قبل من له السلطة السلمية على العامل و أن يكون بدون عذر مقبول لأن جدية العذر المقدم مسألة موضوعية تختلف باختلاف الظروف والوقائع تترك لتقدير القاضي فإذا رأى القاضي أن الرفض غير مؤسس كان الخطأ جسيماً.

في هذا المسألة لا يعد من قبيل عدم تنفيذ العامل للتعليمات الصادرة من السلطة السلمية ما ليس من الواجبات المهنية خطأ جسيماً، حيث لا يعتبر عدم توقيع العامل على عقد محدد المدة رفضاً منه لتعليمات رب العمل أو من يمثله لأنها لا تدخل ضمن واجباته المهنية، وبالتالي ليس خطأ جسيماً يستحق عليه العامل عقوبة التسريح التأديبي طبقاً لاجتهاد المحكمة العليا في الجزائر<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 0822822 المؤرخ في 2013/03/07 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01

لسنة 2013 ص 245.

2/ رفض تنفيذ أمر التسخير: يمكن لرب العمل في حالة الاضراب المشروع أن يقوم بتسخير بعض العمال وفق ما تنص عليه الاتفاقيات الجماعية لأداء العمل حفظا لمصالح المؤسسة ولزبائنها ويقوم حينها بتبليغ أمر التسخيرة وفقا لأحكام التشريع المعمول به.

نتيجة لذلك يشكل رفض العامل خطأ جسيما منه ولا يمكنه الاحتجاج بالإضراب للتملص من مسؤولياته المهنية لأن التسخير في هذه الحالة هو أمر إداري يمارسه المستخدم في إطار سلطاته الادارية بطابع استثنائي عن واقعة الاضراب.

ويزداد الأمر تعقيدا على العامل لأن الرفض في هذه الحالة يشكل أيضا خطأ جزائيا طبقا لنصوص

القانون 02/90 يعاقب عليه القانون الجزائري<sup>28</sup>.

وككل خطأ جزائي مقترن بخطأ تآديبي يجب انتظار صدور الحكم النهائي في الدعوى قبل تسليط العقوبة التأديبية أما إذا تمت المتابعة التأديبية دون المتابعة الجزائية فعلى العامل إثبات عدم شرعية الأمر.

#### الفرع الثاني: تحديد النظام الداخلي للخطأ الجسيم

في ظل الاصلاحات الاقتصادية والتشريعية التي سايرت فترة التسعينات بعد التغيير في النظام الاقتصادي أخذ المشرع الجزائري بالطريقة التنظيمية في سنة 1990 محاولا الدخول في الاصلاحات التشريعية التي تسمح لأطراف علاقة العمل بوضع ضوابط العمل والشغل وفق إرادتهم وتجعل من الاتفاقيات الجماعية دستورا لعلاقات العمل اتباعا للدول الليبرالية التي تعتمد على المذهب الفردي من جهة ومن جهة أخرى توفر للمستخدم الذي له حق ملكية على المؤسسة حق ممارسة السلطة التنظيمية في تنظيم مسائل تتعلق بالانضباط داخل مكان العمل لحماية مصالح المؤسسة من أخطاء غير عادية تنحرف بالعامل نحو سلوك غير سلوك الرجل العادي أو تجعله لا يلتزم ببذل العناية المطلوبة منه وعموما يكون تصرفه مضرا بمصلحة العمل.

وقد جاءت صياغة المادة 73 قبل التعديل: يتم العزل في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي.

<sup>28</sup> انظر المادة 42 من القانون 02/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب المعدل والمتم بالقانون 27/91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 . ج.ر عدد 6 لسنة 1990 و عدد 68 لسنة 1991.

ووفق المادة 77 من القانون 11/90 فإن النظام الداخلي هو الذي يحدد طبيعة الأخطاء المهنية ودرجات العقوبة المطابقة وإجراءات التنفيذ.

وبعد التعديل عن طريق القانون 29/91 تم تعديل المادة 73 من القانون 11/90 لغرض الأخذ بالطريقة التشريعية التي اعتمدها المشرع الجزائري في سائر النصوص القانونية السابقة.<sup>29</sup>

رأى المشرع الجزائري أن الطريقة التشريعية هي التي تصلح لتنظيم مسألة التسريح التأديبي بما تحمله من حماية للعامل تبعده على أن يكون رهينة بيد المستخدم ولا تمكن هذا الأخير من احتكار وضع الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها العامل بالتسريح عوضا عن الطريقة التنظيمية التي استمر العمل بها مدة 18 شهرا فجاءت المادة 73 معدلة كما يلي: يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة، وعلاوة على الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجنائي والتي ترتكب أثناء العمل تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة يحتمل أن ينجر عنها التسريح بدون مهلة وبدون علاوات الأفعال التالية:

- إذ رفض العامل بدون عذر مقبول تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية أو التي قد تلحق أضرارا بالمؤسسة والصادرة من السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء الممارسة العادية للسلطة- إذا أفشى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا وطرق الصنع والتنظيم أو وثائق داخلية للهيئة المستخدمة إلا إذا أذنت السلطة السلمية بها أو أجازها القانون- إذا شارك في توقف جماعي وتشاوري عن العمل خرقا للأحكام التشريعية الجاري بها العمل في هذا المجال- إذا قام بأعمال عنف- إذا تسبب عمدا في أضرار مادية تصيب البنيات والمنشآت والآلات والأدوات والمواد الأولية والأشياء الأخرى التي لها علاقة بالعمل- إذا رفض تنفيذ أمر التسخير الذي تم تبليغه وفقا لأحكام التشريع المعمول به- إذا تناول الكحول أو المخدرات داخل أماكن العمل».

من خلال النص السابق فإن المشرع الجزائري نص على الأخطاء الجسيمة والتي هي أخطاء تأديبية يستحق على إثرها العامل العقوبة التأديبية المتمثلة في التسريح دون تعويض أو إشعار مسبق.

<sup>29</sup> -المادة 36 من الأمر 31/75 المؤرخ في 1975/04/29 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص الملغى. ج.ر عدد 39 سنة 1975 ص527.

-المادة 71 و75 من القانون 06/82 المؤرخ في 1982/02/27 المتعلق بعلاقات العمل الفردية الملغى بالقانون 11/90 ج.ر عدد 09/1982

وقد عرف الفقه الخطأ التأديبي عموماً بأنه مخالفة العامل لالتزام مهني شرعي<sup>30</sup> بمعنى أن تكون هناك علاقة تعاقدية تلزم العامل بأداء العمل التابع المكلف به وفقاً للاتفاق أو وفقاً للإرادة المنفردة للمستخدم ، ويمكن أن يؤدي هذا الخطأ بما يحمله من جسامه وحسب الحالات التي جاءت بها المادة 73 المعدلة إلى عقوبة تعتبر قاسية يسقطها رب العمل على العامل تصل إلى تسريحه من العمل و تنهي العلاقة القائمة بينهما.

وفي كل الأحوال فإن عبء إثبات الخطأ الجسيم يقع على المستخدم وحده وفق القواعد العامة للإثبات وهذا ما أقرته المحكمة العليا إذ ألزمت رب العمل بتقديم أدلة إثبات تدين العامل عند تحميله ارتكاب أي خطأ بالإضافة إلى صفة العمد في الخطأ الجسيم المؤدي للتسريح،<sup>31</sup> ويمكن أن يستخلص هذا الخطأ من عناصر الملف المقدم للعدالة؛ معنى ذلك أنه لم يعد للمستخدم سلطة تقديرية في تكييف الأخطاء الجسيمة كما كان من قبل عند بداية الإصلاح بعد منح التشريع صلاحية تحديد قائمة الأخطاء الجسيمة عن طريق النص التشريعي.

وقد أثارَت المادة 73 من القانون 11/90 المعدلة بالقانون 29/91 تساؤلات حول ما إذا كانت الأخطاء الجسيمة المذكورة فيها وردت جامعة مانعة أم لا:

يذهب الرأي الأول إلى أن تعداد الأخطاء الجسيمة في المادة 73 المعدلة ورد على سبيل التمثيل لأن عبارة "تعتبر على الخصوص" تدل على أن الأخطاء المذكورة على سبيل المثال لا الحصر بدليل أن تعديل المادة 73 لم يرافقه تعديل المادة 77 من نفس القانون التي تجعل طبيعة الخطأ المهني بما فيه الخطأ الجسيم ودرجات العقوبة المطابقة لكل خطأ مهني وإجراءات التنفيذ محددة في النظام الداخلي الذي يضعه المستخدم بصفة انفرادية وليس للعمال في هذا الموضوع سوى إبداء الرأي بالموافقة أو بغيرها عن طريق لجنة المشاركة أو الممثلين النقابيين دون أن يؤثر ذلك في كلتا الحالتين على شرعية النظام الداخلي.

يمكن القول في هذا المجال أن المشرع الجزائري اكتفى بذكر تلك الأفعال معرضاً كل عامل يقوم بها للتسريح التأديبي دون أن تكون بيد المشرع القدرة على تعداد سائر الأخطاء الجسيمة التي تستجد وتستحدث من حين لآخر وتختلف من نشاط إلى آخر وتتفاوت من منصب عمل لآخر بسبب أفعال الناس

<sup>30</sup> عبد السلام ذيب المرجع السابق ص 420.

<sup>31</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا بتاريخ 1987/03/07 رقم 45462 المجلة القضائية عدد 1 لسنة 1991 ص 98.

التي لا تنتهي على عكس النصوص القانونية المحددة طبقا للقاعدة الفقهية التي تقول: لا يمكن أن يحيط المتناهي باللامتناهي.

أما النظام الداخلي فهو يملك من الإحاطة بالأخطاء الجسيمة بسبب تحديد النشاط ومرونة أحكامه أكثر من التشريع بمعنى أن هناك أخطاء جسيمة أخرى يمكن أن ينص عليها النظام الداخلي للمؤسسة والذي قد تختلف من نشاط إلى نشاط ومن مؤسسة إلى مؤسسة بل في نفس المؤسسة يمكن أن يسرح عامل تأديبيا ولا يسرح عامل آخر ارتكب نفس الخطأ بسبب اختلاف مناصب عملهم والتفاوت في الأضرار الناتجة عن أخطاءهما.

في حين ذهب أنصار الرأي الثاني إلى الجزم بأن المشرع الجزائري بعد التعديل كان هدفه افتتاك صلاحية تحديد الأخطاء الجسيمة من المستخدم والاستئثار بها ولا يمكنه أن يأخذ البعض ويترك البعض الآخر فما الهدف من التعديل بعد تلك المدة (18 شهر) كما لا يمكن للتعديل أن يكرس تصورا معروفا زيادة على أنه قبل التعديل ظل المستخدم يتمتع بصلاحيات واسعة في التحكم بمصير العمال مما دفع للمشرع بالتدخل لوقف تدخلات المستخدمين في وضع أخطاء بسيطة ضمن الأخطاء الجسيمة المؤدية لتسريح العمال سواء بنية الإضرار أو نتج ذلك عن عدم القدرة على وضع نظام داخلي يساهم في المحافظة على انضباط العمال والمحافظة على استقرار العلاقة التعاقدية وحماية مصلحة العمل.

ومن هذا المنطلق ورد تعديل المادة 73 وجعلها تتكفل بذكر الأخطاء الجسيمة على سبيل الحصر وأي خطأ غير منصوص عليه في المادة 73 المعدلة بالقانون 29/91 ينجر عنه تسريح العامل يعتبر هذا التسريح تعسفيا وإلى ذلك أشارت المحكمة العليا في أحد قراراتها<sup>32</sup>.

وبرر أنصار هذا الرأي قولهم بتغليب روح النص على ظاهره لأن المشرع الجزائري راهن بالتعديل الذي حصل على المادة 73 بموجب الأمر 29/91 أي بعد حوالي 18 شهرا من إقرار هذه المادة على حصر الأخطاء الجسيمة وعدم تركها لرغبات أرباب العمل ضمن ما يضعونه في النظام الداخلي وإلا فلا فائدة من التعديل إذا كانت قائمة الأخطاء الجسيمة المذكورة على سبيل المثال، يضاف إلى ذلك أن احترام مبدأي شرعية الخطأ والجزاء واحترام توازي أشكال النصوص القانونية يفرض ألا يكون تحديد الأخطاء الجسيمة المؤدية للتسريح إلا عن طريق القانون فضلا عن التساؤل حول المؤسسات التي لا يفرض عليها

<sup>32</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 115985 المؤرخ في 02 فيفري 1998 المجلة القضائية عدد 02 لسنة 2000 ص 41.

القانون وضع نظام داخلي طالما أنها تضم أقل من عشرين عاملاً<sup>33</sup> فهل يكون العامل معفى من عقوبة التسريح ولو تكررت أخطاه الجسيمة؟

وفي هذا الصدد يذهب القضاء الجزائري<sup>34</sup> إلى اعتبار التسريح تعسفياً في حالة عدم توفر المؤسسة على عشرين عاملاً فأكثر وبالتالي لا وجوب عليها في وضع نظام داخلي يحدد الأخطاء المهنية بما فيها الأخطاء الجسيمة.

بالنظر إلى الطرق المعتمدة في تحديد الأخطاء الجسيمة التي سبق ذكرها كان من نتيجة ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني أن المشرع الجزائري قد أخذ بالطريقة التشريعية التي تجعله ينفرد دون المستخدم في وضع قائمة الأخطاء الجسيمة بينما يقول الآخرون بأنه اعتمد على الطريقتين معا فتكفل بذكر بعض الأخطاء الجسيمة وترك البعض الآخر لما يضعه المستخدم في النظام الداخلي.

تبعاً لاختلاف الفقه تضاربت القرارات الصادرة عن الاجتهاد القضائي الجزائري حيث سجلت المحكمة العليا تضارب في إصدار الأحكام بين العمل بالأخطاء الجسيمة المنصوص عليها في المادة 73 والاقتصار عليها<sup>35</sup> وبين اعتبار أخطاء أخرى غير منصوص عليها في المادة 73 كأخطاء جسيمة<sup>36</sup> ينجر عنها تسريح العمل دون إشعار مسبق ودون تعويض.

حتى داخل التشريع ذاته توجد أخطاء جسيمة نص عليها المشرع الجزائري خارج المادة 73 المعدلة فعلى

<sup>33</sup> المستشار عبد السلام ذيب المرجع السابق ص 433.

<sup>34</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 635652 المؤرخ في 2012/02/02 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق عدد 02 لسنة 2012 ص 420.

<sup>35</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا السابق الذكر.

<sup>36</sup> - قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 283600 المؤرخ في 2004/12/15 حيث جاء في القرار: إن عبارة «تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة» التي جاءت بها المادة 73 لا تعني حصر كل الأخطاء بل تؤكد وجود أخطاء جسيمة أخرى يمكن أن ينص عليها النظام الداخلي للمؤسسة.

- قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 620354 المؤرخ في 2010/10/07 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 سنة 2011 حيث اعتبر أنه يتعين الرجوع إلى النظام الداخلي لمعرفة ما إذا كان يعد إهمال العامل لمنصب عمله بسبب الغياب المتكرر خطأ جسيماً مبرراً للتسريح بدون تعويض وبدون إشعار.

- قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 157761 المؤرخ في 1998/02/00 مجلة القضاية، عدد 2 سنة 2000 حيث اعتبر القرار أن تعدد الوظائف يعد خطأ جسيماً رغم عدم النص عليه في المادة 73 المعدلة وعللت المحكمة أن الأخطاء الجسيمة المنصوص عليها في هذه المادة ليست على سبيل الحصر.

سبيل المثال: نصت المادة 36 من القانون 02/90 المؤرخ في 02/06/1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب<sup>37</sup>: «تشكل عرقلة حرية العمل كما يشكل رفض الامتثال لتنفيذ أمر قضائي بإخلاء المحلات المهنية خطأ مهنيا جسيما دون المساس بالعقوبات الجزائية».

كما تقضي المادة 42 منه: «يعد عدم الامتثال لأمر التسخير خطأ جسيما دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في القانون الجزائري»، ومن جهتها تقرر المادة 40 من القانون 02/90: «يعد رفض العامل المعني القيام بالقدر الأدنى من الخدمة المفروض عليه خطأ مهنيا جسيما».

غير أننا لا نعتقد بأن المشرع من خلال عبارة تعتبر على الخصوص أراد بها تمثيل الأخطاء الجسيمة أو حصرها، بل الغالب أنه ذكر الأخطاء الأكثر انتشارا في أوساط العمال والتي تتناقض مع الواجبات الدنيا أو تشكل ذروة التهرب من تنفيذ الالتزامات الأساسية سواء تلك المتعلقة بتنفيذ العمل أو تلك التي يفرضها مبدأ حسن النية في سائر العقود طبقا للقواعد العامة للقانون المدني<sup>38</sup> الذي يوجب على المتعاقد عدم الاضرار بالمؤسسة أو تلك التي تستدعيها ضوابط التبعية القانونية فضلا عن الخطأ الجزائري المرتكب أثناء العمل.

ومن هنا فإن المفهوم المطاطي للخطأ الجسيم الذي لا يسمح بالوقوف الدقيق على مكوناته يجعل المشرع الجزائري من خلال المادة 73 المعدلة والتي نتج عن تطبيقها تضارب في الأحكام والقرارات القضائية يعتمد على تعداد قائمة الأخطاء الجسيمة على سبيل التخصيص بكل ما تدل عليه كلمة "تعتبر على الخصوص" notamment considérées التي تعني أن الأخطاء المذكورة هي خاصة الأخطاء التي يمكن أن تحدث في كل مؤسسة وفي كل نشاط و لا يمكن للعامل العادي أن يرتكبها وغالبا ما تؤدي إلى عدم استمرار العلاقة القائمة بين العامل والمستخدم وليست هي كل الأخطاء .

<sup>37</sup> القانون 02/90 المؤرخ في 02/06/1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية وتسويتها وممارسة حق الإضراب ج.ر عدد 06 سنة

1990 ص 231، المعدل والمتمم بالقانون 27/91 المؤرخ في 12/21/1991 ج.ر عدد 68 سنة 1991 ص 2652.

<sup>38</sup> المادة 107 ف1 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية».

المادة 1134 الفقرة 4 من القانون المدني الفرنسي: «يجب أن تنفذ الاتفاقات بحسن نية».

«Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi».

المادة 148 ف1: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية». القانون 131 لسنة 1948 المؤرخ في 16

جويلية 1948 يتعلق بإصدار القانون المدني المصري المعدل منشور بالوقائع المصرية العدد 108 مكرر أ.

يجب الذكر أن معيار السلوك المعتاد الذي بمجرد انحراف العامل الشديد عنه يعتبر خطأ جسيماً يتطلب أن ينصب حول الظروف والطبيعة الخاصة للعمل، وبالتالي يختلف من حالة إلى حالة فعند تحديدنا للسلوك المعتاد في تنفيذ علاقات العمل يجب الأخذ في الحسبان أننا لا نحيل ذلك إلى ما نتوقعه من شخص أجنبي عن العمل المطلوب، بل إن الرجل المعتاد في مثل هذه الحالة يكون شخصاً مهنيّاً من نفس تخصصه<sup>39</sup> (bon professionnel de sa spécialité) ويوجد في مثل تلك الظروف من منصب العمل والامكانيات المتوفرة.

في رأي القضاء الفرنسي<sup>40</sup> ليس العامل المعتاد هو الذي لا يرتكب الأخطاء أو هو من يكون دائماً ناجحاً وموفقاً في عمله أو يحقق الربح في سائر النشاطات التي يجريها ولا تنتج عن عمله أية خسائر.

إن هذه التبريرات هي التي جعلت المشرع الجزائري يعتمد على النظرية الفقهية التي تجعل من كل تصرف يتمتع معه استمرار علاقة العمل خطأ جسيماً<sup>41</sup> بما يستوجب عليه أن يحدد الأخطاء المتداولة ويترك الأخطاء الأخرى بجسامتها التي يمكن أن يحاط بها مستقبلاً لإرادة أطراف العلاقة؛ غير أن اختلاف الأحكام والقرارات القضائية في هذا الموضوع هو الذي يدفعنا إلى القول بواقعية المادة 73 قبل التعديل التي منحت للمستخدم تحديد الأخطاء الجسيمة في النظام الداخلي فهو الأقرب والأكثر إدراكاً لما يجري في مؤسسة العمل ونشاطاتها وسلوكات عمالها لا سيما وأنه يملك السلطة التقديرية في تسريح العامل عند ارتكابه خطأ جسيماً.

يدفع هذا الرأي بترك تنظيم مسائل الشغل بما فيها النظام التأديبي لأطراف العلاقة حيث يمكن للمستخدم تحديد الأخطاء ضمن النظام الداخلي مع التزامه بضمانات خاصة في الخطأ الجسيم تمنع تعسف المستخدم في تهديد العمال بالتسريح التأديبي عند كل خطأ أو نزاع كما هو الشأن في المواد 73-1

<sup>39</sup> محمود جمال الدين الوجيز في قانون العمل مطبعة الاتحاد القاهرة 1964 ص 477.

<sup>40</sup> اعتبر القضاء الفرنسي أن العامل المعتاد هو الذي لا يستطيع أن يتفادى بعض الأخطاء كما أن ليس هو الذي يوفق دائماً فينتج في صنع القطع وقد قررت محكمة النقض ذلك:

«L'ouvrier moyen ne peut pas éviter certaines erreur, l'ouvrier moyen n'est pas celui qui réussit toutes les pièces qu'il fabrique».

Cass. Soc 27 Nov 1958 D.1959 J.C.P 1959 -11-11143 Note Brethe De La Gressaye S 1959 P35.

<sup>41</sup> Camerlynck execution du contrat du travail Rep droit du travail T1 1976. p03.

و73-2 شريطة أن يجري ذلك تحت رقابة القاضي في وصف الخطأ والعقوبة المناسبة له ويكون للقضاء دور كبير في تقدير الخطأ وتكليفه إذا لم تحترم تلك الضمانات القانونية.

### المبحث الثاني: القواعد الموضوعية والاجرائية للتسريح التأديبي

وضع المشرع الجزائري في تعديلاته الاخيرة قواعد موضوعية ترتبط بالخطأ الجسيم ذاته والتي يجب ان تتبع لتوقيع عقوبة التسريح على العامل، كما أسس قواعد اجرائية لحماية العمال وهي إجراءات تأديبية ينبغي على المستخدم أن يسلكها وهو يسرح العامل الذي ارتكب خطأ جسيما يستحق عليه التسريح التأديبي دون اشعار مسبق ودون تعويض.

أما إذا كان التسريح غير تأديبي فيتعين على المستخدم إقامته على الوجه والأشكال المنصوص عليها في التشريع والاتفاق.

فالقواعد الموضوعية تنحصر في تقيّد المستخدم بتسريح العامل تأديبيا فقط حال ارتكابه خطأ جسيم منصوص عليه في التشريع (المادة 73 من القانون 29/91) أو منصوص عليه ضمن أحكام النظام الداخلي للهيئة المستخدمة حيث تتشابه القواعد الموضوعية للتسريح التأديبي في قانون العمل مع الركن الشرعي للجريمة في قانون العقوبات، وبالتالي أي تسريح خارج الأخطاء الجسيمة المشروعة يعد تسريحا تعسفيا وقد فصلنا في ذلك فلا داعي لإعادته.

أما القواعد الاجرائية فمنها ما يتعلق بالتأديب، ومنها ما هو خارج العملية التأديبية ذاتها لذلك سنعالج الاجراءات التأديبية بالتفصيل على أن نترك الاجراءات القانونية والاتفاقية ضمن آثار مخالفتها في آخر المطلب الثاني دفعا للبس بينها وبين الاجراءات التأديبية.

### المطلب الأول: القواعد الاجرائية لتوقيع عقوبة التسريح التأديبي

لأجل توفير ضمانات للعمال نص المشرع الجزائري على جملة من الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب على المستخدم اتباعها عند توقيع عقوبة التسريح التأديبي على العامل:

## الفرع الأول: الشروط الشكلية

تنص المادة 73-2 على ما يلي: يعلن عن التسريح المنصوص عليه في المادة 73 أعلاه ضمن احترام الإجراءات المحددة في النظام الداخلي.

ويجب أن تنص هذه الإجراءات على التبليغ الكتابي لقرار التسريح واستماع المستخدم للعامل المعني الذي يمكنه في هذه الحالة أن يختار عاملاً تابعاً للهيئة المستخدمة ليصحبه.

سياق هذا النص يشير إلى أن المستخدم لا يمكنه أن يتخذ قرار التسريح التأديبي في مواجهة العامل كنتيجة لخطأ جسيم إلا بعد استيفاء إجراءات شكلية يجب عليه أن ينص عليها في النظام الداخلي وتمثل على الخصوص في:

1/ السماع من العامل: يجب على رب العمل أن يستدعي العامل المعرض للتسريح من أجل الاستماع إليه وإلا اعتبر التسريح تعسفياً، ولا شك أن سماع العامل يكون الغرض منه منح فرصة للعامل للتعبير عن وجهة نظره والدفاع عن نفسه وكذا إعادة تقدير ظروف الواقعة وخطورة الفعل بعد سماع وجهة نظر العامل، فهذا الإجراء يمثل دفاع العامل المعرض لعقوبة التسريح عن نفسه ولا يمكن الاستغناء عنه بأية وسيلة أخرى، وإلى ذلك أشار الاجتهاد القضائي الجزائري في أحد قرارات المحكمة العليا<sup>42</sup> الذي ورد فيه أن الاستفسار الكتابي الموجه للعامل للرد عليه لا يعوض الاجراء التأديبي المتمثل في سماع العامل من طرف المستخدم حول الخطأ المني المنسوب إليه.

من البديهي أن يستمع رب العمل من العامل قبل أن يقرر، وأن يكون العامل فاعل الخطأ الجسيم على دراية بما ارتكبه وبإمكانه وصف الفعل والوقائع وإبداء توضيحات عن كفيات صدور هذا الخطأ أكثر من غيره مما يسمح بتحديد وصف سليم للخطأ الجسيم وبالتالي يعد سماع العامل إجراء يحمل أهمية بالغة في تمكين المستخدم من توقيع عقوبة التسريح دون تعسف.

غير أن مشرعنا طالما أنه أجبر المستخدم أن يضع في النظام الداخلي شرط الاستماع إلى العامل وجواز اصطحابه لزميل له فقد أغفل الحديث عن الغرض من الاستماع ولم يشترط أن يأتي تبليغ قرار التسريح

<sup>42</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 640479 المؤرخ في 02/06/2011 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة

بعد السماع أو قبله في نفس الجلسة أو في غيرها، مما قد يفيد بأن ظاهر النص يجعل الاستماع من أجل الاستماع فقط إلا إذا كان ضمان حقوق العامل يشكل قرينة قانونية يستدل بها على أن السماع يكون قبل اتخاذ قرار التسريح ويهدف تكييف الخطأ المرتكب.

2/ حق العامل في الاصطحاب : أشار مشرعنا إلى جواز أن يقوم العامل المعرض لعقوبة التسريح التأديبي أن يختار أحد زملاءه من نفس الهيئة المستخدمة ليصحبه معه عند سماع المستخدم منه ولدى تبليغ قرار التسريح ليكون شاهدا على واقعة الاستماع أو قد يراه العامل دليلا و شاهدا على واقعة ارتكاب الخطأ الجسيم، ولا يعد أبدا ممثلا عن العامل لأن صياغة النص واضحة وتؤكد بما لا غموض فيه أنه يمكن للعامل أن يصحب معه عاملا من نفس الهيئة المستخدمة.

يبقى أن نشير إلى أن اصطحاب العامل لعامل آخر يعد أمرا جوازا بالنسبة للعامل يمكنه الاستغناء عن الصحبة أثناء توجهه إلى المستخدم بخلاف سماع رب العمل من العامل وتدوين قرار التسريح وتبليغه للعامل فهي شروط إجبارية لا يمكن الاتفاق على خلافها، وفي كل الأحوال يجب على رب العمل وضع كل هذه الشروط بما فيها شرط الاصطحاب في النظام الداخلي الذي يعده.

هذا يعني كلية أنه لا يجب على رب العمل توقيع عقوبة التسريح التأديبي على العمل عند ارتكابه لخطأ جسيم مالم ينص النظام الداخلي للمؤسسة على الضمانات السابقة، بمعنى أنه لا يمكن توقيع تلك العقوبة دون وجود نظام داخلي وإلا اعتبر التسريح تعسفيا؛ والأشكال المطروح يكمن في المؤسسات التي يقل عدد عمالها عن عشرين عاملا مما لا يجبرها على وضع نظامها الداخلي، فهل يمكن تطبيق عقوبة التسريح المنصوص عليها في القانون في هذه الحالة؟

3/ التبليغ الكتابي لقرار التسريح: أوجب نص المادة 73-2 من قانون العمل الجزائري على رب العمل أن يقوم بتبليغ العامل بقرار التسريح سواء بنفسه أو من يمثله كما يجب أن يكون القرار مكتوبا.

يعد قرار التسريح وسيلة لإنهاء علاقة العمل ويشترط فيه الكتابة عكس انعقاد العقد الذي يمكن ان يكون بعقد مكتوب أو غير مكتوب طبقا للمادة 08 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل.

فعللاقة العمل في هذه الحالة يمكن أن تنتهي بخلاف ما نشأت لأننا أمام انتهاء علاقة العمل بطريقة غير عادية كانت نتيجة لقيام العامل بخطأ يستحيل معه استمرار تلك العلاقة، وبالتالي تشكل الكتابة شرطا جوهريا بسبب خطورة العقوبة يؤدي غيابها إلى اعتبار التسريح تعسفي.

بالإضافة إلى هذه الشروط سمح المشرع الجزائري للنظام الداخلي وفقا لنص المادة 73-2 التطرق لإجراءات أخرى ملزمة أو غير ملزمة، إذ يمكن للنظام الداخلي أن ينص مثلا على مواعيد الاستماع ومكانه ومضمونه وإجراءات السماع وتدوين إجراء السماع واستلام قرار التسريح في سجل أو في محضر لا سيما وأن المشرع اشترط في قرار التسريح أن يكون مكتوبا، واعتبار الساعات التي يقضيها العامل مع العامل صاحب في مكتب رب العمل مدة عمل فعلي بالنسبة لهما.

في هذا الصدد فإن غياب أيا من الشروط الشكلية المذكورة أنفا باعتبارها اجراءات تأديبية ينجر عنها تعسف من قبل المستخدم في مواجهة العامل ولو ارتكب هذا الأخير خطأ جسيما مما يجعل التسريح تعسفيا.

أما المندوب النقابي فزيادة على هذه الشروط الشكلية والموضوعية أوجب القانون على رب العمل أن يقوم بإعلام المنظمة النقابية قبل توقيع عقوبة التسريح التأديبي عند ارتكابه لخطأ جسيم غير متصل بنشاطه النقابي، ويعد أي تسريح دون إعلام المنظمة النقابية باطلا وعديم الأثر<sup>43</sup>.

كما أقرت القانون 14/90 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي بأن تلك الاجراءات تظل سارية المفعول إلى حتى بعد انتهاء المهمة النقابية في حدود سنة كاملة.

وقد أيد القضاء الجزائري ذلك في الكثير من اجتهاداته القضائية حيث اعتبر كل تسريح يستهدف مندوبا نقابيا من دون الإخطار المسبق لمنظمتة النقابية يعد باطلا وعديم الأثر وأن كل إجراء تأديبي متخذ في حق مندوب نقابي بدون مراعاة الاجراءات القانونية يعد باطلا وعديم الأثر، ويعاد إدماجه في منصب عمله بطلب من مفتش العمل<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> المادة 54 و 56 من القانون 14/90 المؤرخ في 02/07/1990 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي ج.ر عدد 23 سنة 1990 ص 764 المعدل والمتمم بالقانون 30/91 المؤرخ في 21/12/1991 ج.ر عدد 68 سنة 1991 ص 2656 والأمر 12/96 المؤرخ في 10/06/1996 ج.ر عدد 36 ص 04.

<sup>44</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 310840 المؤرخ في 05/10/2005. مجلة المحكمة العليا عدد 02 لسنة 2005 ص 263. قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 581883 المؤرخ في 04/03/2010 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 2010 ص 377.

يعد وضع المشرع الجزائري لتلك الشروط من باب حرصه على توفير ضمانات تأديبية للعامل في مواجهة تعسف المستخدم لكن ذلك كله يقع في إطار ما يسمح به الظروف فإذا استحال تبليغ العامل أو سماع منه أو امتثاله للتأديب لظروف خارجة عن إرادة المستخدم فلا مجال حينئذ لتفعيل تلك الضمانات بسبب استحالتها وهو ما أيده فيه القضاء المغربي حيث اعتبر في أحد قراراته أن المشغلة لما استدعت العاملة الاجيرة بعنوانها وتوصلت بواسطة اختها وان عدم حضورها يرجع إلى اعتقالها وهو مالا يمكن تحميل تبعاته للمشغلة التي قامت بما يلزمها به القانون وانجزت محضر الاستماع ضمنته غياب العاملة الاجيرة واصدرت مقرر العقوبة الفصل وبلغته للعاملة بعنوانها بواسطة زوجها لتعذر تبليغها شخصيا واشعرت مفتش الشغل فإن ذلك يعني ان مسطرة الفصل التأديبي تم احترامها<sup>45</sup>.

### الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

أناط المشرع الجزائري مسألة تحديد الاجراءات الموضوعية المتبعة لدى تسريح العامل تأديبيا إلى النظام الداخلي وذكر على وجه الإلزام مراعاة ظروف العامل عند ارتكابه للخطأ وسيرته الذاتية وكذا مراعاة جسامته الخطأ والاضرار الناتجة عنه:

1/مراعاة ظروف العامل عند الخطأ وسيرته: يحق لصاحب العمل تسريح العامل بعقوبة تأديبية إذا ما أثبت قيامه بخطأ جسيم ومثلما منحه حق بمثل هذه الخطورة ألزمته نص المادة 73-1 بمراعاة ظروف العامل أثناء خطأه وسيرته بالمؤسسة ومن ثم تكييف ذلك الخطأ ذلك أنه لا يجب على المستخدم الاكتفاء بنظرة مادية على خطأ العامل رغم جسامته وإنما يقع عليه إعطاء وصف للخطأ يتماشى مع الظروف المحيطة بالعامل ومدى اعتياده على ذلك من خلال النظر في سلوكاته داخل العمل سواء مع الهيئة المستخدمة أو مع العمال.

وفي ذلك تنص المادة 73-1: « يجب أن يراعي المستخدم على الخصوص عند تحديد ووصف الخطأ الجسيم الذي يرتكبه العامل الظروف التي ارتكب فيها الخطأ ومدى اتساعه ودرجة خطورته والضرر الذي لحقه وكذلك السيرة التي كان يسلكها حتى تاريخ ارتكابه الخطأ نحو عمله ونحو ممتلكات هيئته المستخدمة».

<sup>45</sup> القرار عدد 2435 الصادر بتاريخ 2016/11/8 في الملف الاجتماعي عدد 1562/1/5/2015 قضاء محكمة النقض عدد 82، قرارات

الغرفة الاجتماعية ص561.

ظاهر النص يوحي بأن المشرع أضفى حماية للعامل حسن السيرة والسلوك الذي تدفعه الأحداث إلى القيام بمثل هذه الأخطاء وبالتالي منح ضمانات لحمايته من توقيع عقوبة التسريح، وأي مخالفة لذلك يعتبر التسريح تعسفيا وليس تأديبيا طبقا لنص المادة 73-3: «كل تسريح فردي يقع خرقا لأحكام هذا القانون يعتبر تعسفيا وعلى المستخدم أن يثبت العكس»<sup>46</sup>.

من هذا الوجه يتعين على رب العمل أن يبحث عن الدوافع والمبررات التي يمكن أن تكون قد دفعت العامل إلى ارتكاب مثل هذا الخطأ من خلال الرجوع إلى ملف العامل والأخذ بعين الاعتبار سيرته طوال حياته المهنية إلى غاية تاريخ ارتكاب الخطأ الجسيم وتفحص وقائع ارتكاب الخطأ ومكانه وزمانه والأوضاع الحرجة التي مر بها العامل السابقة لتاريخ ارتكاب الفعل وكل ذلك يساعد على تكييف الخطأ رغم ما يحمله من جسامه ولو كان الضرر فاحشا وبالتالي التوصل إلى تحديد العقوبة المناسبة.

بمعنى آخر يصح القول أن المشرع الجزائري في هذه الحالة يطلب من المستخدم عند تسجيله لارتكاب خطأ جسيم من العامل أن يتفهم أوضاعه عند تكييف هذا الخطأ.

ويطرح التساؤل هل يعد الخطأ جسيما بالنظر إلى فحش الفعل بمعنى أننا نكتفي بنظرة ظاهرية على ما تم ارتكابه أم أن جسامه الخطأ من عدمها ترتبط بظروف الارتكاب وسلوك العامل؟

يمكن القول أن تكييف الفعل المرتكب باعتباره خطأ جسيما يتم من خلال الفعل المادي الذي قام به العامل ولا ينتظر من الأخذ بسلوكه وظروفه عند ارتكابه للخطأ سوى تخفيف العقوبة كما هو معمول به التشريع الجنائي عند توافر الظروف المخففة للعقوبة الجزائية لأن مراعاة ظروف العامل وسيرته في مكان العمل لا يؤثر على وصف الخطأ الذي يبقى جسيما وإنما يؤثر على تقدير العقوبة فيخفف منها<sup>47</sup>.

ظاهر نص المادة 73-1 الذي يمنع المستخدم من توقيع عقوبة التسريح في حق من ارتكب خطأ جسيما يوحي بذلك لأن النص يذكر الخطأ الجسيم دون غيره من الأخطاء كما أن ذلك من شأنه أن يوفر فرصة

<sup>46</sup> المادة 73-3 من القانون 11/90 المعدلة بالقانون 29/91 المؤرخ في 12/21/1991 ج.ر عدد 68 سنة 91 والتي نصت على التسريح الفردي الذي يقع مخالفا لأحكام قانون علاقات العمل والمقصود بذلك التقيد بالإجراءات التأديبية المتمثلة في ضرورة مراعاة ظروف العامل وسيرته والإعلان عن التسريح التأديبي وفق لما نص عليه النظام الداخلي على الخصوص من التبليغ الكتابي لقرار التسريح واستماع المستخدم للعامل وجواز اصطحاب هذا الأخير لأحد زملاءه في العمل. أما التسريح الجماعي لأسباب اقتصادية الذي يتخذ شكل تسريحات فردية متزامنة فلا يخضع لهذه الإجراءات.

<sup>47</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 159428 المؤرخ في 09/06/1998 المجلة القضائية، عدد 02 لسنة 2000.

للعامل الذي يكون مُكْرَهًا بسبب ظروف مختلفة شخصية أو عائلية أو اقتصادية دفعته لارتكاب مثل هذا الخطأ بالنظر إلى سيرته الحسنة التي توثق ذلك رغم صفة العمد المتوفرة في الفعل، مع الإشارة إلى أن عبء إثبات الخطأ الجسيم وصفة العمد يقع على المستخدم.

2/مدى خطورة وضرر الخطأ المرتكب: يجب على المستخدم بالإضافة إلى مراعاة أحوال العامل النظر إلى الفعل ذاته بحيث لا يمكنه تحديد الخطأ الجسيم والحكم بجسامة الفعل دون النظر إلى اتساعه من حيث الأضرار التي لحقت بالعمال أو بالمتلكات ودرجة الخطورة التي يمكن أن تنجر عنه وكذا الضرر الذي يلحق بالمؤسسة نتيجة هذا الفعل.

وأي إخلال بهذه الشروط الموضوعية يجعل التسريح تعسفيا يرتب جميع آثاره وفقا للفقرة 2 من المادة 4-73 من الأمر 21/96.

#### المطلب الثاني: الآثار الناتجة عن مخالفة القواعد الموضوعية والإجرائية للتسريح التأديبي

تنص المادة 3-73 من القانون 29/91 على أن: « كل تسريح فردي يقع خرقا لأحكام هذا القانون يعتبر تعسفيا وعلى المستخدم أن يثبت العكس».

من جهتها تنص المادة 4-73 من الأمر 21/96 على ما يلي: «إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية أو الاتفاقية الملزمة تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجراءات، وتلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به، وتمنح العامل تعويضا ماليا على نفقة المستخدم لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله.

وإذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسفيا.

تفصل المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بامتيازاته المكتسبة أو في حالة رفض أحد الطرفين يمنح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة 6 أشهر من العمل دون الإخلال بالتعويضات المحتملة».

يتبين من هذين النصين أن التسريح التأديبي إذا وقع مخالفة للقواعد الموضوعية أي دون ارتكاب العامل لخطأ جسيم نصت عليه المادة 73 أو نص عليه النظام الداخلي للمؤسسة اعتبره القانون تعسفيا، وإذا وقع مخالفة للإجراءات التأديبية المنصوص عليها ضمن المادة 73-1 وما يتضمنه النظام الداخلي من إجراءات معلنة (طبقا للمادة 73-2) يعتبر كذلك تعسفيا، وإذا وقع مخالفة للإجراءات الغير التأديبية أي مخالفة للقواعد القانونية و/او الاتفاقية الملزمة المتبعة اعتبر التسريح خرقا لتلك للإجراءات ويتعين تصحيحها.

لذلك سنتعرض في الفرع الأول للتسريح التعسفي كونه يشكل أحد الصور الواضحة في عدم تطبيق النصوص التشريعية وقواعد النظام الداخلي أين يظهر عدم التناسب بين العقوبة والخطأ المهني، مما يفقد السلطة التأديبية مبدأ جوهرية ألا وهو عدم التناسب على أن نعالج في الفرع الثاني التسريح المخالف للإجراءات التأديبية باعتباره ينتج نفس الآثار مع الأول بينما نترك للفرع الثالث التسريح الذي يخرق الإجراءات المتبعة سواء كانت تشريعية او اتفاقية أين يكون التسريح قد وقع بشكل ينتهك القواعد القانونية المتبعة وهو ما يسمى التسريح خرقا للإجراءات القانونية او الاتفاقية.

#### الفرع الأول: التسريح المخالف للقواعد الموضوعية

تنص الفقرة الثانية من المادة 73-4 من الأمر 21/96 على ما يلي: « وإذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسفيا. تفصل المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بامتيازاته المكتسبة، أو في حالة رفض أحد الطرفين يمنح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة 6 أشهر من العمل دون الاخلال بالتعويضات المحتملة، يكون الحكم الصادر في هذا المجال قابلا للطعن بالنقض.»

يعتبر التسريح تعسفيا إذا اتخذ خرقا للقانون الموضوعي وهو ما يعبر عنه في القانون الفرنسي بانعدام السبب الفعلي والجدي وهو أيضا ما خلصت إليه المادة 73-4 التي قررت أن التسريح الذي يقع خرقا لنص المادة 73 يعتبر تعسفيا.

بالرجوع إلى نص المادة 73 فإن العامل يستحق التسريح التأديبي متى ارتكب خطأ منصوص عليه في هذه المادة التي تُعَدُّ صور الخطأ الجسيم المؤدي إلى التسريح التأديبي بما يعني أن مفهوم المخالفة يقودنا إلى

اعتبار أن تسريح العامل خارج هذه الحالات و خارج الأخطاء التي يعاقب عليها النظام الداخلي بعقوبة التسريح هو تسريح تعسفي<sup>48</sup>.

تفصيل ذلك يرجع إلى أن العامل قد تم تسريجه بسبب ارتكابه لخطأ لا يستحق عليه عقوبة التسريح سواء ضمن نص المادة 73 أو ضمن نصوص النظام الداخلي أو أنه لم يرتكب خطأ أصلاً، ففي هاتين الحالتين يمكن وصف التسريح الحاصل بأنه تعسفي.

من جهة أخرى تقضي المادة 73-3 بأن: كل تسريح فردي يتم خرقاً لأحكام هذا القانون يعتبر تعسفياً وعلى المستخدم أن يثبت العكس.

ويقع عبئ إثبات عدم التعسف على المستخدم سواء في إثبات الخطأ الجسيم المؤدي إلى التسريح أو إثبات شرعية الاجراءات التأديبية المتبعة لدى قيام المستخدم بتسليط عقوبة التسريح على العامل.

تنبغي الإشارة إلى أنه يمكن للعامل الأجير اللجوء إلى القضاء الاجتماعي للطعن في قرار التسريح التعسفي ولكن يبقى ذلك مرهوناً بإجراءات الصلح الواردة في القانون 04/90 المتعلقة بالنزاع الفردي والذي يمنح من خلاله مفتش العمل محضر عدم الصلح الذي يشكل اجراءاً جوهرياً في التسوية القضائية للنزاع وقد ذهب القضاء الجزائري في أحد اجتهاداته إلى هذا المنحى<sup>49</sup>.

وفي حالة التسريح التعسفي تقضي المحكمة الناظرة في المسائل الاجتماعية بحكم ابتدائي ونهائي يتضمن حالتين<sup>50</sup>:

### الحالة الأولى: إرجاع العامل في حالة تراضي الطرفين

يحكم القاضي بإعادة إدماج العامل المفصول تأديبياً حيث يتم الحكم بإرجاعه إلى عمله مع احتفاظه

<sup>48</sup> نعتي بالخروج عن المادة 73 الخروج عن مضمونها الذي يحدد الاخطاء الجسيمة والتي سبق وأن ذكرت الاجتهادات القضائية أنها ليست على سبيل الحصر حيث لا مانع من اعتماد النظام الداخلي لأخطاء جسيمة تستحق عقوبة التسريح، الأمر الذي يستدل منه أن التسريح التعسفي يقع خرقاً للقانون سواء ما ورد في المادة 73 أو ما ورد في النظام الداخلي وهذا هو الأصوب.  
<sup>49</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 487515 المؤرخ في 2009/03/04 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة 2009 ص 407.

<sup>50</sup> انظر: المادة 41 من مدونة الشغل المغربية التي تمنح للعامل الاجير المفصول تعسفياً الخيار بين طلب إرجاعه إلى عمله وبين طلب حصوله على تعويض عن الضرر. والقرار عدد 2338 الصادر بتاريخ 2015/11/19 في الملف الاجتماعي عدد 2013/11/3/900، قضاء محكمة النقض المغربية عدد 80، قرارات الغرفة الاجتماعية ص 374.

بالامتيازات المكتسبة.

وفي هذه الحالة نلاحظ أن حكم القضاء لا ينفذ إلا عند قبول كل منهما إعادة إدماج العامل داخل مؤسسة العمل من خلال تطابق رضا العامل ورضا المستخدم المستنبتان من خلال وقائع القضية أو أثناء الفصل في النزاع.

ففي هذه الحالة يعد التراضي شرطا جوهريا لحكم القاضي بإدماج العامل وأي رفض من أي طرف لا يسمح بذلك.

فضلا عن حصول العامل المدمج في المؤسسة على جميع حقوقه المكتسبة والذي يعتبر حكم تبعي للحكم الأصل المتمثل في إدماج العامل يتبعه وجودا وعدما فحيث ما تم الحكم بإعادة إدماج العامل المفصول يحكم له بامتيازاته المكتسبة بعد إرجاعه إلى منصب عمله.

عرف الاجتهاد القضائي الفرنسي الامتيازات المكتسبة بأنها مجموعة من الحقوق الفردية والجماعية المنصوص عليها إما في القانون أو في التنظيم أو في عقد العمل او في الاتفاقية الجماعية ومنها على سبيل المثال الامتيازات المرتبطة بالحالات المرضية، الامومة، مختلف العطل، التعويضات، الاستفادة من سكن وظيفي، ... بشرط أن تتم الاستفادة منها بصفة فعلية وليس على سبيل الاحتمال<sup>51</sup>.

غني عن البيان أن العامل يمكنه أن يستفيد من حقه في العطلة المرضية أو العطلة السنوية أو أي تعويض آخر مدة انفصاله عن عمله بفعل عقوبة التسريح المسلطة عليه ما دام أن تلك الحقوق تظل مكتسبة بفعل الادماج الذي حصل للعامل أي وكأن التسريح لم يكن.

يعد هذا الحكم دليلا على اعتبار علاقة العمل كأنها لم تنقطع ولا تجد تبريرها في إلغاء قرار التسريح التعسفي فحسب بل الرغبة أيضا في إصلاح الخروقات التي شابت تلك العلاقة والتي يتحمل تبعاتها المستخدم كونه كان سببا في الاخلال بتلك العلاقة بواسطة قرار الفصل التي اتخذه بشكل مخالف للقواعد الموضوعية.

وأكثر من ذلك ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى اعتبار الاجر (يمنحه القانون طبيعة التعويض) ضمن

<sup>51</sup> عبد السلام ذيب، الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق نص المادة 4/73 من القانون 11/90، المجلة القضائية للمحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 2 سنة 2001 ص 27.

الامتيازات المكتسبة بخلاف القاعدة العامة التي تجعل استحقاق الأجر لا يكون إلا في مقابل العمل المؤدى وفي هذه الحالة يأخذ المقابل المقصود طبيعة التعويض المالي حتى يستوي في هذا الوصف مع مضمون المواد 53 و 80 و 81 و 82 من القانون 11/90 اللواتي تمنحن للأجر أوصافا في حدود ضيقة ليس من بينها ما سيتقاضاه العامل بعد فصله عن عمله ولو تعسفا.

يؤكد القضاء الجزائري<sup>52</sup> هذا المنحى في وصفه للامتيازات المكتسبة بأن الأجور ليست منها وإنما تؤدي مقابل عمل مؤدى، الأمر الذي يجعلنا نحكم على ما أقره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 4-73-4 كيف على أنه تعويض ويقدر على أساس ما كان سيتقاضاه العامل لو استمر في عمله.

ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول بأن الامتياز المكتسب هو الذي يعادل حقا قائما سواء كان مستمرا أو دوريا نظير الحقوق التي لها صلة بوقوع حادث عرضي غير متجدد.

وسار الاجتهاد القضائي الجزائري<sup>53</sup> على هذا المنوال حيث قررت المحكمة العليا أن العامل المسرح تعسفا

يستحق الحصول على تعويض لا يقل عن الأجر الذي كان سيتقاضاه لو استمر في عمله وذلك من تاريخ التسريح إلى تاريخ الحكم القضائي القاضي بإرجاعه إلى منصب عمله بصفته حقا مكتسبا عن الفترة التي لم يعمل فيها ويحق للعامل المسرح تعسفا المطالبة بحقوقه المكتسبة<sup>54</sup> ولكن لا يحق له بعد إعادة

---

<sup>52</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 712501 المؤرخ في 2012/06/07 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 2012.

<sup>53</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 101570 المؤرخ في 1993/10/26 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 1993.

قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 161659 المؤرخ في 1998/06/09 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 1998.

قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 152952 المؤرخ في 1998/02/10 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة 1998.

قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 156550 المؤرخ في 1998/02/10 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة 1998.

قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 157790 المؤرخ في 1998/02/10 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة 1998.

قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 157529 المؤرخ في 1998/02/10 مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق عدد 01 لسنة 1998.

<sup>54</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا 327199 المؤرخ في 2006/02/01 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة 2006 ص 257.

إدماجه المطالبة بالتعويض أو حتى إثارة مسألة التسريح التعسفي أو المطالبة بالرجوع إلى العمل بعقد غير محدد المدة وهو في علاقة عمل محددة المدة مع المستخدم<sup>55</sup>.

وفي هذه الحالة يلتزم القاضي بإرجاع العامل إلى منصب عمله وتحديد الحقوق المكتسبة التي يستفيد منها العامل بما فيها التعويض وتحديد ما نقدا عندما تكون قابلة للتقييم في حدود السلطة التقديرية التي يتمتع بها في هذا المجال دون مراقبة المحكمة العليا عليه؛ ولكنه في كل الحالات لا يستطيع أن يحكم بها من تلقاء نفسه حتى ولو كان منصوبا عليها في القانون لأنه ملزم بالحكم في حدود ما يطلب منه فقط وذلك في الفترة الممتدة من تاريخ التسريح التعسفي إلى تاريخ النطق بالحكم وليس تاريخ تنفيذ الحكم أي تاريخ إرجاع العامل إلى منصب عمله وهو ما أكدته الاجتهاد القضائي الجزائري<sup>56</sup>.

#### الحالة الثانية: حصول العامل على تعويضات في حالة عدم التراضي

في الحالة الثانية حيث لا يحصل التراضي من قبل الطرفين على إعادة إدماج العامل داخل المؤسسة وبالتالي لا مجال لرجوعه إلى منصب عمله سواء نتج ذلك من الرفض المشترك أو من رفض أحدهما، وبصفة خاصة يكون الرفض من جانب المستخدم الذي اتخذ قرار التسريح التعسفي للعامل.

ويشترط أن يكون إبداء الرفض واضحا ويتبين أثناء سير الدعوى وقبل إغلاق باب المرافعة، بما يعني أن على الهيئة المستخدمة التي ترفض إعادة إدماج العامل أن تأخذ إشهادا يثبت ذلك .

في هذا الصدد يمكن أن تحمل المذكرة الجوابية للمستخدم أو محاميه هذا الرفض، كما يمكنه أن يدلي به أمام المحكمة أثناء سير الدعوى ويجب ان يكون صريحا ولا يمكن في اي حال من الاحوال استنتاجه من طلبات أخرى<sup>57</sup>؛ ولا يمكنه بطبيعة الحال إثارة هذا الرفض عند تنفيذ الحكم القضائي لا سيما أن قاضي

<sup>55</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 450715 المؤرخ في 09/04/2008 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 2008 ص 443.

<sup>56</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 185239 المؤرخ في 18/01/2000 مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق عدد 01 لسنة 2000.

<sup>57</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 220630 المؤرخ في 13/06/2001 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 2001.

الموضوع حينما يستخلص تراضي الطرفين على ارجاع العامل يولي أسبقية لذلك استدلالا بالقاعدة المقررة في المنظومة العقدية التي تقضي بأن المحافظة على علاقة العمل أولى من إنهاءها.

عمليا جاء التعديل بواسطة الامر 21/96 الذي عدل المادة 4-73 لتمنح إمكانية جديدة للمستخدم الذي يريد الاستغناء عن العامل واللجوء إلى ذلك عند الضرورة حتى ولو كان ذلك في إطار معاقبته بالتسريح المتخذ بشكل تعسفي وبدون أن يستطيع تبرير قراره بشرط أن يتحمل تعويضات مالية لفائدة العامل المسرح.

يمكن أن نبرر هذا التصرف من جانب النص القانوني على أنه تمكين إضافي لصاحب المؤسسة الذي يعود إليه الأمر في ترتيب مؤسسته والبحث عن الصالح العام لمصلحة العمل الذي يديره وينظمه، الأمر الذي يجعل تفعيل مبدأ سلطان الإرادة المنفردة ظاهرا في إطار النظام الليبرالي الذي يريد المشرع الجزائري انتهاجه، فهو يحفظ مصلحة العمل في جهة المستخدم ويحفظ للعامل حقوقه في جهة أخرى.

يعد اختيار هذه الطريقة رغم ما تظهره من فقد العامل لمنصب عمله أمرا في غاية الأهمية بالنسبة لإرادة الهيئة المستخدمة وعملا مكافئا بالنسبة للعامل الذي يفقد عمله على هذا النحو.

وفي هذه الحالة يقوم القاضي عند استخلاصه لرفض الطرفين أو لأحدهما بالحكم بتعويض مالي لا يقل عن أجزور 6 اشهر دون الاخلال بالتعويضات المحتملة.

كما رأينا في صعوبة تحديد مدلول الامتيازات المكتسبة في الحالة الأولى فالقاضي يلقى أيضا صعوبة في تحديد مقدار هذا التعويض لأن النص يحدد له الحد الأدنى ولكن لا يحدد له الحد الأقصى مما يجعل ذلك يدخل تحت السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في حدود الطلب المقدم له من العامل على أن يأخذ في عين الاعتبار معايير واقعية مثل الاقدمية والسن وظروف العمل والبطالة الموجودة والقدرة الشرائية والراتب الشهري والكفاءات والمؤهلات العلمية والمهنية والمنصب وغير ذلك بناء على طلبه وفق ما يؤكد القضاء الجزائري<sup>58</sup> لأن مسألة التعويض عند القضاء والفقهاء تحصل لجبر الضرر الذي يختلف من عامل

<sup>58</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 0727214 المؤرخ في 07/02/2013 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02

لسنة 2013 ص 251.

لآخر لا سيما في إطار التعويضات المحتملة حيث يجب على العامل إثبات الضرر الذي لحق به جراء التسريح التعسفي الذي أقره المستخدم في حقه<sup>59</sup>.

يجب التنبيه في هذا المجال إلى أن الاجتهاد القضائي الجزائري<sup>60</sup> حينما يطبق نص المادة 4-73 في فقرتها الثانية أي حالة عدم إدماج العامل بعد تسريحه تعسفيا يؤسس التعويض المستحق للعامل المسرح والذي لا يجب أن يقل عن أجور 6 اشهر وكذا التعويضات المحتملة التي يقدرها القاضي وفق عناصر واقعية على القواعد العامة للتعويض المعروفة في القانون المدني وليس على قواعد تشريع العمل.

ومن جهة أخرى فإن من حق الهيئة المستخدمة ان ترفض إعادة إدماج العامل بما يمنحها إياه نص المادة 4-73 في الفقرة الثانية ولا يمكن إرغامها بضرورة إرجاع العامل وفرض الأمر عليها طالما أنها أشهدت على رفضها لمسألة إرجاع العامل المفصول، ولا يمكن للقاضي في هذه الحالة سوى تقدير التعويضات في الحدود الدنيا المقررة قانونا أي الحكم للعامل المسرح تعسفيا بتعويض مالي لا يقل عن أجر 6 أشهر دون الاخلال بالتعويضات المحتملة وعلى ذلك سار القضاء الجزائري في أحد اجتهاداته<sup>61</sup>.

من جهة أخرى تضيف المادة 5-73 في إعطاء مهلة العطلة للعامل المسرح تعسفيا في حالة عدم التراضي على إرجاعه وتحدد المدة الدنيا لهذه المهلة بواسطة الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية حيث جاء النص على ذلك كما يلي: يخول التسريح للعامل الذي لم يرتكب خطأ جسيما الحق في مهلة العطلة التي تحدد مدتها الدنيا في الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية.

تعتبر مهلة العطلة حقا من الحقوق التي أناطها المشرع للعامل المفصول بشكل تعسفي بحيث يتعين على الهيئة المستخدمة أن تمنحه إياها كمرحلة أخيرة تسمح له بالتواجد بمكان عمله، وفي هذه الحالة يمكنه

<sup>59</sup> عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحولت الاقتصادية، المرجع السابق، ص 525.

قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 0779082 المؤرخ في 2013/12/05 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة 2014 ص 279.

<sup>60</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 0914493 المؤرخ في 2014/11/06 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 2014 ص 454.

<sup>61</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا رقم 211235 المؤرخ في 2000/11/15 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 2000.

قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 490426 المؤرخ في 2009/05/06 مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 01 لسنة 2009 ص 417.

الاستفادة من ساعتين مأجورتين كل يوم منفصلتين أو مجموعتين حتى يتسنى له البحث عن منصب عمل آخر، كما يمكن لرب العمل أن يقوم بإعطاء بدل عن مهلة العطلة للعامل المسرح يتمثل في مبلغ مالي يساوي للأجرة الكلية التي يمكن أن يتقاضاها طوال تلك المدة نفسها طبقا للمادة 6-73 من القانون 29/91.

### الفرع الثاني: التسريح المخالف للإجراءات التأديبية

وفق ما سبق فإن خرق تلك الاجراءات سواء المنصوص عليها بواسطة المادة 1-73 والمادة 2-73 من القانون 29/91 المعدل والمتمم للقانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل وهي : السماع من العامل وحقه في اصطحاب اي شخص يختاره وضرورة ان يكون قرار التسريح مكتوباً(ينص عليها النظام الداخلي وجوباً) وبضرورة تكييف الخطأ المرتكب وفق خطورته ودرجة جسامة الضرر الذي يمكن أن ينتج عنه والأخذ بعين الاعتبار سيرة العامل وسلوكه خلال حياته المهنية والظروف المحيطة بارتكابه لذلك الخطأ.

كما يمكن للنظام الداخلي أن يلجأ إلى إقرار إجراءات أخرى مثل: تحديد لمواعيد الاستماع ومكانه ومضمونه وإجراءات السماع وتدوين إجراء السماع واستلام قرار التسريح في سجل أو في محضر وغير ذلك، فإذا ما نص عليها النظام الداخلي على وجه الالتزام تعد ملزمة ويؤدي عدم العمل بها إلى خرق الاجراءات التأديبية شأنها في ذلك شأن ما سبق من الشروط وبالتالي يعتبر أي تسريح وقع خرقاً للإجراءات التأديبية تلك تعسفياً.

تفصيلاً لهذا القول أي تصرف من الهيئة المستخدمة بتسريح أي عامل ارتكب خطأ جسيماً دون اتباع الشروط الشكلية المنصوص عليها في النظام الداخلي والشروط الموضوعية المنصوص عليها من خلال المادة 1-73 من القانون 29/91 فإن تنلك الاجراءات التأديبية من النظام العام ولا تقبل التصحيح وعليه يصبح التسريح تعسفياً تنتج عنه أحكامه بما ذكرناه في مخالفة القواعد الموضوعية في الفرع السابق المعنون ب: التسريح المخالف للقواعد الموضوعية وما يتولد عنه من حالتين فلا داعي لتكراره.

### الفرع الثالث: التسريح المخالف للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة

تنص الفقرة الأولى من المادة 4-73 من الأمر 21/96 على ما يلي: «إذا وقع تسريح العامل مخالفاً للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة تلغي المحكمة المختصة ابتدائياً ونهائياً قرار التسريح بسبب عدم احترام

الإجراءات وتلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به وتمنح العامل تعويضا ماليا على نفقة المستخدم لا يقل عن الاجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله».

يستدل من مضمون أن المشرع الجزائري منح فرصة إضافية لرب العمل لاستدراك الأخطاء المتبعة لدى توقيعها لعقوبة التسريح وذلك بتكليف القاضي متى طرح أمامه نزاع للحكم بإلغاء قرار التسريح والزام المستخدم بإعادة إصدار عقوبة التسريح بشكل يتناسب والقواعد التشريعية والاتفاقية المنصوص عليها خاصة في التسريح لأسباب اقتصادية أو الإحالة على التقاعد وغيرها من التسريحات الغير التأديبية.

فالمهم لدى المشرع الجزائري هو تصحيح الأخطاء الواردة في توقيع العقوبة عن طريق إعادة معاقبة العامل مع منحه تعويضا يساوي الاجر الذي كان سيتقاضاه لو لم يتم فصله على هذا الوجه المعيب.

يرى بعض الفقه<sup>62</sup> أن هذا النص استلهم احكامه من النص الفرنسي الذي تضمنته المادة 4-14-122L من قانون العمل الفرنسي والتي تلزم المستخدم باتباع الاجراءات المقررة فيما يخص الخطأ الفعلي والجدى المؤدى إلى التسريح أي أن الإلغاء الذي يعتمد عليه القاضي الفرنسي يقوم أولا بفحص القانون الموضوعي قبل فحص القانون الاجرائي فعليه أن يتأكد من أن تسريح العامل ينهض مشروعا لأن خطأه كان جسيما بسبب اتصافه بالحقيقة والجدية وفي هذه الحالة يقوم بالزام المستخدم بتصحيح الاجراءات المتبعة لدى معاقبته للعامل وأن لا جدوى إذن من إبطال الاجراءات التأديبية في حالة ما كان التسريح تعسفي لا يستند إلى سبب فعلي ووجدى.

أما المشرع الجزائري فلم يأخذ بعين الاعتبار تلك المآخذ واعتمد على ضرورة إبطال الاجراءات المتبعة دونما النظر إلى استحقاق العامل لعقوبة التسريح أم لا، بما يؤكد أنه راعى تصحيح الأخطاء من جانب المستخدم لدى توقيعها لعقوبة التسريح ونظر إلى القانون الاجرائي ولم يهتم بموضوع التسريح.

الأكد أن القضاء الجزائري<sup>63</sup> يرى أن المقصود بمخالفة الاجراءات القانونية أو الاتفاقية الملزمة المنصوص عليها في المادة 4-73 المعدلة والمتممة بالأمر 21/96 هي الإجراءات غير التأديبية لأنه يمكن

<sup>62</sup> عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحولت الاقتصادية، دار القصة للنشر، الجزائر، 2003 ص 509.

<sup>63</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 201983 المؤرخ في 2000/07/11

قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 187272 المؤرخ في 2001/01/18

قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 189021 المؤرخ في 2000/03/18

تصحيحها مثل: تسريح العمال دون إجراءات تقليص عدد العمال أو إجراءات الاحالة على التقاعد، ويجب على القاضي في هذه الحالة ذكر تلك الاجراءات المخالفة للقانون أو الاتفاق لأن الاجراءات الغير تأديبية ليست من النظام العام وتستحق التصحيح.

أما الاجراءات التأديبية فيرى الاجتهاد القضائي الجزائري أنها من النظام العام ولا يمكن تدارك الاخطاء او المخالفات التي قد تشوب سريانها وعليه يقصد بالتسريح خرقا للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة التسريح غير التأديبي ويقصد بالإجراءات التي يقع تصحيحها الاجراءات الغير تأديبية<sup>64</sup>.

#### الخاتمة:

في آخر بحثنا تسمح لنا قواعد البحث العلمي من خلال ورد في النصوص المتعلقة بتسريح العمال وتطبيقات القضاء لها وآراء الفقه حولها باستنتاجات تتعلق بتسريح قواعده التسريح التأديبي والظروف المحيطة بذلك وما نتج عنها من اختلالات فرضت على المشرع الجزائري إحداث تغييرات جوهرية في مسألة تأديب العمال.

ففي بداية التسعينات أين كان توجه الجزائر لاقتصاد السوق وتحرير سوق العمل وفق النظام الليبرالي الذي يقوم على اقتصار تدخل الدولة في جانبيها التشريعي على المسائل العامة لا سيما تلك المتعلقة بالنظام الاجتماعي مما سمح بانسحاب تنظيم المسائل التأديبية للنظام الداخلي الذي يضعه المستخدم باعتبار هذا الاجراء يتفق ومبادئ النظام الليبرالي المختار.

ولئن كان مشرعنا صائبا في اختيار الاجراءات والأساليب المتبعة للتوجه الاقتصادي الجديد فإنه لم يضع ذلك القواعد التشريعية المتعلقة بتأديب العمال في سياقها حين سحب مهام تحديد الخطأ الجسيم الموجب للتسريح التأديبي من السلطة التشريعية وأعطاه للسلطة التنظيمية في ظل ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية غير ملائمة بمعنى أن الاجراء المتخذ من قبل المشرع كان صائبا ولكن الظروف المحيطة به لم تسمح له بالتطبيق، الأمر الذي حدا بمشرعنا إلى العدول عن رأيه في مدة قصيرة وفق المقاييس المعهودة والاكتفاء بتحديد التشريع للأخطاء الجسيمة على وجه الخصوص تاركا للنظام الداخلي تنظيم بعض الاخطاء التي يراها المستخدم جسيمة مؤدية إلى التسريح من جهة ومسببا في تضارب بين

<sup>64</sup> قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ملف رقم 213831 المؤرخ في 2001/03/21، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

الاجتهادات القضائية من جهة أخرى مع النص على إجراءات تأديبية شكلية وموضوعية تشكل ضمانات للعمال في حالة تسريحهم.

ومن خلال هذا التعديل الذي جاء به القانون 29/91 حين حدد صور الاخطاء الجسيمة على وجه الخصوص وأعطى ضمانات للعمال، كل ذلك كان نتيجة لتعاظم دور التنظيم في مسألة تحديد الاخطاء الجسيمة المرتبط أساسا بتجدد الاخطاء واختلاف طبيعتها والأضرار الناتجة عنها بسبب تعلقها بتصرفات العمال التي لا تنتهي وتتغير دوما وباستمرار وبالتالي يظل النظام الداخلي هو الجهة الحاضنة لها ؛ كان لزاما على التشريع أن يتجه إلى تعديلات جوهرية لإقامة التوازن بين الصلاحيات الممنوحة للمستخدم في إطار ما يضعه في النظام الداخلي للهيئة المستخدمة من أخطاء جسيمة تستحق التسريح التأديبي وإقرار حماية كافية للعمال من تعسف المستخدم لدى استعماله لسلطة التنظيم فأسس نظاما حمائيا يقوم على إعادة العامل إلى منصب عمله أو تعويضه حالة التسريح التعسفي (إذا لم يرتكب خطأ جسيما أو إذا تم تسريجه مخالفة للإجراءات التأديبية) أما تسريجه مخالفة لإجراءات قانونية و/أو اتفاقية ملزمة تتعلق بتسريحات أخرى غير تأديبية فيجب تصحيح تلك الاجراءات

## الحركة الجمعوية بالمدن الصحراوية: "بين التماهي ومحاولات الإنعتاق حالة مدينة العيون".

حمودي بيباه

باحث في سلك الدكتوراه.

باحث في مركز التفكير الاستراتيجي والدفاع عن الديمقراطية.

Hamdi5006@gmail.com

### ملخص الدراسة :

تجسد الجمعيات اليوم، فضاءات لممارسة الحرية والمشاركة المواطنة، كما تمثل أشكال متنوعة ومبتكرة من المبادرات الجماعية والتضامنية. فضاءات تزايد أهميتها في ظل تعقد المجتمعات الحديثة، وتزايد حدة الفقر والإقصاء والهشاشة والتمهيش، علاوة على غياب المساواة والعدالة الاجتماعية، وهي وفق هذا الوضع تتنوع وتختلف وتتجدد، بحسب تنوع الحاجات واختلاف المجتمعات والأزمنة، وتفاقم المشاكل والإكراهات المرتبطة بالتحويلات التي يعرفها المجتمع والسوق والدولة، سواء بدول الشمال أو دول الجنوب.

واعتباراً لهذا، يعد الفعل الجمعوية بالوطن العربي ظاهرة حديثة، تمثل محاولة الإجابة عن حاجات سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية، وكذلك السعي لتجاوز الاختلالات وتغطية الفراغ الذي يحدث من جراء تراجع الدولة وتبني الخصخصة، لهذا يعتبر تأسيس الجمعيات ضرورة اجتماعية لمواجهة الأزمات المتصاعدة التي تمس مختلف مناحي الحياة.

إن الجمعيات بأشكالها وأهدافها وتنظيماتها، ترسم تمفصلاً ضرورياً داخل المجتمعات الحديثة، فهي تعبر عن تعقدها، وتحل جزئياً الصراعات الناشئة عن هذا التعقد. فالحركة الجمعوية بهذا المعنى، ترتبط بالتعقد الذي تعرفه المجتمعات جراء التحويلات المجتمعية. مما يجعل نشوء وتطور الحركات الجمعوية يخضع لمتغيرات سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية يمكن أن يجعلها حركة جمعوية حقيقية أو صورية، ويمكن أن يجعلها حركة جمعوية طيبة وخاضعة أو مستقلة ومتحررة من جميع الولاءات والانتماءات، وبعيدة كل البعد عن أي استقطاب أو اصطافاف. مما يبقي رهان الحركة الجمعوية

هو بناء مجتمع مدني قوي، قادر على التعبير عن حاجات وأولويات المجتمع، ورفع الوعي المجتمعي، وتدبير الخلافات والصراعات داخله، بالإضافة إلى دعم قيم المواطنة والمسؤولية المجتمعية وتعزيز ثقافة التنوع وقيم الانتماء.

يستلزم تحقيق هذا الرهان تشخيص واقع الحركة الجمعوية، عبر استعراض مراحل نشأتها وتطورها بشكل كمي ونوعي، فضلاً عن تقييم الإكراهات والتحديات التي تعيشها. لذلك؛ تشكل الحركة الجمعوية بمدينة العيون نموذجاً جيداً للإشتغال البحثي الميداني، نظراً لثُدرة الدراسات والأبحاث، وكذا لعمق التحولات المجتمعية في الصحراء الغربية، وسرعتها، وخطورة تداعياتها، وإشكالات تدبيرها.

تعرف الحركة الجمعوية بمدينة العيون (كبرى مدن الصحراء الغربية) دينامية وحيوية ملحوظة، بحيث انتقل عدد الجمعيات من 75 جمعية سنة 1995 إلى أكثر من 2000 جمعية سنة 2016. ويعزى هذا التطور الكمي إلى عوامل سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية ذات الصلة بمحطات تاريخية كان لها دور كبير في تشكيل الحيز الترابي تاركة بصمات واضحة.

في ورقتنا البحثية المقترحة الموسومة ب "الحركة الجمعوية بالمدن الصحراوية : بين التماهي ومحاولات الانعتاق حالة مدينة العيون 1975-2016"، نسعى إلى الإجابة على تساؤل أساسي مؤداه : إلى أي حد استطاعت الحركة الجمعوية -بمدينة العيون- في مسارات تطورها أن تتحرر من التماهي والتبعية (الدولة/القبيلة/الحزب/الانتماء المناطقي/الانتماء الهوياتي) وتشكل هوية مدنية مستقلة ومميزة؟

للإجابة على هذا التساؤل، سنقوم بتوصيف مسارات تطور الحركة الجمعوية، فضلاً عن تحليلها وتفسيرها مبرزين سياقات وأسباب هذا التطور بشكل يسمح لنا بالوقوف على المميزات الأساسية للحياة الجمعوية بمدينة العيون. وتتكئ الورقة البحثية في معالجة هذا الموضوع على مجموعة من المناهج (تاريخي، وصفي، تحليلي، واحصائي). ومستندة أيضاً على دراسة ميدانية-تطبيقية (المقابلة) تتخذ من مدينة العيون كحالة للدراسة والاشتغال لمجموعة من الاعتبارات : عمق التحول وسرعته، الحمولة السكانية، التأثير والنفوذ لهذا الحيز الترابي....

**الكلمات المفاتيح :**

الحركة الجمعوية، الاستقلالية، التماهي.

**ABSTRACT :**

The associative movement in the city of Laayoune (the largest city in the Sahara) knows a dynamic and remarkable vitality, Observed in the continuously increasing number of associations from 75 in 1995 to more than 2,000 in 2016. This quantitative development is attributed to political, economic, social and cultural factors related to historic moments that played a major role in shaping the territorial sphere and leaving an indelible mark on the region.

This paper entitled "The associative Movement in Sahrawi Cities: Between Identification and Attempts to Emancipation: the Case of Laayoune City" seeks to answer a fundamental question: To what extent the associative movement of Laayoune city in its development paths can be free from identification and subordination (the state / Tribe / party / regional affiliation / identity affiliation) and constitute an independent and distinct civilian identity ?

In order to answer this question, we will describe the paths of growth and development of the associative movement as well as its analysis and interpretation, highlighting the contexts and causes of this development in a way that allows us to identify the basic characteristics of the associative life in the city of Laayoune. The paper uses multiple approaches (historical, descriptive, statistical, analytic) as well as a field-work that is conducted in the city of Laayoune for a range of considerations (depth and speed of transformation, population growth, influence and leverage of this territorial sphere...).

**KEY WORDS :**

Associative Movement, Independence, Identification.

تجسد الجمعيات اليوم، فضاءات لممارسة الحرية والمشاركة المواطنة، كما تمثل أشكال متنوعة ومبتكرة من المبادرات الجماعية والتضامنية. فضاءات تتزايد أهميتها في ظل تعقد المجتمعات الحديثة، وتزايد حدة الفقر والإقصاء والهشاشة والتهميش<sup>65</sup>، علاوة على غياب المساواة والعدالة الاجتماعية، وهي وفق هذا الوضع تتنوع وتختلف وتتجدد، بحسب تنوع الحاجات واختلاف المجتمعات والأزمنة، وتفاقم المشاكل والإكراهات المرتبطة بالتحويلات التي يعرفها المجتمع والسوق والدولة، سواء بدول الشمال أو دول الجنوب.

واعتباراً لهذا؛ يعد الفعل الجمعوية بالوطن العربي ظاهرة حديثة، تمثل محاولة الإجابة عن حاجات سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية، وكذلك محاولة لتجاوز الإختلالات وتغطية الفراغ الذي يحدث من جراء تراجع الدولة وتبني الخصوصية. وعليه؛ يعتبر تأسيس الجمعيات ضرورة اجتماعية لمواجهة الأزمات المتصاعدة التي تمس مختلف مناحي الحياة.

إن الجمعيات بأشكالها وأهدافها وتنظيماتها، ترسم تمفصلاً ضرورياً داخل المجتمعات الحديثة، فهي تعبر عن تعقدها، وتحل جزئياً الصراعات الناشئة عن هذا التعقد<sup>66</sup>. فالحركة الجمعوية بهذا المعنى، ترتبط بالتعقد الذي تعرفه المجتمعات جراء التحويلات المجتمعية. مما يجعل نشوء وتطور الحركات الجمعوية يخضع لمتغيرات سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية يمكن أن يجعلها حركة جمعوية حقيقية أو صورية، ويمكن أن يجعلها حركة جمعوية طليعة وخاضعة أو مستقلة ومتحررة من جميع الولاءات والانتماءات، وبعبارة كل البعد عن أي استقطاب أو اصطفاف. مما يبقى رهان الحركة الجمعوية هو بناء مجتمع مدني قوي، قادر على التعبير عن حاجات وألويات المجتمع، ورفع الوعي المجتمعي، وتديير الخلافات والصراعات داخله، بالإضافة إلى دعم قيم المواطنة والمسؤولية المجتمعية وتعزيز ثقافة التنوع وقيم الإنتماء.

يستلزم تحقيق هذا الرهان تشخيص واقع حال الحركة الجمعوية، عبر استعراض مراحل نشأتها وتطورها بشكل كمي ونوعي، فضلاً عن تقييم الإكراهات والتحديات التي تعيشها. لذلك؛ تشكل الحركة الجمعوية بمدينة العيون نموذجاً جيداً للإشتغال البحثي الميداني، نظراً لندرة الدراسات والأبحاث، وكذا لعمق التحويلات المجتمعية في الصحراء، وسرعتها، وخطورة تداعياتها، وإشكالية تدييرها.

<sup>65</sup> - بوخرىص فوزي (2013)، مدخل الى سوسيولوجيا الجمعيات، طبعة اولى/ افريقيا الشرق، الدار البيضاء، ص 7.

<sup>66</sup> - بوخرىص فوزي (2013)، مرجع سبق ذكره، ص 138.

هذه التحولات جعلت من مدينة العيون مجالاً "ساخناً"<sup>67</sup> ذو حمولة تحيل على التاريخ، الهوية، الخصوصية، التنوع، التملك، التعقد، ومنظومة فاعلين تملك رهانات متضاربة، ومصالح متصارعة. كل هذا جعلنا أمام حركة جموعية مازالت تناضل من أجل الخروج من وضعية التخندق والإصطفاف (السلطة، القبيلة، الحزب، المناطقية، الهوياتية...)، إلى وضعية التحرر والإستقلالية لتشكيل عمل جموعي ذا هوية مدنية، قادر على التعبير عن المجتمع المحلي، ولعب دور الوساطة والترافع عن مطالبه وحقوقه، بغية تحقيق دينامية اجتماعية ذات بعد تنموي محلي بمدينة العيون.

#### 1- الحركة الجموعية بمدينة العيون : النشأة ومسارات التطور والتحول.

نشأت الجمعيات بمدينة العيون من خلال العمل الكشفي الذي أسسه حزب الاستقلال، ثم بدأت تظهر جمعيات بمبادرة من أشخاص تارة، وبإيعاز من السلطة تارة أخرى، بغية تأطير المشهد المدني وبناء الولاء السياسي<sup>68</sup>. بعد ذلك أصبح تطور خلق الجمعيات وتكاثرها يخضع لمتغيرات سياسية (محلية، وطنية، ودولية) واقتصادية واجتماعية (البرامج العمومية مثل : المبادرة الوطنية للتنمية البشرية 2005، برنامج الاقتصاد الاجتماعي والتضامني...)، زيادة على تنامي الحاجات المجتمعية المتتالية والمتراكمة، ما جعل النسيج الجموعي يعرف تطوراً كمياً ونوعياً، وتنوعاً على مستوى الأهداف والوسائل ومجالات الاشتغال. إلا أن طبيعة الوضع الدائر بالمنطقة يجعل الحركة الجموعية تعيش استقطاباً شديداً بين السلطة والولاءات الحزبية والقبيلية والمناطقية والهوياتية، فضلاً عن تموقع جزء من الفاعلين الجموعيين في وضعيات سياسية صدامية. إلا أن هذا السياق المتباين لم يمنع بعض من الجمعيات من التحرر والإستقلالية، على مستوى الأهداف والوسائل، والسعي للرقى بالفعل المدني عبر تحقق أثر ووقع على المضمون الاجتماعي في مدينة العيون، وإن كان محدوداً.

<sup>67</sup> - فليل سيدي أحمد، "الحيز الترابي والعنف : حالة مدينة العيون"، ورقة بحثية مقدمة في الندوة الدولية "الشباب، التحولات المجتمعية والعنف في حياتنا اليومية"، المنظمة من طرف مجموعة البحث "الشباب : التحولات المجتمعية والتربية" بكلية علم التربية- جامعة محمد الخامس 27 و28 نونبر 2014 بالرباط.

<sup>68</sup> - يعد هذا المفهوم من أكثر المفاهيم السياسية تعقيداً وغموضاً، وهو مفهوم معياري فما قد يشكل ولاء سياسياً في دولة ما، قد لا يشكله في دولة أخرى. "إن التعبير عن الولاء لشيء ما هو التأكيد على سلطته وإبداء إحساس عميق بإحترام تلك السلطة. وغالبا ما يتم استيعاب الولاء السياسي للالتزام السياسي".

- للإستفاضة في هذا المفهوم يمكن الإطلاع على :

\* Encyclopedia of Global Justice, See this link :

[https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-1-4020-9160-5\\_348](https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-1-4020-9160-5_348)

## 1- مرحلة الاختمار والمخاض (1976-1990).

تاريخياً؛ إن مخلفات المرحلة الكولونيالية بمدينة العيون استدعت التدخل العاجل لوضع برنامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية، بدءاً من محاولة تحقيق الاستقرار السياسي والأمني بالمنطقة. حيث تم خلق فروع لتنظيمات جمعوية بإيعاز من السلطة، تنتهي لحزب الاستقلال سنة 1978 خصوصاً الجمعيات الكشفية<sup>69</sup> مثل "الكشاف المغربي" و"التربية والتخييم" والتي كان مقر أنشطتها بدار الشباب الوحده. ثم تأسست جمعية "الكشفية الإسلامية المغربية"<sup>70</sup> وكان مقرها بدار الشباب أم السعد، ثم جمعية "منظمة الكشافة والمرشدات" سنة 1980 ومقرها بدار الشباب أم السعد، وهي من تركة الإسبان في المنطقة، كانت تسمى لا لوخي اسبانيول. وفي نفس المرحلة تأسست "منظمة الشباب العربي" سنة 1980، وامتد عملها لسنتين فقط، حيث استهدفت الشباب واهتمت بالشؤون الثقافية والمسرح.

ويلاحظ أن تشجيع العمل الكشفي كان نابغاً من توفر مقرات لمزاولة أنشطته، إذ أن مدينة العيون كانت تتمتع على دور الشباب، نذكرها بحسب تاريخ نشأتها : دار الشباب المسيرة (1976)، ودار الشباب الوحده (1979)، ودار الشباب القدس (1980).

وبالموازاة مع هذا السياق التاريخي؛ جاءت البدايات الأولى للاهتمام بمجال الإعاقة، فتأسست أول جمعية في هذا النطاق وهي "جمعية المحسنات" بتاريخ 10 فبراير 1982، وفي جمعها العادي سنة 1984 سيتغير اسمها ليصبح جمعية "مساندة الأشخاص المعاقين"<sup>71</sup>، وهي أول جمعية بالأقاليم الصحراوية تختص بالإعاقة، سيما أنها كانت ثاني جمعية على الصعيد الوطني في هذا المجال، بعد جمعية الأستاذة حنان بتطوان المختصة بذوي الإعاقة.

69- ويعتبر من أهم الوجوه التي سارت على درب العمل الكشفي منذ بداياته إلى اللحظة، الأستاذ الحريطاني بوصولة والأستاذ فراحي بيبا، حيث أن جل المعلومات التي سترد حول تاريخية العمل الكشفي بالعيون في هذا النص، هي اقتباسات مما تداولناه في مقابلتنا معهما.

- مقابلة الأستاذ بوصولة الحريطاني، بتاريخ: 05-09-2018، على الساعة: 17:22.

- مقابلة الأستاذ فراحي بيبا، بتاريخ: 31-08-2018، على الساعة: 19:00.

<sup>70</sup>- تغيرت تسمية الجمعية من "الكشفية الإسلامية المغربية" إلى جمعية "المنظمة المغربية للكشافة والمرشدات" سنة 2002.

<sup>71</sup>- مباركة الرزوالي أول ناشطة جمعوية بمدينة العيون. وهي كذلك رائدة بالمجال الإعلامي حيث تكلفت بمجال التحرير باللغة الإسبانية ضمن طاقم الاذاعة الجهوية سنة 1976، وترأست القسم الإسباني بالاذاعة الجهوية بالعيون من 1987 إلى 2010، ثم مراسلة للأخبار الإسبانية بالقناة الأولى بالرباط من 1996 إلى 1999.

- كانت لنا مقابلة مع أول رئيسة لجمعية L'ADAPH الأستاذة مباركة الرزوالي، بتاريخ: 29-08-2018، على الساعة: 35:23.

ولج العديد من الأطفال المعاقين المستشفيات الجامعية والعسكرية للعلاج مجاناً بفضل هذه الجمعية، ومن ثم تم تدشين مقر خاص بالإعاقة يسع مئات المستفيدين دشنته سمو الأميرة لالة حسناء في أول زيارة لها لمدينة العيون سنة 1985. لكن هذا المقر سيتم تحويله لاحقاً إلى مقر لبعثة المينورسو بشكل مؤقت وهو المقر الدائم للبعثة إلى يومنا هذا<sup>72</sup>.

شكلت سنة 1985 نقطة تحول في العمل الجمعوي بفعل بناء مجموعة من المرافق الاجتماعية والثقافية، وتوفير الدعم العمومي للجمعيات إثر الزيارة الملكية للحسن الثاني لمدينة العيون 1985، وقد تأسست في هذه الفترة جمعيات تهتم بالعمل الخيري، وأندية رياضية : خصوصاً رياضة كرة القدم، وكما تأسست مجموعة من فرق رياضة كرة القدم، بحسب المقاطعات الحضرية بالمدينة العيون.

انطلاقاً مما سبق؛ نخلص إلى أن نشأة الفعل الجمعوي كان عبر بوابة العمل الكشفي الذي شهد إقبالاً كبيراً من أبناء المنطقة، وشكل شغفاً للأطفال والشباب، بالرغم من أن العمل كان بوسائل بسيطة. وحسب أحد المؤسسين للعمل الكشفي بمدينة العيون فقد كان الهدف من العمل الكشفي أساساً "احتواء الأطفال ومنعهم بطريقة بديلة عن المظاهرات السياسية التي كانت مشتعلة في ذاك الأوان، وتهدئة المدينة، كذلك إعادة توجيههم تربوياً، والحد من تأثير مواقف العائلات السياسية على الأبناء". لذا؛ كان العمل الكشفي والجمعوي عموماً تحت اشراف وتأييد السلطة بهدف بناء "الولاء السياسي للدولة" وتعزيز الانتماء.

لكن هذه المقاربة لم تحقق -في جانب كبير منها- الأهداف المسطرة، فخروج مجموعة من الشباب في صورة احتجاج جماعي، يرفعون مطالب سياسية إثر زيارة بعثة أممية لمدينة العيون سنة 1986، فيما عرف محلياً بإسم "أحداث البعثة". التي تمخض عنها سلسلة من الاعتقالات والمداهمات للمنازل مما وصم فترة الثمانينات بـ "زمن الخوف" (كإستعارة لتعبير الانثربولوجية صوفي كاراتيني). في مقابل ذلك؛ جابهت السلطة المعارضين بأحد بوادر "القوة الناعمة"، فعملت على مواجهة تلك الأحداث بأكبر عملية توظيف عرفتها المنطقة للشباب الصحراوي، وعرفت محلياً بإسم "الأشبال"، ووفرت أكثر من

72- وفي مقابلة مع الرئيسة الحالية للجمعية قالت : " إن لنا مطالبات بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالجمعية عقب مرحلة تفويت مقرها السابق، لهيئة الأمم المتحدة، ولقد تحدثت في لقائي الأخير مع المفوض الأممي هورست كوهلر بشأن ذلك ".  
- مقابلة رئيسة جمعية L'ADAPH فاطمة المساعدي، بتاريخ: 2018-09-01، على الساعة: 23:33.

6500 منصب شغل، وكان التوظيف قسراً<sup>73</sup>، إعتبرت شعبياً بمثابة "تهجير وإفراغ" الصحراء من شبابها المتعلم، ولاسيما أنه انصب على توظيف أول دفعة من الشباب الصحراوي كانت ستتوجه إلى الجامعة بمختلف تخصصاتها.

وبتسليط الأضواء الكاشفة على هذه المرحلة، يُستنتج أن الفئة العمرية المستهدفة كانت في مجملها من الشباب المتحمس، وأن عملية التوظيف هذه حرمتها من متابعة الدراسة، ومن مزاولة أي عمل مؤثر على المنطقة، فقد "تم ترحيلهم بصفة جماعية ووضعهم في أحياء موحدة بمختلف المدن المغربية، سلمت لهم قرارات التوظيف (...) دون أن يطلب منهم بذل أي مجهود في العمل، ودون تكليف حتى عناء الحضور إلى الإدارات التي عينوا بها، وبقي الجميع زهاء ستة أشهر كاملة في تجمعات سكنية"<sup>74</sup>، وبعد احتجاجهم طلباً للعودة إلى ديارهم، تم اصدار قرار برجعهم إلى مدنهم بالصحراء: و"لهم يتأسف على شباب ضاع، ويأس قد يجرحهم إلى خدمة الانفصال لا عن اقتناع بل انتقاماً ممن فوتوا له الفرصة في الدراسة والتحصيل مقابل دربهات معدودة"<sup>75</sup>.

وبعد سنة 1987، ستشهد مدينة العيون أورش متعلقة بالبنيات التحتية ساهمت في بناء الملاعب والمراكز الثقافية، إلى جانب حصول تواصل - وإن كان محدوداً - بين الجمعيات المحلية وبعض الجمعيات الوطنية، ما جعل مدينة العيون تتوفر على فريق لكرة القدم بالقسم الوطني الأول، هو فريق شباب الساقية الحمراء لكرة القدم، وكذلك تأسيس فروع لبعض الجمعيات الوطنية كالعصبة المغربية لحماية الطفولة، والاتحاد النسائي الوطني المغربي، وجمعيات الآباء وأولياء التلاميذ المرتبطة ببناء المؤسسات التعليمية، إضافة إلى بعض الجمعيات الثقافية والفنية. أما العمل الكشفي فعرف نشاطاً كبيراً، بشكل خاص مع تأسيس فروع لتنظيمات كشفية للشبيبة الاتحادية، والشبيبة الدستورية، ثم لاحقاً شبيبة الحركة الشعبية ما بين سنتي 1988 و1990.

هكذا؛ نجد أن التجربة الكشفية ساهمت في نشأة العمل الجمعي الذي عرف تأسيس جمعيات بمبادرات فردية، وبدعم عمومي وحزبي، شكل مرحلة إختتام واحتضان للحركة الجمعوية، التي

73- ولهذا الكثير من الدلالات السياسية التي يمكن اجمالها في إرادة السلطة السياسية محاولة احتواء وادماج أي رأي معارض. خاصة

إذا ما علمنا أن هذا الإدماج في الوظيفة العمومية، كان في مدن بعيدة جداً عن مدينة العيون.

74- السباعي حافيظي عبد الله، "قضية الصحراء: بين أزمة السياسات المتبعة وسيناريو تطبيق الحكم الذاتي: مجلة وجهة نظر، عدد 28 /

ربيع 2006، ص 43 و45.

75- نفس المرجع الأخير، ص 43.

عرفت مخاضاً عسيراً بسبب الظروف السياسية والأمنية التي كانت تعيشها المنطقة. وهو ما سيسهم في ميلاد حركة جمعوية صاعدة لاحقاً بعد سنة 1991 أي بعد عودة الإستقرار والأمن. نتيجة توقيع اتفاق وقف إطلاق النار بين جبهة البوليساريو والمغرب في شهر سبتمبر 1991 ودخول بعثة المينورسو.

## 2- مرحلة الميلاد والحركية (1991-2005):

عرف النسيج الجمعوي بمدينة العيون حركية مشهودة، تمثلت في تطور عددي صاحبه تطور نوعي. ويفسر ذلك برزنامة من المتغيرات والسياقات الدولية والوطنية والمحلية. يرتبط السياق الدولي بالحرب الباردة وسقوط جدار برلين، مما أسهم في بروز حركة مجتمعية ودينامية مدنية في العالم بأسره. زيادة على حرب الخليج التي تفاعل معها عموم المغاربة حيث خرجوا لأول مرة (بعد انتفاضة 1981) في احتجاجات حاشدة تعبيراً عن تفاعل مجتمعي ضد القصف الأمريكي على العراق، والتي سمحت الدولة فيه بهامش من المظاهرات (حيث عم الاحتجاج حتى المدارس) أما محلياً، فيرتبط بدخول المينورسو (بعثة الامم المتحدة المينورسو Mission des Nations Unies pour l'Organisation d'un Référendum au Sahara Occidental) بعد توقيع اتفاقية وقف إطلاق النار. بالإضافة إلى عودة مجموعة من مؤسسي جبهة البوليساريو، إلى جانب جلب مجموعات بشرية من أصول صحراوية إلى حواضر الصحراء (العيون، السمارة، بوجدور، والداخلة)، وفي هذه الفترة ذاتها التي ستنتقل فيها بوادر "الحركة الطلابية الصحراوية" بالجامعات، وهو ما يؤشر على انطلاق نقاش حول المستقبل السياسي للصحراء لدى النخب الصحراوية الصاعدة<sup>76</sup>.

وتأسيساً على ما سبق؛ شكلت التسعينات بداية الحركية والنشاط في العمل الجمعوي بمدينة العيون بعد تأسيس فروع لجمعيات وطنية، والتي لعبت أدواراً طلائعية في مجالات مختلفة، واتخذت أشكالاً تنظيمية إقليمية وجهوية، فأصبحت مدينة العيون تتوفر على تركيبة جمعوية متنوعة، على سبيل المثال لا الحصر نذكر منها:

- اتحادات إقليمية للمسرح والموسيقى؛

<sup>76</sup> - فليل سيدي أحمد، "الحركات الاحتجاجية بالصحراء: الجذور والمسار و المأل"، ورقة بحثية مقدمة في اليوم الدراسي: "التعبيرات الاحتجاجية بالمغرب دينامية التغيير والإستمرارية"، المنظم من طرف مركز مدى للدراسات والأبحاث الجامعية بكلية الآداب بن مسيك- جامعة الحسن الثاني-الدار البيضاء بتاريخ السبت 25 يوليوز 2015.

- عصب رياضة لمختلف الأصناف الرياضية؛
- مجالس ودور الشباب.

كما تميزت هذه المرحلة بتأسيس بعض الجمعيات المهمة والرائدة في المجالات الاجتماعية، والمجتمعية كالجمعية الإقليمية للأعمال الاجتماعية، والجمعية المغربية للدعم الطبي المهتمة بمرضى القصور الكلوي، ومؤسسة ص.س.م.م لالة حسناء للمعاقين. علاوة على جمعيات ذات توجهات الحركة الإسلامية مثل : جمعية الشروق التي تأسست بتاريخ 27 أكتوبر 1991 وشكلت الذراع الجمعي الوحيدة لحركة التوحيد والإصلاح بمدينة العيون. وقد اشتغلت أكثر على الجانب التربوي والاجتماعي، وكان مقرها بدار الشباب الوحدة بشارع السمارة، ثم انتقلت لاحقاً إلى مقر خاص بها، والتي أسسها نخبة من أساتذة التعليم، وبعض الأطر الوافدة على المنطقة، أغلب هذه الأطر يشتغل في مجال التعليم. إلا أن نشاطها تراجع بمجرد التحاق تلك النخبة بمناطقهم، وعدم قدرة الجمعية على تجديد نخبها.

بعد تأسيس فرع لحزب العدالة والتنمية بمدينة العيون، تم بروز عناصر نسائية بالجمعية ارتكز عملها على تكوينات في التدبير المنزلي فضلاً عن إنشاء مراكز لحفظ القرآن الكريم بمناطق مختلفة من المدينة.

هذه التطورات التي عرفها النسيج الجمعي المحلي، وعلاقتها بمتغيرات وطنية مهمة<sup>77</sup>، لها أثر عميق سيساعد على بروز المناخ الملائم لميلاد حركة جموعية صاعدة، خصوصاً بعد أحداث سنة 1999، حيث عرف المشهد الجمعي تأسيس جمعيات من طرف نخب صحراوية شابة عاطلة تهتم بالقضايا المحلية، ومن أهمها : جمعية شرع للتنمية، التي تعنى بالعديد من المجالات خاصة منها : تنمية قدرات العنصر البشري ليكون قادراً على تدبير الشأن المحلي، ولقد أفرزت العديد من النخب المحلية بكفاءات متعددة، أصبحت تنصدر المشهد السياسي.

وجدير بالذكر أن أحداث سنة 1999 ستسهم لاحقاً في بروز العمل الجمعي، ذا الطابع الحقوقي، على اعتبار أنه سنة 2002 عرفت تأسيس جمعيتين أساسيتين في هذا الإطار وهما : الجمعية المغربية لحقوق الإنسان -فرع العيون-، والمنتدى المغربي لحقوق الإنسان -فرع العيون-. وشكل فضاء هذه الجمعية الأخيرة مجالاً لتطور الممارسة الحقوقية لشباب صحراويين، أخذوا القيادة ورفعوا شعارات ذات

<sup>77</sup> - انشاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان سنة 1990، احداث وزارة حقوق الانسان سنة 1993، اطلاق سراح المعتقلين والسماح بعودة المنفيين في غشت 1991 ويوليوز 1993 وماي 1994، كما سيعرف المغرب تعديلين دستوريين سنتي 1992 و1991، وتقارب بين القصر والمعارضة الوطنية الذي افرز الحكومة التي قادها السيد عبد الرحمن اليوسفي كوزير أول في إطار ما اطلق عليه حكومة التناوب 1998.

مطالب سياسية جذرية. الشيء الذي دفع بالدولة إلى حل المنتدى بحكم قضائي سنة 2003، وتم تشجيع خلق جمعيات حقوقية اعتبرها البعض صورية، وشكل هذا مصوغات تمييع المشهد الجمعي والحقوقى على وجه التحديد.<sup>78</sup>

لعبت هذه التجربة الحقوقية ولو أنها قصيرة دوراً جوهرياً في تطور الخطاب والممارسة الحقوقية وتداخلها مع ما هو سياسي، الذي تسجد بشكل جلي في أحداث سنة 2005<sup>79</sup> بحي معطى الله. وبسبب تأثيرات وتدايعات هذه الأحداث ارتباط مع متغيرات وطنية ودولية، أصبح النقاش حول الوضع السياسي للمنطقة علناً والمطالبة بتقرير المصير جهراً. ويمكن تفسير ذلك من جانب آخر بإنكسار حالة الخوف من السلطة، والاستفادة من مختلف وسائل التكنولوجيا السمعية والبصرية. مما سيؤدي إلى تشجيع تأسيس جمعيات تناصر الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهي جمعيات غير معترف بها، ومن أهمها نجد: لجنة دعم مخطط التسوية الاممي، جمعية حماية الثروات الطبيعية في الصحراء الغربية، الجمعية الصحراوية لضحايا الانتهاكات الجسمية المرتكبة من طرف الدولة المغربية<sup>80</sup>، تجمع المدافعين الصحراويين عن حقوق الإنسان المعروفة اختصاراً بـ "الكوديسا"<sup>81</sup>.

وعلى هذا الأساس؛ أصبحنا أمام مجال جمعي غير محدود، وغير منسجم، وبيئة جموعية حقوقية تنقسم إلى صنفين من الجمعيات الحقوقية: جمعيات رسمية تتمتع بوصول الإيداع، وأخرى غير رسمية لا تتمتع بوصول الإيداع لكن لها وقع على المستوى المحلي والدولي.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> - وتجدر الإشارة إلى أن المجال الحقوقي بمدينة العيون يمتاز بسياق تاريخي خاص، كما تتجاوزه الكثير من الرؤى والطروحات السياسية، مما جعلنا أمام عمل جمعي حقوقي ذو بعدين: 1/ جمعيات حقوقية "طبعة" أو غير تصادمية مع الدولة؛ 2/ جمعيات حقوقية ذات موقف سياسي تصادمي مع الدولة.

- مقابلة عضو المكتب الجهوي -لجنة العيون- للجمعية المغربية لحقوق الإنسان الأستاذ بالعالم سيد النصر، بتاريخ: 10-09-2018، الساعة: 21:19.

<sup>79</sup> - بدأت شرارة هذه الاحداث بعد إقدام إدارة السجن المدني بالعيون يوم 20 ماي 2005 بتنفيذ قرار ترحيل أحد معتقلي الحق العام إلى سجن "ايت ملول" ليلاً.

<sup>80</sup> - حصلت على وصل الإيداع في 7 ماي 2005 عقب ورود المسألة بتقرير المبعوث الاممي للصحراء، وبعد ذلك توصية المجلس الوطني لحقوق الإنسان.

<sup>81</sup> - فليل سيدي أحمد، "الحركات الاحتجاجية بالصحراء: الجذور والمسار و المال"، مرجع سابق.

<sup>82</sup> - حوار مع أحد نشطاء الحقوقيين.

- ويوجد هذا الطرح منطقه في أن العديد من المواطنين يتعاملون بشكل عادي مع هذه الجمعيات، زيادة على ذلك فإن جل الوفود الدولية التي تحل بمدينة العيون، تأتي للقاء معها رغم عدم شرعيتها القانونية، لكنها تتمتع بشعبية تواجدتها في الميدان الحقوقي. كجمعية CODESA، وجمعية ASDVDH في بداياتها تمتعت هذه الأخيرة بوصول إيداع، لكن أصبحت تجد صعوبة دائماً في التعامل مع السلطة، فيما يتعلق بوثانقتها القانونية، نظراً لمواقفها السياسية.

في منتصف هذه المرحلة، برزت حركية واسعة في النسيج الجمعي بمدينة العيون، وأصبح العمل الجمعي يتجه للمناصرة والترافع حول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مما دفع بالدولة إلى محاولة ضبط هذه الحركية والحيوية، من خلال إعادة تنظيم وتأطير المشهد الجمعي. لذا؛ نظمت ولاية العيون يوم دراسي حول العمل الجمعي، يعتبر الأول من نوعه، بتاريخ 25 مارس 2003. وقد تمخض عن هذا اليوم الدراسي ما يلي<sup>83</sup>:

- 1- إحداث خلية تنسيق شؤون الجمعيات، ومهمتها تقديم الدعم والتوجيه والتأطير اللازم للجمعيات، وتنسيق شؤونها وتتبع أنشطتها، إضافة إلى التنسيق مع المصالح الخارجية للوزارات والسلطات المحلية، وكافة المتدخلين والمعنيين بهذا الخصوص؛
- 2- إحداث لجنة إقليمية لتنسيق العمل الجمعي، وضمت لجنة تحت مسمى "لجنة الأخلاقيات" وعُقد أول اجتماع لها في شهر ماي 2003.
- 3- وضع برنامج سنوي للجمعيات النشيطة بإقليم العيون، وعرضه على أنظار اللجنة الإقليمية للدراسة والبحث عن مصادر تمويلية : وتم تسليم المنح للجمعيات خلال حفل رسمي أقيم لهذه الغاية يوم 8 أبريل 2004، بمقر الولاية بمبلغ 2.489.000,00 درهم.
- 4- خلق فضاء جمعي بالإقليم تابع لولاية العيون وتكليف وكالة التنمية الاجتماعية بتجهيزه كلياً. إجمالاً؛ ساهمت الأسباب أعلاه في تناسل الجمعيات، حيث تأسست المئات بغرض الحصول على عوائد مالية من منح وتمويلات عمومية، خاصة بالمجتمع المدني. هذا التزايد المهول في عدد الجمعيات سيتصاعد بشكل كبير مع بروز المبادرة الوطنية للتنمية البشرية 2005. مما حدا بالنسيج الجمعي الذهاب في مسار تطوري كمي ونوعي، سيرز بجلاء لاحقاً في فترة المرحلة الأولى والمرحلة الثانية من المبادرة الوطنية للتنمية البشرية. هذه الظروف كذلك ساعدت في بروز ظاهرة التشبيك، التي تفيد الدخول في مبادرات شخصية وجماعية هي أساساً عبارة عن اتحادات وروابط ومنتديات جموعية تسعى لتوحيد الأهداف والرؤى وخطة العمل المشترك. لكن لم يكتب لها النجاح لأنها لم تكن ناضجة بما فيه الكفاية، مما جعلها تنظيمات ولدت ميتة في أغلبها.

### 3- مرحلة التناسل والبحث عن التمويل (2006-2010).

شكلت المبادرة الوطنية للتنمية البشرية في مرحلتها الأولى حافزاً مشجعاً لتأسيس وتوجيه مئات من الجمعيات بغية الاستفادة من التمويلات، في إطار برنامج الإقصاء الاجتماعي بالوسط الحضري،

<sup>83</sup> - تقرير قسم العمل الاجتماعي-ولاية العيون حول اليوم الدراسي.

وبرنامج محاربة الهشاشة، والبرنامج الأفقي ... الشيء الذي أدى إلى ارتفاع عدد الجمعيات بشكل لافت للنظر، على الرغم من وجود جمعيات هادفة وجادة ولها مشاريع نوعية، إلا أن الكثير من تلك الجمعيات أسسها أفراد لا علاقة لهم بالعمل الجماعي، وليس لهم ميول نحو العمل المدني عامةً. مما يعطينا صورة تعبر عن أن تناسل الجمعيات، لا يكون سوى في نطاق أورش أو برامج عمومية موجهة للمجتمع المدني، يستغلها البعض للاستفادة المالية.

يدخل ضمن دائرة التكاثر الذي يعرفه النسيج الجمعوي بمدينة العيون في هذه المرحلة، ظهور مجالات اشتغال جديدة ومتنوعة، من بينها : مراكز ومراصد الأبحاث والدراسات التي تهتم بالبحث العلمي، في ظل غياب مؤسسات جامعية وفضاءات النقاش العمومي والبحث العلمي بالصحراء.

ومن اللافت للنظر؛ أن عددها قد وصل إلى أكثر من عشرة جمعيات ما بين مركز ومرصد ومجموعة بحثية تأسست على فترات متتالية<sup>84</sup>. وأسست من طرف نخب شابة جامعية ومؤسسات عمومية ذات توجهات مختلفة، وفي سياقات متباينة، ولأهداف شتى. غير أنها لم تحقق قيمة مضافة ملموسة في مجال البحث العلمي، بسبب غياب مؤسسات جامعية بالصحراء، ومناخ يشجع على البحث والدراسة. وهو ما جعل أحد أبرز المراكز البحثية، وهو مركز التفكير الإستراتيجي للدفاع عن الديمقراطية يطرح مناظرات حول جامعة الصحراء<sup>85</sup>. ولا ينفي هذا تأثير العامل السياسي على من يديرون هذه الثلة

<sup>84</sup>- ومن أهم هذه الجمعيات نذكر : مجموعة الساحل والصحراء للدراسات، مركز التفكير الاستراتيجي للدفاع عن الديمقراطية، مركز SAHARA REFLEXION، مركز الصحراء للإعلام والدراسات، مرصد الصحراء للسلم والديمقراطية وحقوق الانسان، مركز دبلول للدراسات والأبحاث، مركز طاقات للدراسات والأبحاث، مركز الدراسات الحسانية (تابع لوزارة الثقافة)، مركز الدراسات الاستراتيجية، مركز الجنوب للدراسات والأبحاث الاستراتيجية، معهد الجنوب الدولي للتدريب والدراسات، مركز الدراسات الصحراوي (تابع للمجلس الوطني لحقوق الإنسان)، وأخيرا جمعية الطلبة الباحثين.

<sup>85</sup>- نظم مركز التفكير الاستراتيجي والدفاع عن الديمقراطية برنامج "منتديات الحوار الاستراتيجي حول الصحراء" في شهر رمضان الفارط وكان عنوانه "إحداث جامعة بمدينة العيون.. الفرص والعوائق"، الذي كان موضوع النقاش حول الفرص والقيود التي تعترض إحداث الجامعة بالصحراء، كما تطرق إلى واقع غياب الجامعة في الصحراء، وتأثيراته على المسار التنموي بالمنطقة.

- كانت لنا مقابلة مع رئيس هذا المركز الدكتور حمداني مولاي بوبكر، بتاريخ: 11-09-2018، على الساعة: 10:12.

تخلل هذا النقاش مجموعة من النقاط أهمها التأريخ لنشوء مراكز البحث والدراسات بمدينة العيون، وكذا الفرص والمعوقات التي تقف حجر عثر أمام تطورها، وكان من أهم الإجابات المطروحة عن الأسئلة، هو أن التمويل المحلي سيف ذو حدين، يتجلى ذلك في أن الجهة الممولة تفرض أجندتها، وتحاول تطويع المراكز البحثية. وفي نفس المضمار يقر الدكتور على أن التمويل الأجنبي يفترض شرطين : 1- التواجد الفعلي والحصول على وصل الإيداع؛ 2- الديمقراطية الداخلية، احترام الجموع العامة، والتزامه في الحسابات المالية.

من المراكز، علاوة على ما يفرضه تمتع هذه المراكز بالاستقلالية من عدمه، على طبيعة انتاجاته وتقييماته.

هذا التطور الكمي والنوعي الذي عرفه النسيج الجمعوي، يطرح مسألة في غاية الهمية وهي التأهيل وتقوية القدرات والتكوين، لتتمكن الجمعيات من تقوية بنيتها الداخلية وتعزيز من فاعلية أنشطتها، وهو ما دفع بوزارة التنمية الاجتماعية والأسرة والتضامن في إطار استراتيجيتها (2008-2012) لإطلاق برنامج تأهيل الجمعيات، الذي يركز بدايةً على إجراء تشخيص تنظيمي-مؤسسي، تحت إشراف وكالة التنمية الاجتماعية، وشكل هذا عماد برنامج التأهيل الموجه للجمعيات في مواضيع عديدة أهمها: التدبير الإداري والمالي، بناء وهندسة الشراكات، التخطيط الاستراتيجي، والحكامة الجمعوية.

وفي بداية سنة 2009؛ شرعت ولاية العيون على القيام بمجموعة من الخطوات كان لها أثر على المشهد الجمعوي، وهي:

- حل الجمعية الإقليمية للأعمال الاجتماعية، ولجنة الأخلاقيات لعدم وجود أساس قانوني؛
- تقديم مشروع المجلس الجهوي للتنمية، ومن أهم مهامه دراسة وتمويل المشاريع المقدمة من طرف الجمعيات والتعاونيات؛
- خلق جمعية العيون مبادرة بدعم من France Initiative : لدعم الجمعيات ذات المشاريع المدرة للدخل والمقاولات الجد صغرى<sup>86</sup>.

ضمن سياق هذه المرحلة؛ ويفضل توفر الدعم العمومي برزت الكثير من الجمعيات، التي أسسها أفراد من عائلة واحدة، وأفراد من نفس القبيلة، أو نفس المنطقة، مما يُظهر تناسل وتنامي جمعيات ذات خلفيات قبلية، أو عشائرية، أو مناطقية، أو هوياتية. نستنتج هذه الملاحظة من خلال المقابلات التي أجريناها، أو بتعميق النظر في لائحة أسماء أعضاء مكاتب بعض الجمعيات أو المستفيدين من مشاريعها. ويتم استغلالها من طرف مجموعة من الفاعلين للتعبيئة لأمر شخصية، أو انتخابية أو اقتصادية أو سياسية. مما قد يولد توترات اجتماعية خطيرة، ويزيد من درجات الاحتقان الاجتماعي.

<sup>86</sup> - فليل سيدي أحمد(2010)، الرهانات الحضرية والتنمية الترابية : حالة مدينة العيون، بحث لنيل دبلوم الماستر في علوم المجال- جغرافيا، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة ابن طفيل، القنيطرة، ص 319.

عموماً، يمكن القول أن أهم ما ميز هذه المرحلة هو تكاثر الجمعيات عددياً، فضلاً عن تنوع مجالات تدخلها واشتغالها. ومن التغيرات الملفتة في هذا النطاق، نزوع العديد من الجمعيات إلى التخصص، مما شكل لدينا قائمة بعدد من الجمعيات المتخصصة في : الإحسان، التعليم، الصحة، البيئة، الثقافة، الرياضة، حقوق الإنسان. مرد ذلك في جانب كبير منه، هو البحث عن الدعم المالي العمومي، بغاية الاستفادة الشخصية. لكن هذا لا يدفعنا لإنكار أن هناك جمعيات حققت قيمة مضافة في مجال عملها (كالإعاقة، البيئة، التعليم، الرياضة، حقوق الإنسان).

#### 4- مرحلة الهيمنة والاستقطاب (2011-2018).

عرفت هذه المرحلة تناسلاً مستمراً لمئات ومئات من الجمعيات، ويعود ذلك إلى جملة عوامل من بينها : محاولة استرضاء البعض ممن لهم موقف سياسي معارض، أو الرغبة في الحصول على تمويل عمومي لمشاريع من لدن عدة برامج تنموية، سواءً المبادرة الوطنية للتنمية البشرية (في مرحلتها الثانية والثالثة)، أو برنامج الاقتصاد الاجتماعي والتضامني، أو برامج ولاية العيون، أو وكالات التنمية (وكالة الجنوب ووكالة التنمية الاجتماعية). مما يعبر أن الأموال المرصودة للتنمية لا تحقق أهدافها وغايتها المنشودة، ولا تصل إلى من يستحقونها من مشغلين وغيورين على مجال العمل الجمعي الحقيقي. ويكشف هذا المعطى عن عمق المعضلة التنموية خصيصاً في شقها الاجتماعي، الذي ظهر بجلاء من خلال أحداث اكديم ازيك سنة 2010.

تبرز من مضامين هذه الاحداث؛ حجم المفارقة المتعلقة بالتدبير والتنمية على مدى أربعين سنة، مما ساهم في بروز لبنات النقاش العمومي السياسي العلني بمدينة العيون، حول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذلك مسألة العدالة الاجتماعية، وقضية توزيع الثروات، الذي أصبح موضوع مرافعة ومناصرة لدى العديد من الجمعيات، تحديداً الجمعيات الغير معترف بها، والتي أصبحت تؤثت المشهد الجمعي بعمل ميداني دؤوب يحاكي اشتغال بعض الجمعيات الرسمية. أمام هذا الوضع، ولاحتواء تصاعد انشغالات الجمعيات، قامت اللجنة الجهوية لحقوق الإنسان بمحاولة تأطيرها عبر دورات تكوينية حول حقوق الإنسان. من خلال مداخل عدة : الوساطة وتدبير التوترات و الخلافات.

إن انبراء مؤشرات تنوع الجمعيات التي تشكلت تركيبة الحركة الجمعوية بمدينة العيون، وتباين أهدافها ووسائلها ومجالات اشتغالها، جعلها محل استقطاب واستهداف من لدن مجموعة من الفاعلين

(عموميين، منتخبيين، مصالح خارجية، أعيان قبائل، جبهة البوليساريو...)، تختلف وسائل هذا الاستقطاب والاستهداف من فاعل إلى آخر، وأبرزها : التمويل المالي، الذي كثيراً ما يتمظهر لنا عبر الشراكات التي تتم بين المؤسسات العمومية وبعض جمعيات المجتمع المدني.

وتبعاً لهذا الطرح؛ نكون أمام حركة جمعوية طيبة ومتماهية في الخطاب والممارسة. عطفاً على ذلك؛ فإن اختيار الجمعيات المشكلة للجن المساواة وتكافؤ الفرص بالمجالس الجماعية، يخضع أيضاً لمعايير حزبية وقبلية أكثر منها معايير الفعالية والأداء.

لا حاجة في هذا المسار للتنبيه؛ على أن الصورة الرمادية للحركة الجمعوية في مدينة العيون، لا تمنعنا من النظر لبعض الجمعيات التي تحاول أن تتحرر من التماهي والتبعية، وتحقق نوعاً من الاستقلالية في الخطاب والممارسة، وإن كانت قليلة جداً بفعل عظمة الإغراءات وقوة الاستقطاب، إلا أنها تبقى ذات فعالية وأداء وأثر محدود.

## II - التطور الكمي والنوعي للنسيج الجمعوي بمدينة العيون.

ترجع نشأة وتطور العمل الجمعوي بمدينة العيون إلى تدخلات مجموعة من الفاعلين (الدولة، الحزب، القبيلة، الأعيان، المنتخبين ...) من جهة، ومرتبطة بسياقات ومتغيرات (سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية) من جهة أخرى، ما انعكس على التطور الكمي الذي صاحبه تطور نوعي دال في مجالات اشتغال هاته الأطر المدنية. إلا أن هذا التطور الكمي والنوعي يطرح سؤالاً ملحاً حول : هل هذا التطور عكس التحولات المجتمعية، أم أنه تكاثر صوري مرده إلى سهولة تأسيس جمعية ؟

### 1- التطور الكمي للنسيج الجمعوي :

من ناحية المؤشرات؛ عرف عدد الجمعيات تطوراً عديداً ملحوظاً، بحيث انتقل من 629 جمعية سنة 1999 إلى 2472 جمعية، ما يعكس تحولات عميقة في الظاهرة الجمعوية، أصبحنا من خلالها أمام جمعية لكل 87 نسمة. وبهذا؛ فالزيادة العددية للجمعيات عرف تغيرات منذ سنة 1999 كما هو مبين في الجدول أسفله.

الجدول رقم 1 : تطور عدد الجمعيات بحسب السنوات (1976-2016) بمدينة العيون.<sup>87</sup>

السنوات	العدد	القطاع المهيم	المجموع
1999-1976	619	الاجتماعي/39 الرياضي/125	2472
2004-1999	111	الاجتماعي/39/مختلف 80	
2010-2004	605	الاجتماعي/147/تنموي 81	
2016-2010	1131	الاجتماعي/160/رياضي 393	

المصدر: ولاية العيون، وزارة الداخلية 2016.

يمكن القول أن ميلاد حركة جمعوية صاعدة كان بعد أحداث 1999، وبالارتباط مع التحولات الدولية والوطنية، كما يتبين من خلال قراءة وتحليل التطور التاريخي للنسيج الجمعوي بمدينة العيون، وابتداءً من سنة 2010 سنشهد ارتفاع مهول لعدد الجمعيات كما يتجلى ذلك من خلال المبيان التالي :

<sup>87</sup> El hairach abdellah, Etude sur le tissu coopératif et associatif de la province de Laâyoune : vision stratégique 2017-

2020, Recommandée par : AMIDEST / LAAYOUNE, P : 13.

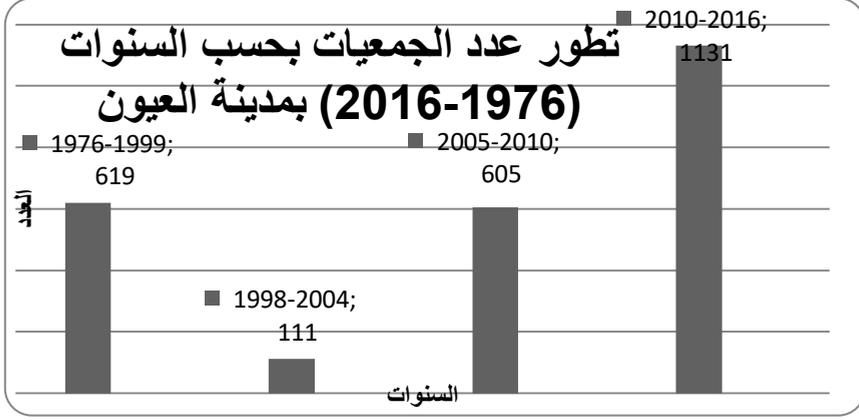
- وهي الدراسة الوحيدة التي تتمتع بنوع من العلمية والدقة في المعطيات، حيث توفر لصاحبها العديد من المعطيات التي عجزنا عن الحصول عليها، لأن تلك المعطيات تتطلب شبكة علاقات قوية، خاصة إذا ما علمنا أن مدينة العيون تحكمها عديد العوامل المتشابهة أهمها : العامل السياسي والعامل الأمني بالنظر لوضعها القانوني.

ولقد قمنا بإجراء مقابلة علمية مع الأستاذ عبد الله الحيرش الذي شخص لنا فيه مسألة العمل الجمعوي، من خلال رصد تاريخيته، والعوامل المتكفمة فيه، على اعتبار تجربته في العمل المدني منذ 1980 إلى اللحظة.

- مقابلة الأستاذ عبد الله الحيرش رئيس أول شبكة جمعوية في الصحراء، التي تسمى ينابيع الساقية الحمراء، 2004، بتاريخ : 15-09-

2018، على الساعة : 40 : 18.

المبيان رقم 1 : التطور العددي للجمعيات بمدينة العيون (1976-2016).



يصعب ارتجال -لهذا الارتفاع- تفسيرات جادة لغياب دراسات ميدانية معمقة، غير أنه وفقاً لهذا الجدول يمكننا أن نرى بوضوح تطور عدد الجمعيات التجارية من الفترة 2010/2005 بعدد 605 كيان جمعي، بينما في الفترة الواسعة 1976-1997 نلاحظ فقط وجود 619 جمعية، وبالنسبة للفترة 2010-2016، "يصل العدد إلى 1131 مؤسسة تم إنشاؤها في هذه المرحلة. تشير ملاحظتنا إلى ثلاثة عوامل أساسية لهذا التطور السريع، وهي :

1. ديناميكيات المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان، مدفوعة بنهج تشاركي من جميع الجهات

الفاعلة؛

2. ظهور المشاكل الاجتماعية؛

3. ظهور مشاركة خاصة من النساء"<sup>88</sup>.

رغم قيمة هذا التقييم، إلا أنه لا يفي بالغرض حيث ينسى استحضار الديناميات الاجتماعية للمجتمع الصحراوي، ولا يولي قيمة للتاريخ -وهنا نستحضر التاريخ كضرورة اجتماعية لفهم بعض التصورات عن السياسي في مدينة العيون، فكل جماعة بشرية في حاجة إلى المعرفة التاريخية لكي تتعرف

<sup>88</sup> - El hairach abdellah, Etude sur le tissu coopératif et associatif de la province de Laâyoune, ... op, cit, P : 16.

على ماضيها السياسي، الذي يساعدها على فهم حاضرها السياسي، وتلمس مستقبلها السياسي<sup>89</sup> في رصد تشخيص علمي عميق يساعد على بناء جوانب من تحليل هذا الارتفاع في نسبة عدد الجمعيات بمدينة العيون. وما يمكن تقديمه كتفسير منطقي هو أن الارتفاع المهول في عدد الجمعيات مرتبط أساساً بعاملين :

الأول : مرتبط بخلق برامج عمومية للدعم والتمويل الاجتماعي والاقتصادي برزت بعد أحداث اقديم ازيك -كحل ترقيعي للأزمة الاجتماعية (التشغيل أساساً)-، التي استغلها الكثير من الفاعلين لتأسيس عدد كبير من الجمعيات والتعاونيات من أجل الاستفادة من الدعم العمومي، في جزئه المرتبط بالأنشطة المدرة للدخل والمشاريع المتعلقة بالمقاولات الصغرى، علماً أن أغلب الجمعيات المؤسسة في تلك الفترة لم تكن تتوفر على رؤية واضحة أو مشروع اجتماعي واقتصادي متكامل وواقعي، الأمر الذي يظهر لنا من خلال قراءة طبيعة ونوعية المشاريع التي استفادت من الدعم العمومي، والتي يغلب على بعضها التكرار.

ثانياً : إن ما يفترضه التطور الإيجابي للعمل الجمعي في مدينة العيون، عدم ربط هذا التطور بالسنين، بل ربطه بالمواضيع التي يهتم بها الفاعل الجمعي، ومحاولاته لصنع رأي عام مستقل قادر على الدفع بقوته الاقتراحية للضغط على الفاعل السياسي، بهدف الرفع من مستوى العيش وتطوير ملامح "المجتمع المدني". وهذا ما كان ضعيفاً على طول مسار تطور العمل الجمعي في الصحراء بصفة عامة، ومدينة العيون بصيفة خاصة. مما يجعلنا في تصادم مستمر مع مفارقة: هل الارتفاع الكمي يعكس عمق التغيرات على المستوى الكيفي / النوعي فيما يتعلق بعمل الجمعيات في العيون ؟

89- للتوسع في هذا المضمون يمكن الرجوع :

- مصطفى أبو ضيف أحمد، منتج البحث التاريخي : بين الماضي والحاضر، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، 1987، الطبعة الأولى، ص: 15.

\* لا يزعم التاريخ في هذا النطاق من التحليل أنه يسهم في خلق تجاوزات لإشكالات وقعت في الماضي ولها تأثير على الحاضر، بل يحاول فقط تحديد ووصف تلك الإشكالات، وتوضيح سببها وزمن حدوثها وكيفية حدوثها. فالتاريخ يدرس الماضي الإنساني الذي هو عبارة عن تراكم غامض لحقائق غير منظمة، تبدو وكأن الصدفة تحكمها، على الرغم من أن هناك قوانين تحكم مجرى العملية التاريخية. للتعلم، انظر :

- قاسم عبده قاسم، الرؤية الحضارية للتاريخ: قراءة في التراث التاريخي العربي، دار المعارف - مصر، 1985، ص: 58 - 59.

## 2- التطور النوعي للنسيج الجمعي :

تفترض دراسة التطور النوعي للنسيج الجمعي، مواجهة عائق طبيعة التصنيف المعتمد في مجالات تدخل واشتغال الجمعيات، فمثلاً نجد أن ما اعتمده المندوبية السامية للتخطيط<sup>90</sup>، هو التصنيف المتوافق مع المصنفة الدولية للمؤسسات غير الهادفة، للريح المقترحة في دليل منظمة الأمم المتحدة. هذه المصنفة تضم 12 مجموعة كبيرة هي : الثقافة و الرياضة والترفيه، التربية والبحث العلمي، الصحة، الخدمات الاجتماعية، البيئة، التنمية والسكن، الحقوق والدفاع عن حقوق المواطنين والمستهلكين والسياسة، ووسطاء الإحسان وإنعاش التطوع، أنشطة دولية، الدين، جمعيات اقتصادية ومهنية ونقابات، وأخيراً المجموعة 12 التي تضم الجمعيات غير المصنفة.

الجدول رقم 2 : تقسيم الجمعيات بحسب مجالات الاشتغال<sup>91</sup>.

رت.	مجال الإشتغال	العدد	النسبة المئوية
1	اجتماعي	671	27
2	مختلف	492	19
3	رياضي	344	14
4	تنموي	228	9
5	تربوي	215	8
6	مهي	166	7
7	ثقافي	082	3
8	فنون	074	3
9	حقوق	054	2
10	الإحسان	053	2
11	الصحة	050	2
12	البيئة	042	2
المجموع		2472	

المصدر: ولاية العيون، وزارة الداخلية 2016

<sup>90</sup> - تقرير المندوبية السامية للتخطيط (2007)، البحث الوطني حول المؤسسات غير الهادفة للريح، الرباط، ص 8.

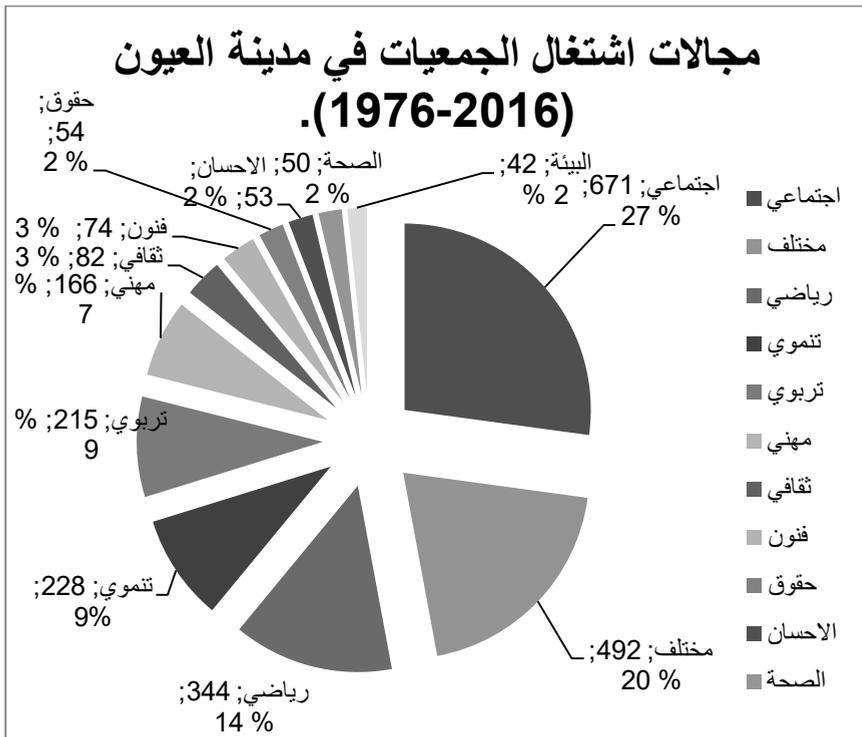
<sup>91</sup> - El hairach abdellah, Etude sur le tissu coopératif et associatif de la province de Laâyoune, ... op, cit, P : 17.

من خلال هذه المؤشرات؛ يمكننا أن نعطي قراءة مزدوجة. من ناحية؛ إذا كان القطاع الاجتماعي أعلى ب 671 (27%)، فهذا يعني أن المجتمع المدني مدرك لأخذ هذا القطاع كأولوية سامقة لحل مشكلاته الاجتماعية. ومن ناحية أخرى؛ قد يكون مؤدى ارتفاع عدد الجمعيات الاجتماعية، راجع لكثرة المشكلات الاجتماعية، مما دفع الجهات الفاعلة المحلية، إلى انشاء مؤسسات اجتماعية، للتخفيف من حدة هذه المشكلات، التي تتجلى فيها مطالب السكان المحليون.

يطرح تصنيف مجالات اشتغال الجمعيات إشكالاً كبيراً بمدينة العيون، على اعتبار قلة التخصص في مجال معين، أضف إلى ذلك أن أغلب الجمعيات لديها قانون أساسي يضم العديد من الاهداف بغية الرفع من فرص الحصول على تمويل مالي من البرامج العمومية، ودون التفكير الجاد في وقع الأهداف على المجتمع.

ويمكن تحديد أهم مجالات اشتغال الجمعيات بمدينة العيون، من خلال الجدول التالي :

المبيان رقم 2 : مجالات اشتغال الجمعيات بمدينة العيون (1976-2016).



يتبين لنا من خلال هذا المبيان؛ أن أغلب الجمعيات تعمل في أربعة مجالات مهمة وهي : اجتماعي، مختلف، رياضي وتنموي. مما يبعث إلى الأذهان التساؤل الآتي : ما المقصود ب"مختلف" ؟ لعله يعكس صعوبة حصر اشتغال واهتمام تلك الجمعيات في مجال معين، أو عملها في جميع المجالات. إن ارتفاع عدد الجمعيات في المجال الاجتماعي والرياضي والتنموي يعني تعدد برامج الدعم العمومي على الأرجح.

وعلى اعتبار كل ما سبق؛ إن التعمق في الظاهرة الجمعوية بمدينة العيون، يواجهنا بثلة من الإكراهات والتحديات الذي يعاني منها العمل الجمعوي، من داخله كمنظومة، أو من خارجه كبيئة تتعرض بشكل دائم لمحاولات الاستقطاب المتكررة. التي نذكرها على سبيل المثال لا الحصر تباعاً :

- ضعف رؤية ومهمة ورسالة الجمعية.
- ضعف في الثقافة الإدارية؛
- ارتباط اختيار أهداف الجمعية بفرص التمويل والمنح والهبات، وليس الاختيار وفق مشكل أو حاجة معينة؛
- النقل الحر في للقوانين الأساسية لجمعيات أخرى متواجدة في مناطق أخرى<sup>92</sup>؛
- عدم احترام اتخاذ القرارات داخل الجمعية؛
- عدم احترام دوريات اللقاءات المؤسساتية للجمعية؛
- تمركز القرارات بيد رؤساء الجمعية؛
- اعتبار الجمعية ملكية خاصة؛
- ضعف احترام مبادئ الديمقراطية والتداول : الأنانية / الشخصية : الجمعية تنسب للأشخاص، خاصة شخص الرئيس. والتناوب على الرئاسة ضعيف جداً؛
- عدم احترام مقارنة النوع الاجتماعي بشقيه : 1. النسوي 2. ذوي الإعاقة : وفي هذا المضمار نقر أن الجمعيات النسوية لا تدرج ضمن لائحتها الرجال أو أصحاب الإعاقة مثلاً؛
- انتشار مهول للجمعيات الريفية التي أصبحت تركز لدى المسؤولين، وعموم المواطنين، بأن الجمعية فضاء للنهب والسرقة ... وهذا ساهمت فيه الدولة عبر إسكات بعض المعارضين أو

<sup>92</sup> - مقابلة مع رئيسة مرصد الصحراء للسلم والديمقراطية وحقوق الإنسان، الأستاذة عيشة دويبي، بتاريخ: 2018-09-04، على الساعة

أصحاب المواقف السياسية، بمساعدتهم على انشاء الجمعيات لأغراض سياسية، وهذا الإجراء أضعف المحاسبة، وفي بعض الأحيان تكون هذه الأخيرة انتقائية<sup>93</sup>؛

○ بقاء رئيس الجمعية مدى الحياة؛

○ غياب الوضوح والشفافية؛

○ غياب الثقة والالتزام؛

○ غياب سياسة مالية؛

○ ضعف في ضبط السجلات المالية؛

○ ضعف في ضبط التقارير المالية<sup>94</sup>؛

إن كل البوادر أعلاه؛ وعلى مدار زهاء أربعين عامًا من بناء القدرات، ورصد ودعم النسيج الجمعوي، فضلاً عن التراكم التاريخي الحاصل في هذا المجال، نرى أن النظرة الاستراتيجية للرفع من مستوى إنتاجية وجدوائية الفاعل والبيئة الجمعوية، يتطلب الاستثمار في مجالات عمل الجمعيات، من خلال نهج قابل للتطبيق من أجل زيادة الاعمال الاجتماعية، التي تتمتع بالنجاح المتزايد في البلدان الناشئة والمتقدمة.

في هذا الصدد؛ وجب على الفاعلين والسلطة الوصية عليهم، أن يكون لهم الإدراك التام لهذه الديناميكية العالمية، وما تتطلبه من جهود جبارة، كمحاولة غرس قيم الاقتصاد الاجتماعي والتضامني، وما يمليه من إعادة بلورة وعي جديد لمفهوم الجمعية ذاتها، وتوجيه وتأييد الفاعل الجمعوي، ليكون قادراً على إنجاح أي مشروع، يدخل في اهتمامات عمله الجمعوي. ومحاولة الانتقال من حالة "الانتظارية" التي تعيشها الجمعيات اليوم، إلى حالة الحركية والفاعلية والاستثمار لخلق عدد كبير من الفرص ومنابع التمويل.

<sup>93</sup> -مقابلة مع الرئيس السابق لجمعية أريف - أفاق لتأهيل وإدماج أشخاص في وضعية إعاقة، الأستاذ المحجوب الدوة، بتاريخ: 08-29-

2018، على الساعة: 10: 21.

<sup>94</sup> - مقابلة مع الفاعل الجمعوي الدكتور محمود عياش، بتاريخ: 16-09-2018، على الساعة: 15: 15.

## خاتمة :

إن الخاتمة هنا؛ لا تعني أن هذا البحث استوفى كل مضامين الموضوع، بل إن الموضوع لازال بحاجة ملحة إلى تعميق الدراسة به ومساءلته علمياً، لأنه يعاني من قلة الأبحاث والدراسات، التي جعلت من سؤال الظاهرة الجموعية، بمدينة العيون موضوع دراسة لها.

من هذا المنظور؛ نفرغ إلى خلاصة مركزية مؤداها أن نشأة الحركة الجموعية بمدينة العيون، ارتبطت بتاريخ العمل الكشفي والتربوي في المنطقة، غير أن ذلك لا يدعنا نتخطى مسألة إشراف الدولة وحضورها المكثف في كثير من المحطات الأساسية، لمراحل تطور الفعل الجموعي، إلى حدود سنة 1999، حيث تضاعف نفوذ سيطرة الدولة، وبرزت جمعيات حقوقية وجمعيات بزعامة نخب محلية تحاول أن تحتل حيزاً في فضاء المشهد الجموعي، وساهم هذا بشكل كبير، بجانب متغيرات دولية ووطنية ومحلية، في نشوء حركة جموعية صاعدة. الشيء الذي انبثقت له الدولة حيث عملت على إعادة تدبير المشهد والتحكم في سقف التحرك.

إلا أن قوة الاستقطاب : سياسية، أو قبلية، أو مناطقية، أو هوياتية، أو جميعهم معاً، يطرح تحديات كبرى، ذات علاقة بدور جمعيات المجتمع المدني، في بروز مطالب جديدة وتوجهات سياسية فاعلة، تبرز في صورة جمعيات غير معترف، بها تناضل من أجل الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتطرح قضايا مرتبطة بالعدالة الاجتماعية، وتوزيع الثروات. وهنا يأتي دور اللجنة الجهوية لحقوق الإنسان في محاولة تدبير هذا الوضع عبر برنامج انصب أساساً على التنسيق لدورات تكوينية، بغاية الرفع من مستوى الترافع والدفاع عن الحقوق.

أخيراً؛ إن قوة الاستقطاب التي تمارسه الدولة على الجمعيات، تجعل جزءاً من الحركة الجموعية طبعاً وتابعاً ومتماهياً مع الخطاب الرسمي، في حين هناك جزء آخر يسعى حثيثاً إلى خلق سبل الانعتاق، وتحقيق التحرر، عبر الاشتغال في استقلالية تامة بعيداً عن مصادر التمويل الوطني، لكن هذا الأخير مازال جينياً وغير مألوف.

- فكيف إذن ينتج المجتمع الصحراوي الجمعيات بمدينة العيون ؟
- وكيف يجب أن تعيد هذه الجمعيات إنتاج المجتمع الصحراوي ؟

## الدخول والأجور المعتبرة في حكمها في النظام الضريبي المغربي

عبد الغاني فايدى

باحث بسلك الدكتوراه بجامعة الحسن الأول-كلية الحقوق بسطات-

تعتبر الضرائب في الدول الديمقراطية الحديثة من أهم مصادر تمويل ميزانية هذه الدول، و تنفيذ سياستها الاقتصادية والاجتماعية، الشئ الذي يجعلها تعتنى بها اعتناء كبيرا، فتصدر لها النصوص التشريعية و التنظيمية، وتعمل على تغيير هذه النصوص كلما دعت الحاجة إلى ذلك محاولة منها ضمان تحمل الأعباء والتكاليف بصورة عادلة بين جميع المواطنين. و في هذا الإطار، عرف المغرب في العقدين الأخيرين من القرن الماضي قفزة نوعية في تحديث قوانين الضريبة وجعلها مواكبة لروح العصر.

كما تتسم الأنظمة السليمة بتطورها المستمر تبعا للمتغيرات التي تطال الميادين الاقتصادية و الاجتماعية والمالية و السياسية. و تماشيا مع نفس الرغبة، كان من الضروري إعادة النظر في بنية النظام الضريبي المغربي. حتى يستجيب للمتغيرات الخارجية، المتمثلة في قرارات و توصيات المؤسسات المالية الدولية، وكذا الاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الدولة المغربية؛ و كذلك للمتغيرات الداخلية التي فرضتها الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية و المالية... الأمر الذي أدى إلى صدور القانون الإطار المتعلق بالإصلاح الضريبي في 23 ابريل 1984، الذي عمل على تجميع و تبسيط المساطر الضريبية النوعية بإحداث ثلاث ضرائب رئيسية، بالرغم من وجود ضرائب أخرى، وتنقسم هذه الضرائب إلى ضرائب مباشرة و أخرى غير مباشرة.

وتفرض الضريبة على الدخل، على دخول وأرباح الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين لم يختاروا نظام الضريبة على الشركات، وتعد دخولا مفروضة عليها الضريبة على الدخل: الدخل المهنية، الدخل الناتجة عن المستغلات الفلاحية، الأجور والدخول المعتبرة في حكمها، الدخل والأرباح العقارية، وأخيرا الدخل و الأرباح الناتجة عن رؤوس الأموال المنقولة. إلا أننا سنقتصر في عرضنا هذا على موضوع تضريب الأجور والدخول المعتبرة في حكمها معتمدين على المدونة العامة للضرائب وفقا لآخر تعديلات قانون المالية لسنة 2011.

وسيتم معالجة هذا الموضوع من خلال مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: نطاق تضريب الأجور والدخول المعتبرة في حكمها.

المبحث الثاني: التدابير المرتبطة بتضريب الدخل الأجرية

### المبحث الأول: نطاق تضريب الأجور والدخول المعتبرة في حكمها.

تعتبر الدخول الأجرية و الدخول المعتبرة في حكمها أهم مصادر الدخول الضريبية، بحيث يشكل المأجورين 70% من الملمزمين الخاضعين للضريبة على الدخل. و بذلك تتحمل الرواتب و الأجور ثقل العبء الجبائي على عكس أصناف الدخل الأخرى. ففي السنوات الأخيرة يبقى مصدر عائدات الضريبة على الدخل هو الرواتب و الأجور بنسبة 90% و الدخول المهنية بنسبة 10% فقط<sup>95</sup>. ومن أجل إلقاء الضوء على هذه الدخول سنقف في هذا المبحث على تحديد الدخول الأجرية و صافها (المطلب الأول)، وكذلك الإعفاءات (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تحديد صافي الدخل الأجرية:

تتمثل المداخل الأجرية في كل من المرتبات 96، و الأجور 97، و التعويضات و المكافآت 98، والمعاشات 99، و الإيرادات العمرية 100، بالإضافة إلى المنافع النقدية و العينية، وكذا الإعانات الخاصة و المبالغ الجزافية المرجعة عن المصاريف و غيرها من المكافآت الممنوحة لمسيرى الشركات 101.

ولتحديد صافي الدخل سننطلق من الحالات العامة، لنمر بعد ذلك للحالات الخاصة. و في ما يخص الحالات العامة، فيتم تحديد صافي الدخل المفروضة عليه الضريبة بالخصم من المبالغ الإجمالية المدفوعة برسم الدخول و المنافع المبينة في المادة 56 من المدونة العامة للضرائب 102:

<sup>95</sup> - عبد القادر برادة، مرجع سابق، ص 21.

<sup>96</sup> - يقصد بالمرتبات: "مبالغ يحصل عليها شخص طبيعى يمارس عملا عقليا أو مهنيا أو إداريا أو فنيا، ويدفع عادة هذا المرتب شهريا".

<sup>97</sup> - وهي التي يلتزم بها المشغل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا على إثر عقد شغل شفويا كان أم كتابيا بدفعها إلى الأجير الذي يلتزم من جانبه إنجاز عمله، و قد تدفع يوميا أو أسبوعيا أو نصف شهريا أو شهريا.

<sup>98</sup> - فيما يخص التعويضات هي كل ما يخص مسيرى للشركات لتغطية خسائر أو مخاطر أو مشقة العمل مع الأخذ بعين الاعتبار و مدة الخدمات المقدمة.

<sup>99</sup> - تشمل المعاشات: الإعانات الدورية، والتي لا تعتبر تعويضات فورية عن الخدمات المقدمة، والأداء فيها يكون مضمون للمستفيدين على مدى الحياة.

<sup>100</sup> - الإيرادات العمرية هي عبارة عن مبالغ دورية تدفع بصفة جبرية للمستفيدين مدى حياتهم تنفيذا لعقد مبرم بينه و بين شخص آخر أو شركة التأمين، كضحايا حوادث السير.

<sup>101</sup> - الإيرادات العمرية هي عبارة عن مبالغ دورية تدفع بصفة جبرية للمستفيدين مدى حياتهم تنفيذا لعقد مبرم بينه و بين شخص آخر أو شركة التأمين، كضحايا حوادث السير.

<sup>102</sup> - المادة 56 للمدونة العامة للضرائب.

✓ العناصر المعفاة من الضريبة عملا بالمادة 57 من المدونة العامة للضرائب .

العناصر المشار إليها في المادة 59 من نفس المدونة، بحيث تخصم من المبالغ الإجمالية المنصوص عليها في المادة 56 من المدونة العامة للضرائب.

✓ باستثناء العناصر المعفاة من الضريبة المحددة في المادة 57؛ وتتمثل هذه العناصر في:

• المصاريف المرتبطة بالوظيفة أو العمل مقدرة بالنسب الجزافية بحسب مجال العمل؛

• المبالغ المحجوزة لتأسيس المعاشات ورواتب التقاعد؛

• الاشتراكات المدفوعة إلى هيئات الاحتياط الاجتماعي وكذا اشتراكات المأجورين المنخرطين في الضمان الاجتماعي من أجل تغطية النفقات المتعلقة بالمنح القصيرة الأجل؛

• حصة المأجورين في أقساط التأمين الجماعي من مخاطر المرض و الولادة والعجز والوفاة؛

• المبالغ المدفوعة لتسييد أصل و فوائد القروض المحصل عليها من أجل اقتناء مسكن اجتماعي مخصص لسكنى رئيسية.

كما يخصم من أجل تحديد صافي الدخل المفروضة عليه الضريبة على الدخل المتعلق بالمعاشات و الإيرادات العمرية ، تخفيض جزافي نسبته 40 % من المبلغ الإجمالي للمعاشات و الإيرادات المفروضة عليه الضريبة مع خصم ، إن اقتضى الحال، الاشتراكات و الأقساط المشار إليهم في المادة 60 من المدونة العامة للضرائب<sup>103</sup> .

و تقييم المنافع العينية باعتبار قيمتها الحقيقية؛ بحيث إذا منحت المنافع مقابل مبلغ يحجز من مرتب أو أجرة المستفيد، وجب خصم المبلغ المحجوز من القيمة الحقيقية للمنافع العينية الممنوحة.

أما بالنسبة للحالات الخاصة فتتمثل فيما يلي:

☞ الوهبات : تحجز الضريبة المستحقة لها في المنبع وفق الشروط التالية :

✓ إذا تسلمها المشغل من المتعامل معهم أو تولى جمعها وجب عليه أن يقوم بحجز الضريبة المستحقة

<sup>103</sup> - المادة 60 من المدونة العامة للضرائب .

- من مجموع مبلغ الوهبات ومبلغ الأجرة التي تضاف إليها إن اقتضى الحال .
- ✓ إذا سلمت الوهبات للمستفيدين منها مباشرة من غير تدخل المشغل في ذلك، قدر المبلغ المفروضة عليه الضريبة منها بصورة جزافية على أساس النسبة المعمول بها وفق الأعراف المحلية.
- ✓ إذا أضيفت الوهبات إلى أجرة ثابتة ، باشر المشغل الحجز كما هو مشار إليه سلفا، وإن تعذر عليه القيام بذلك لكونه لا يدفع أجرة ثابتة إلى مستخدميه ، وجب على المستخدم أن يسلمه مبلغ الضريبة المستحقة على الوهبات التي قبضها، و على المشغل أن يدفع المبلغ المذكور للخبزينة العامة للمملكة في آن واحد مع مبالغ الضريبة المحجوزة المتعلقة بالمبالغ التي دفعها بنفسه إلى مستخدميه.
- ✓ في حالة امتناع المستفيد من الوهبات تسليم المشغل مبلغ الضريبة المستحقة عليها، يظل المشغل مسؤولا شخصيا عن دفع مبلغها إلى الخبزينة، وله أن يرجع على المستخدم المعني لاسترداد مجموع المبالغ التي يكون قد دفعها<sup>104</sup> .
- ☞ تعويضات الجوالين والممثلين والعارضين التجاريين والصناعيين.

و تفرض الضريبة على طريقة الحجز في المنبع، فيما يخص هذه الفئات، وفق الشروط

التالية:

- ✓ إذا كانوا يعملون لحساب مشغل أو أكثر المستوطنين أو المستقرين بالمغرب؛
- ✓ أن لا يقوموا بأية عملية لحسابهم الشخصي؛
- ✓ يجب أن تتم مكافئتهم إما بالتنازل لهم عن نسبة من حصيلة المبيعات وإما بأجرة ثابتة؛
- ✓ كما يجب أن يرتبطوا بعقد مكتوب مع كل واحد من المشغلين<sup>105</sup> .
- بالإضافة إلى ذلك، يجب أن يوضع الطلب لدى مفتش الضرائب التابع له المكان المفروضة فيه الضريبة على المشغل الذي يعمل لحسابه الجوال أو الممثل أو العارض.

<sup>104</sup> - المادة 58 من المدونة العامة للضرائب.

<sup>105</sup> - يجب أن يتضمن هذا العقد البيانات التالية:

- طبيعة البضائع المكلفين ببيعها ؛

- الجهة التي يجب عليهم أن يقوموا فيها بعملهم؛

- سعر العملات أو النسب المتنازل لهم عنها من حصيلة مبيعاتهم.

للمزيد من المعلومات انظر المادة 58 من المدونة العامة للضرائب.

المكافئات و التعويضات الطارئة و غير الطارئة ، إذ تحجز في المنبع الضريبة المستحقة على المكافئات و التعويضات الطارئة و غير الطارئة بموجب المادة 58 من المدونة العامة للضرائب، و تقوم بدفعها منشئات و هيئات إلى أشخاص ليسوا من مأجورينها.

بيد أن الضريبة التي تدفعها مؤسسات التعليم أو التأهيل المهني العام أو الخاص، إلى الأشخاص الذين يقومون فيها بوظيفة التدريس ولا ينتمون إلى مستخدميها الدائمين، تحجز في المنبع وفق الأسعار المحددة في المادة 73 من المدونة العامة للضرائب.

فالضريبة تحجز من المبلغ الإجمالي للمكافئات و التعويضات من غير أي خصم<sup>106</sup>.

### المطلب الثاني: الإعفاءات الواردة على الدخل الأخرية

تعفى من الضريبة على الدخل عملا بالمادة 57 من المدونة العامة للضرائب:

✓ التعويضات المصروفة لتغطية مصاريف الوظيفة أو العمل شرط إثباتها سواء صرفت بناء على قوائم أو بصورة جزافية. بيد أن هذا الإعفاء لا يسري على أصحاب الدخل المعتبرة بمثابة أجور المستفيدين من خصم المصاريف المرتبطة بالوظيفة أو العمل وفق النسب المنصوص عليها في المادة 59 من المدونة العامة للضرائب:

✓ التعويضات و المساعدات العائلية؛

✓ العلاوات المضافة إلى رواتب التقاعد أو المعاشات مقابل الأعباء العائلية؛

✓ معاشات العجز الممنوحة للعسكريين و خلفهم؛

✓ الإيرادات العمرية و الإعانات المؤقتة الممنوحة للمصابين بحوادث الشغل؛

✓ التعويضات اليومية عن المرض و الإصابة و الولادة و منح الوفاة المصروفة وفقا للنصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالضمان الاجتماعي؛

✓ التعويضات المتعلقة بالفصل عن العمل، وكذا التعويض عن المغادرة الطوعية عن العمل؛ بالإضافة إلى جميع التعويضات عن الضرر التي تحكم بها المحاكم في حالة الفصل عن العمل؛

<sup>106</sup> - المادة 73 من المدونة العامة للضرائب.

- ✓ النفقة؛
- ✓ التقاعد التكميلي المنخرط فيه بموازاة الأنظمة المنصوص عليها، و التي لا تخضع اشتراكاتها للخصم لأجل تحديد صافي دخل الأجر المفروضة عليه الضريبة؛
- ✓ الإيرادات الممنوحة بمقتضى عقود التأمين على الحياة أو عقود الرسملة التي تتجاوز مدتها عشر سنوات على الأقل؛
- ✓ حصة أرباب العمل في أقساط التأمينات الجماعية لتغطية مخاطر المرض و الولادة و الزمانة و الوفاة؛
- ✓ مبلغ السندات التي تمثل مصاريف الإطعام أو التغذية المسلمة من طرف المشغلين لمأجورهم قصد تمكينهم من تسديد مجموع أو بعض أثمان الواجبات أو المواد الغذائية، و ذلك في حدود 20 درهم عن كل مأجور و عن كل يوم من أيام العمل، على أن لا تتجاوز في أي حال من الأحوال نسبة 20% من الأجرة الإجمالية للمأجور المفروضة عليه الضريبة. وتجدر الإشارة أنه لا يجوز الجمع بين هذا الإعفاء و التعويضات عن التغذية الممنوحة للمأجورين؛
- ✓ الدفعة التكميلية<sup>107</sup> التي تتحملها الشركة المشغلة في إطار الاختيارات المتعلقة بالاكنتاب في أسهم الشركة أو شراءها لفائدة مأجورها تطبيقا لقرار الجمع العام الاستثنائي. غير أن الاستفادة تتوقف على شرطين: الأول؛ ألا تزيد الدفعة التكميلية عن نسبة 10% من قيمة السهم في تاريخ تخصيص الاختيار، و في حالة عدم ذلك، فإن القسط الزائد على النسبة المشار إليها تعتبر تكملة للأجر خاضعة للضريبة بالسعر المحدد بالجدول الوارد بالمادة 73 من المدونة العامة للضرائب ، وذلك برسم سنة ممارسة الاختيار.
- ✓ أما الثاني؛ فيشترط ألا يتم تفويت الأسهم المملوكة من لدن المأجور قبل فترة منح التصرف البالغ 5 سنوات ابتداء من تاريخ تخصيص الاختيار، و 3 سنوات عن تاريخ التفويت؛
- ✓ الأجر التي يدفعها البنك الإسلامي للتنمية لفائدة مستخدميه؛

<sup>107</sup> - الدفعة التكميلية يقصد بها القسط الذي تتحمله الشركة من ثمن السهم و الناتج عن الفرق بين قيمة السهم في تاريخ تخصيص الاختيار و ثمن السهم الذي دفعه المأجور.

✓ التعويض الشهري عن التدريب المحدد في 6000 درهم لمدة تتراوح بين فاتح يناير 2011 و 31 دجنبر 2012 المدفوعة إلى المتدرب خريج التعليم العالي أو التكوين المهني المعين من لدن منشآت القطاع الخاص بحيث يمنح الإعفاء للمتدرب لمدة 24 شهرا قابلة للتجديد لفترة 12 شهرا في حالة التعيين النهائي. ثم إذا كان مبلغ التعويض المدفوع يفوق 6000 درهم، فإن المنشأة و المتدرب يفقدان حق الاستفادة من الإعفاء و يمنح هذا الإعفاء وفق الشرطين التاليين :

- يجب أن يكون المتدربون مسجلين على الأقل لمدة 6 أشهر بالوكالة الوطنية لإنعاش الشغل و الكفاءات؛

- لا يجوز أن يستفيد نفس المتدرب مرتين من الإعفاء.

✓ المنح الدراسية.

**المبحث الثاني: التدابير المرتبطة بتضريب الدخل الأجرية**

في سياق محاولة الإحاطة بمختلف التدابير المرتبطة بالدخول الأجرية، سنعالج في المطلب الأول الخصوم المتعلقة بها، والواجبات والجزاءات المفروضة على أرباب العمل والمدينين بالإيرادات(المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الخصوم :

يخصم من المبالغ الإجمالية المنصوص عليها في المادة 56 من المدونة العامة للضرائب.

باستثناء العناصر المعفاة من الضريبة بناء على أحكام المادة 57 من المدونة العامة للضرائب:

✓ **المصاريف المرتبطة بالوظيفة أو العمل و المقدرة بالنسب الجزافية التالية :**

\* 20% في ما يتعلق بالأشخاص غير المنتمين للفئات المهنية المشار إليها في (باء و جيم الفقرة الأولى) من المادة 59. شريطة ألا يتجاوز المبلغ المخصوم 30000 درهم. ولحساب نسبة الخصم لا تدرج المنافع النقدية أو العينية في الدخل الإجمالي المفروضة عليه الضريبة و المطبقة عليه النسبة المئوية.

\* يجب ألا يتجاوز المبلغ المخصوم في ما يخص الأشخاص المنتمين إلا الفئات التالية:

<p>- مستخدمو الكازينوهات و الأندية الذين يتحملون مصاريف التمثيل و السهر أو المصاريف المترتبة على اضطرارهم لاتخاذ مسكنين.</p>	<p>25%</p>
<p>- عمال مطابع الجرائد الذين يعملون بالليل و عمال المناجم. - الفنانين المسرحيين و الغنائيين و السينمائيين و راقصي الباليه و الموسيقيين ورؤساء الأjqواق.</p>	<p>35%</p>
<p>- الصحفيون و المحررون و المصورون و المدراء بالصحف. - وكلاء العرض للتأمين على الحياة و المفتشون و المراقبون بشركات التأمين على الحياة و الرسملة و الادخار. - الجوالون و الممثلون و العارضون التجاريون أو الصناعيون. - الملاحون بالطيران التجاري ( الربانة ،مستخدمو الراديو، والالاتيون الخ..... المدرسون بالأندية الجوية و مدارس الطيران المدني).</p>	<p>45%</p>

\* 40% بالنسبة لملاحي الملاحة التجارية و الصيد البحري.

كما تجدر الإشارة أنه لحساب نسبة الخصم الخاصة بالفئات ألف فقرة 1 من المادة 59، يشمل الدخل الإجمالي المطبق عليه النسب المتووية المقررة ناقص المبلغ الإجمالي للمكافئات التي حصل عليها المعنيون بالأمر بما في ذلك التعويضات المدفوعة عن مصاريف العمل و الخدمة و التنقل و الإعانات الأخرى المماثلة باستثناء المنافع النقدية أو العينية.

### ✓ المبالغ المحجوزة لتأسيس المعاشات ورواتب التقاعد:

لإنجاز خصم الاشتراكات الخاص بتأسيس المعاشات ورواتب التقاعد لدى هيئات التقاعد، يجب على المشغل أن يقوم بحجز الاشتراكات و دفع مبلغها شهريا إلى هيئات التقاعد، و أن يحتفظ بنسخة مشهود بمطابقتها لأصل عقد أو عقود انخراط المأجورين المعنيين. أما بالنسبة للأشخاص الأجانب المشتركين فقط في هيئات تقاعد أجنبية، على أن يكون ذلك في حدود نسبة المبالغ المحجوزة التي يتحملها مستخدمو المنشآت و الإدارة المغربية التابع لها الأشخاص المذكورين.

### ✓ الاشتراكات المدفوعة إلى هيئات الاحتياط الاجتماعي، و اشتراكات المأجورين

المنخرطين في الضمان الاجتماعي من أجل تغطية النفقات المتعلقة بالمنح القصيرة الأجل.

### ✓ حصة المأجورين في أقساط التأمين الجماعي من مخاطر المرض و الولادة و

العجز والوفاة.

### ✓ المبالغ المدفوعة لتسديد أصل و فوائد القروض المحصل عليهما من أجل اقتناء

مسكن اجتماعي مخصص لسكنى رئيسية.

ويشترط لإنجاز الخصم أن يقوم المشغل أو المدين بالإيراد كل شهر بحجز المبالغ المرجعة من

القروض و دفعها إلى هيئات الائتمان المعتمدة.

وعملا بالمادة 60 من المدونة العامة للضرائب، يخصم من أجل تحديد صافي الدخل المفروضة

عليه الضريبة المتعلقة بالمعاشات و الإيرادات العمرية، تخفيض جزافي نسبته 40% من المبلغ الإجمالي

للمعاشات و الإيرادات المفروضة عليه الضريبة مع خصم، إن اقتضى الحال، الاشتراكات و الأقساط

المشار إليها في المادة 59 من المدونة العامة للضرائب. بالإضافة إلى الأجور الممنوحة للفنانين، بحيث

يخضع المبلغ الإجمالي للأجور الممنوحة لهم بصورة فردية أو ضمن فرق للحجز في المنبع بالسعر

المنصوص عليه في المادة 73 إثر تخفيض جزافي نسبته 40%.

### المطلب الثاني: الواجبات والجزاء المفروضة على أرباب العمل والمدينين بالإيرادات

في هذا السياق، فالواجبات المفروضة على أرباب العمل و المدينين بالإيرادات تتحدد في:

### أولاً: حجز الضريبة المستحقة في المنبع

يجب على أرباب العمل أو المدينين بالإيرادات المكلفين بحجز الضرائب المستحقة في المنبع، أن يمسكوا سجلا خاصا أو أية وثيقة تقوم مقامه تتضمن جميع البيانات التي من شأنها أن تيسر مراقبة الإقرار السنوي. كما يجب عليهم أن يطلعوا مأموري الضرائب المباشرة و الرسوم التي في حكمها متى طلبوا ذلك على مبلغ المكافئات التي يدفعونها للأشخاص المأجورين. وعليه، يجب أن يحتفظ بالوثائق المشار إليها سلفا إلى نهاية السنة الرابعة للسنة التالية التي بوشر حجز الضريبة عنها ، كما لمأموري الضرائب حق الاطلاع عليها متى طلبوا ذلك .

### ثانيا: دفع الضرائب المحجوزة في المنبع

يجب أن تدفع الضرائب المحجوزة في المنبع إلى محصل الضرائب التابع له موطن الشخص الطبيعي أو مؤسسة الشخص المعنوي الذي تولى الحجز، وذلك خلال الشهر الموالي لشهر الحجز. أما في حالة تحويل الموطن أو موقع المؤسسة، يجب أن تدفع مبالغ الضريبة خلال الشهر الموالي الذي تم فيه تحويل الموطن أو موقع المؤسسة أو التخلي للغير عنها أو انتهاء نشاطه. أما إذا توفي رب العمل أو المدين بالإيراد، فعلى ورثته أو خلفه دفع الضريبة المحجوزة خلال ثلاثة أشهر التالية لأشهر الوفاة، إذ تشفع كل دفعة بقائمة يؤرخها و يوقعها الجانب الدافع. كما تدفع مبالغ الضريبة التي تحجزها الإدارات و المحاسبون العامون إلى الخزينة داخل الشهر التالي للشهر الذي بوشر فيه حجزها، وتشفع كل دفعة ببيان موجز.

و نسجل أن فرض الضريبة يتم تلقائيا على أرباب العمل و المدينين بالإيرادات، إذا لم يدفعوا للخزينة داخل الأجال المضروبة لذلك، المبالغ التي هم مسؤولون عنها وفق نفس الشروط المقررة في فرض الضريبة على الدخل بشكل عام<sup>108</sup>.

### ثالثا: الإقرار السنوي ويتضمن الإقرار بالمرتبات و الأجور

إذ يجب على المشغلين التابعين للقطاع الخاص المستوطنين أو المستقرين بالمغرب وعلى الإدارات و غيرها من الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام، أن يسلموا قبل فاتح مارس من كل سنة إلى مفتش الضرائب التابع له موطنهم الضريبي أو مقرهم الاجتماعي أو مؤسستهم الرئيسية إقرارا

<sup>108</sup> - المادة 156 من المدونة العامة للضرائب.

يتضمن البيانات المشار إليها في المادة 79 من المدونة العامة للضرائب. كما يتم الإقرار ببيان ملحق يتضمن المكافئات و التعويضات العرضية<sup>109</sup> والتعويضات الطارئة و غير الطارئة مع الإشارة إلى الاسم العائلي و الشخصي لكل مستحق و عنوانه ومهنته، و إجمالي المبالغ المدفوعة إليه و مبلغ الضريبة المحجوزة. و يحزر الإقرار وفق مطبوع نموذجي تعده الإدارة و يسلم عنه وصل.

كما يجب على المشغل أن يدلي بإقرار يتضمن قائمة المستفيدين من الإعفاء المنصوص عليه قانونا<sup>110</sup> وفق مطبوع نموذجي تعده الإدارة، ضمن نفس الشروط و الأجال المشار إليها سلفا.

وبخصوص الإقرار بالمعاشات و الإيرادات العمرية، فيجب على المدينين بالإيرادات و معاشات المستوطنين أو المستقرين بالمغرب أن يقدموا البيانات بمستحقي المعاشات أو الإيرادات العمرية التي يدفعونها، وذلك وفق نفس الشروط و داخل نفس الأجال المنصوص عليها في الإقرار بالمرتبات والأجور.<sup>111</sup>

أما في ما يخص الجزاءات المترتبة على أرباب العمل و المدينون بالإيرادات، فإذا لم يدفعوا تلقائيا جميع أو بعض المبالغ المنصوص عليها في المادة 174 من المدونة العامة للضرائب داخل الأجال المحددة لذلك، و جب عليهم أن يدفعوا مع المبالغ المستحقة غرامة قدرها 10%، و زيادة قدرها 3% عن شهر التأخير الأول، و 0.5% من المبلغ عن كل شهر أو جزء شهر إضافي.

وإذا لم يتم دفع المبالغ المستحقة جميعها أو بعضها بشكل تلقائي و جب أن يصدر في شأنها جدول بالتحصيل قصد التسوية بإضافة الغرامة البالغ قدرها 10%، و العلوات المتعلقة بها كما أشرنا سلفا في ما يخص المدة الفاصلة بين تاريخ استحقاق الضريبة و تاريخ صدور جدول تحصيلها.

كما يعاقب على كل مخالفة مرتبطة بالإقرار السنوي للمرتبات و الأجور و بالمعاشات و الإيرادات العمرية، بغرامة ضريبية قدرها 15% من مبلغ الضريبة المحجوزة أو الذي كان من الواجب حجزه.

<sup>109</sup> - انظر المادة 79 من المدونة العامة للضرائب.

<sup>110</sup> - المادة 57\_16 من المدونة العامة للضرائب.

<sup>111</sup> - مقتضيات المادة 79 من المدونة العامة للضرائب.

ونسجل كذلك أنه يترتب على كل إقرار ناقص أو تضمن عناصر غير متطابقة إضافة ذعيرة نسبتها 15 % من مبلغ الضريبة المحجوزة أو الذي كان من الواجب حجزه، و المطابق للإعفاءات و البيانات غير المتطابقة الملاحظة في الإقرارات المتعلقة بالأجور و المرتبات و المعاشات و التعويضات الأخرى.

وعموما فلا يمكن أن يقل مبلغ أية ذعيرة من الذعائر، المشار إليها سابقا، عن 500 درهم، و يصدر الأمر بتحصيلها و تعتبر مستحقة في الحال. لكن تسوية وضعية أرباب العمل، الذين لا يلتزمون بشروط الإعفاء التي تطال التعويض الشهري عن التدريب<sup>112</sup>، بصورة تلقائية دون اللجوء إلى مسطرة تصحيح أساس فرض الضريبة.

### خاتمة

إن دراستنا لموضوع الضريبة على الدخل يندرج في إطار مقارنة بنية النظام الضريبي، على اعتبار أن تلك الضريبة تشكل أحد المكونات الأساسية للنظام الضريبي المغربي من جهة، ونظرا لأهمية الضريبة في إمكانية مساهمتها في التنمية المستدامة من جهة ثانية.

وبخصوص الجوانب التقنية في الضريبة على الدخل، فما استوقفنا هو طابع التعقيد الذي يطغى على مختلف جوانب هذه الضريبة.

وباعتبار أن دراسة أو مقارنة الضريبة على الدخل، لا يمكن الاقتصار فيها على الجانب التقني بقدر ما يجب استحضار الأبعاد السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ووضع الضريبة في صلب الإشكالات التي يعرفها النسق العام أي الضريبة في علاقتها بالدولة، بالمجتمع، بالمواطن يجعلنا نطرح الكثير من التساؤلات عن العدالة الاجتماعية، وعن ثقافة المواطنة.

فإذا كانت الضريبة على الدخل تبدو أكثر مردودية لارتباطها بشكل أساسي بالدخول الأجرية المعتمدة على تقنية الحجز في المنبع، فإنه يصبح سؤال مدى مساهمتها في التنمية مشروعا.

وأخيرا، نسجل أنه إذا كان المجتمع المغربي يعيش إشكالية التحول الديمقراطي، فإن الضريبة بصفة عامة يمكن أن تشكل أحد المداخل الرئيسية لتحقيق هذا التحول، استنادا إلى ضرورة ربط الضريبة بمفهوم المواطنة والعدالة الاجتماعية.

<sup>112</sup> - انظر المادة 57 من المدونة العامة للضرائب.

## آليات الحماية الوقائية لمستهلك العلامة ما بين محدودية النص ومتطلبات الواقع

كمال الفاسي

باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، الرباط

[kamal.elfasi@um5s.net.ma](mailto:kamal.elfasi@um5s.net.ma)

لقد كانت ولا زالت العلاقة الاستهلاكية خاضعة لتأثير عنصر الزمن عليها، إذ تتغير مواصفاتها بتغيره، فبعدما كان الاتصال بين طرفيها مباشرا، أصبح يتصف بالتباعد وتعدد المتدخلين في زمن اقتصاد السوق مما فرض ظهور آليات جديدة تهدف الى تحقيق التواصل بين ضفتي العلاقة الاستهلاكية.

في سياق هذا التحول، ظهرت علاقة جديدة بين طرفين من طبيعتين مختلفتين: العلامة والمستهلك، الأولى - العلامة - تنتمي في أغلب الأحيان إلى حقل الملكية الصناعية الذي يهدف إلى حماية الحق الاستثنائي لأصحاب الحقوق كأولوية، والثاني - المستهلك - يشكل الأساس الذي يبتغي قانون الاستهلاك حمايته، مما جعل النظرة إلى الأولى تختلف حسب موقع طرفي العلاقة الاستهلاكية إذ يعتبرها المستهلك رمزا لالتزام المفاوضة بادعاءاتها، في مقابل اعتبار حملتها الدلالية من قبل المفاوضة تشكل رمزا لكسب ثقة المستهلك<sup>113</sup>.

ووجب التنبيه إلى أن العلامة إن كانت مفهوما من حقل الملكية الصناعية باعتبارها: "كل إشارة تحمليها المنتجات تهدف إلى تمييزها ولضمان مصدرها لصالح المستهلكين" حسب تعريف أحد الفقهاء<sup>114</sup>، فإنه سيتم في هذه الدراسة اعتماد مفهوم أكثر اتساعا عبر توسيه ليشمل العلامات الواردة في قوانين الاستهلاك، المتمثلة في علامة المطابقة للمنظمة في قانون سلامة المنتجات والخدمات<sup>115</sup>، والعلامة الصحية المنصوص عليها في الظهير الشريف بمثابة القانون المتعلق بتدابير التفتيش من حيث السلامة

<sup>113</sup> BORDENAVE (R), Marque & Consommateur: Le divorce, Edition EMS, Paris, 2004, p17.

<sup>114</sup> ROUBIER (P) : Le droit de la propriété industrielle, T2, Recueil Sirey, 1954, p 483.

وعرفها الفقيه GUYON على أنها: "الشارة أو الاسم التي يضعها التاجر على البضاعة التي تمكن المشتري من معرفة أصلها".

- GUYON (Y) : Droit des affaires, Tome 1 : Droit commercial général et Sociétés, 8<sup>ème</sup> édition, Economica, paris, 1994, p741.

<sup>115</sup> القانون رقم: 24.09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.140 الصادر في 16 رمضان 1432 الموافق 17 أغسطس 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 الموافق 22 سبتمبر 2011، ص4678.

والجودة بالنسبة للحيوانات الحية والمواد الحيوانية أو ذات الأصل الحيواني<sup>116</sup> ، التي يتم وضعها من قبل صاحب المنتج أو الخدمة بعد فحصه من الجهات المختصة ضمانا للجودة والسلامة.

تأسيسا على ما سبق، كان العمل على الضبط القانوني لدور العلامة اتجاه المستهلك ضروريا خصوصا على الصعيد الوقائي بوضع آليات تهدف لتفعيل هذا الطابع من أجل التناغم مع توجهات السياسة التشريعية الحديثة، سواء من خلال منظومة قوانين الاستهلاك التي تعتبر الحقل الأصيل لحماية المستهلك، أو عبر قانون حماية الملكية الصناعية الذي هو مجال لحماية الحق الاستثنائي لمالك الحق.

في هذا السياق يثار التساؤل عن مدى تبني المشرع لآليات تحقق حماية وقائية ناجعة لمستهلك العلامة في ظل الأدوار الهامة لهذه الأخيرة على مستوى العلاقة الاستهلاكية؟

من أجل معالجة التساؤل السالف الذكر يجب مناقشة حدود مساهمة آليات قوانين الاستهلاك في تحقيق حماية وقائية لمستهلك العلامة (المطلب الأول)، قبل تحليل مسألة استحضار آليات قانون الملكية الصناعية للحماية المذكورة (المطلب الثاني).

---

<sup>116</sup> ظهير الشريف بمثابة قانون رقم: 291.75.1 الصادر بتاريخ 24 شوال 1397 الموافق 8 أكتوبر 1977 المتعلق بتدابير التفتيش من حيث السلامة والجودة بالنسبة للحيوانات الحية والمواد الحيوانية وذات الأصل الحيواني، الجريدة الرسمية عدد 3388 مكرر بتاريخ 26 شوال 1397 الموافق 10 أكتوبر 1977، ص 2857.

## المطلب الأول: حدود وقاية آليات قوانين الاستهلاك لمستهلك العلامة

يكمن هاجس قوانين الاستهلاك في توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك، خصوصا على الصعيد الوقائي من خلال القيام بوضع مجموعة من الآليات الهادفة إلى ضمان تمتعه بكل حقوقه، إذ في هذا الصدد تعتبر المراقبة الإدارية (الفقرة الأولى) وجمعيات حماية المستهلك أهم الآليات التي تبنتها قوانين الاستهلاك من أجل توفير حماية وقائية لمستهلك العلامة.

### الفقرة الأولى: دور المراقبة الإدارية في وقاية مستهلك العلامة: أزمة الالتقائية

تعكس إجراءات التفتيش والمراقبة الصحية الدور الوقائي الذي تلعبه بعض المصالح الإدارية التابعة للدولة في حماية المستهلك، إذ أسند المشرع لمجموعة من الهيئات الإدارية مهمة القيام بمراقبة السلع والخدمات، وعملية ترويجها، والعلامات التي تحملها هذه السلع أو التي تتم تحتها هذه الخدمة<sup>117</sup>.

ومن هذا المنطلق، تلعب الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري دورا مهما في حماية مستهلك العلامة لأنها تتدخل لوقف بث الوصلات الإشهارية المضللة أو الكاذبة التي لا تتوفر فيها شروط الإخبار والنزاهة<sup>118</sup>، طبعاً في الغالب ما تشكل العلامة أساس هذه الوصلة<sup>119</sup> مما يشكل نوع من الحماية الوقائية لمستهلك العلامة.

كذلك منح المشرع صلاحيات هامة للإدارة وهيئة المطابقة لمراقبة السلع والخدمات بالتنسيق على علامة المطابقة، وتنظيم عملية المراقبة الهادفة إلى التأكد من توفر المنتج على المعايير المحددة من قبل هيئة المطابقة<sup>120</sup> بما يشكل آلية وقائية لصالح مستهلك علامة المطابقة.

<sup>117</sup> منير مهدي: المظاهر القانونية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2004-2005، ص 339.

<sup>118</sup> ابن حسناء: الحماية القانونية للمستهلك من الإشهار المضلل، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الجامعية: 2013-2013، ص 75.

<sup>119</sup> كركين إدريس: الحماية الإدارية والقضائية للعلامة التجارية، رسالة لنيل دبلوم دراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي: 2007-2008، ص 8.

<sup>120</sup> المواد من 20 إلى 28 من المرسوم رقم 2.12.502 صادر في 2 رجب 1434 الموافق 13 ماي 2013 المتعلق بتطبيق القسم الأول من القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتتيم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 الموافق 12 أغسطس 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6158 بتاريخ 26 رجب 1434 الموافق ل 6 يونيو 2013، ص 4420.

وفي نفس السياق، فالعمليات التي تقوم بها سلطات المراقبة التي حددها المشرع في الفصلين 20 و 21 من قانون زجر الغش في البضائع<sup>121</sup> تحمل في طياتها بعدا وقائيا لمستهلك العلامة إذ أن تكثيفها يجعل المهني يتجنب المنتوجات التي تحمل علامات مزيفة.

بالإضافة إلى مساهمة البيطرة المفتشين المعهود لهم من قبل المشرع بمهمة طبع ووضع العلامة الصحية على اللحوم من أجل الدلالة على قابليتها للاستهلاك<sup>122</sup> في تحقيق وقاية خاصة لمستهلك هذا النوع من العلامات.

وعمل القانون 31.08 على تعزيز آليات المراقبة الإدارية من خلال التنصيص على الباحثين المنتدبين للبحث عن مخالفة أحكام القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الذين يقومون بدور وقائي لفائدة المستهلك<sup>123</sup>، إذ بتكرار ترددهم على بائعي المنتجات ومقدمي الخدمات يتحقق نوع من القناعة لدى هؤلاء بضرورة احترام القانون، وعدم استخدام العلامات المزيفة خصوصا تلك المعتبرة في حكم علامة الجودة وإلا تم ضبطهم من قبل المراقبين مما ينعكس على وقاية المستهلك العلامة.

---

<sup>121</sup> قانون رقم: 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 108.83.1 الصادر بتاريخ 9 محرم 1405 الموافق 5 أكتوبر 1984 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3777، الصادرة بتاريخ 20 مارس 1985 ص402، والمعدل بقانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 الصادر في 14 ربيع الأول 1432 الموافق ل 18 فبراير 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5932، بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 الموافق ل 7 أبريل 2011.

<sup>122</sup> المادة 12 من مرسوم 2.98.617، المتعلق بتطبيق الظهير الشريف 1.75.291 بتاريخ 24 شوال 1397 الموافق 8 أكتوبر 1977 المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتدابير تفتيش الحيوانات الحية والمواد الحيوانية أو من أصل حيواني من حيث السلامة والجودة، الصادر في 17 رمضان 1419 الموافق 5 يناير 1999، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4662 الصادرة بتاريخ 17 شوال 1419 الموافق 4 فبراير 1999، ص299.

تنص المادة المذكورة على أنه:

"يراد بالطبع وضع علامة أو طوابع على اللحوم تثبت أنها محضرة في مجازر مر آفة وأنها تعتبر صالحة للاستهلاك العام، وفيما يخص حيوانات الجزارة، تبين في الطابع المذكور بنفس الوقت جودة القصبية التي تقيم وفقا لنظام تقييم وتصنيف القصبية يحدد بقرار للوزير المكلف بالفلاحة."

<sup>123</sup> المادة 166 من قانون رقم 17-97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 19-00-1 الصادر في 15 فبراير 2000، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4776 بتاريخ 9 مارس 2000، ص 366، المغير والمتمم بقانون 31-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 190-05-1 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006، ص453، وكذلك المعدل والمغير بقانون 13-23 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 14-188-1 بتاريخ 21 نونبر 2014، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6318، بتاريخ 18 دجنبر 2014، ص8465.

"علاوة على ضبط الشرطة القضائية، يكون الباحثون المنتدبون خصيصا لهذا الغرض من قبل الإدارة المختصة مؤهلين للقيام بأعمال البحث عن المخالفات لأحكام هذا القانون وإثباتها".

ولكن إن كانت آليات المراقبة الإدارية السالفة الذكر تساهم في تحقيق نوع من الحماية لفائدة المستهلك من الناحية النظرية، فإنه عمليا يجب الاعتراف بمحدودية هذه الوقاية لمجموعة من الاعتبارات المتمثلة أساسا في غياب الانتقائية بين مختلف الجهات المذكورة من أجل مراقبة أكبر نطاق من السوق، وضعف الإمكانيات القانونية والبشرية والتقنية لدى الجهات السالفة الذكر مما يفرض ضرورة إعادة النظر في مقاربة تديرها لتحقيق غايتها.

**الفقرة الثانية: دور جمعيات حماية المستهلك في وقائية المستهلك العلامة: أزمة الاستيعاب**

ساهمت جمعيات حماية المستهلكين بأدوار بارزة في العديد من الدول من أجل الدفع بسن مقتضيات قانونية خاصة تنظم العلاقة بين الموردين والمستهلكين تهدف إلى حماية مصالح وحقوق الفئة الأخيرة<sup>124</sup>.

وفي ظل حركية المجتمع المدني بالمغرب ظهرت عدة جمعيات محلية ووطنية تبنت قضية الدفاع عن مصالح المستهلكين<sup>125</sup>، مما دفع المشرع إلى تنظيمها بموجب القانون رقم: 31.08 المتعلق بتدابير لحماية المستهلك من خلال المادة 152 إلى المادة 162.

ويتجلى البعد الوقائي لجمعيات حماية المستهلك في مجموع التدابير القانونية الممنوحة لها من أجل ممارسة نشاطها، خصوصا في مجال إعلام المستهلكين وتحسيسهم والدفاع عن مصالحهم الجماعية<sup>126</sup> إذ يكون مستهلك العلامة مستفيدا من هذه التدابير عندما يكون موضوعها مرتبطا بالعلامة.

وفي هذا الإطار يتم استعمال وسائل متعددة لتحقيق هذا الإعلام، كالقيام بحملات تحسيسية عن طريق وسائل الإعلام<sup>127</sup>، بكل التقنيات المتوفرة من قبيل الإذاعة والتلفزة والجرائد والمواقع الإلكترونية

---

<sup>124</sup> خليل زكرياء: دور جمعيات حماية المستهلكين في تمثيل المستهلكين والدفاع عنهم بين المقتضيات القانونية والواقع العملي، مقال منشور ضمن أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه، المنظم بكلية الحقوق سطات، يوم 14 مارس 2013، تنسيق رياض فخري، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 2015، ص91.

<sup>125</sup> BENDRAOUI (A) : La protection du consommateur au Maroc, REMALD, N36, 2002, p241.

<sup>126</sup> المامون إبراهيم: جمعيات حماية المستهلك، مقال منشور ضمن سلسلة دراسات وأبحاث: حماية المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 2014، ص186.

<sup>127</sup> الزوجال يوسف: الضمانات القانونية للمستهلك في عقد التأمين في التشريع المغربي: دراسة على ضوء القانون رقم 31.08 المتعلق بحماية المستهلك، مقال منشور ضمن سلسلة دراسات وأبحاث: حماية المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 2014، ص186.

والمنشورات<sup>128</sup> ، مما يمكن معه توعية المستهلك بدور العلامة في العملية الاستهلاكية وتمكينه من آليات فك دلالة العلامات خصوصا عندما يتعلق الأمر بعلامات المطابقة أو الجودة أو العلامة الصحية مما يجعله يمارس حقه في الاختيار بشكل صحيح.

وبالإضافة الى ذلك يمكن أن تقوم جمعيات حماية المستهلك بالإشهار المضاد بواسطة نشر انتقادات للسلع والخدمات<sup>129</sup> التي تكون علامتها لا تعبر عن جودتها أو من أجل مواجهة السلع الحاملة لعلامات مزيفة بالسوق.

ولقد منحت بعض التشريعات لجمعيات حماية المستهلك في إطار أدوارها الوقائية أسلوب المقاطعة الذي تطلب فيه من جمهور المستهلكين بشكل جماعي عدم الإقبال على شراء منتج أو سلعة ما<sup>130</sup> عندما تكون السلعة أو الخدمة الحاملة لعلامة ما شرعية وقانونية، ولكن الثمن المحدد من قبل مالكيها مرتفع، أو للخدمة أو السلعة أثار سلبية على المستهلك، بالإضافة إلى منحها أدوار متميزة على مستوى دعوى التزييف ومسطرة الوقف الجمركي عكس القانون المغربي.

إلا أنه رغم أهمية التدابير التي يمكن لجمعيات حماية المستهلك ممارستها لحماية مستهلك العلامة في ظل علاقة استهلاكية تتصف بتباعد أطرافها وتعتمد العلامات كآلية أساسية في التواصل بينهما فإن أدوارها تتصف في هذا النطاق بالضعف والمحدودية لمجموعة من الاعتبارات يمكن تلخيصها في نقط التالية:

- ضعف مستوى تكوين أفراد جمعيات حماية المستهلك، خصوصا عندما يرتبط الامر بالعلامات، إذ يمكن الحديث عن انعدام المعرفة بأدوار العلامات في العلاقة الاستهلاكية لدى أغلب أطر هذه الجمعيات.
- ضعف الموارد المالية لجمعيات حماية المستهلك للقيام بالتدابير القانونية الوقائية الهادفة إلى حماية المستهلك نظرا لما تتطلبه من مصاريف مالية<sup>131</sup> ، خصوصا ما يتعلق بالحملات التلفزيونية والإذاعية.

<sup>128</sup> بوحيمدي نبيل: العمل الجمعي في مجال حماية المستهلك، مقال منشور بمجلة الملف، العدد الثامن، سنة 2006، ص 176.

<sup>129</sup> المامون إبراهيم: جمعيات حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 187.

<sup>130</sup> المامون إبراهيم: جمعيات حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 187.

<sup>131</sup> هرناف مريم، حماية المستهلك من الإشهار الكاذب والمضلل، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية: 2013-2014، ص 166.

- غياب التنسيق بين جمعيات حماية المستهلك في المغرب، مما يجعلها تجد صعوبة في القيام بمهامها الوقائية<sup>132</sup>.
  - يعتبر غياب الثقافة الاستهلاكية لدى المواطن المغربي من الصعوبات والعراقيل التي تواجهها جمعيات حماية المستهلك بالمغرب<sup>133</sup>، خصوصا عندما يتعلق الأمر بموضوع دقيق يتعلق بالعلامة.
  - غياب التواصل بين إدارة الجمارك وجمعيات حماية المستهلك حول السلع الاستهلاكية الموقوفة ضمن مسطرة الوقف الجمركي<sup>134</sup>.
  - غياب التنسيق بين جمعيات حماية المستهلك والمكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية من أجل توعية المستهلكين بدور العلامة في ضمان الحق في الإعلام.
- إن الإكراهات الواقعية السالفة الذكر تجعل من الدور الوقائي لجمعيات حماية المستهلك فيما يتعلق بالعلامة محدودا، مما يتطلب العمل على زرع ثقافة استهلاكية تستحضر الدور المتميز للعلامة في العلاقة الاستهلاكية مع ضرورة تقوية موقع الجمعيات، خصوصا فيما يتعلق بتكوين أعضائها لأنه لا يمكن المطالبة بمنحها إمكانيات مادية وتوسيع صلاحياتها القانونية دون أن تتوفر على أعضاء لهم ما يكفي من الخبرة والتكوين لضمان صرف الدعم العمومي بشكل عقلاني.

**المطلب الثاني: استحضر آليات قانون الملكية الصناعية للحماية الوقائية لمستهلك العلامة:**

#### سؤال المحدودية

تعتبر حماية الحق الاستثنائي لمالك العلامة الغاية الأساسية لآليات قانون الملكية الصناعية، إلا أنه رغم ذلك تعكس نوعا من الوقاية لمستهلك العلامات خصوصا على مستوى إجراءات تسجيلها (الفقرة الأولى) وعلى صعيد مسطرة التدابير على الحدود (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: تفعيل إجراءات تسجيل العلامة للحماية الوقائية للمستهلك: أزمة النجاعة**

يعد تسجيل العلامة<sup>135</sup> في السجل الوطني للعلامات الذي يتم مسكه من طرف المكتب المغربي

<sup>132</sup> لمسيح رشيد: حماية المستهلك وفق قانون 31.08 القرض العقاري نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية: 2012-2013، ص 78.

<sup>133</sup> هرناف مريم، حماية المستهلك من الإشهار الكاذب والمضلل، المرجع السابق، ص 168.

<sup>134</sup> اخبرو عبد الحميد: العلامة التجارية والإجراءات المتبعة من طرف إدارة الجمارك لحمايتها، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية: 2012-2013، ص 78.

للملكية الصناعية والتجارية شكلية لازمة لنشوء الحق في العلامة وتمتعها بالحماية القانونية<sup>136</sup>، إذ أن هذه الحماية مقرونة بتوفر شروط موضوعية محددة قانونا مع وجوب سلك إجراءات خاصة للحصول على شهادة التسجيل التي يمنحها المكتب المغربي للملكية الصناعية<sup>137</sup>.

ولقد حدد قانون حماية حقوق الملكية الصناعية هذه الشروط في الجودة، التميز، والمشروعية، ويقصد بجدة العلامة عدم سبق استعمال ذات العلامة من منتج أو تاجر آخر على سلع مماثلة<sup>138</sup> مما يشكل ضمانا لحق المستهلك في الاختيار عبر حمايته من الوقوع في الخلط بين العلامات المتشابهة لمنتجات مماثلة.

وثاني الشروط الموضوعية يتجلى في التميز الذي عبر عنه المشرع في الفقرة الأولى للمادة 133 من قانون حماية حقوق الملكية الصناعية بالقول: " يراد في هذا القانون بعلامة الصنع أو التجارة أو الخدمة كل شارة قابلة للتجسيد تمكن من تمييز منتجات أو خدمات شخص ذاتي أو معنوي"، إذ يحقق هذا الشرط نوع من الحماية الوقائية لجمهور المستهلكين من الوقوع في الخلط بين العلامات المتداولة في السوق<sup>139</sup>، وأكد القضاء بدوره على ضرورة توفر هذا الشرط الموضوعي فيها عندما اعتبر أن الغرض منها يكمن في أن تكون وسيلة لتمييز منتج عن آخر بهدف رفع اللبس عن المستهلك حتى لا يقع في الخلط<sup>140</sup>.

على هذا الأساس يمكن القول بأن العلامة تلعب وظيفة أساسية في تمكين المستهلك من التعرف على السلع أو الخدمات<sup>141</sup>، مما يجعلها تساهم في إعلام المستهلك وضمان حقه في الاختيار.

<sup>135</sup> للمزيد من الاطلاع حول عملية التسجيل عد الى:

PASSA (J), Droit de la propriété industrielle, Edition ALPHA, paris, 2009, P 70.

<sup>136</sup> لفروجي محمد: الملكية الصناعية والتجارية: تطبيقاتها ودعاواها المدنية والجنائية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2002، ص300.

<sup>137</sup> محبوبي محمد: النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحقوق الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الثانية، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، سنة 2011، ص64.

<sup>138</sup> الفيوليبي سميحة: الملكية الصناعية، دون ذكر الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003، ص264.

<sup>139</sup> VOGEL (L) : Droit européen des affaires, 1ème édition, Dalloz, Paris, 2012, p371.

<sup>140</sup> قرار محكمة النقض عدد 1/75، ملف تجاري عدد 2013/1/3/801، بتاريخ 12 فبراير 2015، (غير منشور).

<sup>141</sup> فرجية حبيبة: تسجيل حقوق الملكية الصناعية في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، الموسم الجامعي: 2005-2006، ص 75

ويكمن الشرط الموضوعي الأخير في ضرورة أن تكون العلامة مشروعة أي ألا تكون هذه الشارة تمثل كلمات أو رسوم أو رموز يمنع القانون استعمالها في العلامات أو يوقف ذلك على ضرورة الحصول على إذن بذلك تمنحه السلطات المختصة، أو أن تكون ماسة بحقوق سابقة أو متنافية مع النظام العام أو من شأنها مغالطة الجمهور في طبيعة المنتج أو الخدمة أو جودتها أو مصدرها الجغرافي<sup>142</sup>، مما يمكن التصريح معه أن هذا الشرط في عمقه يحمل حماية وقائية لمستهلك العلامة خصوصا عبارة: " أو من شأنها مغالطة الجمهور في طبيعة المنتج أو الخدمة أو جودتها أو مصدرها الجغرافي " التي تجعل من حماية حق المستهلك في الاختيار محدد لنطاق مشروعية العلامة.

غير أنه رغم استيفاء العلامة لشروطها السابقة، فهي لا تتمتع بالحماية إلا بعد القيام بالإجراءات الشكلية المتطلبه قانونا من أجل الحصول على شهادة التسجيل<sup>143</sup>، فتشكل محطة إيداع طلب التسجيل نقطة الانطلاقة، ويقوم بعده المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية بفحص طلب التسجيل من الناحية الشكلية وبالتحقق من مدى مطابقته للمقتضيات القانونية<sup>144</sup> وفق ما هو متعارف عليه في نظام الفحص السابق الذي يتبناه المشرع المغربي<sup>145</sup>.

ويجب التنبيه هنا إلى أن هذا النظام يعتبر محدود جدا في حمايته للمستهلك عكس نظام الفحص السابق الذي يتبناه المشرع الانجليزي<sup>146</sup>.

وبعد ذلك يتم نشر طلب الإيداع الذي يشكل نقطة انطلاقة التعرض، والذي اعتبره بعض الفقه بأنه: "إجراء يطلب من خلاله الغير من المكتب الوطني للملكية الصناعية عدم تسجيل شارة ما"<sup>147</sup>.

<sup>142</sup> لفروجي محمد: الملكية الصناعية والتجارية: تطبيقاتها ودعاواها المدنية والجنائية، المرجع السابق، ص 298.

<sup>143</sup> CHAVANNE(A), BURST (I) : Droit de la propriété industrielle, 5ème édition, Dalloz, paris, 1998, P 624.

<sup>144</sup> محبوبي محمد: النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحقوق الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 84.

<sup>145</sup> معلال فؤاد: الملكية الصناعية والتجارية. دراسة في القانون المغربي والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، مطبعة الامنية، الرباط، سنة 2009، ص 308.

<sup>146</sup> دوده فواز عبد الرحمن علي: الحماية القانونية للعلامة التجارية في الجمهورية اليمنية، دراسة مقارنة، دون ذكر السنة، دار الجامعة الحديثة، الإسكندرية، سنة 2011، ص 710.

<sup>147</sup> Marteau (I) / Boubee (R) : les marques déceptives : droit français, droit communautaire, droit comparé, Edition Litec, paris, 1992, p.213.

وبشكل التعرض دورا وقائيا يحصن حق طالب الإيداع من الآثار السلبية إذا كان حسن النية<sup>148</sup>، ويساهم في الوقاية من العلامة التي قد تكون متشابهة، فعند التعرض لا يتم تسجيلها ولا يسمح لها بالولوج إلى السوق من أجل ألا تساهم في التأثير على اختيارات المستهلك عبر وقوعه في الخلط بينها وبين العلامة الموجودة من قبل بالسوق.

وإذا كان لا يحق ممارسة حق التعرض في التشريع المغربي إلا من قبل مالك العلامة أو المستفيد من حق الاستغلال لاستثنائي ما لم يتم الاتفاق على شروط تعاقدية مخالفة<sup>149</sup>، فإن هذا الحصر للأشخاص المسموح لهم بممارسة التعرض يضيق من حرية الأشخاص في هذا المجال<sup>150</sup>، ويمنع جمعيات حماية المستهلك من ممارسته بما يجعل هذا التدبير محدودا في توفير حماية وقائية لمستهلك العلامة الخادعة والمضللة، عكس التشريع الأردني الذي اعترف بشكل صريح لجمعيات حماية المستهلك بالحق بالتعرض<sup>151</sup>.

وبالرغم من كون موقف المشرع المغربي مسائرا لفكر العميد RIPERT الذي يرى أنه لا يسوغ لغير المالكين والمستفيدين من حق الاستغلال الاستثنائي تقديم تعرضهم على العلامة، إذ لا يجوز للجانين الآخرين لحقوق سابقة أن يقدموا سوى دعوى بطلان لاحقة لتسجيل العلامة<sup>152</sup>، إلا أنه كان على المشرع أن يمنح لجمعيات حماية المستهلك المتمتعة بصفة المصلحة العامة الحق في التعرض بالنظر لصرامة الإجراءات القانونية المفروضة على هذا النوع من الجمعيات سواء من خلال القانون 31.08 أو من خلال مسطرة الحصول على صفة المصلحة العامة.

وتنتهي إجراءات التسجيل بالإعلان عن العلامات المسجلة سواء تعلق الأمر بالعلامات العادية أو علامات التصديق الجماعية<sup>153</sup> أو تسمية المنشأ والبيانات الجغرافية<sup>154</sup> من قبل المكتب المغربي للملكية

<sup>148</sup> محبوب محمد: النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحقوق الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 86.

<sup>149</sup> معلال فؤاد: الملكية الصناعية والتجارية، المرجع السابق، ص 500.

<sup>150</sup> الدان خالد: مسطرة التعرض على طلب تسجيل العلامة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2009-2010، ص 37.

<sup>151</sup> المادة 14 من قانون العلامات التجارية، رقم 34 لسنة 1999 المعدل سنة 2008:

"1- يجوز لأي شخص أن يعترض لدى المسجل على تسجيل أية علامة تجارية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ نشر إعلان تقديم الطلب لتسجيلها أو خلال أية مدة أخرى تعين لهذا الغرض..."

<sup>152</sup> RIPERT (G) /ROBLOT (R): Trait2 de droit commercial, Tome 1, Volume 1, 18<sup>ème</sup> édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence; Paris; 2001; P542.

<sup>153</sup> نص المادة 176 من قانون حماية حقوق الملكية الصناعية على:

الصناعية والتجارية بالنشر الدوري لفهرس العلامات<sup>155</sup>، إذ يمكن القول أن هذا النشر يجب أن يشكل نوعا من الحماية للمستهلك عبر توفير نوع من الإعلام والإخبار حول العلامات القانونية بالسوق، إلا أنه في ظل عدم استخدام وسائل التواصل الحديثة من قبل المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية، وعدم انفتاحه على المستهلك فإن هذا النشر لا يمكن أن يساهم واقعيًا في تحقيق الحماية الوقائية لأفراد الكتلة الصامتة.

وإذا كان المشرع المغربي قد خول بموجب الفصل 161 من قانون حماية حقوق الملكية الصناعية لكل ذي مصلحة طلب بطلان العلامة المخالفة لأحكام المواد 133 و134 و135 من نفس القانون، أي العلامة التي تفتقد الطابع المميز أو التي تعتبر شارة ممنوعة، وإمكانية التصريح بأحقية جمعيات حماية المستهلك في ممارسة دعوى البطلان بناء على ذلك، فإنه كان من الأجدر أن يمكن الجمعيات بشكل صريح من حق ممارسة هذه الدعوى، مع وضع جزاءات يتم إنزالها على الجمعيات في حالة ثبوت العكس من قبيل الحكم بنشر اعتذار في جريدتين لرد الاعتبار للعلامة التي تم المس بسمعتها عند ممارسة مسطرة البطلان.

انطلاقًا مما سبق يتضح أن تسجيل العلامة يحمل في عمقه حماية لفائدة مستهلكها، إلا أنه يجب إعادة النظر في المقتضيات القانونية المنظمة لتسجيل العلامة بما يجعلها أكثر نجاعة من حيث الحماية الوقائية للكتلة الصامتة.

#### الفقرة الثانية: دور التدابير على الحدود في وقاية المستهلك العلامة: سؤال محدودية النص

لقد أدخل المشرع بموجب القانون 31.05<sup>156</sup> المعدل للقانون 17.97 المتعلق بحماية حقوق الملكية الصناعية أحكام تتناول إمكانية توقيف التداول الحر عند الحدود من طرف إدارة الجمارك والضرائب

---

"تقوم الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية بنشر فهرس رسمي لجميع علامات الصنع أو التجارة أو الخدمة والعلامات الجماعية وعلامات التصديق الجماعية المسجلة وتبين فيه العقود المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 157 أعلاه."<sup>154</sup> تنص المادة 182.3 من قانون حماية حقوق الملكية الصناعية على أنه:

"تقوم الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية بنشر فهرس رسمي لجميع البيانات الجغرافية وتسميات المنشأ."<sup>155</sup> محبوبي محمد: مظاهر حماية الملكية الفكرية في ضوء التشريع المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 2015، ص 64.

<sup>156</sup> القانون رقم 05-31 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-05-190 بتاريخ 15 محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير 2006، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 الصادرة بتاريخ 20 فبراير 2006، ص 453.

غير المباشرة لسلع مشكوك بكونها سلعا مزيفة أو مقرصنة<sup>157</sup>.

وبالعودة إلى مقتضيات قانون حماية حقوق الملكية الصناعية يتبين أن العلامة المتعلقة بالتجارة أو الصناعة تتمتع بالحماية بموجب هذا الإجراء سواء كانت فردية أو جماعية باستثناء علامة الخدمة، لأن الخدمات لطبيعتها غير المادية لا تخضع للمراقبة الجمركية<sup>158</sup>، مما يطرح النقاش حول الأبعاد الوقائية لحماية مستهلك العلامة على هذا المستوى؟

يتم توقيف السلع المشكوك بأنها مزيفة<sup>159</sup> في الأصل بناء على طلب بذلك من أصحاب الحقوق على العلامة الأصلية، وبشكل استثنائي عبر التدخل التلقائي من طرف إدارة الجمارك<sup>160</sup> مما يحقق نوعا من الوقاية لمستهلك العلامة<sup>161</sup>.

إن مالك العلامة عندما يبادر إلى طلب الاستفادة من الحماية المقررة بموجب مسطرة التدابير على الحدود لا يهدف إلى حماية حقه الاستثنائي فقط، وإنما يسعى أيضا إلى حماية مستهلك العلامة بطريقة غير مباشرة، إذ ينتج عن تدخل إدارة الجمارك توقيف التداول الحر للسلع المزيفة بمنعها من الولوج للأسواق المحلية مما لا يسمح لها بمغالطة جمهور المستهلكين وتضليلهم<sup>162</sup>، وحمايتهم من الغش والخداع<sup>163</sup>.

ويمكن أن يتم الوقف الحر للسلع المشكوك في كونها مزيفة بشكل تلقائي من طرف إدارة الجمارك عندما تتأكد أو تشك بأنها مزيفة، وتخبر فوراً صاحب الحق في العلامة وتمكنه من كافة المعلومات

<sup>157</sup> محبوبي محمد: مظاهر حماية حقوق الملكية الفكرية في ضوء التشريع المغربي، المرجع السابق، ص 133.

<sup>158</sup> خلاد يوسف: الحماية الجمركية لحقوق الملكية الصناعية، أطروحة لنيل دكتوراة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، الموسم الجامعي: 2008-2009، ص 223.

<sup>159</sup> أكدت محكمة النقض على هذا الارتباط بين ضرورة الشك في تزيف العلامة وتحريك مسطرة التدابير على الحدود في قرارها رقم 1/286، ملف عدد 1/3/92/2014 بتاريخ 4 فبراير 2015 (قرار غير منشور).

<sup>160</sup> صباري محمد: الإجراءات الوقائية لحماية الملكية الصناعية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية: 2012/2013، ص 72.

<sup>161</sup> محبوبي محمد: مظاهر حماية حقوق الملكية الفكرية في ضوء التشريع المغربي، المرجع السابق، ص 158.

<sup>162</sup> محبوبي محمد: إثبات المخالفة الجمركية، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 15/14، سنة 2008، ص 19.

<sup>163</sup> صباحي حميد: دعوى تزيف العلامة التجارية، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الرباط، فترة التدريب: 2011/2013، ص 97.

اللازمة<sup>164</sup> الذي عليه الإدلاء بها لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة خلال عشرة أيام من تاريخ إخباره من لدنها بما يثبت القيام برفع الدعوى وتقديم الضمانات المحددة من طرف المحكمة<sup>165</sup>، وإلا تم الإفراج عن السلع، مما يمكن القول معه أنه في حالة ممارسة الدعوى من قبل مالك العلامة فهو يحقق نوع من الحماية الوقائية لمستهلك العلامة عبر منع السلع المزيفة من الولوج إلى السوق.

وكذلك يعتبر من أبعاد تفعيل الحماية الوقائية تدخل المحكمة التي تنظر في الملف المتعلق بالنازلة لتحكم بإتلاف السلع ونشر الحكم في حالة ثبوت كونها مزيفة كما هو الحال في ملف رقم 4145 الصادر عن المحكمة التجارية بالرباط<sup>166</sup> الذي جاء فيه: " على المدعي عليها شركة ... في شخص ممثلها القانوني بالتوقف عن استيراد وبيع وعرض للبيع لجميع المنتجات الحاملة لعلامة المدعية ... تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 2000 درهم من يوم الامتناع عن التنفيذ الى غاية التوقف الفعلي، وإتلاف جميع المنتجات الحاملة لعلامة ... مزيفة والتي تمت معاينتها بمقتضى محضر الوصف المنجز بتاريخ 2015/06/04 على نفقة المدعى عليها بعد صيرورة الحكم نهائيا، وبأداء المدعى عليها لفائدة المدعية مبلغ (15000.00) خمسة عشر ألف درهم كتعويض عن الضرر، وبالسماح للمدعية بنشر الحكم بعد صيرورته نهائيا بجريدة باللغة العربية وأخرى باللغة الفرنسية على نفقة المدعى عليها بما فيها مصاريف الترجمة والنشر مع تحديد مبلغ 3000.00 درهم كسقف لهذه النفقات، وبتحميل المدعى عليها الصائر وبرفض باقي الطلبات"، مما يجعل هذه التدابير تشكل نوع من الوقاية لمستهلك العلامة عبر تحصين حقه في الاختيار السليم عند ولوج السوق، ونفس الشأن عند العمل على إتلاف البضاعة كحل إداري تصالحي مبسط للمخالفة من قبل إدارة الجمارك<sup>167</sup>.

غير أن هذه الحماية الوقائية للمستهلك من خلال أعمال إدارة الجمارك تظل تتصف بالمحدودية

لعدة اعتبارات:

<sup>164</sup> النميري المحجوب: إدارة الجمارك ودورها في تحقيق الأمن الاقتصادي، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2012/2013، ص 112.

<sup>165</sup> صباري محمد: الإجراءات الوقائية لحماية الملكية الصناعية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية: 2012/2013، ص 94.

<sup>166</sup> حكم رقم 4145 الصادر عن المحكمة التجارية بالرباط، ملف رقم 2015/8232/2427، بتاريخ 2015/11/23 (حكم غير منشور)

<sup>167</sup> محبوبي محمد: مظاهر حماية حقوق الملكية الفكرية في ضوء التشريع المغربي، المرجع السابق، ص 148.

- عندما تقوم إدارة الجمارك بإبلاغ صاحب الحق على العلامة بأنها أوقفت التداول الحر لسلع مزيفة تشكل اعتداء على علامته ولا يدلي لها داخل أجل 10 أيام من تاريخ تبليغه بما يثبت القيام بالإجراءات التحفظية أو رفع الدعوى القضائية، تكون الإدارة ملزمة بالإفراج عن السلع المزيفة<sup>168</sup>، مما قد يؤدي إلى ولوج سلع مزيفة إلى السوق والمساس بصحة المستهلك ومصالحه الاقتصادية.

- بما أن المشرع منح بموجب المادة 227.1 من قانون حماية حقوق الملكية الصناعية في تعديله الأخير للنيابة العامة حق تحريك الدعوى العمومية المتعلقة بالتزييف تلقائيا في حالة تزييف العلامة المسجلة<sup>169</sup>، فإنه من منطلق تحديد الأشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب الوقف الجمركي أو يتم إخبارهم بالوقف التلقائي يكون استنادا إلى الحق في ممارسة دعوى التزييف، فإنه كان من اللازم أن يلزم إدارة الجمارك بتبليغ إجراء الوقف التلقائي للسلع إلى النيابة العامة كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي<sup>170</sup> مما سيجعل مسطرة الوقف الجمركي أكثر تحقيقا للحماية الوقائية لمستهلك العلامة.

- إن إلزام مقدم طلب الوقف الجمركي في حالة قيام الجمارك بتوقيف سلع تدخل في موضوع طلب التوقيف بأن يباشر الإجراءات القضائية خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغه طرفها<sup>171</sup> يترك الفرصة لإبرام صلح بين المستورد وصاحب الحق يمنع بمقتضاه هذا الأخير عن ممارسة الإجراءات القضائية<sup>172</sup>، بما سيشكل مساسا بالمصالح الاقتصادية للمستهلكين وحقهم في الاختيار وسلامتهم، مما كان معه على المشرع في هذه الحالة أن يحيل القضية على القضاء مباشرة ويفترض في مقدم الطلب صفة المدعي بمجرد توقيف السلع، مع تحميل صاحب الحق في حالة التصالح المسؤولية عن الاضرار التي قد تلحق بالمستهلك في حالة تعرضه للضرر بسبب ولوج السلع محل التصالح للسوق.

<sup>168</sup> محبوبي محمد: مظاهر حماية حقوق الملكية الفكرية في ضوء التشريع المغربي، المرجع السابق، ص 149.

<sup>169</sup> تنص المادة 227.1 من قانون حماية حقوق الملكية الصناعية على أنه:

"استثناء من أحكام الفقرة الأولى من المادة 205 أعلاه، تجوز إقامة الدعوى القضائية تلقائيا بأمر من النيابة العامة عند أي انتهاك لحقوق صاحب العلامة الصناعية أو التجارية أو الخدمائية المسجلة كما هي محددة على التوالي في المواد 154 و155 و226 و226 أعلاه، دون الحاجة لتقديم أي شكاية من جهة خاصة أو من مالك للحقوق"

<sup>170</sup> Article L716-8-1 de code de la propriété intellectuelle française.

<sup>171</sup> صباري محمد: الإجراءات الوقتية لحماية الملكية الصناعية، المرجع السابق، ص 90.

<sup>172</sup> مجدر عبد الصمد: دور الجمارك في محاربة التزييف، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، الموسم الجامعي: 2008/2009، ص 56.

- هشاشة آليات وقدرات التدخل لدى إدارة الجمارك خصوصا قلة الإمكانيات البشرية المؤهلة القادرة على الحد من خطر التزييف<sup>173</sup> مما يساهم في ولوج السلع المزيفة إلى الأسواق الداخلية ويؤثر على حق المستهلك في الاختيار ويمس مصالحه الاقتصادية.

وعليه، فإن الوقف الجمركي للسلع المزيفة يشكل تديرا للحماية الوقائية للمستهلك ولكن تنظيمه القانوني يحتاج إلى إعادة النظر من أجل تحقيق نجاعة أكثر حماية للكتلة الصامتة مع تعزيز إدارة الجمارك بأطر مؤهلة قادرة على الحد من خطر التزييف.

---

<sup>173</sup> أخريرو عبد الحميد: العلامة التجارية والإجراءات المتبعة من طرف إدارة الجمارك لحمايتها، المرجع السابق، ص79.

## خاتمة:

إن المقاربة الوقائية في حقل العلوم القانونية تم الإقرار بها لصالح المستهلك العلامة كما هو ثابت من تحليل الموضوع لكنها تظل محدودة من الناحية الواقعية لمجموعة من الاعتبارات:

الاعتبارات القانونية: رغم تبني المشرع لمجموعة من الآليات الهادفة لتحقيق المقاربة الوقائية إلا أنه لم يتبناها بصيغة قادرة على التفاعل الإيجابي مع متطلبات الواقع بسبب عدم وضع وسائل لتحقيق الالتقائية بين هيئات المراقبة الإدارية وتقزيم دور آليات قانون حماية الملكية الصناعية في تحقيق الحماية المنشودة لمستهلك العلامة، بالإضافة الى محدودية الموارد البشرية والمادية لتفعيل هذه الآليات مما يفرض إعادة النظر في صلاحية هذه الآليات ضرورة حتمية.

الاعتبارات الواقعية: لا يمكن إنكار انعدام استحضار ثقافة المستهلك المغربي لأدوار العلامة والمطالبة بتفعيل الآليات الحمائية لصالحه، بل ينظر فقط إلى قيمتها الرمزية للتفاخر بها بما يجعل تغيير مقاربة اشتغال جمعيات حماية المستهلك ومختلف المتدخلين أمرا حتميا لتجاوز إكراهات الواقع.

وبناء عليه، فإنه يجب إعادة النظر في المقاربة الوقائية الهادفة إلى حماية المستهلك العلامة بجعلها مقاربة تتأسس على نصوص قانونية تستحضر متطلبات الواقع.

## تقسيم الدوائر الانتخابية وضوابطها في الانتخابات التشريعية الفلسطينية

د. اسامة دراج  
استاذ القانون الدستوري المساعد  
جامعة الاستقلال  
اربحا - فلسطين

### ملخص

إن عملية تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية، تمثل أهمية كبرى للعملية الانتخابية، سواء أجريت الانتخابات بموجب نظام الانتخاب الفردي أو الانتخاب بالقائمة وهو وضوح لا بد من حسمه قبل الانتخابات، فالدائرة الانتخابية لا تخرج عن كونها وحدة انتخابية قائمة بذاتها، يتيح فيها المشرع للناخبين المقيدون في السجل الانتخابي، انتخاب ممثل لهم أو أكثر في المجلس النيابي يدافع عن مصالحهم ويمثل رؤيتهم للنظام السياسي، وفي جميع الأحوال عند تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية لا بد أن يؤخذ بالاعتبار عدد السكان في كل دائرة انتخابية، بحيث يكون هناك تناسب بين عدد المقاعد وعدد السكان في كل دائرة انتخابية، بحيث لا تكون الدائرة صغيرة مما يؤدي إلى زيادة عدد النواب في البرلمان بغير ضرورة أو حاجة، الأمر الذي ينعكس سلباً على العمل البرلماني وقد يعطل الممارسة الديمقراطية، وعلى العكس لا يصح أن تكون الدوائر كبيرة جداً مما يقلل من التمثيل في البرلمان وتهميش بعض الناخبين. وهذا التقسيم لا يعني أن كل دائرة انتخابية جزء مستقل أو منفصل عن الدولة، وإنما هو تقسيم إداري مرجعيته القانون ومنطقاته الدستور، ولم يراع المشرع الفلسطيني والسلطة التنفيذية سواء في الانتخابات التشريعية الأولى 1996 أو الثانية 2006 المبادئ العامة في تقسيم الدوائر الانتخابية وبالتالي وهو ما انعكس على العدالة في التمثيل بين الدوائر الانتخابية والمساواة بينها، كما أن المشرع الفلسطيني أغفل مسألة الرقابة القضائية لعملية تقسيم الدوائر الانتخابية وتوزيع المقاعد البرلمانية لكل منها وهو أمر بالغ الأهمية في الانتخابات.

### Abstract

The process of dividing the state into electoral districts is of great importance to the electoral process, whether the elections are held under the system of individual elections or the election on the list. It is clear that it must be resolved before the elections. The electoral constituency is no more than a stand-alone electoral unit. The electoral register, the election of one or more representatives in the House of Representatives who defend their interests and represent their vision of the political system.

In all cases, when the state is divided into electoral districts, the number of inhabitants in each electoral district must be taken into account, so that there is a proportion between the number of seats and the number of inhabitants in each electoral district, so that the constituency is not small, Or need, which is reflected negatively on parliamentary work and may disrupt the practice of democracy, and on the contrary can not be very large circles, which reduces representation in parliament and the marginalization of some voters.

This division does not mean that each constituency is an independent or separate part of the state. It is a division of administrative reference law and the principles of the Constitution. The Palestinian legislator and the executive authority did not observe the general principles of the division of constituencies in the first legislative elections of 1996 or 2006, Justice in the representation between the constituencies and equality between them, and the Palestinian legislator overlooked the issue of judicial control of the process of division of electoral districts and the distribution of parliamentary seats each of which is very important in the elections

## المقدمة

تعد الانتخابات متطلب من متطلبات الديمقراطية التي تفرض قواعدها أن يتم اختيار من ينتخبه الشعب لكي يمثلهم ويحكمه، وتعتبر مسألة تقسيم وتوزيع الدوائر الانتخابية من المسائل الحديثة نوعاً ما فقبل القرن التاسع عشر كانت نظرية الطبقية تسود في تكوين المجالس التشريعية، أما بعد القرن التاسع عشر فقد أصبح هناك مطالب من قبل السكان العاديين بتوسيع دورهم في التمثيل وكان المطلب الرئيسي يتمحور حول وجوب أن يكون التمثيل عادلاً وذلك بتساوي عدد المنتخبين في كل دائرة لممثلهم، ومع التطور أصبحت الدول تقسم على أساس دوائر انتخابية تشمل كل المناطق في الدولة بالتساوي.<sup>174</sup>

فالانتخابات تعزز من مشاركة الناس في صنع القرار وبالتالي تؤدي إلى انتقال المجتمع على هذا الصعيد من مرحلة البيروقراطية والمركزية الشديدة والتعيين الهرمي إلى حالة المشاركة والاختيار المباشر للقيادة والممثلين من خلال صندوق الاقتراع، كما وتسهم في إنهاء حالة الجدل والاحتقان السياسي والاجتماعي المتراكم لدى الناس في المجتمع بسبب غياب التجديد الديمقراطي، فالتنمية والديمقراطية وحقوق الإنسان مفاعيل ينبغي لها السير معاً بصورة متناغمة، ومن هنا وجب على الدولة ضمان هذا الحق والواجب في الوقت نفسه وحمايته من صور الانتهاك، إذ كثيراً ما تتعرض هذه العملية إلى ما يسمى بالجرائم الانتخابية التي هي موضوع دراستنا.

## أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها من الدراسات النادرة التي تناولت موضوع تقسيم الدوائر الانتخابية في الانتخابات التشريعية الفلسطينية الأولى في العام 1996 والثانية في العام 2006 لتوزيع الدوائر الانتخابية، وأثر ذلك فيما يتعلق بنسب المشاركة الفاعلة وعلاقة المرشح بالناخبين في إطار الدائرة الواحدة، وهي إحدى أهم المراحل التحضيرية للعملية الانتخابية، كما وتكمن أهميتها أساساً في أنها تشكل ركيزة أساسية لضمان السير الحسن والتزيه والتمثيل العادل في العملية الانتخابية التي تشكل ضماناً للسلم الأهلي والتماسك المجتمعي.

<sup>174</sup> محمد سليم غزوي، "الوجيز في نظام الانتخاب"، دار وائل للنشر، الأردن، 2000، ص 24.

## إشكالية الدراسة

جاءت هذه الدراسة للإجابة على التساؤلات التالية: ما هي عملية ترسيم الدوائر الانتخابية؟ وكيف يتم تقسيم الدوائر الانتخابية، وما مدى التزام السلطة التنفيذية بضوابط ترسيم الدوائر الانتخابية في الانتخابات التشريعية الفلسطينية بما يعكس التمثيل العادل للناخبين والمساواة بين الدوائر الانتخابية في ظل ما ساد مرحلة ما بعد انتخابات العام 2006 من تجاذبات في الساحة الفلسطينية، والانقسام حول آلية إجراء الانتخابات القادمة المحتملة بعد إصدار المحكمة الدستورية<sup>175</sup> قراراً بحل البرلمان مربوطاً بإجراء الانتخابات التشريعية المتزامنة في مدة أقصاها 6 شهور.

## أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة في الأساس إلى توضيح كيفية توزيع الدوائر الانتخابية وضوابط تقسيمها وبيان منهج المشرع الفلسطيني في الانتخابات التشريعية الأولى في العام 1996 والانتخابات التشريعية الثانية في العام 2006.

## منهج الدراسة

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج التحليلي وذلك لتناسبه مع تحليله للنصوص القانونية المنظمة لعملية تقسيم الدوائر الانتخابية وتحليل سجلات الناخبين في الدوائر الانتخابية لبيان مدى التناسب بين المقاعد والأعداد المخصصة لها.

## خطة الدراسة

المطلب الأول: المبادئ العامة في تقسيم الدوائر الانتخابية

الفرع الأول: ضوابط ترسيم حدود الدوائر الانتخابية

الفرع الثاني: طرق تقسيم الدوائر الانتخابية

المطلب الثاني: تقسيم الدوائر الانتخابية في فلسطين

الفرع الأول: ترسيم الدوائر الانتخابية في الانتخابات التشريعية الأولى لعام 1996

الفرع الثاني: ترسيم الدوائر الانتخابية في الانتخابات التشريعية الثانية لعام 2006

<sup>175</sup> راجع: قرار تفسيري بشأن طلب رقم (10) لسنة (3) الصادر عن المحكمة الدستورية الفلسطينية.

## المطلب الأول: المبادئ العامة في تقسيم الدوائر الانتخابية

تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية، عملية يتم فيها تعيين حدود لكل منطقة جغرافية داخل الدولة، بهدف تمثيل كافة مناطق الدولة في المجلس النيابي، والدوائر الانتخابية هي مناطق محددة داخل الدولة لأغراض انتخابية بحتة تهدف للتسهيل على الناخب وتمكين المرشحين من الوصول للمقاعد البرلمانية بعدالة، وهناك عدة قواعد يجب مراعاتها عند تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية، كما أنّ هناك طرقاً مختلفة لتحديد الدوائر الانتخابية تختلف وفقاً لخصوصية كل دولة ومواطنيها<sup>176</sup>.

### الفرع الأول: ضوابط تقسيم الدوائر الانتخابية

هناك مجموعة من الضوابط يجب مراعاتها عند عملية تقسيم الدوائر الانتخابية وهي:

#### أولاً: المساواة الحسابية

وتقتضي أن يكون هناك تناسب بين عدد سكان الدائرة الانتخابية وما هو مخصص لها من مقاعد برلمانية، وأن تتساوى كافة الدوائر الانتخابية بقدر الإمكان، من حيث أعداد ما يقطنها من سكان، وبالتالي المساواة بالتمثيل النيابي<sup>177</sup> ، وهذا يوجب أن يكون هناك تساوي من حيث عدد الناخبين في كل دائرة

---

<sup>176</sup> الدائرة الانتخابية ، حيث تعتبرها تقسيم جغرافي للبلد لأغراض انتخابية ويصوت الناخبون داخل الدائرة الانتخابية لانتخاب مرشح أو أكثر لتمثيلهم في الهيئة التشريعية وبحسب النظام الانتخابي المعمول به. راجع حمد بنيني، الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2005/2006، ص116

<sup>177</sup> وتأكيداً لذلك قضت المحكمة العليا الاتحادية في الولايات المتحدة الأمريكية في قضية ولسبري ضد ساندرز سنة 1964م، بعدم دستورية التفاوت بين عدد السكان في الدوائر الانتخابية، لأن ذلك يؤدي إلى الإخلال في الوزن النسبي لصوت الناخب، وذلك لتفاوت عدد الناخبين الذين يختارون نائبا واحدا في كل دائرة انتخابية، وجاء في حيثيات الحكم أن هذا التفاوت يشكل إخلالا بمبدأ المساواة في التمتع بحق الانتخاب، وهو حق كفله الدستور . وهذا الحكم تكون المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية قد ألزمت المشرع في مختلف الولايات، بإعادة تقسيم الدوائر الانتخابية بما يضمن المساواة بين الناخبين، بحيث يتم تصحيح التفاوت في الوزن النسبي لكل صوت، وفي عام 1969م، في قضية كيركاتريك ذهبت المحكمة العليا الاتحادية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أبعد من ذلك، حيث أبطلت هذه المحكمة تقسيم دوائر ولاية ميسوري الانتخابية، بالرغم من أنّ الانحراف في المساواة الحسابية كان ضئيلا، ولم يتجاوز نسبة 3,13%، وقد أوضحت المحكمة في حيثيات الحكم، أن المخالفة البسيطة لمبدأ المساواة العددية يكون مقبولا، إذا أصبحت لا مفر منها، بعد أن يتم بذل كافة المحاولات لتلافي ذلك، وبنية صادقة لتحقيق المساواة المطلقة في رسم الدوائر الانتخابية وتوزيع المقاعد . توفيق شميور - المجلس الدستوري في لبنان - المؤسسة الحديثة للكتاب - بيروت - - طبعة 1988 ص 146 .

انتخابية حتى تتحقق العدالة المنشودة، وهو ما يعني وجود دوائر انتخابية متفاوتة وبشكل كبير من حيث عدد المنتخبين فيها بما يؤدي لأن يكون للدائرة الكبرى قوة صوتية أقل منها في الدائرة التي تصغرها، وينعكس سلباً على الحصص التمثيلية والسلم الأهلي وشعور المواطنين، وعليه يتحقق عدد المقاعد من خلال عدد الناخبين.<sup>178</sup>

ويعتبر من أبرز صور الإخلال بهذا المبدأ:

أ- ارتفاع مستوى التمثيل: أي أن يقل عدد سكان دائرة عن دائرة أخرى، خصص لها المشرع نفس العدد من المقاعد المخصص للدائرة الأولى.

ب- انخفاض مستوى التمثيل: أي أن يزيد عدد سكان دائرة انتخابية عن دائرة أخرى، خصص لها المشرع نفس العدد من المقاعد المخصص للدائرة الثانية.

يقاس الانحراف عن مبدأ المساواة الحسابية بإحدى طريقتين:<sup>179</sup>

الطريقة الأولى: قياس درجة الانحراف عن المتوسط العام، ويتم بواسطة قسمة العدد الكلي للسكان على عدد المقاعد في البرلمان، ويتمثل الانحراف عن المتوسط العام في مدى الاختلاف بين ناتج القسمة السابقة، في كل دائرة عن نسبة المتوسط العام لكل دائرة.

الطريقة الثانية: قياس درجة الانحراف المطلق، وذلك بإيجاد نسبة التمثيل الخاصة بكل دائرة بنفس الطريقة المحددة لقياس المتوسط العام، ثم تجري عملية مقارنة بين نسب التمثيل لكل دائرة على جدا معرفة الفارق بينها. ثانياً: التمثيل العادل والفعال للمواطنين

وتقضي هذه القاعدة أن تتم عملية تحديد الدوائر الانتخابية، على نحو يتيح للناخبين إمكانية انتخاب المرشحين الذين يمثلونهم حقاً، بحيث لا يتم تقسيم الدوائر الانتخابية بشكل يؤدي إلى حرمان، أو تشييت، أو تهميش، أو إهدار القدرة التصويتية لجماعات معينة وبالذات الأقليات، بهدف حرمانها من

المشاركة في الحياة السياسية والشؤون العامة.<sup>180</sup>

<sup>178</sup> نعمان الخطيب، "الوجيز في النظم السياسية"، دار الثقافة، الاردن، 1999، ص 311.

<sup>179</sup> عفيفي كامل عفيفي، مرجع سابق، ص 776.

فمبدأ التمثيل الذي يحتم أن يمكن الناخبين من اختيار من يعتقدون بأنه ممثلهم الانسب، وهذا القول ينسحب على مجموعات الناخبين التي تنتشر على مستوى المناطق الجغرافية كالجبال والجزر على سبيل المثال، أو من خلال التقسيم في منطقة تتباين فيها الأعراق والانتماءات القبلية والمذهبية، وان عدم مراعاة توزيع الدوائر الانتخابية لخصوصية هؤلاء قد يؤدي الى ظلم يقع عليهم من خلال صعوبة اختيار الأمثل لهم في مناطقهم وهو ما ينعكس سلباً على انتماءهم للدولة.<sup>181</sup>

فالعبرة ليست بالتقسيم، وإنما بعدالة التقسيم، وهو ما يوجب على السلطات المختصة وهي بصدد قيامها بالتقسيم، أن تراعي ما يوجبه الاقتراع العام المتساوي.<sup>182</sup>

والشفافية أمر مطلوب في هذه العملية، حيث يجب أن يتم فتح المجال للجميع للاعتراض وإبداء الرأي فيما يعتقدون من خطأ قد أصاب هذه العملية ووقع خلالها، ويرتبط بمبدأ الشفافية مبدأ آخر هو عدم التمييز، حيث يوجب هذا المبدأ ان لا يتم ترسيم حدود دوائر انتخابية اقضاء لطرف بعينه أو أقلية، فعلى سبيل المثال، لو وجدنا أن هناك أقلية كردية تعيش وسط مجموعات اخرى من السكان الذين يختلفون فيما بينهم في الفكر والعرق كما هو الحال عليه في محافظة نينوى شمالي العراق أو تركيا<sup>183</sup>، هنا على

---

<sup>180</sup> وللتلاعب بالدوائر صور عدة من بينها: أن تلجأ الحكومة إلى تقسيم المناطق التي تحظى فيها بالتأييد، إلى عدد كبير من الدوائر، لكي تحظى بأكثر عدد من المقاعد، بينما تقسم مناطق نفوذ المعارضة إلى دوائر واسعة، وبالتالي ضالة عدد النواب الممثلين لتلك الدوائر، ويرجع الأساس التاريخي لعملية التلاعب بالدوائر الانتخابية، إلى عام 1812م، في الولايات المتحدة الأمريكية، عندما ابتدع حاكم ولاية (ماتشوسيتي) جيري نظام التقسيم التفضيلي، بحيث يمكن الحزب الحاكم من تحقيق الأغلبية في الانتخابات، وكان الهدف من ذلك حرمان السود من الفوز في المناطق التي يشكلون فيها أغلبية - عبدو سعد وآخرون، النظم الانتخابية - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت 2005، ص 68

<sup>181</sup> عامر عادل، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي بعنوان "المعايير الدولية والدستورية لتقسيم الدوائر الانتخابية" <http://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2014/12/21/351632.html>

<sup>182</sup> ومن الأمثلة على عدم المساواة في التمثيل النظام الانتخابي الأردني حيث ان هناك دائرة فيها حوالي 7 آلاف ناخب لها مقعد واحد في حين توجد دائرة فيها 49 ألف ناخب لها مقعد واحد أيضاً، أي ليس هناك مساواة بقوة الصوت الانتخابي كما تم اعتماد توزيع جغرافي للدوائر لا يضمن التمثيل الصحيح للمواطنين وهذا ما أدى الى عزوف العديد من الناخبين عن التوجه الى صناديق الاقتراع. تقرير خبراء عرب: المطلوب من الأردن تعديل تقسيم الدوائر الانتخابية، موقع وثائق حقوق الانسان <http://ar.ammannet.net/documentary/news/2674>

<sup>183</sup> في الشهر الرابع من العام 2019 احتج عدد من قيادات الأحزاب التركية وممثلهم على الانتخابات المحلية، حيث منع مرشحون كرد فائزون من حزب الشعوب الديمقراطي الكردي من استلام مناصبهم في مقاطعات ديار بكر، وفان وكارس، بعد أن فازوا بفرق واضح نتيجة عدم حصولهم على موافقة رسمية من لجنة الانتخابات لتولي مهامهم، وقد قررت السلطات تسليم مكتب رئيس البلدية للمرشح الثاني التابع للحزب الحاكم، بعد أن أصدرت الحكومة التركية ضد المرشحين قانون الطوارئ ومنعتهم من الخدمة المدنية، للمزيد راجع مقال

الجهة المختصة أن تضع في عين الاعتبار إضافة هذه الأقلية إلى نظيراتها من الدوائر التي يتمثل فيها الاكراد بشكل كبير وذلك تحقيقا للعدالة وهكذا.<sup>184</sup>

ثالثاً: أن يكون التقسيم معقولاً

أي أن لا تكون الدوائر صغيرة، بحيث يؤدي ذلك إلى زيادة عدد النواب، وبالتالي إعاقة العمل النيابي، ولا تكون كبيرة، وبالتالي إضعاف التمثيل الحقيقي في المجلس النيابي<sup>185</sup>، أي أن هناك تناسب مطلوب بين عدد المقاعد وعدد السكان، في كل دائرة انتخابية.<sup>186</sup>

رابعاً: المراجعة الدورية

وتوجب هذه القاعدة أن تتم مراجعة بشكل دوري لعملية توزيع المقاعد البرلمانية، وتقسيم الدوائر الانتخابية لمواكبة التطورات الديموغرافية، بما يضمن المساواة في القدرة التصويتية بين كافة الدوائر، والحدّ من الفوارق السكانية الكبرى بين دائرة وأخرى.<sup>187</sup>

خامساً: حيادية السلطة التي تقوم بعملية تقسيم الدوائر

يجب أن تكون عملية تقسيم الدوائر ونتائجها، مقبولة من جميع الأطراف في العملية الانتخابية، وتجري من جهات على الحياد لا مصالح حزبية لها في وصول مرشح أو عدم وصول آخر، وهذا يتطلب أن تكون

---

منشور على DW بتاريخ 2019/4/18 بعنوان: الانتخابات في مناطق الأكراد .. الترشح مسموح والفوز ممنوع، تاريخ زيارة الباحث 2019/8/1.

<sup>184</sup> عامر عادل، المعايير الدولية والدستورية لتقسيم الدوائر الانتخابية <http://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2014/12/21/351632.html>

<sup>185</sup> .وحيد رأفت و. وايت إبراهيم – القانون الدستوري والنظم السياسية – المطبعة العصرية – القاهرة – 1937 م ، ص 264

<sup>186</sup> . محمد عبد العزيز حجازي – نظام الانتخاب وأثره في تكوين الأحزاب السياسية – دراسة مقارنة – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس 1997 – ص 188 .

<sup>187</sup> وتأكيداً لذلك، فقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن بعيد، قاعدة: (تناسب التقسيم مع زيادة عدد السكان) حيث أقرّ المجلس بأن تقسيم الدوائر الانتخابية يصبح غير قانوني بسبب تغير الظروف الإحصائية للسكان، وعدم أخذها في الاعتبار، وخاصة أن التقسيم الذي لا يراعي تلك الظروف، يمكن المنازعة فيه عن طريق رفع طعن ضد القرار السلبي، الذي يرفض تعديل التقسيم بما يتناسب مع تلك الزيادة، أو الدفع بطريق الاستثناء عند الطعن بنتيجة الانتخابات، استناداً على أساس تقسيم الدوائر – داوود الباز – حق المشاركة في الحياة السياسية – رسالة دكتوراة – جامعة الإسكندرية- 1992 م، ص 438

الإجراءات المتعلقة بالتقسيم المذكورة بوضوح في القانون ولا سبيل للالتفاف عليها، أياً تكن السلطة التي تتولى هذه المهمة وهذا هو ضابط الحياد، وأن لا يُجاز لأي حزب سياسي التدخل في العملية، بحيث تكون قواعد التقسيم الانتخابي مقبولة من جميع أطراف العملية الانتخابية.

ويرى آخرون أن استقلالية السلطة التي تقوم بتقسيم الدوائر الانتخابية تعد من المبادئ العامة الواجب التقيد بها في هذه العملية ويؤكدون بأن تمتعها بالاستقلالية والحياد سيبعث على الثقة بأن دورها سيكون إيجابياً ومزها عن المحاباة لطرف بعينه، وهو ما ينعكس على الثقة بنتائج الانتخابات وتقبلها، وفي الحالات التي لا يكون فيها استقلالية في عمل اللجان المختصة واضحاً في معاييرها فإن المطلوب هو إيجاد ضوابط صارمة تمنع تدخل أي سلطة ليست ذات علاقة فيها، وعلماً أي السلطة التي تقوم بتقسيم الدوائر الانتخابية ووضع ضوابط ذلك أن تقوم بإشراك كافة ألوان الطيف السياسي فيها.<sup>188</sup>

#### الفرع الثاني: طرق تقسيم الدوائر الانتخابية

لا يمكن القول بأن ترسيم الدوائر الانتخابية في سائر بلدان العالم مستند لنفس القاعدة التي أسلفناها، فقد تكون هناك دول تعتمد في ترسيم دوائرها الانتخابية على تقليد تاريخي متبع فيها منذ القدم، وفي بلدان أخرى قد تستمد فكرة ترسيم الدوائر الانتخابية من الدول التي كانت تستعمرها أو من جيرانها، وقد تعتمد بعض الدول إلى اعتبارات كحجم المدن ومواردها المادية<sup>189</sup> وهناك عدة طرق لتقسيم الدوائر الانتخابية، يلجأ إليها مشرعو الدول، وهم بصدد قيامهم بعملية تحديد الدوائر الانتخابية وهي:<sup>190</sup>

#### الطريقة الأولى: التقسيم بموجب النص الدستوري

وهذه الطريقة تتطلب وجود نص دستوري يحدد عدد أعضاء المجلس النيابي، وعندها يتم التحديد تبعاً للنظام السائد، فإذا كان نظام الانتخاب فردياً فإن عدد الدوائر يجب أن يكون مساوياً لعدد أعضاء

<sup>188</sup> لجنة الانتخابات المركزية، المرجع السابق، 5.

<sup>189</sup> ان ضوابط وإجراءات ترسيم الدوائر الانتخابية تختلف من بلد لآخر، ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً يكون المشرع هو المسؤول عن هذه العملية حيث تلعب السياسات المرتبطة بالأحزاب والقائمون على الترسيم دوراً هاماً في هذا الموضوع، أما في بلاد الكومنولث فتتجه الدول إلى ترك هذا الشأن إلى لجان مستقلة يتم تكوينها خصيصاً بموجب معايير حيادية، ويعزى الاختلاف بين النظامين إلى الفوارق في السياق التاريخي والسياسي والثقافي لتلك الدول موقع موسوعة شبكة المعرفة الانتخابية - <http://aceproject.org/ace-ar/topics/bd/bd10>

<sup>190</sup> د. صلاح الدين فوزي - صلاح الدين فوزي - المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة 1999 ص 379. عفيفي كامل عفيفي - الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية - دراسة مقارنة، جامعة الإسكندرية - ص 438

المجلس، أما إذا كان النظام المتبع هو نظام الانتخاب بالقائمة، فإنّ عدد الدوائر وفقاً لهذا النظام، يكون مساوياً لعدد النواب، مقسوماً على العدد المحدد لكل قائمة<sup>191</sup>. ويؤخذ على هذه الطريقة، أنّها تجعل عدد أعضاء البرلمان، وعدد الدوائر ثابتاً، دون أن يتأثر بالتغيرات السكانية.

### الطريقة الثانية: التقسيم وفقاً لعدد السكان

فوفقاً لهذه الطريقة، لا يوجد نص دستوري يحدد عدد أعضاء المجلس النيابي، وإنما يكتفي بالنص على ضرورة تناسب عدد النواب مع عدد السكان في الدولة وهذه الطريقة تعرف بطريقة التمثيل السكاني، و تختلف عن سابقتها في أنّها تجعل عدد الدوائر قابلاً للزيادة أو النقص، تبعاً للتطور الحاصل في عدد السكان.

### الطريقة الثالثة: الطريقة المختلطة

وهذه الطريقة تجمع بين الطريقتين السابقتين، وبمقتضاها يتم تحديد عدد أعضاء البرلمان تبعاً لعدد السكان، بحيث لا يتجاوز عدد النواب، النص الدستوري الذي حدّد سلفاً عدد أعضاء البرلمان.

ومن جانبنا نفضل الطريقة الثانية، لأنها تراعي معدلات النمو الطبيعي للسكان، إضافة إلى أنّها تتفق مع مبدأ سيادة الشعب، التي تقسم السيادة بين الأفراد، بحيث يكون لكل منهم جزء من هذه السيادة وفقاً لما أسست له نظرية العقد الاجتماعي، ويترتب عليه أن يحدد عدد أعضاء المجلس النيابي، وعدد الدوائر، بما يتناسب مع عدد أفراد الجماعة<sup>192</sup>، وعليه فإنّ التحديد الأمثل للدوائر الانتخابية، يجب ألا يهمل الزيادة الطبيعية في معدلات النمو السكاني، وأن يكون متناسباً معها.

وفي تقديرنا، فإن عملية تقسيم الدوائر الانتخابية، من أخطر الوسائل التي يمكن استخدامها لتزوير إرادة الناخبين، فقد تتحكم بعض الحكومات بعملية توزيع الدوائر الانتخابية، بشكل يؤدي إلى تشتيت منافسيها في العملية الانتخابية، بحيث تعمل على زيادة عدد الدوائر، في المناطق التي تتمتع فيها بنفوذ كبير، وتقلل العدد في مناطق نفوذ خصومها، لذلك يجب أن تراعى في عملية تقسيم الدوائر الانتخابية المعايير التي أشرنا إليها سابقاً، وأن لا تخضع هذه العملية لتقدير الحكومة ومصالحها، وأن يتقرر ذلك في نصوص قانونية

<sup>191</sup> سليمان الطماوي - النظم السياسية والقانون الدستوري - مطبعة جامعة عين شمس - 1988 ص 129

<sup>192</sup> محسن خليل - القانون الدستوري والنظم السياسية - القسم الثاني - منشأة المعارف - الإسكندرية - دون تاريخ نشر - 294

واضحة غير ملتبسة، على أن يكون المنهج في ذلك الثبات النسبي والاعتدال ، بحيث لا يتم تعديل الدوائر إلا في فترات متباعدة نسبياً وفقاً لضرورة حقيقية، وأن لا تكون الدوائر الانتخابية قليلة أو كثيرة العدد، وإنما بين هذا وذاك<sup>193</sup> ، وبهذا نرى أنه يجب على السلطات المختصة بعملية تحديد الدوائر الانتخابية، أن تراعي العدالة في التمثيل، بحيث لا يتم الانتقاص من أصوات معينة أو تهميشها، وتجري المساواة في التصويت التي تقتضي أن يكون عدد الناخبين الذين يمثلهم نائب واحد في المجلس النيابي متساوياً في جميع الدوائر، بما يضع لبنات العلاقة التناسبية بين النواب وعدد الناخبين في كافة الدوائر الانتخابية.

كما من المهم أن تخضع عملية التقسيم للمراجعة الدورية، وذلك تحقيقاً لمبدأ التمثيل العادل والفعال للمواطنين، وأن تتم تحت الإشراف القضائي الكامل<sup>194</sup> ، كفاءة لتوزيع تلك الدوائر بشكل عادل دون انحراف أو تعسف، والحفاظ على مبدأ الحياد والتجرد في عملية التقسيم.

وكون عملية ترسيم الدوائر الانتخابية تحتاج إلى وقت وجهد الكبيرين لإتمامها، تبدأ بقيام الجهة المختصة بتوزيع المقاعد التمثيلية المنتخبة على الوحدات والتقسيمات في الإقليم المحدد و حتى في حيز النطاق المحلي الأضيق لهذه البلد، ومثالها المحافظات والمجالس البلدية وفق الاعتبار الأكبر في ذلك المنطلق من عدد السكان في كل منطقته.<sup>195</sup>

نستنتج مما سبق أن عملية ترسيم وتقسيم الدوائر الانتخابية تعد مرحلة سابقة على الانتخابات، وفيها يتم تحديد المقاعد الانتخابية لكل دائرة، وبعدها يتم توزيع مراكز الاقتراع لتكون العملية التنظيمية للانتخابات جاهزة.

### المطلب الثاني:تقسيم الدوائر الانتخابية في فلسطين

تبين لنا أنه وفي نظام الانتخاب بالدوائر يتم تقسيم الدولة إلى العديد من المناطق، بحيث تسمى دوائر انتخابية، وفيها يجري تحديد كيفية إجراء العملية الانتخابية وعلى أي أسس، فنظام الانتخاب بالدوائر

<sup>193</sup> صلاح الدين فوزي – المرجع السابق- 380

<sup>194</sup> بشأن الإشراف القضائي على عملية تقسيم الدوائر الانتخابية – يراجع د. عبد الإله الشقاني - مبدأ الإشراف القضائي على الاقتراع العام – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة- 2005- 226

<sup>195</sup> دراسة غير منشورة بعنوان ترسيم الدوائر الانتخابية وتنظيمها لجنة الانتخابات المركزية ، (رام الله: 2013)

يرتبط ارتباطا وثيقا بنظم الأغلبية الانتخابية، وهو ما تم العمل به في الانتخابات التشريعية الفلسطينية في العام 2006 عندما جرى انتخاب نصف أعضاء المجلس التشريعي أي 66 عضواً من أصل 132 عضواً بنظام الأغلبية النسبية عبر الدوائر الانتخابية، أما النصف الآخر تم انتخابهم بالتمثيل النسبي عبر القوائم المغلقة<sup>196</sup>، وفي العام 2007 صدر عن رئيس دولة فلسطين قرار بقانون<sup>197</sup> تبنى نظام التمثيل النسبي الكامل في للانتخابات التشريعية<sup>198</sup> وبقي المجلس التشريعي الفلسطيني معطلا منذ ذلك التاريخ الى أن تم حله في العام 2019 بقرار من المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ولم تجر انتخابات لغاية الآن.

### الفرع الاول: ترسيم الدوائر الانتخابية في فلسطين في الانتخابات التشريعية الأولى 1996

تناول المشرع الفلسطيني في المادة (5) من قانون الانتخابات رقم 13 لسنة 1995 مسألة توزيع الدوائر الانتخابية حيث قسم الضفة الغربية وقطاع غزة الى ست عشر دائرة انتخابية كما يلي: القدس، أريحا، بيت لحم، الخليل، نابلس، جنين، طولكرم، قلقيلية، طوباس، سلفيت، رام الله، شمالي غزة "جباليا"، مدينة غزة، "دير البلح"، خان يونس والقرى الشرقية ورفع، وتشمل كل دائرة من الدوائر الانتخابية المذكورة التجمعات السكانية التابعة لها وفق ما هو مبين في الجدول الملحق بهذا القانون، وأحال للنظام الذي يصدر بموجب أحكام هذا القانون تحديد عدد مقاعد المجلس في كل دائرة انتخابية بصورة تتناسب مع عدد السكان فيها، وبما يضمن على الأقل مقعداً واحداً لكل دائرة، كما أحال القانون على النظام المذكور تحديد الدوائر الانتخابية التي يتوجب تخصيص مقاعد للمسيحيين فيها، وعدد هذه المقاعد، إضافة إلى مقعد لأبناء شعبنا من الطائفة السامرية في دائرة نابلس. وأوجب القانون أن يصدر النظام فور الانتهاء من عمليات إحصاء وإعداد وتسجيل الناخبين في الدوائر الانتخابية المختلفة، وأن يتم انتخاب أعضاء المجلس في الدوائر الانتخابية التي رشحوا أنفسهم فيها.

ويتضح من قراءتنا للقانون أن المشرع الفلسطيني أكد على أن توزيع المقاعد النيابية بالنسبة للدوائر الانتخابية يجب أن يكون متناسبا مع عدد السكان في كل دائرة انتخابية، فبحسب السجل الانتخابي

<sup>196</sup> المادة 3 من قانون الانتخابات رقم 9 لسنة 2005.

<sup>197</sup> القرار بقانون يصدر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وفقا لاحكام المادة 43 من القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 والتي نصت على ان (الرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات والإزال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون).

<sup>198</sup> المادة 4 من القرار بقانون رقم 1 لسنة 2007 بشأن الانتخابات العامة.

المتوفر في 1995/12/27 والصادر عن لجنة الانتخابات المركزية فإن عدد المسجلين في الضفة والقطاع هو 1,013,235 ناخب، وبقسمة عدد المقاعد والذي يبلغ 88 على عدد المسجلين، فإن كل مقعد في المجلس يقابله عدد من الناخبين المسجلين يساوي 11,514 والجدول الذي نرفقه يبين عدم التناسب في التمثيل بين الدوائر الانتخابية، وهو ما يشكل تجاوزا للقانون الانتخابي والمبادئ الدولية العامة للعملية الانتخابية التي أرسى الأساس لتوزيع المقاعد على الدوائر الانتخابية واتفق معها القانون الفلسطيني الناظم. جدول يوضح عدد المقاعد في الدوائر الانتخابية استنادا للسجل الانتخابي الذي نشرته لجنة

الدائرة	عدد المسجلين	عدد المقاعد المخصصة للدائرة	عدد المقاعد المفروض أن تخصص للدائرة
القدس	76,400	7	6,64
أريحا	12,737	1	1,1
بيت لحم	54,534	4	4,7
جنين	82,850	6	7,19
الخليل	131,983	10	11,5
رام الله	78,076	7	6,78

#### الانتخابات المركزية بتاريخ 1995/12/27

الدائرة	عدد المسجلين	عدد المقاعد المخصصة للدائرة	عدد المقاعد المفروض أن تخصص للدائرة
سلفيت	18,890	1	1,64
طوباس	15,792	1	1,37
طولكرم	56,101	4	4,87

2,36	2	27,220	قليلية
9,64	8	111,020	نابلس
57,81	51	665,603	مجموع الضفة
5,25	7	60,436	شمال غزة
4,74	5	54,538	وسط غزة
10,46	11	120,483	مدينة غزة
6	8	69,472	خانيونس
3,7	5	42,703	رفح
30,19	36	347,632	مجموع قطاع غزة

يتضح من الجدول السابق أن دوائر عديدة قد لا تحصل على حصتها من المقاعد استنادا لعدد الناخبين المسجلين في سجلها الانتخابي، على سبيل المثال من المفترض أن تبلغ حصة دائرة نابلس من المقاعد استنادا لعدد الناخبين المشار إليه، 9,64 مقعدا إلا أنها قد حصلت 8 مقاعد فقط، بينما دائرة خانيونس التي يقل عدد ناخبها المسجلين في السجل الانتخابي عن دائرة نابلس بحوالي 41,548 قد حصلت على نفس العدد من المقاعد النيابية في المجلس التشريعي أي ثمانية مقاعد، فاستنادا لعدد الناخبين كان يجب ان تحصل دائرة خانيونس على 6 مقاعد فقط، وبنفس المستوى فقد أعطيت دائرة رفح 5 مقاعد بينما يجب أن يكون ذلك 3,71 مقعدا وكذلك الحال دائرة الخليل حيث أعطيت فقط 10 مقاعد بينما واستنادا لأرقام السجل الانتخابي فإنها يجب أن تمنح 11,5 مقعداً، وبإجراء مقارنة بين الضفة الغربية وقطاع غزة استنادا للأرقام الواردة في السجلات الانتخابية وفقا للجدول المشار إليها اعلاه فإن حصة القطاع كان يجب أن تكون 30,19 مقعدا بينما خصص لها 36 مقعدا وكذلك الحال فإن الضفة الغربية قد خصص لها 51 مقعدا بينما يحق لها استنادا للأرقام السابقة 57,76 مقعدا، وهو ما يعكس غياب العدالة في التمثيل بين الدوائر الانتخابية في الانتخابات التشريعية الأولى التي أجريت في العام 1996 لانتخاب المجلس التشريعي الفلسطيني.

### الفرع الثاني: ترسيم الدوائر الانتخابية في الانتخابات التشريعية الثانية لعام 2006

أبقى المشرع الفلسطيني في الانتخابات التشريعية الثانية في العام 2006 على عدد الدوائر الانتخابية التي اعتمدت في الانتخابات التشريعية السابقة، ويتضح ذلك من المادة 6 من قانون الانتخابات رقم 9 لسنة 2005 فكان هناك 16 دائرة انتخابية هي (القدس، رام الله، الخليل، نابلس، بيت لحم، طوباس، سلفيت، جنين، طولكرم، قليقلية، اريحا، غزة، شمال غزة، دير البلح، خان يونس، رفح) كما قام بعملية الترسيم هذه الحكومة الفلسطينية ممثلة بوزارة التخطيط والحكم المحلي.<sup>199</sup>

وقد اعتمد المشرع الفلسطيني، على التقسيم الإداري المعمول به، لدى وزارة الحكم المحلي، التي قسمت الضفة الغربية إلى إحدى عشرة محافظة، وقطاع غزة إلى خمس محافظات، واعتبرت كل محافظة دائرة انتخابية، وقد فوّض المشرع الفلسطيني في المادة 6 فقرة 3 من قانون الانتخابات لجنة الانتخابات بالتشاور مع مجلس التنظيم الأعلى، وأصى بوضع نظاماً يعين حدود كل دائرة انتخابية، والتجمعات السكانية التابعة لها، يتم إصداره من قبل مجلس الوزراء.

اسم الدائرة	عدد الناخبين	عدد المقاعد الإجمالي	عدد المقاعد المستحقة مقسوماً على
القدس	48,340	6	2,4
جنين	101,664	4	5,4
طولكرم	73,340	3	3,6
طوباس	20,775	1	1,03
نابلس	129,379	6	6,4

<sup>199</sup> لجنة الانتخابات المركزية، تقرير الانتخابات التشريعية الثانية 2006، ص15

1,6	2	33,701	قليلية
1,3	1	26,641	سلفيت
5,2	5	106,061	رام الله والبيرة
0.8	1	16,073	أريحا
3,4	4	69,210	بيت لحم
9.2	9	186,054	الخليل
4.8	5	98,535	شمال غزة
8.6	8	174,379	غزة
3.9	3	79,051	دير البلح
5.1	5	103,376	خان يونس
3.3	3	65,817	رفح
69.93	66	1,332,396	المجموع

وقد أصدر مجلس الوزراء القرار رقم (356) لسنة 2005م، بشأن تعيين حدود الدوائر الانتخابية، والتجمعات السكانية التابعة لها، وعدد المقاعد المخصصة لكل دائرة، بتاريخ 2005/11/23م، بناء على توصية لجنة الانتخابات المركزية، ومجلس التنظيم الأعلى<sup>200</sup> ودون أن يخضع لأية رقابة قضائية.

والجدول الآتي يوضح عدد الدوائر، وعدد الناخبين في كل دائرة، وعدد المقاعد المخصصة لها، وعدد المقاعد المستحقة، فقد بلغ عدد الناخبين المسجلين للانتخابات التشريعية لعام 2006م (1,332,396) ناخباً، وإذا ما قسمنا هذا العدد على عدد المقاعد المخصصة للدوائر الانتخابية، وهي 66، فإنّ النتيجة

<sup>200</sup> منظومة القضاء والتشريع في فلسطين - المقتفي [http://muqtafi.birzeit.edu/](http://muqtafi.birzeit.edu)

تكون (20,187,8) ناخب لكل مقعد، حتى يتحقق التناسب بين عدد السكان وعدد المقاعد المخصصة لكل دائرة انتخابية.

والجدول التالي أسماء الدوائر الانتخابية وعدد الناخبين فيها وفقاً لسجلات لجنة الانتخابات المركزية الفلسطينية:

يتّضح من الجدول السابق، أنّ السلطة التنفيذية حاولت تدارك انعدام التناسب، بين عدد الناخبين وبين عدد المقاعد في الدوائر الانتخابية، في الانتخابات التشريعية الثانية لعام 2006م، إلا أنّ انعدام التناسب واضح بين عدد الناخبين، وعدد المقاعد المخصصة لبعض الدوائر، مما يخالف نص المادة 2 فقرة 2/ب من قانون الانتخاب، التي أكدت على ضرورة المساواة بين عدد السكان، وعدد المقاعد المخصصة للدوائر الانتخابية. كما يخالف المادة 9 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، التي أكدت على مبدأ المساواة بين الفلسطينيين أمام القانون، فنصّت على أنّ "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة".

ولم يتم اتباع معياراً موحداً في توزيع المقاعد، بل جاءت التوزيعات غير عادلة، فلم يجر تحديد عدد الناخبين لكل مقعد، وقد ترتب على ذلك، أن جاءت التوزيعات مناطقية، بمعنى أنّ بعض الدوائر الانتخابية أعطيت عدداً من المقاعد أكبر مما تستحق، وأخرى بطبيعة الحال خسرت مقاعد، ومن هنا فالنموذج الأقرب إلى المنطق والعدالة هو أن يحصل كل عدد محدد من الناخبين على مقعد، مع الأخذ بالاعتبار هامش أو نسبة انحراف، بحيث تسمح بالإبقاء على هذه المعادلة كما هي.

ومن هنا جاءت أهمية تقسيم الدوائر الانتخابية، وتحديد عدد المقاعد المخصصة لها، وأنّه يجب أن تناط هذه المهمة إلى جهة محايدة، وعلى درجة عالية من الكفاءة، وتتكون من عناصر قضائية، وأن يكون المجلس التشريعي صاحب الصلاحية في تنسيب أعضائها، باعتبار أنّ هذا المجلس ممثل لغالبية التيارات السياسية في الساحة الفلسطينية، وألا تترك للسلطة التنفيذية، وأن تخضع عملية التقسيم للمراجعة الدورية والمستمرة، وأن تناط هذه المهمة بلجان دائمة ومحايدة، وتتكون من عناصر قضائية، وأن يكون هناك تناسب بين حجم الدائرة وما هو مخصص لها من مقاعد، لأنّ التمثيل النيابي ينبغي أن يراعى فيه زيادة عدد السكان، الذي يملك كلّ واحد منهم جزءاً من السيادة، وفقاً لنظرية سيادة الشعب، ومن ثم

فإنّ التحديد الأمثل للدوائر الانتخابية، كما ينبغي ألا يتم إغفال الزيادة المضطردة في عدد السكان، بل التناسب معها.

بعد ذلك تقوم الجهات ذات الاختصاص بتوضيح حدود كل وحدة، ويتم إيجاد قاعدة بيانات مرتبطة بالسكان في تلك الوحدة، وبعد أن يتم تجميع المخططات والبيانات لكل منطقته يمكن تحديد الإطار الجغرافي لكل دائرة انتخابية، ومن خلال هذا الأمر يمكن معرفة تبعية كل منطقة لدائرة بعينها ومثالها المدن والقرى ومخيمات اللاجئين، وبذلك تكون المناطق قد توزعت ضمن دوائر انتخابية معينة<sup>201</sup>.

#### خاتمة

في النهاية يمكن لنا أن نتوصل الى نتيجة مفادها أن ترسيم الدوائر الانتخابية أصبح أداة بيد الحكومة تفعل به ما تشاء وفق مصالحها السياسية، وعليه من المهم إدراج أحكام ترسيم الدوائر الانتخابية ضمن الدستور بحيث متضمنا لقواعد الترسيم الواضحة والمحددة وفقاً لحجم الدوائر الانتخابية، تناسباً مع عدد السكان وهو ما يعكس التمثيل الصحيح والعاقل للناخبين القائم على احترام مبدأ المساواة في الاصوات، ولا يسمح باختراق مبدأ الاقتراع العام الذي ينطلق من فعالية المشاركة السياسية وأسس العملية الديمقراطية، وكذلك الأمر تحديد جهة الاختصاص في الترسيم، وهو ما يستدعي إعادة النظر في هذا النظام الانتخابي خاصة فيما يتعلق بترسيم الدوائر الانتخابية موضوع دراستنا. وقد توصلت هذه الدراسة الى عدة توصيات:

- 1- ضرورة إجراء انتخابات تشريعية متزامنة يجري فيها انتخاب مجلس تشريعي يعيد الحياة البرلمانية لطبيعتها في هذه المرحلة الدقيقة من تاريخ الشعب الفلسطيني ويستعيد الدور التشريعي والرقابي للبرلمان ويمنح جيل كامل لم يمارس الانتخابات حقه السياسي الطبيعي.
- 2- الإبقاء على نظام الانتخاب المختلط والذي أجريت بموجبه الانتخابات التشريعية الثانية وعدم تبني نظام التمثيل النسبي الكامل لما يخلفه من تعقيدات حسابية وسياسية نتيجة تعدد الأحزاب وكثرتها في المجلس التشريعي، مما يؤدي لغياب أغلبية برلمانية متجانسة ويعطل مهام المجلس، إضافة لتحكم قادة الاحزاب بقوائم المرشحين نتيجة لعدم وجود قانون فلسطيني ناظم للأحزاب السياسية وتمويلها ويحدد القواعد الديمقراطية داخلها.

<sup>201</sup> مشروع ادارة الانتخابات وكلفتها، المجلس التشريعي الفلسطيني، <http://www.pal-plc.org/index.php/2010-07-06-16-15>.

- 3- أن يتم توزيع الدوائر الانتخابية توزيعاً عادلاً، بحيث يتم توزيع المقاعد بحسب عدد السكان.
- 4- ضرورة أن تخضع عملية توزيع المقاعد النيابية على الدوائر الانتخابية للمراجعة الدورية والمستمرة مع مراعاة الضرورة في التعديلات تجنباً لإرباك المشهد الانتخابي، وأن تناط هذه المهمة بلجان دائمة ومحيدة، وتتكون من عناصر قضائية.
- 5- ضرورة المساواة في قوة أصوات الناخبين، وهذا يوجب أن يكون هناك تساوي من حيث عدد الناخبين في كل دائرة انتخابية حتى تتحقق العدالة المنشودة، وبالتالي فإن وجود دوائر انتخابية متفاوتة وبشكل كبير من حيث عدد الناخبين فيها سيؤدي إلى تفاوت بحيث تكون للدائرة الكبرى قوة صوتية أقل منها في الدائرة التي تصغرها.
- 6- ضرورة إخضاع عملية تقسيم الدوائر الانتخابية وتوزيع المقاعد عليها للرقابة القضائية ولمبادئ الوضوح والنزاهة والشفافية.

## النظام العام وحرية التجمع

حميد ملاح

باحث بماستر الأمن وتدير المخاطر بكلية الحقوق سطات

مقدمة :

يكتسي موضوع العلاقة بين الأمن والحرية أهمية بالغة على مستوى الوطني والدولي، حيث أصبح هذا الموضوع محط نقاش واسع داخل المؤسسات الوطنية والدولية، بالنظر إلى صعوبة الموازنة في المجتمعات الحديثة بين الممارسة الديمقراطية وحماية حقوق وحرية المواطنين والمواطنات من جهة، وبين متطلبات تحقيق الأمن والحفاظ على النظام العام داخل المجتمع من جهة أخرى، في إطار بناء دولة الحق والقانون.

ذلك أن محاولة التوفيق بين هذين المفهومين ( الأمن والحرية) تفضي إلى خلق تقاطعات كبيرة فيما بينهما، فالنظام العام يفسر عادة على أنه الموازنة بين انعدام الأمن المحتمل من طرف المجتمع وبين الامن الذي ينبغي استتبابه، في حين يعتقد البعض الآخر أن هناك نوعا من الارتباط الوثيق بين الديمقراطية كنسق سياسي واجتماعي وبين بعض أشكال التعبير في الشارع العام.<sup>202</sup>

ولا شك أن حماية الحقوق وصيانة الحريات لا تكون إلا بالتمتع بها وممارستها في الإطار القانوني، و لا يجوز الاعتداء عليها أو المساس بها من أي جهة.<sup>203</sup>

و المغرب كباقي دول العالم، يعرف مجموعة من التجمعات بالشارع العام أو بالأماكن العمومية تتخذ شكل "المظاهرات" و"التجمعات" و "التجمهرات"، حيث أصبحت تشكل هذه التجمعات جزء من المظهر السياسي والاجتماعي لمختلف المدن والقرى بالمملكة. هذا التطور في دينامية الاحتجاج بالشارع العام ساهم بالتبعية في تلطيف مفهوم النظام وفي إعادة التأسيس للعلاقات بين السلطة والمواطنين.<sup>204</sup> كما ساهم في توسيع دائرة الحريات بالمغرب.

<sup>202</sup> محمد لمزايي: " النظام العام " مجلة الشرطة (تصدرها المديرية العامة للأمن الوطني) ، العدد 95، يناير 2013، ص 16

<sup>203</sup> صالح دجال: " حماية الحريات ودولة القانون "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1،

السمة الجامعية 2009/2010، ص 6.

<sup>204</sup> محمد لمزايي، " النظام العام " ترجمة ابو بكر سبيك مرجع سابق ص 16

وقد عرف المغرب تطورا مهما على مستوى الحقوق و الحريات خصوصا بعد صدور دستور 2011، الذي نص في تصديره على أن: " جعل الإتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة".

ومن بين هذه الحريات نجد حرية التجمهر الذي كرس الدستور المغربي ضمانه لممارسته وفق الشروط التي يحددها القانون، كما جاء في الفصل 29. وإذا كان التجمهر حق أساسي و مكفول دستوريا فيجب أن تحترم فيه القواعد القانونية، ولا يمكنه أن يخرج عن إطاره القانوني ومن تم الإخلال بالأمن و النظام العامين .

ويبدو أن هذا من الأسباب التي دفعت المشرع المغربي إلى تنظيم مجال الحريات العامة للأفراد والجماعات التي يمارسونها ويتمتعون بها، فسن قانون الحريات العامة الذي نظم الحق في التجمع بمقتضى ظهير 15 نونبر 1958<sup>205</sup> بشأن التجمعات العمومية، كما وقع تغييره وتتميمه. وهو ما حاول المغرب تجاوزه منذ تولي الملك محمد السادس نصره الله وأيده الحكم، ففي 12 أكتوبر 1999، طرح المفهوم الجديد للسلطة الذي وضع مبادئه وأسس جلالته.

**فكيف وفق المشرع المغربي بين الحق في التجمهر وما تقتضيه ضرورة الحفاظ على النظام؟**

للإجابة عن هذه الإشكالية، ارتأينا تقسيم الموضوع الى مبحثين على الشكل التالي :

**المبحث الأول : التنظيم القانوني لحق التجمهر.**

**المبحث الثاني: التوفيق بين الحق ومتطلبات الحفاظ على النظام العام.**

<sup>205</sup> الظهير رقم 1.58.377 الصادر في 15 نونبر 1958 يحدد بموجبه التجمعات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 2404، مكرر، بتاريخ 27

## المبحث الأول : التنظيم القانوني لحق التجمهر

يعد الحق في التجمعات العمومية من أهم الحقوق التي نصت عليها جل المواثيق والاتفاقيات الدولية، فقد حرصت الدول الديمقراطية على التأكيد هذا الحق في دساتيرها، وتنظيم ممارستها في قوانينها. لأن أغلبية الدساتير في هذه الدول، تشكل ضمانات أساسية لحقوق الإنسان، لكونها تحتل أعلى مرتبة في القواعد القانونية في كل دولة.<sup>206</sup> وقد كرس المشرع المغربي بدوره هذا الحق، أخذا بعين الاعتبار ما تنص عليه هذه الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادق عليها.

### المطلب الأول: مفهوم التجمهر وأنواعه

في هذا المطلب سنقوم بتعريف التجمهر (الفقرة الأولى)، مع تحديد أنواعه (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: مفهوم التجمهر

التجمهر لغة : يعني تجمهر، يتجمهر، تجمهرا، فهو متجمهر ، وتجمهر أي تناول عليه. والتجمهر مصدر تجمهر، وتجمهر الناس اجتمعوا أي احتشدوا.<sup>207</sup>

واشتقت كلمة تجمهر من جمهور، وغالبا ما يشار به إلى التجمع غير المنظم لمجموعة من الناس على الطريق، ويحدث دون ترتيب مسبق، ويمكن تعريفه، بأنه : " تجمع غير مرتب وعارض ينظم سعيا وراء غاية غير مشروعة".<sup>208</sup>

والتجمهر حق دستوري حيث جاء في الفصل 29 من الدستور على ان " حرية الاجتماع والتجمهر والتظاهر السلمي مضمونة ويحدد القانون شروط ممارسة هذه الحريات".

---

<sup>206</sup> ياسر الأحمادي : " الضمانات الدستورية لحماية حقوق الانسان - المغرب نموذجا - رسالة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق عين الشق، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية 2016/2017، ص 6.

<sup>207</sup> محمدي عبد الجليل : " جريمة التجمهر وقطع الطريق العمومي "، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: علم الاجرام، كلية الحقوق

و العلوم السياسية، جامعة د. طاهر موالى - سعيدة-، السنة الجامعية 2014/2015، ص 9.

<sup>208</sup> مراد تيسير خليف الشواورة : " التنظيم القانوني لحرية الاجتماعات العامة في القانون الاردني "، شهادة للحصول على درجة

الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2015، ص 63.

ان المشرع المغربي لم يعط تعريفا للتجمهر، ونص في الفصل 17 من الظهير المنظم للتجمعات العمومية على منع كل تجمهر مسلح بالشارع العام كما يمنع أيضا كل تجمهر عي مسلح قد يخل بالأمن العمومي، والمشرع المغربي هنا كان واضحا في منعه للتجمهر المسلح.

ويوصف أحيانا التجمهر بأنه تجمع غير منظم لمجموعة من الأشخاص على الطريق العمومي، وأحيانا يعتبر التجمهر غير قانوني عندما تكون غايته مقاومة القوات العمومية والإخلال بالنظام العام.

وعرفه المشرع الفرنسي بأنه : " تجمع صاحب للأفراد في مكان عمومي أو في الطريق العام تكون عمدا أو بطريقة عرضية، وذلك من أجل المطالبة بهدف غير مشروع وقابل لأن يؤدي إلى اضطراب بالنظام العام".<sup>209</sup>

والتجمهر لا يختلف كثيرا عن التظاهر والتجمع باعتبارهم شكلا من أشكال التعبير عن الرأي، فالتجمعات العمومية عرفها المشرع في الفصل الأول من الظهير المنظم للتجمعات العمومية<sup>210</sup> "بأنها كل جمع مؤقت مدير مباح للعموم وتدرس خلاله مسائل مدرجة في جدول أعمال محددة من قبل". ونص الفصل الثاني من نفس القانون أن التجمعات العمومية حرة ويمكنها أن تنعقد دون الحصول على إذن سابق، لكنه ينبغي ان يكون مسبقا بتقديم تصريح يبين فيه اليوم والساعة والمكان الذي ينعقد فيه الاجتماع وموضوعه، وأن يوقعه ثلاثة أشخاص يقطنون في العمالة أو الإقليم الذي ينعقد فيه.

أما المظاهرات فإن المشرع المغربي لم يعط تعريفا لها ونظمها في الفصل 11 من نفس القانون، فجميع المظاهرات بالطرق العمومية تخضع لتصريح مسبق، ولا يسمح بتنظيم المظاهرات بالطرق العمومية إلا للأحزاب السياسية والمنظمات النقابية والهيئات المهنية والجمعيات المصرح بها بصفة قانونية والتي قدمت تصريح مسبق لهذا الغرض .

---

209 مالك هاني خريسات، " التوازن بين ممارسة حرية الاجتماعات العامة ومقتضيات حماية النظام العام" ، مركز الإعلام الأمني، البحرين، ص 18.

<sup>210</sup> الظهير رقم 1.58.377 الصادر في 15 نونبر 1958 يحدد بموجبه التجمعات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 2404، مكرر، بتاريخ 27

نونبر 1958.

في حين نجد أنه يمنع كل تجمهر مسلح في الطريق العمومية ويمنع كذلك كل تجمهر غير مسلح قد يخل بالأمن والنظام العامين، بمعنى أن التجمهر لا يتطلب أي تصريح مسبق من السلطات العمومية خلافا للتجمعات والمظاهرات.

وتجدر الإشارة هنا، أنه إذا كان التجمهر المسلح يمنع بقوة القانون، فإن التجمهر غير المسلح الذي يتسبب في الإخلال بالنظام العام يبقى للسلطة الإدارية الصلاحية في امكانية تفريقه من عدمه، من خلال تقدير جسامة هذا الإخلال. ومسألة جسامة التهديد بالنسبة للنظام العام يمكن استخلاصها إما من عدد المشاركين أو توجهاتهم. فهناك العديد من أشكال التجمعات يمكن وصفها قانونا بأنها تجمهرات لكن لا يتم تفريقها، لكونها لا تشكل تهديدا للأمن العمومي.<sup>211</sup>

و يميز قانون الحريات العامة المغربي بين نوعين من التجمهر: المسلح وغير المسلح.

انطلاقا من الفصل 18 من الظهير المنظم للتجمعات العمومية، يعتبر التجمهر تجمهرا مسلحا في الأحوال الآتية:

إذا كان عدد من الأشخاص المكون منهم هذا التجمهر حاملا للأسلحة ظاهرة أو خفية أو لأداة أو أشياء خطيرة على الأمن العمومي. لأن حمل الأسلحة سواء ظاهرة أو خفية يعد تجمهرا مسلحا، ومن الطبيعي أن حمل هذه الأسلحة في جميع الحالات تعتبر غير قانونية ومعاقب عليها كحمل شخص ل سلاح أبيض بدون مبرر شرعي.

وإذا كان أحد من هؤلاء الأشخاص يحمل أسلحة أو أداة خطيرة ظاهرة ولم يقع إقصاؤه حالا من طرف المتجمهرين أنفسهم. وهكذا فقد توسع القانون في مفهوم التجمهر المسلح ومنعه لكونه بطبيعته يهدد الأمن العام، ويشكل خطرا على المواطنين وممتلكاتهم وأرواحهم، وعلى الدولة ومؤسساتها.

وبالرجوع الى الفصل 17 يفهم بطريقة ضمنية أن التجمهر غير المسلح مباح للعمومي ما لم يكن من شأنه الإخلال بالأمن العام. بمعنى أن المشرع اهتم فقط بتحديد ما يمنع من تجمعات بالطريق العمومي وهي التي في منطقها تأخذ صفة تجمهر إما مسلح أو تجمهر غير مسلح الذي يهدد الأمن العام. يعني لا يوجد

<sup>211</sup> محمد لمزاوي، "التجمعات العمومية"، ترجمة أبو بكر سبيك، مرجع سابق، ص 21.

تجمهر ممنوع إلا إذا أضيف إليه عنصر السلاح بمفهومه الواسع، أو عنصر احتمال الإخلال بالأمن العام ، وخارج هاتين الحالتين يبقى التجمع بالطريق العمومية أو بالأحرى بالأماكن العمومية مباحا.<sup>212</sup>

المطلب الثاني: القواعد المنظمة للحق في التجمهر والقيود الواردة عليه

هناك مجموعة من القوانين تنظم الحق في التجمهر ( الفقرة الأولى ) في مقابل ذلك هناك قيود واردة عليه ( الفقرة الثانية ).

الفقرة الأولى: القواعد المنظمة للحق في التجمهر

يعتبر الحق في التجمع و التجمهر و التظاهر السلمي، من المقومات الرئيسية للنظام الديمقراطي، ودولة الحق والقانون، ولا يمكن أن تكتمل الديمقراطية في ظل غياب هذه الحقوق. كما تعتبر هذه الحقوق من أهم الحقوق الأساسية في منظمة حقوق الإنسان<sup>213</sup>. وتعتبر المملكة المغربية ومنذ استقلالها من الدول التي اختارت الإنخراط في منظومة حقوق الانسان كما هو متعارف عليها دوليا، كما أقدمت على تطوير الممارسة الإتفاقية في مجال حقوق الانسان بشكل كبير خلال الإنفتاح الحقوقي بداية التسعينات<sup>214</sup>.

في إطار حماية الحقوق والحريات للمواطنين والمواطنات، نجد أن دستور 2011 خصص الباب الثاني للحقوق والحريات، الذي يضم 22 فصلا من الفصل 19 إلى الفصل 40، ومن بين هذه الحقوق والحريات الأشكال الإحتجاجية التي جاء بها الفصل 29 من الدستور الذي ينص على ما يلي : " حريات الاجتماع والتجمهر والتظاهر السلمي، وتأسيس الجمعيات، والانتماء النقابي والسياسي مضمونة. ويحدد القانون شروط ممارسة هذه الحريات. حق الإضراب مضمون. ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفيات ممارسته".

وجاء في الفصل 37 من الدستور : " على جميع المواطنين والمواطنات احترام الدستور والتقييد بالقانون. ويتعين عليهم ممارسة الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور بروح المسؤولية والمواطنة الملتزمة، التي

<sup>212</sup> التقرير السنوي للمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان لسنة 2008، حالة حقوق الإنسان وحصيلة عمل المجلس لسنة 2008، ص 15

<sup>213</sup> الحافظ النوبي، مرجع سابق ص 70.

<sup>214</sup> القباقي عبد الإله وبلعبدة خالد : "الهندسة الدستورية والفعل الإحتجاجي - قراءة سوسيو قانونية في النسق السياسي

والدستوري المغربي"، مؤلف جماعي حول الحركات الإحتجاجية في الوطن العربي: دراسة في متغيرات الاستقرار والاستقرار للأنظمة السياسية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية - برلين - ألمانيا، الطبعة الأولى 2019، ص 284.

تتلازم فيها ممارسة الحقوق بالنهوض بأداء الواجبات".

كما أكد الفصل 22 من الدستور على أنه: " لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص، في أي ظرف، ومن قبل أي جهة كانت، خاصة أو عامة. لا يجوز لأحد أن يعامل الغير، تحت أي ذريعة، معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية. ممارسة التعذيب بكافة أشكاله، ومن قبل أي أحد، جريمة يعاقب عليها القانون.

والفصل السادس من الدستور كان واضحاً بتنصيبه على أن: " القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة. والجميع، أشخاصاً ذاتيين أو اعتباريين، بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له. تعمل السلطات العمومية على توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنين، والمساواة بينهم، ومن مشاركتهم في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية..."

وباستقراءنا لهذه الفصول يتبين لنا جلياً أن المغرب يسعى لبناء دولة عصرية ديمقراطية تحترم فيها الحقوق والحريات العامة، وقد كرس الدستور المغربي الجديد ضمانه لمجموعة من الحريات،<sup>215</sup> كحرية التجمع الذي يكفله لكل مواطن مغربي لكن شريطة أن لا يخل بالأمن العمومي، وتحدد شروط ممارسة هذا الحق والاستفادة منه في القوانين المعمول بها.

سبق وأن قلنا أن التجمع لا يخضع لتصريح مسبق حسب الظهير المنظم للتجمعات العمومية، بخلاف التجمع والتظاهر. من هنا يتبين لنا بأن المشرع المغربي بالرغم من تنصيبه في الدستور على أن حرية التجمع حق لجميع المواطنين إلا أنه لم يشرع في إخراج قانون تنظيمي يبين فيه كيفية ممارسة هذا الحق. ويجب أن يتماشى هذا القانون مع الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور المغربي - في الباب الثاني - ونصت عليها المواثيق الدولية بخاصة العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

الفقرة الثانية: القيود الواردة الحق في التجمع

جاء القانون المنظم للحق في التجمع والتظاهر السلمي بمجموعة من الشروط والقيود التي لا بد

<sup>215</sup> كريم لعرش، " الدستور الجديد للمملكة المغربية - شرح وتحليل - سلسلة العمل التشريعي والاجتهاد القضائي (6)، الطبعة الثانية

من توفرها في أي مجتمع ديمقراطي،<sup>216</sup> حيث أن هذه التجمعات لا ينبغي أن تنعقد في الطرق العمومية ولا تمتد إلى ما بعد الساعة الثانية عشرة ليلاً أو إلى ما بعد الساعة التي يحددها القانون.

أما القيود الواردة على المظاهرات يتجلى في عدم تنظيمها أو السماح بها إلا لفائدة الأحزاب السياسية أو التشكيلات النقابية أو الهيئات المهنية والجمعيات المصرح بها بصفة قانونية،، بينما يعفي من وجوب تقديم التصريح الخروج الى الشوارع العامة طبقا للعوائد المحلية.

وبالرجوع الى الفصل 17 من الظهير المنظم للتجمعات العمومية نجده ينص على منع كل تجمهر مسلح بالشارع العام، كما يمنع أيضا كل تجمهر غير مسلح قد يخل بالأمن العام. وقد وضع المشرع شروط محددة قانونا لتفريقه حسب المادة 19 منه، بحيث يتعين على عميد الشرطة أو كل عون اخر يمثل القوة العمومية والسلطة التنفيذية، ان يحمل شارات وظيفته ويتوجه الى مكان التجمهر ويعلن عن وصوله بواسطة مكبر للصوت ثم يوجه الأمر للمنجمهين بفض التجمهر والانصراف ويتلو العقوبات المنصوص عليها في الفصل 20 من نفس القانون في حالة الإمتناع أو عدم الإمتثال.

ولتفريق التجمهر، يفرض القانون احترام شكليات دقيقة لا يمكن تجاوزها. اذ لم يستجب المتجمهرون للإنذار الأول، يجب توجيه إنذار ثان وثالث، ويختمه بعبارة واضحة مفادها: "إننا سنعمل على تفريق التجمهر بالقوة". وفي حالة إصرار المتجمهريين على البقاء وعدم امتثالهم لأوامر السلطة العمومية، يتم تفريقهم بقوة القانون، لأنهم أصبحوا ضد هذا الأخير، ولم يتقيدوا به . أما في فرنسا فان المشرع يجيز اللجوء الى القوة بدون توجيه الإنذار في حالة استخدام العنف ضد قوات حفظ النظام .

واستعمال القوة هنا يدخل في إطار الأسباب المبررة التي تمحو الجريمة، والتي نظمها القانون الجنائي بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل 124 منه التي نصت على أنه: " لا جنائية وجنحة ولا مخالفة في الأحوال التالية :

إذا كان الفعل قد أوجبه القانون وأمرت به السلطة الشرعية.

وتدخل رجال الشرطة أو الدرك أو القوات المساعدة يكون مبررا بمقتضى القانون حفاظا على الأمن والنظام العامين، وعلى سلامة المواطنين الاخرين غير المشاركين في التجمهر.

<sup>216</sup> الحافظ النوبي، مرجع سابق ص 74

وحسب الفصل 22 من قانون التجمعات العمومية يمكن لممثل السلطة الإدارية المحلية اتخاذ قرارات مكتوبة بمنع عرض وحمل شعارات ورايات، أو كل علامة أخرى تدعو إلى التجمع سواء في الطرق العمومية أو البنايات والساحات والأماكن المباحة للعموم، وذلك حفاظاً على النظام العام.

و يجب على ضابط الشرطة القضائية من غير الذين أذنوا باستخدام القوة انجاز محضر قانوني يرفقه بجميع الوثائق والمعلومات التي تفيد في البحث. ويجب ان يكون هذا المحضر مفصلاً ويحتوي على جميع الوقائع التي عاينها. ومن الأشياء المهمة التي يجب على ضابط الشرطة ذكرها في المحضر ، الإشارة إلى ظروف توجيه الإنذارات من قبيل الساعة والمكان والوسائل المستخدمة والأجهزة الأمنية المشاركة في تفريق المتجمهرين.<sup>217</sup>

كما يترتب على التجمع حسب الفصل 23 من القانون أعلاه، المتابعات المتعلقة بالجنايات والجناح التي قد ترتكب أثناء التجمع.

في دولة ألمانيا جميع المواطنين يملكون الحق في التجمع والتظاهر بالأماكن العمومية للمطالبة بحقوقهم. وبالتالي فالتجمع في الأماكن العمومية مكفول ضمن الفصل الثامن (8) من الدستور الألماني، ولكن شريطة ان يتم تسجيل النشاط قبل يومين من تنظيمه لدى السلطات المختصة.

وقد وضع المشرع الألماني بعض القيود على بعض التظاهرات ، ومراقبتها من قبل الشرطة، من أجل ضمان عدم المساس بحقوق المواطنين الآخرين، غير المشاركين في هذه التظاهرات. فالقانون الألماني يحذر من التظاهر فيما يعرف بمناطق هيئات تشريع القوانين. وهي المناطق المحيطة بمبنى البرلمان ومقر الحكومة وكذلك مبنى المحكمة الدستورية. فهذه المقرات يتم حمايتها بشكل خاص وتشديد المراقبة الأمنية عليها. وهناك تقييد آخر لحرية التجمع، يتمثل بعدم السماح بالقيام بجرائم جنائية أو بالتحريض.<sup>218</sup>

**المبحث الثاني: التوفيق بين الحق ومتطلبات الحفاظ على النظام العام**

<sup>217</sup> محمد لمزايي: "التجمعات العمومية"، ترجمة أبو بكر سيك، مجلة الشرطة (تصدرها المديرية العامة للأمن الوطني)، العدد 95،

يناير 2013، ص 21.

<sup>218</sup> حرية التجمع، اطلع عليه بتاريخ 2019/01/31 على الساعة 23:25، على الموقع التالي:

[https://www.hanisauland.de/lexikon/lexikon-arabisch/ar\\_h/versammlungsfreiheit-ar.html](https://www.hanisauland.de/lexikon/lexikon-arabisch/ar_h/versammlungsfreiheit-ar.html)

يتمتع المواطنون في داخل أي دولة بمجموعة من الحريات، كحرية المواطن في الفكر، وحرية التجمهر، كلها حريات ترتبط بالديمقراطية السياسية داخل الدولة، وتنظم هذه الأخيرة ممارسة الأفراد والجماعات لهذه الحريات بعيدا عن كل إكراه أو تعسف، لكن شريطة الإمتثال للقوانين المعمول بها واحترامها ليس لكونها فقط مقترنة بعنصر الجزاء، ولكن لكونها صمام امان يقي الفرد من كل تهديد قبل أن يقي المجتمع برمته.<sup>219</sup>

وفي حالة خرق هذه القوانين تتدخل الدولة من أجل فرض النظام وحماية المواطنين والمواطنات من خلال توقيع الجزاءات على كل من خولت له نفسه الإخلال بالنظام العام، فحرية بدون ضوابط قانونية تساوي مجتمع الفوضى وبالتالي يسود الاضطراب ويختل التوازن في المجتمع، وفي المقابل نجد أن المجتمع الذي لا يتمتع بحرياته يعتبر مجتمع الاستبداد. من هنا تظهر لنا إشكالية التوفيق بين السلطة وإكراهاتها والحرية وإنزلاقها.

وفي هذا المبحث، سنعالج اكراهات التوفيق بين الحق في التجمهر والقيود الواردة عليه (المطلب الأول)، بالإضافة الى التعسف في استعمال الحق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إكراهات التوفيق بين الحق والقيود الواردة عليه

لا شك في أن أي مجتمع يعهد الى قواته العمومية بعدد من الصلاحيات لضمان تنفيذ القانون والحفاظ على النظام العام.<sup>220</sup> ويوجد لدى قوات الشرطة في جميع البلدان فرق متخصصة في مكافحة الشغب، وهي فرق مدربة للتعامل مع التظاهر والتجمهر. ومن بين هذه الصلاحيات استخدام القوة.

إن مفهوم القوة الواجب استخدامها غير محدد قانونا، وفي كثير من الأحيان، يتم وصف استخدام القوة من قبل سلطات إنفاذ القانون في إطار قانوني، بأنه " العنف المشروع ". وفي جميع الحالات، فإن هناك

<sup>219</sup> الحريات العامة، إصدارات مركز الدراسات والأبحاث الجنائية بمديرية الشؤون الجنائية والعفو، سلسلة نصوص قانونية، أكتوبر

2010، العدد 8، ص 4.

<sup>220</sup> محمد لمز ابي : " استخدام القوة من قبل القوات العمومية "، ترجمة ابو بكر سيبيك مجلة الشرطة (تصدرها المديرية العامة للأمن

الوطني)، يناير 2013، العدد 95، ص 22.

منظومة من المعايير الدولية تسعى الى التوفيق بين متطلبات المحافظة على النظام العام، وبين الحماية والسلامة الشخصية للقوات العمومية من جهة، واحترام حقوق المواطنين من جهة اخرى.<sup>221</sup>

في مجال انفاذ القانون والمحافظة على النظام العام، فان جميع التدابير والاجراءات المتعلقة باستخدام القوة تركز على مبدئي الضرورة والتناسب. هذه المبادئ تفرض على القوات العمومية. عدم استخدام القوة إلا في حالة الضرورة القصوى، أي عندما يبقى الحوار والتفاوض والاقناع - في النهاية - بدون جدوى.<sup>222</sup>

ان التجمهر السلمي الذي تحترم فيه الضوابط القانونية يعقد بشكل سلمي ويبنى على المناقشات وتبادل الاراء ووجهات النظر بما يتوافق مع أحكام الدستور، وقانون الحريات العامة، لكن قد يتحول هذا التجمهر السلمي الى تجمهر غير مشروع مما يجعله يؤدي الإخلال بالنظام العام، هنا بطبيعة الحال يأتي دور سلطات الضبط الإداري لحفظ الأمن والنظام العامين وحماية المجتمع، يعني ذلك أنه لا بد من وجود التوازن فيما بين الحق في ممارسة التجمهر وبين حق سلطة الضبط الإداري في حفظ النظام العام إذا ما تحول التجمهر من مشروع وقانوني الى تجمهر غير مشروع معاقب عليه.<sup>223</sup>

وهذا ما شهدناه في بعض الأحداث التي عرفها المغرب، بحيث تعاملت السلطات الأمنية مع الأحداث بأسلوب حضاري يتسم في غالبته باحترام وحماية حق الفرد في التجمع و التظاهر والتجمهر السلمي، بحيث أنها لم تتعرض للمتظاهرين، أو منعهم من ممارسة حقهم في التجمهر المنصوص عليه في الدستور المغربي، بل اكتفت بتأمينهم وتركهم في حوار مع السلطات المحلية المختصة.

لكن بعدما تفشل السلطات المحلية في الحوار والتفاوض وإقناع المحتجين في الوصول الى حل نهائي، بالرغم من الاستجابة لطلباتهم، تقتنع السلطات الأمنية بأن الوضع بدأ يخرج عن السيطرة، جراء احتجاجات تتجاوز المطالب الاجتماعية المشروعة، إلى انزلاقات أمنية خطيرة، يريد البعض منهم استغلال الفرصة للقيام بأعمال شغب تتنافى مع القوانين الوطنية والدولية بتخريب الممتلكات الخاصة والعامة واعتراض سبيل المارة وسرقة المحلات التجارية...، وبالتالي زعزعة أمن وسلامة الوطن والمواطنين.

<sup>221</sup> محمد لمزاوي، استخدام القوة من قبل القوات العمومية"، ترجمة اب بكر سبيك، مرجع سابق، ص 22

<sup>222</sup> محمد لمزاوي: " استخدام القوة من قبل القوات العمومية " ترجمة اب بكر سبيك، مرجع سابق ص 22.

<sup>223</sup> مراد تيسير خليف الشواورة: مرجع سابق ص 68

وبطبيعة الحال بعدما يصبح الأمر يشكل خطرا على سلامة المواطنين ويمس بأمن الدولة، تقوم القوات العمومية التي خول لها القانون مهمة الحفاظ على النظام العام، وحماية حقوق الأفراد بالتدخل في اطار القانون من أجل إيقاف المتورطين في الأحداث وكل من خولت له نفسه المس بأمن الدولة وإعادة النظام الى نصابه، بتفريق المتجمهرين الذين يقومون بتخريب الممتلكات العامة والخاصة، ورجم العناصر الأمنية بالحجارة وقنينات الزجاجية وغيرها من الوسائل، وقطع الطريق العمومية على سيارات الشرطة والقوات المساعدة، والقيام باضرام النار في العجلات المطاطية ...

وبناء على ما تقدم، يمكن القول ان ممارسة حرية التجمهر بالشارع العام لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال ذريعة أو مظلة للتخفي من أجل المس بالأمن أو الاعتداء على حقوق وحرريات الآخرين أو التسبب في ضرر من أي نوع كان أو تقليص هامش الحرية المسموح بها لباقي المواطنين.<sup>224</sup>

ولمزيد من الإيضاح، فممارسة الأفراد لحرية التجمهر دون التقيد بالضوابط القانونية يؤدي لا محالة الى الإخلال بالنظام العام ، وبالتالي الى الفوضى والاستقرار.

المطلب الثاني : التعسف في استعمال حق التجمهر

من المعلوم أن الحق في التجمع أمر مشروع ومباح للعموم، لكن إذا أساء الشخص أو تجاوز في استعمال هذا الحق في الحدود المخولة له قانونا فهذا يعتبر تعسفا.

والتعسف في استعمال الحق هو استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع، يعني أن الحق الذي يعطيه المشرع للشخص يسيء استعماله بوجه غير مشروع وبالتالي يكون فيه ضرر للغير.

ولهذا كان هذا المعيار أقدم معايير التعسف، وأكثرها شيوعا في الشريعة الإسلامية، والقوانين الوضعية، لكثرة استعمال الأفراد حقوقهم بقصد الإضرار بالآخرين.<sup>225</sup>

يقول بارديس في هذا الصدد : " لا يباح استعمال المرء حقه، بغير نفع له، وبطريقة تضر الغير".<sup>226</sup>

<sup>224</sup> محمد لمزاوي، " النظام العام " مرجع سابق ص 16

<sup>225</sup> أحمد الصويحي شليبيك، " التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون

" مجلة الشريعة والقانون، العدد 38، ابريل 2009، ص 25

وذهب الإمام الشاطبي : الى بطلان تصرف صاحب الحق، ان هو قصد منه مجرد العبث، ولم يهدف الى تحقيق اية مصلحة.<sup>227</sup>

والمشروع المغربي كان واضحا حين نص في الفصل 94 من ق.ل.ع على أنه : " لا محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل شخص، بغير قصد الإضرار، ما كان له الحق في فعله.

غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير و كان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته، من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه".

ومن المتفق عليه ان الدستور المغربي كما سبقت الإشارة، خول للمواطنين مجموعة من الحقوق والحريات كما هي متعارف عليها عالميا، وأبرزها الحق في ممارسة التجمهر السلمي الذي بطبيعة الحال يهدف الى غايات مشروعة كتحقيق المطالب الاجتماعية، لكن شريطة الا يخل بالنظام والأمن العامين او يضر بالغير. بمعنى لا يمكن التعسف في استعمال هذا الحق واستغلاله لتحقيق غايات غير مشروعة لكونه مقيد بشروط وقوانين يجب احترامها والإمتثال لها، لأن التعسف في استعمال الحق يؤدي في اخر المطاف الى الفوضى وخلق حالة من عدم الاستقرار.

من هنا يمكن القول، ان الحقوق لم تشرع للإخلال بالنظام العام، والحق الاذى بالغير، او لتحقيق اهداف غير مشروعة وإنما شرعت لأهداف وغايات نبيلة تنمي الفرد والمجتمع على حد السواء، فيجب أن يستعمل الحق في اطار ما يسمح به القانون وللشخص أن يستعمل حقه في هذه الحدود دون أن يتجاوزها ، واذا خرج عن القانون كان ضربا من ضروب التعسف في استعمال الحق. وبالتالي لدولة ومؤسساتها الحق في معاقبة كل من تجاوز حدوده في استعمال هذا الحق.

<sup>226</sup> أحمد الصويعي شليبيك، مرجع سابق ص 22

<sup>227</sup> أحمد الصويعي شليبيك، مرجع سابق ص 22

خاتمة :

يمكن أن نخلص من هذه الورقة البحثية بأن التجمهر يعتبر من الحقوق الأساسية التي نص عليها الدستور المغربي. والتجمهر لا يطاله المنع إذا كان في إطار القانون، لكنه إذا اختل فيه شرط من الشروط المنصوص عليها في القانون يطاله المنع بقوة القانون.

ونستطيع من خلال ما تقدم أن نصل إلى نتيجة في غاية الأهمية وهي أن العلاقة ما بين النظام العام وحقوق التجمهر هي علاقة تكاملية تهدف إلى تمتع الأفراد بحرياتهم المكفولة دستوريا والمنظمة بموجب أحكام القانون من جهة، وإلى ضمان حفظ النظام العام واستقرار المجتمع من جهة أخرى.

ولكي يتم تحقيق المعادلة بين الأمن والحريات يجب العمل على ترشيد الحكامة الأمنية وتفعيل مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة. وكما جاء على لسان السيد عبد اللطيف الحموشي المدير العام للأمن الوطني أنه : "لا سبيل للتمتع بالحقوق والحريات بدون نعمة الأمن، ولا سبيل لإرساء الأمن والاستقرار بدون إحترام حقوق الإنسان".

## دراسة نقدية لمسطرة التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية

عزوز صنهاجي ومحمد كريم آيت الشيخ

باحثان في العلوم الإدارية والمالية

كلية العلوم الاقتصادية والقانونية والاجتماعية السوسية - الرباط

### مقدمة

لاشك في أن المال العام هو المفتاح الأساسي والعملي الذي من خلاله يمكن للدولة وهيئاتها ترجمة المهام المسندة لها إلى واقع ملموس له وقع على المواطنين والمواطنات وعلى تطوير مختلف بنيات المجتمع.

ولأجل الحفاظ على المال العام وترشيده استخدامه، أقر المشرع المغربي عددا من الآليات التي تصب في قناة المراقبة، حيث تأخذ الأخيرة ثلاثة أشكال رئيسية: سياسية وإدارية وقضائية.

ولا يكتفي المغرب اليوم بتبويء الرقابة القضائية الممارسة عن طريق المجلس الأعلى والمجالس الجهوية للحسابات مرتبة المؤسسة الدستورية، بل ينيط بالمجلس الأعلى وظيفة المراقبة العليا للمالية العمومية<sup>228</sup>، مع ضمان استقلاله عن جميع السلط والمؤسسات الدستورية الأخرى، وهو يمارس مهامه من خلال اختصاصات رقابية بوظائف ذات طابع قضائي أو غير قضائي.

ويعود تاريخ تأسيس المجلس الأعلى للحسابات إلى سنة 1979، حيث حل محل اللجنة الوطنية للحسابات التي كانت تابعة لوزارة المالية، وتم الارتقاء بالمجلس الأعلى للحسابات إلى مصاف الهيئات الدستورية سنة 1996، كما نص الدستور في الفصل 98 (دستور 1996) على إحداث المجالس الجهوية للحسابات.

وقد تم تتويج المقتضيات التي تضمنها دستور 1996 بخصوص الرقابة القضائية للمال العام، بإصدار القانون 62.99 المتعلق بالمحاكم المالية<sup>229</sup>، الذي لا زال ساري المفعول إلى حدود اليوم، بعد أن طرأت عليه مجموعة من التعديلات آخرها كان سنة 2016.

<sup>228</sup> دستور المملكة المغربية 2011، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 الموافق ل 29 يوليوز

2011، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، ص 3600.

<sup>229</sup> القانون رقم 62-99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، كما تعديله وتتميمه بالقانون رقم 55.16 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم

1.16.153 الصادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19

سبتمبر 2016) ص 6703

هكذا، باتت الآن المجالس الجهوية، والمجلس الأعلى للحسابات، تشكل بالمغرب منظومة المحاكم المالية المؤطرة بالقانون رقم 99-62 الذي دقق وظائفها بهدف إعمال ممارسة رقابية مندمجة وشاملة، حيث أن هذه الرقابة تشمل الرقابة القضائية على مدى قانونية وسلامة العمليات المالية ومدى مطابقتها للنصوص (البت في الحسابات، التسيير بحكم الواقع، والتأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية)، وكذا مراقبة التدبير.

فالمجلس الأعلى للحسابات، وفق اختصاصه القضائي، يعمل في مجال التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية كمحكمة، بكل ما يستلزمه ذلك من إجراءات وضمانات وقواعد ومساطر.

وعلى اعتبار أن النقد العلمي هو دراسة الأعمال وتفسيرها وتحليلها وموازنتها بغيرها المشابه لها، والكشف عما فيها من جوانب القوة والضعف، والجمال والقيح، ثم الحكم عليها ببيان قيمتها ودرجتها، فإننا سنحاول من خلال موضوعنا هذا رصد وإبراز أهم النقاط التي تستدعي من المشرع التعديل أو إعادة النظر، مساهمةً في تطوير التجربة الفتية للمحاكم المالية، لا سيما في ما يتعلق بمسطرة التأديب في المادة المالية.

وسنقارب الموضوع من زاوية الإشكالية الرئيسية التالية:

ما أهم تمظهرات حدود نجاعة مسطرة التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية الجاري بها العمل حالياً، وكيف يمكن تجاوزها؟

**المطلب الاول: حدود نطاق ولاية القضاء المالي بالمغرب.**

حدد المشرع، من خلال مدونة المحاكم المالية، نطاق ولاية المحاكم المالية، لكن الملاحظ أنه قد تم استثناء بعض الأشخاص والأجهزة العمومية من نطاق إمكانية المتابعة أمام المحاكم المالية، وهو الأمر الذي من شأنه التأثير على نجاعة حماية المال العام وتحصينه. لذا، سنتطرق بدايةً للأشخاص التي لا يمكن أن تتم متابعتها أمام المحاكم المالية (الفرع الأول)، ثم الانتقال بعدها للحديث عن الأجهزة العمومية غير الخاضعة لرقابة القضاء المالي في مجال التأديب (الفرع الثاني).

**الفرع الأول:** الأشخاص الخارجة عن نطاق ولاية القضاء المالي بموجب مدونة المحاكم المالية. عمد المشرع الى استثناء مجموعة من الأشخاص من نطاق التأديب المالي أمام المحاكم المالية، والأمر بهم أعضاء الحكومة ( الفقرة الأولى)، والعسكريين، بشكل غير مباشر، لأسباب مرتبطة بواجب كتمان السر المني (الفقرة الثانية)، والمحاسبين والمراقبين العموميين بخصوص أفعال محددة على سبيل الحصر (الفقرة الثالثة).

**الفقرة الأولى:** استثناء أعضاء الحكومة من المتابعة التأديبية أمام المحاكم المالية حددت مدونة المحاكم الأشخاص المعنيين بمسطرة التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية، وذلك من خلال المادة 51، وحُددت المخالفاتُ في المواد: 54، 55 و56، ارتباطاً بصفة هؤلاء الأشخاص ومهامهم، إلا أنه بالرغم من هذا التحديد، سواء على مستوى الأشخاص أو المخالفات، فإن نجاعة هذه المسطرة تظل غير مكتملة الفعالية، لا سيما من حيث غيابُ التنصيص على مجموعة من الأشخاص الذين لهم دور أساسي في حماية المال العام والتصرف فيه، وعلى رأسهم فئة الوزراء وأعضاء مجلسي النواب والمستشارين.

وإن كان الدستور واضحاً في تنصيبه على أن أعضاء الحكومة مسؤولون أمام محاكم المملكة، عما يرتكبونه من جنایات وجنح، أثناء ممارستهم لمهامهم، فلا بد أن نثير السؤال حول جِكمَةِ المشرِّع الدستوري من استثناءهم، وهم أمرون بالصرْف، من الخضوع لسلطة التأديب المالي من قِبَل المحاكم المالية، فطالما أن هؤلاء المسؤولون السامون ليسوا فوق الدستور، فيمكن اقتراح تمديد نطاق ولاية التأديب المالي بالنسبة للمحاكم المالية حتى يطال جميع من له علاقة بتدبير المال العمومي.

هذا مع العلم أن البعض يرى أن القانون بإلزامه نشر التقرير السنوي للمحاكم المالية وتعميم خلاصات وأعمال وتقارير المحاكم المالية على الجمهور، لِيُعد أسلوباً كافياً ومتلائماً مع المعايير العالمية للرقابة والمحاسبة والتدقيق<sup>230</sup>، وأن من شأن ذلك تكريس ثقافة الحكامة الرشيدة والشفافية والمحاسبة والمساءلة، ودفع المسؤولين العموميين إلى اليقظة في تدبير الشأن العام اتقاءً لعواقب المساءلة الشعبية والانتخابية والمسؤولية السياسية.

<sup>230</sup> محمد براو، الوسيط في شرح مدونة المحاكم المالية. الكتب الثلاث.، الطبعة الأولى سنة 2012، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر

ولالإشارة هنا، فقد كانت محكمة العدل الخاصة منذ سنة 1972 منوطاً بها مهام النظر في الجرائم التي يرتكبها أعضاء الحكومة وحُذفت بموجب الفصل 94 من الدستور انسجاماً مع مبدأ المساواة أمام القانون، وتم إلغاؤها بموجب القانون 79.03 وإلغاء مختلف المحاكم الاستثنائية ما عدا المحكمة العسكرية، لتتنقل وتسند الملفات التي كانت تتكفل بها المحكمة المذكورة إلى غرف الجنايات لدى محاكم الاستئناف، باعتبارها غرفاً مختصة بالنظر في جرائم المال العام، فأقسام الجرائم المالية بمحكمة الاستئناف أُحدثت لتتبع في القضايا المتعلقة بجرائم الغدر، الرشوة، استغلال النفوذ، والاختلاسات المقترفة من طرف الموظفين العموميين المنصوص عليها في القانون الجنائي، وتطبق أمام هذه الغرف بخصوص الجرائم المذكورة أحكام قانون المسطرة الجنائية والقانون الجنائي.

وفي ما يلي: عدد محاكم الاستئناف المُحدثة بها أقسام للجرائم المالية وتعيين دوائر نفوذها<sup>231</sup>:

محاكم الاستئناف المحدثة بها أقسام	دوائر نفوذ محاكم الاستئناف
الرباط	الرباط - القنيطرة - طنجة - تطوان
الدار البيضاء	الدار البيضاء - سطات - الجديدة - خريبكة - بني ملال
فاس	فاس - مكناس - الرشيدية - تازة - الحسيمة - الناظور - وجدة
مراكش	مراكش - أسفي - ورزازات - أكادير - العيون

<sup>231</sup> الجدول الملحق المرسوم رقم 2.11.445 المتعلق بتحديد عدد محاكم الاستئناف المحدثة بها أقسام للجرائم المالية وتعيين دوائر نفوذها، الصادر بتاريخ 7 ذي الحجة 1432 (4 نوفمبر 2011)، بالجريدة الرسمية عدد 5995 بتاريخ 17 ذو الحجة 1432 (14 نوفمبر 2011)، ص 5415.

لكن حتى لا يُخَيَّلَ للمهتم بموضوع القضاء المالي، أن حالة استثناء أعضاء الحكومة من نطاق التأديب المالي، حالة خاصة يعرفها المغرب فقط، لا بد أن نشير إلى أن معظم التشريعات تستثني أعضاء الحكومة من نطاق التأديب المالي، ومثال ذلك ما سار عليه المشرع الفرنسي، حيث استثنى من نطاق المتابعة أمام محكمة التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية، أعضاء الحكومة<sup>232</sup>.

ونفس المقاربة سار عليها المشرع التونسي، فدائرة الزجر المالي بتونس (تابعة لدارة المحاسبة)، والتي تعتبر محكمة لها صلاحية محاكمة مرتكبي أخطاء التصرف<sup>233</sup>، قد استثنى المشرع من نطاق المتابعة أمامها، الأشخاص المباشرين لوظائف سياسية، ومنهم رئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين والوزير الأول والوزراء وكتاب الدولة بصفتهم أميين بصرف نفقات الدولة.

#### الفقرة الثانية: صعوبة متابعة الأشخاص المنتمين الى فئة العسكريين

بالإضافة إلى أعضاء الحكومة، نجد أن المشرع، عند تحديده لفئة الأشخاص التي يمكن متابعتها أمام المحاكم المالية، عمد الى استخدام عبارات عامة تدل على إمكانية متابعة جميع الأشخاص المرتكبين للمخالفات الواردة في مدونة المحاكم المالية، بغض النظر عن الفئة التي ينتمون إليها، سواء أكانوا مدنيين أو عسكريين، مما يُفترض معه أنه يُسمح للمجلس بتأديب المنتمين إلى كلتا الفئتين بمناسبة ارتكابهم لإحدى المخالفات الواردة في المواد 54 أو 55 أو 56 من مدونة المحاكم المالية.

لكن نطرح سؤالاً حول كيف يمكن للمحكمة المالية أن تباشر مسطرة التأديب التي من اللازم أن تمر عبر مرحلة التحقيق، التي يقودها المستشار المقرر، وذلك أمام المقتضى القانوني الذي يؤكد على أنه لا يمكن للمستشار المقرر أن يُلزم الأشخاص أو الشهود الذين يجري معهم التحقيق، برفع واجب كتمان السر المهني، إذا ما تعلق موضوع التحقيق بوقائع لها علاقة بالدفاع الوطني أو الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة<sup>234</sup>، خاصة وأن رفع أو إبقاء السر المهني يظل رهينا بالقرار المتخذ من قِبل رئيس الحكومة، مما قد يشكل عائقاً أمام تحريات المحاكم المالية.

<sup>232</sup> CJF, L. 312-1.

<sup>233</sup> الفصل السادس من القانون عدد 74 لسنة 1985 مؤرخ في 20 جويلية 1985 يتعلق بتحديد أخطاء التصرف التي ترتكب إزاء الدولة والمؤسسات العمومية الإدارية والجماعات العمومية المحلية والمشاريع العمومية وضبط العقوبات المنطبقة عليها وبأحداث دائرة الزجر المالي، (الجمهورية التونسية).

<sup>234</sup> المادة 110 من القانون رقم 62.99 المتعلق بالمحاكم المالية.

ومن أجل تجاوز هذا الإشكال الخاص بترخيص المؤسسة التنفيذية من عدمه في شأن السر المهني المتعلق بالبعد الأمني والعسكري، عمل المشرع الفرنسي على التنصيب صراحة على أنه يخضع لرقابة محاكم التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية، جميع الموظفين والأعوان العاملين بمراقف الدولة، سواءً أكانوا عسكريين أم مدنيين<sup>235</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد تعامل بطريقة خاصة مع موضوع التأديب في المادة المالية، حيث نجد ضمن المؤسسات التابعة لمحكمة الحسابات بفرنسا، محكمة التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية، التي تم تأسيسها سنة 1948<sup>236</sup>، وألحقت بمجرد تأسيسها بمحكمة الحسابات الفرنسية، وهي محكمة إدارية متخصصة، توقع الجزاء على المدبرين العموميين عند مخالفة القواعد المنظمة للمالية العامة<sup>237</sup>.

**الفقرة الثالثة: استثناء المراقبين والمحاسبين من نطاق الأشخاص الملزومة بإرجاع الأموال في حال تسببهم في خسارة لجهاز عمومي.**

قدم المشرع استثناء لفائدة المراقبين أو المحاسبين، والأمر بهم هنا ما ورد ضمن المادة 55 من المدونة والتي جاء فيها أن المراقبين أو المحاسبين العموميين إذا تعلق الأمر بأعمال المراقبة التي عليهم القيام بها على قرارات الالتزام بالنفقات، لا يخضعون لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 66 المتعلقة بإرجاع المبالغ المطابقة للخسارة إلى فائدة هذا الجهاز من رأسمال وفوائد، كما أن المحاسب العمومي الذي حُكم عليه بالعجز لا يمكن متابعته لنفس الأسباب في ميدان التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية، ولا تُطبق عليه مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 66.

وملاحظتنا هنا تنصب على أن هذه الاستثناءات التي ترد بشكل مطلق، كان من الأفضل تنسيقها، فالمراقب أو المحاسب المالي حين أناط به القانون مسؤولية مراقبة قرارات الالتزام بالنفقات، فلا بد، في إطار ربط المسؤولية بالمحاسبة، أن يقتسم العقوبة المالية مع الأمر بالصرف باعتباره صاحب المخالفة الأصلي، واعتبار المراقب الذي قصّر في المراقبة مساهمًا في المخالفة أو مشاركا فيها.

<sup>235</sup> CODES DES JURIDICTIONS FINANCIERS, L. 312-1.

<sup>236</sup> La CDBF (Cour de discipline budgétaire et financière) a été créée par la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948.

كما أن المحاسب العمومي الذي حُكم عليه بالعجز يُطالبُ فقط بإرجاع مبلغ الفرق أو العجز، في الوقت الذي يمكن للمرفق العمومي المعني أن يكون تكبد خسارة مُعتبرة من جراء عدم توظيف مبلغ العجز الذي كان بحوزته، بالقوة أو بالفعل، ما بين لحظة حصول المخالفة ولحظة إصدار القرار أو الحكم.

ونحن إن كنا نستوعب إرادة المشرع عدم إثقال كاهل المحاسب العمومي بإجراءات وعقوبات تفوق طاقته وتتخطى حسن نيته وتحد من الإقبال على تحمل هذه المسؤولية الجسيمة، فإننا بالمقابل، ومن باب الحرص على حفظ المال العام وحرمته، نقترح أن لا يتم تجاوز ضرورة تعويض المرفق العام عن الخسارات التي يتكبدها بسبب أخطاء أو مخالفات المحاسبين العموميين، والتي يمكن في بعض المؤسسات العمومية، أن تقدر بملايين الدراهم، ولما لا التفكير في إحداث صندوق للتأمين ضد أخطاء المحاسبة العمومية، تساهم فيه الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، ويكون تحت سلطة وقرار المحاكم المالية.

#### الفرع الثاني: الأجهزة الخارجة عن ولاية القضاء المالي في مادة التأديب المالي

سنتطرق هنا لنموذج الهيئات المستقلة الواردة في الدستور، والتي تعتبر خارجة عن نطاق ولاية القضاء المالي بموجب مدونة المحاكم المالية على عكس النصوص الخاصة التي تحكم عملها (الفقرة الأولى)، إضافة لأجهزة الضمان الاجتماعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: استثناء الهيئات المستقلة بموجب مدونة المحاكم المالية من نطاق مادة التأديب المالي من مظاهر حدود النص الحالي المنظم للعمل للمحاكم المالية، إغفال إدراج الهيئات المستقلة (خاصة الواردة في الدستور)، ضمن الأجهزة الخاضعة لاختصاص القضائي للمحاكم المالية في مجال التأديب المالي، وهذا يعتبر قصورا كان بالإمكان تجاوزه عند إجراء التعديل الأخير على مدونة المحاكم المالية<sup>238</sup>.

فما يزيد من أهمية الهيئات المستقلة هو التنصيص الصريح ضمن القوانين التي تحكم عملها، على خضوع ميزانياتها لرقابة المجلس الأعلى للحسابات، دون أن تتضمن مدونة المحاكم المالية ما يفيد اندراج الهيئات المستقلة ضمن نطاق ولاية المحاكم المالية، فمثلا القانون المنظم لعمل الهيئة العليا للاتصال

<sup>238</sup> القانون رقم 55.16 الصادر بتنفيذه الظهير 1.16.153 الصادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016) ص 6703.

السمعي البصري نص على أن الميزانية الخاصة بالهيئة خاضعة لرقابة المجلس الأعلى للحسابات<sup>239</sup>، إذ مادامت هذه الميزانية خاضعة لرقابة المجلس الأعلى للحسابات، فالمنطق يذهب الى القول إنه من المفروض على الأشخاص الذين ينفذون الميزانية، أن يخضعوا هم الآخرون للتأديب المالي، عند ارتكابهم لأحدى المخالفات الواردة في مدونة المحاكم المالية.

قد يجيب البعض بأن هذه الهيئات المستقلة، يجوز إدراجها ضمن صنف من أصناف الأجهزة المحدد بموجب المادة 51 و 118 من مدونة المحاكم المالية، ولكن العكس هو ما ذهب إليه القضاء الدستوري بالمغرب، وذلك من خلال قرار المجلس الدستوري سنة 2012 الذي جاء فيه "... إن المؤسسات والهيئات المذكورة في الفصول 161 إلى 171 من الدستور، ومع مراعاة الطابع الاستشاري لتلك المذكورة في الفصول 163، 164، 168، 169، 170، تعد مؤسسات وهيئات مستقلة، إما بحكم ما ينص عليه الفصل 159 من الدستور من أنه: تكون الهيئات المكلفة بالحكمة الجيدة مستقلة، وإما بموجب الفصول الدستورية الخاصة بها، مما يجعلها لا تخضع لا لسلطة رئاسية لوزير معين ولا لوصايته..."<sup>240</sup>.

وقد أضاف نفس القرار أن هذه المؤسسات والهيئات ليست إدارة ولا مؤسسة أو مقاوله عمومية، ولا تخضع بالتالي لا للسلطة الرئاسية ولا لوصاية وزير معين.

وما تجب الإشارة إليه كذلك أن القوانين الخاصة بالهيئات المستقلة، لم تكن تتضمن ضمن مقتضياتها ما يفيد خضوع ميزانياتها لرقابة القضاء المالي، ولكن تم تدارك ذلك، حيث مثلا نجد القانون 76.15 الجديد المتعلق بإعادة تنظيم المجلس الوطني لحقوق الإنسان<sup>241</sup> في مادته 60 ينص على أن تنفيذ ميزانية المجلس

<sup>239</sup> المادة 19 من القانون رقم 11.15 المتعلق بإعادة تنظيم الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم

1.16.123، بتاريخ 21 ذي القعدة 1437 (25 غشت 2016)، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6502، بتاريخ 20 ذو الحجة 1437 (22 شنتبر 2016)، ص 6810.

<sup>240</sup> قرار المجلس الدستوري عدد 924 بتاريخ 22 غشت 2012.

<sup>241</sup> القانون 76.15 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس الوطني لحقوق الإنسان، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.17، بتاريخ 5

جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6652، بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1432 (فاتح مارس 2018)، ص 1227.

يخضع لمراقبة المجلس الأعلى للحسابات، وهو الأمر الذي لم يكن واردا في قانون إحداث المجلس الوطني لحقوق الإنسان<sup>242</sup>، كما هو الشأن أيضا بالنسبة للمحكمة الدستورية.

هذا التدارك لم يتم الأخذ به من طرف المشرع عند تعديل مدونة المحاكم المالية، خاصة وأن المشرع كان بإمكانه إدراج هذه الهيئات بصريح العبارة ضمن الأجهزة الخاضعة لرقابته القضائية، وذلك بموجب التعديل الذي طرأ على المدونة سنة 2016، حيث أن الموقف الذي تبناه القضاء الدستوري بخصوص الهيئات المستقلة كان سابقا لتعديل مدونة المحاكم المالية، إضافة لما تضمنته القوانين الخاصة بهذه الهيئات من التنصيص الصريح على خضوع الميزانيات الخاصة بها للرقابة المجلس الأعلى للحسابات، وذلك قبل تعديل مدونة المحاكم المالية.

### الفقرة الثانية استثناء أجهزة الضمان الاجتماعي من نطاق مادة التأديب المالي

الملاحظ أيضا في البناء القانوني لمدونة المحاكم المالية أن مهام مراقبة التسيير المنصبة، حسب المادة 76 منها، على مرافق الدولة، المؤسسات العمومية، المقاولات المخولة للامتياز في مرفق عام أو المعهود إليها بتسييره، باستثناء تلك التي تخضع لرقابة المجالس الجهوية، الشركات والمقاولات التي تملك فيها الدولة أو مؤسسات عمومية على انفراد أو بصفة مشتركة بشكل مباشر أو غير مباشر أغلبية الأسهم في الرأسمال أو سلطة مرجحة في اتخاذ القرار، الشركات والمقاولات التي تملك فيها الدولة أو مؤسسات عمومية بصفة مشتركة مع الجماعات المحلية أغلبية الأسهم في رأسمال أو سلطة مرجحة في اتخاذ القرار، أجهزة الضمان الاجتماعي كيفما كان شكلها، التي تتلقي من أحد الأجهزة المنصوص عليها في الفقرات أعلاه مساعدات مالية في شكل مساهمات من أرباب العمل أو في شكل إعانات.

ومهام رقابة التسيير هذه، حسب منطوق المادة 84 يمكن أن تفضي إلى مباشرة مسطرة التأديب المالي، منتقلين بذلك من مراقبة غير قضائية إلى مراقبة قضائية منصبة على مادة التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالي.

<sup>242</sup> الظهير الشريف رقم 1.11.19 الصادر 25 من ربيع الأول (فانح مارس 2011)، المتعلق بإحداث المجلس الوطني لحقوق الإنسان،

الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5922 بتاريخ ربيع الأول 1432 (3 مارس 2011)، ص 574..

والسؤال الذي يفرض ذاته هنا هو: لماذا لم يتحدث المشرع في المدونة عن شمول الأجهزة الخاضعة للرقابة القضائية المباشرة في مادة التأديب المالي أجهزة الضمان الاجتماعي، وهي التي تتلقى إعانات ومساهمات من الدولة؟

**المطلب الثاني: المسطرة التأديبية وعوائق تحقيق متطلبات الفعالية في حماية المال العام**  
سنحاول في هذا المطلب رصد بعض مظاهر قصور مسطرة التأديب، سواء على مستوى رفع الدعوى والتحقيق (الفرع الأول)، أو على صعيد سلطات الردع التي يتمتع بها القضاء المالي بالمغرب، والتي تأخذ شكل غرامات مالية أو إرجاع المبالغ المطابقة التي لحقت الجهاز العمومي المعني (الفرع الثاني).

**الفرع الأول المعيقات المرتبطة بتحريك مسطرة المتابعة**  
سنحدد هنا بعض الإشكالات القانونية المرتبطة برفع القضية الى أنظار المجلس الأعلى (الفقرة الأولى)، وكذلك بعض الإشكالات التي تواجه المستشار المقرر أثناء إجراء عملية التحري والتحقيق (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: الهيئات المستقلة وسؤال إمكانية رفع الدعوى على أنظار القضاء المالي**  
حينما قام المشرع بتحديد الجهات المؤهلة لرفع القضايا أمام أنظار المحاكم المالية، ميز بين الإحالة الداخلية، والإحالة الخارجية، والأمر الذي يهمننا هنا هو الاحالة الخارجية.

فالمشرع من خلال التعديل الذي أدخل على مقتضيات مدونة المحاكم المالية، كان لازما عليه أن يأخذ بعين الاعتبار الوضعية الخاصة للهيئات المستقلة، خاصة الواردة في الدستور، وهي هيئات، كما بينا سابقا، ليست بمثابة إدارة ولا مؤسسة أو مقاوله عمومية، ولا تخضع بالتالي لا للسلطة الرئاسية ولا لوصاية وزير معين، لكي يقوم مقام الهيئة المستقلة من أجل رفع الدعوى، عند تبوث وجود خروقات تدخل في خانة المخالفات الواردة في مدونة المحاكم المالية.

وبالتالي كان من الواجب، في تقديرنا، إدراج رؤساء الهيئات المستقلة، ضمن فئة الأشخاص المؤهلين لرفع القضايا إلى أنظار المحاكم المالية، ما دامت القوانين الخاصة لهذه الهيئات قد نصت صراحة على خضوع ميزانياتها لرقابة المحاكم المالية.

### الفقرة الثانية: المستشار المقرر وتحديات نجاعة التحقيق

على اعتبار أن تعيين المستشار المقرر يتم بملتمس من النيابة العامة، لا بد بداية من الإشارة إلى أن جهاز النيابة العامة بالمحاكم المالية، تظل صلاحياته محصورة في مراقبة التقارير، والرجوع الى المجلس من أجل تعيين المستشار المقرر بقرار للرئيس، دون أن تتوفر النيابة العامة على أجهزة تابعة لها للقيام بالبحث على غرار الضابطة القضائية كما هو الحال بالمحاكم العادية<sup>243</sup>.

هذه الأمور تساهم بطريقة أو أخرى في محدودية التحقيق الذي يُجرىه المستشار المقرر، وهو الأمر الذي سنعمل على توضيحه.

منح المشرع للمستشار المقرر صلاحيات تساعده أثناء مرحلة التحقيق على تنفيذ المهمة التي عُين من أجلها، ورغم ما منحه المشرع من صلاحيات أثناء التحقيق، فعمله يُواجهُ بمجموعة من التحديات.

والبداية مع إشكالية تمسك الطرف الذي يتم التحقيق معه، أو الشهود بواجب كتمان السر المهني، حيث لا يمكن للمستشار المقرر أن يطالبهم برفع السر المهني إذا تعلق الوقائع التي يحقق فيها بالدفاع الوطني أو الأمن الداخلي أو الخارجي، الا باتباع مسطرة خاصة يبدو تعقيدها مفهومًا، حيث يتم رفع الأمر الى الرئيس الأول للمجلس الأعلى، والذي يخبر بدوره رئيس الحكومة، وهذا الأخير هو من يمتلك السلطة التقديرية في رفع السر المهني من عدمه، فإذا لم يتفاعل رئيس الحكومة بشكل إيجابي مع إخبار رئيس المجلس، فلا يمكن بموجب ذلك للمستشار المقرر أن يطالب الشخص الذي يحقق معه، أو الشهود، برفع السر المهني، وبالتالي يمكن يتم تضييع فرصة الحصول على معلومات قد تفيد في البحث الذي كلف المستشار المقرر بإنجازه<sup>244</sup>.

ومن مظاهر حدود عمل المستشار المقرر كذلك: السلطات التي يتمتع بها من أجل الاستماع للمعني بالأمر أو الشهود، ففي حالة التعامل بشكل سلبي مع مطالب المستشار المقرر، فالجزاء هو غرامة مالية هزيلة تحدد في مبلغ 500 الى 2000 درهم، حيث في ظل ذلك قد يفضل المعني بالأمر عدم الحضور أو عدم الإدلاء بالأجوبة، أو الامتناع عن أداء الشهادة، أو أداء اليمين، مقابل أداء هذه الغرامة<sup>245</sup>.

<sup>243</sup> د. الصديق حيدة، المحاكم المالية وإشكالية حماية المال العام، مجلة المالية، العدد 21، يناير 2014، ص 37.

<sup>244</sup> المادة 110 من القانون رقم 62.99 المتعلق بالمحاكم المالية.

<sup>245</sup> جمعية عدالة، تقرير تركيبي حول تقييم عمل المحاكم المالية بالمغرب، سنة 2013، ص 74.

فإذ أخذنا الصلاحيات التي يتمتع بها قاضي التحقيق في المجال الجنائي، وقارناها بالصلاحيات التي يتمتع بها المستشار المقرر، سيظهر لنا بشكل واضح مكانم الضعف والمحدودية على مستوى عمل المستشار المقرر.

ولعل استدعاء الشهود، يوضح بجلاء الصلاحيات الواسعة لقاضي التحقيق، بنظيره المستشار المقرر، على مستوى المحاكم المالية، فعند عدم حضور الشهود بعد توجيه استدعاءً ثانٍ (بواسطة رسالة مع الإشعار بالتسلم، أو الاستدعاء بصفة قانونية...) يمكن لقاضي التحقيق، بناءً على ملتزمات النيابة العامة، أن يجبر الشهود على الحضور بواسطة القوة العمومية، وأداء غرامة تتراوح بين 1200 و 12.000 درهم<sup>246</sup>.

فعلى الرغم من أن الأمور التي يتدخل فيها قاضي التحقيق لا تدخل ضمن المادة الجنائية، إنما لا يوجد ما يمنع من اقتباس هذه الصلاحيات ونقلها لفائدة المستشار المقرر بالمحاكم المالية، تيسيراً لمهمته أثناء التحقيق.

#### الفرع الثاني: سلطة توقيع العقاب و ضمانات المحاكمة العادلة

سنحدد في هذا المستوى أبرز مظاهر القصور المرتبطة بسلطة الردع التي يتمتع بها القضاء المالي بالمغرب، والتي تأخذ شكل غرامات (الفقرة الأولى)، وبعد ذلك سننتقل إلى رصد بعد الإشكالات المرتبطة بعمل المحاكم المالية والتي من شأنها أن تؤثر على ضمانات المحاكمة العادلة (الفقرة الثانية)

#### الفقرة الأولى: العقوبات ومطلب حماية المال العام

سلطة الردع التي يتوفر عليها القضاء المالي بالمغرب، تتمثل بشكل أساسي في الغرامات الصادرة في حق مرتكب المخالفات، والملاحظ أن المشرع عند تحديده للمخالفات ركز على عنصر الارتكاب، وبالتالي مساءلة مرتكب المخالفة عن ما اقترف من فعل مخالف للقانون، وذلك على عكس ما سار عليه المشرع القطري مثلاً، حيث يعمل ديوان المحاسبة بدولة قطر على مساءلة مرتكب المخالفة، والمساهم، والشخص الذي سهل وقوع المخالفة، والشخص كذلك الذي تستر على مرتكب المخالفة<sup>247</sup>، وبالتالي لا يجب فقط الوقوف

<sup>246</sup> المادة 128 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تغيير وتتميمه، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.02.255 بتاريخ 25 رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5078، بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2002)، ص 303..

<sup>247</sup> المادة 31 من القانون رقم 11 لسنة 2016، بشأن ديوان المحاسبة بدولة قطر.

عند مرتكب المخالفة، بل يجب توسيع نطاق المسؤولية، حتى يتحقق مطلب حماية المال العام بشكل أفضل.

والملاحظ كذلك أن المشرع قد ربط في أغلب الأحيان قيام مسؤولية الأشخاص المتابعين في إطار التأديب المالي، بعدم احترام النصوص القانونية، وذلك على عكس التجارب المقارنة التي فتحت آفاق المتابعة التأديبية على منافذ أخرى لا تقتصر فقط على عدم احترام النصوص القانونية، و مثال ذلك ما جاء في قانون ديوان المحاسبة الاماراتي: تعتبر مخالفة مالية الارتباط بنفقة غير ضرورية لا تقتضيها المصلحة العامة<sup>248</sup>، فلو أخذ المشرع المغربي بهذا المعطى، وأدرجه ضمن الحالات التي تستوجب المساءلة لارتفعت حالات المتابعة بشكل ملحوظ، وتحقق بالتالي مبتغى حماية المال العام بشكل أفضل، فصرف المال العام مقترن بتحقيق المصلحة العامة، فالقضاء المالي بالمغرب لا يجب أن يقف فقط عند مراقبة مشروعية الإنفاق بل البحث كذلك في مدى تحقيق هذا الإنفاق للمصلحة العامة.

والملاحظ كذلك أن المشرع قد تعامل بعمومية عند تحديده لمبلغ العقوبات عند ارتكاب إحدى المخالفات الواردة في المواد 54 و 55 و 56 من مدونة المحاكم المالية، وكان من الأفضل أن يتم التعامل بنفس الطريقة التي سلكها المشرع الفرنسي عند تحديده لمبلغ العقوبات، حيث عند تطرقه لكل مخالفة حدد المبلغ المطابق لها، ومثال ذلك تحديد مبلغ مخالفة قواعد الالتزام بالنفقات في مبلغ 150 أورو، وذلك كحد أدنى للعقوبة، وكحد أقصى لا يمكن أن يتجاوز مبلغ الأجرة السنوية لمرتكب المخالفة<sup>249</sup>.

وتبقى الصيغة الحالية لهذه العقوبات تثير أكثر من تساؤل وأكثر من انتقاد في الأوساط الفقهية والقانونية، حيث أنها لا تتناسب ووزن وحجم المخالفات المرتكبة من طرف المعنيين بالمراقبة، فكيف يُعقل أن يتسبب محاسب عمومي في ضياع ملايين الدراهم مثلا ويسبب بذلك خسارة مالية فادحة تكون لها

<sup>248</sup> المادة 17 من القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 2011، بإعادة تنظيم ديوان المحاسبة.

<sup>249</sup> CODES DES JURIDICTIONS FINANCIERS, L.313-1.

انعكاسات خطيرة ووخيمة على سير المرفق العمومي ومساسا بمصالح المستفيدين منه، وأن يُحكم عليه فقط بغرامات مالية هزيلة<sup>250</sup>.

ما يؤكد ضعف الصيغة الحالية للعقوبات من حيث قيمة الغرامات المحكوم بها، الدراسة التي أنجزناها، من خلال الاعتماد على القرارات الصادرة عن غرفة التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية سنة 2017، حيث تبين لنا من خلال البحث أنه تم إصدار 34 قرارا في مادة التأديب المالية موزعة على الشكل التالي:



وقد بلغ مجموع الغرامات المحكوم بها نتيجة لثبوت قيام مسؤولية الأشخاص المتابعين من قبل المجلس الأعلى للحسابات خلال سنة 2017 ما مجموعه 413.500 درهم، وهذا الرقم يبدو لنا ضعيفا إذا ما تمت مقارنته بحجم الموارد المرصودة للمحاكم المالية بموجب قوانين المالية السنوية، فخلال سنة 2017 بالضبط رُصد للمحاكم المالية بموجب مشروع قانون المالية مبلغ 320.398.000 درهما كاعتمادات للأداء، و10.000.000 كاعتمادات للالتزام، وقد احتلت النفقات المرصود للموظفين والأعوان العاملين بالمحاكم

<sup>250</sup> اسماعيل بنجي، مسؤولية المحاسب العمومي أمام المحاكم المالية في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 2006-2007، ص 88

المالية الصادرة من حيث الحجم، من خلال تخصيص مبلغ 238.198.000 درهما، هذا الرقم يشكل 74,34% من مجموع موارد المحاكم المالية<sup>251</sup>.

فإذ ما أخذنا قيمة المبالغ المخصصة لتغطية نفقات الموظفين وأعوان المحاكم المالية، وقارناها بقيمة مبالغ الغرامات المحكوم بها في إطار ممارسة المجلس الأعلى للحسابات لمهامه القضائية في مجال التأديب المالي، سنقف على حقيقة مفادها أن الغرامات المحكوم بها لا تشكل سوى 0,17% من مجموع النفقات المخصصة لموظفي وأعوان المحاكم المالية، وهو ما يطرح بجدية إشكالية كلفة الرقابة القضائية عموما، ومسطرة التأديب المالي خصوصا، ومردوديتها المالية، علما أن الغاية الأسمى من إحداث المحاكم المالية هي الحفاظ على المال العام وترشيد وحكمة استعماله بالدرجة الأولى.

وبالإضافة الى إشكالية هزلة مبلغ الغرامات، يُطرح إشكال قانوني وعملي لا يهتم فقط عمل المحاكم المالية، بل جميع أنواع المحاكم بالمغرب، والأمر يتعلق بإشكالية ضعف تحصيل الغرامات بسبب غموض الإطار القانوني والمحاسبي المنظم لعملية تحصيل الغرامات، أو لغياب التنسيق بين المصالح المعنية بالتحصيل.

هذه الأمور تمت الإشارة إليها بالتفصيل من خلال المذكرة الاستعجالية الصادرة عن الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات<sup>252</sup>، وسنبين أهم النقاط التي تمت إثارها في الوثيقة المذكورة.

فقد أوكل المشرع من خلال مدونة تحصيل الديون العمومية<sup>253</sup>، عملية تحصيل الغرامات والإدانات النقدية والصوائر والمصاريف القضائية للمحاسبين التابعين لوزارة الاقتصاد والمالية، وكتابات الضبط بمحاكم المملكة<sup>254</sup>.

والواضح أن المشرع جعل مسؤولية تحصيل الغرامات تقع بشكل ازدواجي على عاتق مأموري كتابة الضبط، ومحاسبي المملكة، لكن دون تحديد مسؤولية كل طرف، مما ينعكس على فعالية التحصيل.

<sup>251</sup> مجلس النواب، تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الانسان حول الميزانيات الفرعية، مشروع قانون مالية سنة 2017، ص 248.

<sup>252</sup> مذكرة استعجالية صادرة عن الرئيس الأول للمجلس الاعلى للحسابات، حول تحصيل الغرامات و الادانات النقدية والصوائر

والمصاريف القضائية، بتاريخ 25 سبتمبر 2018.

<sup>253</sup> القانون رقم 15.97 المتعلق بتحصيل الديون العمومية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.175 بتاريخ 28 محرم 1421(3)

ماي 2000)، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 4800، بتاريخ 28 صفر 1421 (فاتح يونيو 2000)، ص 1256.

<sup>254</sup> المادة 131 من القانون رقم 15.97 المتعلق بتحصيل الديون العمومية.

وتؤدي الازدواجية في تدبير التحصيل إلى الاتكالية وعدم اتخاذ المبادرات، مما يجعل من الصعب تحديداً المسؤولين في هذا المجال.

ومن الإشكالات كذلك التي تصاحب عملية تحصيل الغرامات، ممارسة كاتب الضبط لمهام الأمر بالصرف، وبمهام المحاسب العمومي، وذلك راجع لكون المشرع قد اعتبر كتاب الضبط محاسبين عموميين، عند القيام بإجراءات تحصيل الغرامات والإدانات والمصاريف القضائية، حيث يوقع كاتب الضبط إلى جانب رئيس هيئة الحكم، ويقوم بتبليغ الحكم، ثم تحرير وتوقيع مستخرج الحكم أو القرار القضائي الذي يعتبر السند التنفيذي للغرامة والإدانة النقدية والصوائ والمصاريف القضائية، ثم يقوم كاتب الضبط بعملية التكفل بالغرامات قبل إعداد الملفات التنفيذية، والقيام بإجراءات التحصيل بصفته محاسباً عمومياً.

وبموجب قيام كاتب الضبط بالإجراءات السالفة الذكر، من صدور الحكم إلى غاية التكفل بالغرامات، فإنه يمارس مهام من صميم عمل الأمر بالصرف، ويكون بذلك قد جمع بين مهام الأمر بالصرف والمحاسب العمومي ويشكل ذلك مخالفة للأحكام الفصل 4 من مرسوم المحاسبة العمومية، التي تنص على عدم إمكانية الجمع بين مهام الأمر بالصرف ومهام المحاسب العمومي.

فعملية التكفل بالغرامات والإدانات النقدية والصوائ والمصاريف القضائية، تدخل في إطار الإجراءات المحاسبية التي هي من اختصاص المحاسبين العموميين، ويفترض أن يقوم الأمر بالصرف بمسك قاعدة معطيات الأحكام، ووضع آلية مراقبة كتابة الضبط في مجال التحصيل.

ومن الإشكالات أيضاً التي تُطرح على المستوى العملي، عند تحصيل الغرامات والإدانات النقدية والصوائ والمصاريف القضائية، عدم تطبيق جزاءات التأخير إذا لم يتم الأداء داخل أجل 30 يوماً من تاريخ تبليغ الأحكام والقرارات المتعلقة بها، وقد حدد المشرع مقدار جزاء التأخير بـ 0.50% عن كل شهر أو جزء شهر إضافي.

ويضاف إلى الإشكالات السابقة، إشكال التقادم، فقد نصت المدونة بالمادة 107 على أنه تتقادم المخالفات إذا لم يتم اكتشافها من طرف المجلس أو كل سلطة مختصة، داخل أجل خمس سنوات كاملة يبتدئ احتسابه من التاريخ الذي يكون قد ارتكبت فيه، وعلى أنه: يدقق المجلس ويبت بقرار تمهيدي في الحسابات قبل انصرام أجل خمس سنوات يبتدئ من تقديم الحساب إلى المجلس.

وفي اعتقادنا، فإن أجل 5 سنوات للتقادم في مخالفات تهم المال العام، هو مدة قصيرة، مقارنة مع فلسفة وغاية الحفاظ على المال العام أينما كان ووقتما جرى التصرف فيه، وكان من الأجدر جعلها 10 سنوات على الأقل، أو أن يكون المرجع الزمني ليس هو لحظة ارتكاب المخالفة وإنما هو لحظة نهاية تنفيذ العملية أو المشروع أو الميزانية المعنية.

وقد قدم المشرع بدولة الإمارات العربية المتحدة حلا لتجاوز الإشكالات المرتبطة بتقادم المخالفات، وحدد الحالات التي تؤدي لقطع مدة التقادم، من خلال إجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة، التي تؤدي إلى إعادة احتساب المدة من جديد ابتداء من تاريخ آخر إجراء. وإذا تعدد المخالفون، فإن انقطاع المدة بالنسبة إلى أحدهم يترتب عليه انقطاعها بالنسبة إلى الباقين ولو لم تكن قد اتخذت ضدهم إجراءات قاطعة وتنقضي الدعوى في جميع الأحوال بوفاء المتابع<sup>255</sup>.

فما يميز التجربة الإماراتية هو كون المشرع قد نوع الحالات التي تؤدي إلى قطع التقادم، وجعل التقادم من الناحية العملية لا يسقط إلا في حال وفاة المتابع، ففي حالة إجراء تحقيق سنة 2018 ولم يتم اكتشاف مخالفات وقعت سنة 2013 مثلا، فإن هذه المخالفات لن تسقط بالتقادم، إلا بمرور 5 سنوات ما بعد عملية إجراء التحقيق، أي بعد 2018، وليس بعد 2013 كما يمكن أن يحدث في المغرب.

وقبل الانتقال إلى موضوع القضاء المالي وسؤال ضمانات المحاكمة العادلة، لابد من إثارة إشكالية قانونية، تؤدي إلى تعطيل سلطة المحاكم المالية في توقيع العقاب، وبالتالي على استقلاليتها، فكيف يعقل أن تثبت هيئة الحكم، وتقر قيام مسؤولية الأمر بالصراف أو المحاسب العمومي المتابع، وفي المقابل يمنح المشرع لهؤلاء الأشخاص إمكانية تقديم طلب لإبراء ذمتهم على وجه الإحسان من المبالغ المستحقة عليهم بالنظر لوضعيتهم المالية<sup>256</sup>، أليس هذا ضياع لمجهود المحاكم المالية، وضياع كذلك للمال العام، خاصة وأن الهيئة التي ينتمي إليها الشخص المتابع هي من تتحمل في نهاية الأمر المبالغ المخصصة لإبراء الذمة على وجه الإحسان.

ونشير إلى أننا قد فضلنا التطرق لإشكالية إبراء الذمة على وجه الإحسان، عوض الإعفاء من المسؤولية، لكون هذه الأخيرة أساس قيامها القوة القاهرة، والمشرع توخى منها حماية مصالح الشخص المتابع لأنه لم

<sup>255</sup> المادة 24 من القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 2011، بإعادة تنظيم ديوان المحاسبة بالإمارات العربية المتحدة.

<sup>256</sup> المادة 15 من القانون رقم 61.99 المتعلق بتحديد مسؤولية الأمرين بالصراف والمراقبين والمحاسبين العموميين.

يكن يملك القرار بيده لتجنب الوقوع في الخطأ المؤدي للقيام المسؤولية.

### الفقرة الثانية القضاء المالي وسؤال ضمانات المحاكمة العادلة

من المعروف أن الدستور المغربي نص على عدد من الحقوق التي يتمتع بها المتقاضون، كالحق في المحاكمة العادلة، وحق الدفاع، وحق البت في أجل معقول، والبراءة حتى ثبوت الإدانة، فضلا على أن التقاضي يكون مجانيا في الحالات المنصوص عليها قانونا لمن لا يتوفر على موارد كافية للتقاضي.

وهو الأمر الذي يدفعا، باستحضار روح الدستور ومبادئ المحاكمة العادلة، إلى إثارة إشكالية المساعدة القضائية التي لا تثيرها المدونة كإجراء مسطري ممكن، سواء تلقائيا أو بناءً على طلب المعني بالأمر، خاصة وأن قضايا التأديب المالي تتطلب دفاعا مختصا وخبيرا بالقضايا الإدارية والمالية، وهو ما يجعل من الدفاع في الغالب باهظ الكلفة وصعب الولوج لاسيما بالنسبة لصغار الموظفين والأعوان الذين لا تتناسب تعويضاتهم ورواتبهم مع حجم وجسامته المسؤوليات الملقاة على عاتقهم، كما هو الشأن بالنسبة لعدد من المحاسبين والمراقبين العموميين.

وهو ما يدفعا لاقتراح إدراج إمكانية اللجوء إلى المساعدة القضائية، ووضع معايير عامة للاستفادة من هذا المبدأ في صلب مسطرة التأديب المالي، بالمدونة.

ومن الإشكالات التي تمس بضمانات المحاكمة العادلة، ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 64 من مدونة المحاكم المالية التي نصت على "...ويتم التداول في الهيئة، ويشارك المستشار المقرر في المداولات بصوت تقرير، ويتخذ القرار بأغلبية الأصوات...".

حيث الملاحظ هنا أن المشرع لم يميز بين وظيفة التحقيق ووظيفة المداولة، فتماثل هيئة التحقيق بالمجلس مع الهيئة التداولية قد يمس ببعض مبادئ المحاكمة العادلة، الأمر الذي يشكل مخالفة للقاعدة القانونية القاضية بفصل قضاة التحقيق عن قضاء الحكم والتنفيذ، لذا يجب الأخذ بمعطي التمييز بين هيئة الحكم، وهيئة التحقيق حتى يتم احترام مبادئ المحاكمة العادلة.

وتحقيقا لمطلب المحاكمة العادلة، أيضا، أدخل المشرع الفرنسي تعديلات جوهرية على المسطرة المتبعة

أمام محكمة الحسابات، وذلك من خلال الفصل بين وظائف المتابعة والتحقيق والحكم<sup>257</sup>.

ومن الأسئلة الهامة التي يجب طرحها بخصوص هيئة الحكم، وكافة قضاة المحاكم المالية: ألا يمكن أن يقع تنازع للمصالح، ويؤثر ذلك على ضمانات المحاكمة العادلة، الجواب عن سؤال تنازع المصالح نجده ضمن ما أشار له المشرع من خلال المادة 183 من مدونة المحاكم المالية "يمنع على كل قاض ينتهي إلى المحاكم المالية أن تكون له شخصياً أو بواسطة الغير تحت أي اسم كان، مصالح في جهاز تجري عليه رقابة المحاكم المالية".

وما يلاحظ هنا أن المشرع لم يرقم بالتدقيق في نوعية هذه المصالح، أو الإحالة على قانون المسطرة الجنائية أو المدنية التي تحدد حالات تنازع المصالح، والتي تسمح بتجريح القضاة.

ويتحقق تنازع المصالح مثلاً عند قيام قاضي بالنظر في قضية أحد أطرافها من أقاربه، وبالتالي يتحقق تعارض مع مقتضيات العدالة ومبدأ الحياد الذي يجب أن يلتزم به<sup>258</sup>.

وقد حددت قواعد المسطرة المدنية والمسطرة الجنائية، الحالات التي تسمح بتجريح القضاة، وذلك عندما يكون هناك تعارض بين مصالح القاضي ومصالح أحد أطراف الخصومة.

فالقواعد المتعلقة بتجريح القضاة محدد بموجب المواد 277 الى 285 من قانون المسطرة المدنية، والمواد 295 الى 299 من قانون المسطرة الجنائية، حيث يجوز طلب التجريح في الحالات المدققة والمفصلة التالية<sup>259</sup>:

- ✓ إذا كان للقاضي أو لزوجيه مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الدعوى؛
- ✓ إذا كان للقاضي أو لزوجيه قرابة أو مصاهرة مع أحد الأطراف بما فيها أبناء الأعمام والأخوال؛
- ✓ إذا كان بين أحد الأطراف والقاضي أو لزوجيه أو أصولهما أو فروعهما دعوى لا تزال جارية أو انتهت منذ أقل من سنتين؛
- ✓ إذا كان القاضي دائناً أو مديناً لأحد الأطراف؛

<sup>257</sup> د. أحمد حاسون، مرجع سابق، ص 139.

<sup>258</sup> ترانسيرانسي المغرب، تقرير من انجاز محمد الوكيل ومشييل زراري، تنازع المصالح، ص 5.

<sup>259</sup> نفس المرجع، ص 15.

- ✓ إذا كان قد سبق للقاضي وأن قدم استشارة أو رافع أو مثل أحد أمام القضاء في النزاع أو نظر فيه كحكم أو أدلى بشهادة أو بت فيه في الطور الابتدائي؛
- ✓ إذا سبق له وأن كان نائبا قانونيا للأحد الأطراف؛
- ✓ اذا وجدت علاقة تبعية بين القاضي أو زوجه وأحد الأطراف أو زوجه؛
- ✓ اذا كانت هناك صداقة أو عداوة مشهورة بين القاضي أو أحد الأطراف؛
- ✓ الفرضية التي يكون فيها القاضي هو المشتكي في دعوى موضوع الاجراءات(حالة خاصة جاءت بها المشرع على مستوى قانون المسطرة الجنائية).

ويجب على القاضي الذي علم بوجود سبب من أسباب التجريح المحدد قانونا، أو أي سبب آخر أن يصرح بذلك للجهة المختصة.

ومن بين الإشكالات المطروحة، على مستوى عمل المحاكم المالية، موضوعٌ تدبير وعقلنة الزمن القضائي، أي الأمد الذي تستغرقه الخصومة ابتداءً من تاريخ تقييدها بالسجلات الرسمية للمحكمة، إلى غاية استيفاء الحق المحكوم به عبر مسطرة التنفيذ<sup>260</sup>، فالمشرع الدستوري نص على حق المتقاضى في حكم يصدر داخل أجل معقول.

وما يميز المسطرة القضائية المتبعة أمام المحاكم المالية، على غرار باقي محاكم المملكة، التركيز على الشق الإجرائي للدعوى، والذي يقتضى اتباع سلسلة من المقتضيات المسطرية لتجهيز القضايا، بُغية تمتيع المتقاضى بكامل الحق في التوصل والحضور وبناء الحجج، وبالنظر لما تتطلبه هذه الإجراءات من وقت ليس هينا، فإن ذلك قد يمس بضمانة دستورية تتمثل في حق الحصول على عدالة سريعة وميسرة.

عمليا، ومن خلال القرارات الصادرة عن المحاكم المالية بالمغرب، يتضح طول المسطرة المتبعة، وهو ما قد يفسر صرف أموال أكثر من تلك التي يتم الحكم بها.

وحتى نبني فكرتنا على أسس صحيحة، اعتمدنا على القرار 2017/01 الصادر عن غرفة التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية خلال سنة 2017، وتتبعنا المساطر التي تم سلكها، بداية من رفع القضية، الى غاية صدور القرار.

<sup>260</sup> د.لبي الفريالي، نجاعة الزمن القضائي، المجلة المغربية للحكمة القانونية والقضائية، العدد الثاني، سنة 2017، ص 101.

وقبل التطرق للحيز الزمني الذي استغرق قبل صدور القرار، لابد لنا أولاً أن نحيط بمضمون القرار ونوع المتابعة، إذ أنه يهم متابعة رئيس مصلحة برمجة عرض العلاجات والموارد المالية بالمديرية الجهوية للصحة بجهة فاس بولمان ( سابقا )، بالنظر لتوقيعه على أوامر أداء النفقات المتعلقة بتكاليف صيانة معدات بيوطبية غير صالحة للاستعمال أو مشمولة بالضمان الوارد في صفقة الاقتناء بعقود الصيانة.

وعودة للزمن المستهلك من أجل البت في هذا القرار، يُلاحظ أنه قد استغرق وقتاً مهماً للغاية، حيث رُفعت القضية الى المجلس الأعلى بتاريخ 10 يونيو 2015، ولم يصدر الحكم إلا بتاريخ 6 أكتوبر 2016، أي بعد ما يقارب 16 شهراً، وتم الحكم على الشخص المتابع بأداء غرامة قدرها 10.000 درهم.

وأمام المدة المستغرقة من أجل البت، نطرح سؤالاً: كم يكون قد أنفق المجلس الأعلى مقابل الحكم بالمبلغ الموماً إليه؟ (أجور القضاة وتعويضاتهم، مصاريف التنقل...)، مع الأخذ بعين الاعتبار الإشكالات المرتبطة بتحصيل الغرامات.

ويبدو لنا أنه من بين الأسباب المساهمة، بقسط مهم، في طول مسطرة التقاضي أمام المحاكم المالية، العدد القليل للقضاة، وكذلك أمور مرتبطة بالتكوين، وأمر مرتبطة باستعمال التقنيات الحديثة في مجال التقاضي.

فوفق آخر الأرقام، يبلغ عدد قضاة المحاكم المالية 350 قاضياً وقاضية، 170 منهم بالمجلس الأعلى للحسابات، و180 بالمجالس الجهوية للحسابات، إلى جانب الأعوان والإداريين والتقنيين والإداريين البالغ عددهم 205، بالإضافة الى 50 مساعداً في المحاسبة والتدقيق<sup>261</sup>.

وهذا الرقم يظل ضعيفاً إذا ما تمت مقارنته بعدد القضاة والموظفين العاملين بمحكمة الحسابات بفرنسا، حيث يشير الموقع الرسمي للمحكمة، أن عدد العاملين بالمحكمة 1777 شخص، 746 على مستوى محكمة الحسابات، و1031 بالغرف الجهوية للحسابات.

لكن، ورغم قلة الموارد البشرية العاملة بالمحاكم المالية، بالمقارنة مع حجم الاختصاصات، لابد من وضع تأطير علمي وموضوعي لقضاة المحاكم المالية، سواء في مرحلة التكوين الأساسي، أو في مرحلة التكوين

<sup>261</sup> مجلس النواب، تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الانسان حول الميزانيات الفرعية، مشروع قانون مالية سنة 2019، ص 449.

المستمر، يساعدهم عند ممارسة مهامهم، تحقيق مطلب التوازن بين معطى تدير الزمن والجودة في الأحكام.

إضافة الى ضرورة الاعتماد على الوسائل الحديثة في التقاضي ، كآلية التبليغ الإلكتروني، مع الاحتفاظ بآلية التبليغ العادي كحل بديل في حالات خاصة ومحدودة.

وبالفعل، مواكبة لزمنا الرقمنة، شرع المجلس الأعلى مع شركاءه: وزارة الاقتصاد والمالية، خاصة الخزينة العامة للمملكة، ومديرية الجمارك، ومديرية الضرائب، بالقيام بمبادرات من أجل تقديم الحسابات بشكل إلكتروني<sup>262</sup>، في انتظار أن يتم نقل هذا التقنيات على مستوى التقاضي في مادة التأديب المالي، من خلال اعتماد التبليغ الإلكتروني واعتماد مبدأ التقاضي عن بعد من خلال اعتماد تقنية visioconférence ، التي شرع العمل بها على مستوى المحاكم العادية منذ سنة 2016: محكمة الاستئناف بالدار البيضاء نموذجا.

وما يمكن إثارته، كذلك ، كيف يمكن للمتضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض، علما أن دستور 2011، قد أعطى الحق لكل متضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة، لكن هذا الأمر لا أثر له في مدونة المحاكم المالية بصفتها هيئة بمهام قضائية واضحة، حيث من الاقتراحات التي يمكن إدراجها هنا هي تحديد ماهية الخطأ القضائي في مادة التأديب المالي، وشروط وإجراءات رفع دعاوى التعويض عنه.

<sup>262</sup> مجلس النواب، تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الانسان حول الميزانيات الفرعية، مشروع قانون مالية سنة 2019، ص 482.

## خاتمة

يتضح، ولو نسبيا، من خلال هذا البحث أن مسطرة التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية، هي مسطرة تتوخى بالأساس ترجمة الوظيفة والمهام القضائية للمحاكم المالية، وكذا ردع المخالفات المرتبطة بالتدبير المالي للمال العمومي، وهي مسطرة لا تختلف جوهريا عن ما هو معمول به في المسطرتين الجنائية والمدنية.

كما أنها مسطرة تستهدف الحفاظ على المال العمومي من خلال كشف الإخلال بالقواعد والقوانين والأنظمة المؤطرة لتحقيق وإنفاق الأموال العمومية من طرف المدبرين العموميين أيا كان صنفهم، كما ترمي إلى منع تكرار تلك المخالفات والتقليل منها، وردع المقصرين ودفع الإدارات العمومية إلى مزيد من تكوين أطرها في المجال الإداري والمالي.

وهي مسطرة لا تشترط الركن المعنوي، بمعنى أنها تنصب على كفيات ومدى تقييد المدبرين العموميين بالقانون والقواعد والمساطر أثناء قيامهم بوظائفهم المتصلة بالمال العمومي، وذلك في تكامل مع القضاء المتخصص في جرائم الأموال الذي يستحضر ويبحث في قيام المسؤولية الجنائية من خلال البحث في الأركان الثلاثة للفعل، بما فيها الركن المعنوي.

كما أنه يمكن استخلاص، عبر استخراج بعض أوجه قوة وقصور المسطرة عموما، أن النص القانوني للمحاكم المالية، وهو في سنواته الأولى للتطبيق، يحتاج إلى مزيد من التحيين والتدقيق والشمول، حتى يواكب مسار إنضاج التجربة المغربية في مجال القضاء المالي.

## دور الجهاز الإداري في النشاط العمومي

صفاء البوهالي

باحثة في سلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

### المقدمة:

لقد شهدت السياسة العامة كحقل معرفي تطورات و تغييرات منهجية وعملية ملحوظة من حيث تعريفها، و مداخل صنعها، و حتى طرق تحليلها. ومن أهم ميزات تطور السياسات العمومية أن أصبحت الأجهزة الإدارية تشارك الحكومة في اقتراح سياسات معينة ومشاريع قوانين على الهيئة التشريعية، وأكثر من ذلك فعندما تصدر هذه الهيئة قانونا تصبح الإدارة محور الإهتمام عند تنفيذه فهي من خلال هذا الدور تقوم بتوجيه السياسة العامة الأمر الذي جعل البعض يعتبر رجال الإدارة سياسيين عندما يساعدون في تشكيل القوانين من خلال الدور الذي يمارسونه في التفسير وتعاملهم في هذا الإطار مع جماعات الضغط، التي ترتبط مصالحها مع هذه القوانين سواء كانت تنظيمات دستورية كأحزاب السياسية أو النقابات أو كانت مجموعات أفراد.

من هنا يظهر الدور السياسي للإدارة في تنفيذ السياسة العامة، وهي تشمل كل الإجراءات والأنشطة التي تقوم بها السلطة العامة من أجل تحقيق أهداف المجتمع، وتشمل الإجراءات في كل ما يتعلق بتنفيذ السياسة العامة منذ إعداد صناديق الانتخابات إلى عمل السلطة التشريعية إلى تأليف الحكومة، وقيام السلطة التنفيذية بممارسة أعمالها وإدارتها لجهاز الدولة الإداري، أضف إلى ذلك أنها تشمل كل الأنشطة التي يقوم بها الرؤساء الإداريون التي تشمل النشاط الإداري للحكومة.

يتناول هذا الموضوع دراسة وتحليل رجل الإدارة كفاعل في ممارسة النشاط العمومي و تقويم السياسات العمومية، فهذه الأخيرة هي مجموعة من المتتاليات التي تنتهي بتطبيق هذه السياسة على أرض الواقع تبتدئ بتحديد المشكلة، وصياغة حلول لها ثم اتخاذ القرار المناسب وتطبيقه، ومن ثم ينتهي العمل السياسي فهي بالتالي عبارة عن برنامج عمل خاص لسلطة أو عدة سلط حكومية.

وبالتالي يتبادر التساؤل حول دور الإدارة كفاعل قراري في الشأن العام، فكيف يمكن تفسير سيطرة الإدارة على سلطة القرار؟ وما هي تجليات موقع الإدارة في صنع القرار العمومي؟

### المبحث الأول: محددات العلاقة بين الإدارة والسياسة

لقد عرف القرن العشرين ظهور بعض التغيرات والتطورات على صناعة القرارات العامة للدولة، فلم تعد الأجهزة السياسية تستطيع أن تتفوق على الضغوطات الداخلية والخارجية لها، خصوصا مع تنامي الحاجات العامة للأفراد، فأصبح بعض الإداريين يقدمون حلولاً واقعية للمشاكل بغية الوصول إلى الأفضل والأحسن، ذلك من خلال إشباع من حاجيات المواطنين التي هي في تزايد دائما وأن يكون هناك أمن واستقرار داخل البلاد .

### المطلب الأول: طبيعة العلاقة بين الجهازين الإداري والسياسي

إن دور الإدارة عبر التاريخ قد ارتبط بوجود مجتمع سياسي منظم، باعتبارها وسيلة مهمة لتسيير أمر الجماعة والفرد نحو أهدافها، وهي مهمة لتسيير أمور المؤسسة نحو تحقيق أهدافها، سواء كانت كبيرة أو صغيرة، تجارية أو صناعية رياضية أو عسكرية. كما أن صلة الإدارة بالسياسة وثيقة وقديمة، باعتبار أن ميدان الإدارة امتداد لميدان السياسة، إلى أن ظهرت الحاجة إلى استقلال الإدارة وانفرادها بكيان قائم بذاته. إلا أن ذلك لا يعني الانفصال التام بينهما نظرا لعلاقة التأثير المتبادل بينهما والتكامل الذي يربط بينهما.

ونظرا لارتباط السلطة السياسية بالسلطة الإدارية، والذي يتمثل في الحكومة التي تشكل حلقة الوصل بين السياسة والإدارة، فإن ذلك يفضي إلى القول بأن السياسة والإدارة وجهان لعملة واحدة. إلا أن الحديث عن تبعية أو استقلالية الإدارة عن السلطة السياسية مرتبط بطبيعة العلاقة بين الإدارة والسياسة.

فصلة الإدارة بالسياسة وثيقة على اعتبار أن ميدان الإدارة امتداد لميدان السياسة نظرا لعلاقة التأثير المتبادل والتكامل الذي يربطهما. وباعتبار أن الإدارة وجدت مع وجود المجتمع السياسي المنظم فذلك يعني أن صلة الإدارة بالسياسة وثيقة وقديمة. فالإدارة والسياسة يعتبران من مكونات البنية الاجتماعية للدولة. وقد مرت العلاقة بين الإدارة العامة والسياسة من مرحلة تبعية الإدارة العامة وخضوعها للسياسة، إلى مرحلة فصل السياسة عن الإدارة العامة، ثم إلى مرحلة التكامل والترابط بين السياسة والإدارة والتوازن فيما بينهما. مما يدفع بوجود تقارب يظهر من خلال التداخل العضوي والوظيفي بينهما في عدة مستويات يمكن في ما يلي:

فمن حيث مستوى تنفيذ السياسات العامة، نجد كل الأنشطة التي تقوم بها السلطة العامة من أجل تحقيق أهداف المجتمع، في كل ما يتعلق بتنفيذ السياسة العامة منذ إعداد صناديق الانتخابات إلى عمل السلطة التشريعية إلى تأليف الحكومة، يعهد بها إلى السلطة التنفيذية لممارسة عملها وإدارتها لجهاز الدولة الإداري.

ويذهب أنصار هذا الترابط إلى أن الإدارة تصبح أداة السلطة السياسية لتنفيذ السياسة العامة التي تحددها الدولة<sup>263</sup>، ويعد "ليونارد هوايت" أهم أنصار هذا الاتجاه.

غير أن الانتقاد الموجه إلى هذا الاتجاه يتجلى في اهتمامه بالجانب الغائي للإدارة وهو تنفيذ السياسة العامة، وإهماله الجانب العضوي لها. ومما يزيد من هذا الانتقاد صلابة أن الدولة أصبحت تتدخل في الكثير من المجالات، إضافة إلى أن الإدارة ليست الجهاز الإداري الوحيد المكلف بتنفيذ السياسة العامة، وإنما هناك بعض الهيئات والجمعيات التي يمكن أن تؤدي هذا الدور.

وعليه، يمكن القول أن السياسة العامة هي تعبير عن اتجاه الحكومة في فترة معينة، فهي توجيه محدد ومنظم لموارد الدولة وتكون جزءا من الجهاز الحكومي السياسي التابع لها، وبالتالي فالسياسة العامة هي التي تحدد للإدارة ما يجب عمله والقيام به.<sup>264</sup>

أما من حيث مستوى الربط بين الإدارة والنشاط الإداري، فإن الإدارة هي ذلك النشاط الذي تقوم به جهة الإدارة، أي أن الإدارة تشمل كل الأنشطة التي يقوم بها الرؤساء الإداريون في الوحدات الإدارية، التي تشكل النشاط الإداري للحكومة أو أنها تتضمن أنواع النشاط الذي تقوم به الحكومة وإدارتها التنفيذية.<sup>265</sup>

وفي هذا الاتجاه يذهب بعض الكتاب العرب إلى اعتبار الإدارة تنحصر في النشاط الإداري للسلطة التنفيذية، فالإدارة تهتم بدراسة النشاط الإداري الذي يقوم به موظفو الحكومة في قطاع السلطة التنفيذية للدولة، فلا تشمل الإدارة ما يدور داخل نطاق السلطة التشريعية وكذلك السلطة القضائية<sup>266</sup>. وبالتالي، فأصحاب هذا الاتجاه ذهبوا إلى تركيز الإدارة في ما يتعلق فقط بنشاط السلطة التنفيذية دون السلطتين التشريعية والقضائية، علما أن هاتين السلطتين يمكنها ممارسة أعمال إدارية.

<sup>263</sup> عادل حسن وآخرون، الإدارة العامة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1978، صفحة: 17 - 30.

<sup>264</sup> - ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 2002 الصفحة 215.

<sup>265</sup> ربيع أنور فتح الباب، العلاقة بين السياسة والإدارة، دراسة تحليلية في النظم الوضعية والإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، الصفحة 30.

<sup>266</sup> صبحي العتيبي، تطور الفكر والأنشطة الإدارية، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2002.

وعلى مستوى الربط بين الإدارة والأجهزة الإدارية، فقد ركز جانب من الفقه، ومنهم الفقيه " شارل ديباش <sup>267</sup> CH. DEBBASCH، على اعتبار الإدارة مجموعة المرافق العامة، التي تعمل على تحقيق الأهداف المرسومة أو المحددة بواسطة السلطة السياسية.<sup>268</sup>

غير أن هذا التحديد اعتمد على ربط الإدارة بالأجهزة الإدارية من خلال التطرق إلى فكرة المرافق العامة، وبالتالي الاعتماد على الجانب العضوي للإدارة مع إغفال الجانب الموضوعي للعملية الإدارية. ومن ناحية أخرى نلاحظ أن استخدام اصطلاح المرافق العامة يحتاج إلى مزيد من التحديد لأن الخلاف لا يزال موجودا حتى اليوم في فقه القانون العام حول تحديد المقصود بالمرفق العام والبحث عن معيار محدد له.

ومن حيث الربط بين الإدارة والنظام القانوني للدولة، فإن النظام القانوني يمثل الإطار المشروع لنشاط الإدارة. فكما أن القانون يمثل قيودا يجب على الإدارة عدم مخالفته، فإنه في نفس الوقت يجب عليها أن تسهر على تنفيذه واحترامه من قبل الأفراد، ومرد ذلك إلى أن الدولة حينما تريد تنظيم نشاط معين، فإنها تفعل ذلك عن طريق إصدار قوانين وقواعد جديدة، وتلجأ إلى إنشاء الوحدات والمؤسسات الإدارية اللازمة لتأمين تحقيق هذه الأنشطة. فكلما زادت القوانين والقواعد المنظمة للأنشطة المختلفة، كلما زاد مجال الإدارة وتدخلها.<sup>269</sup>

ففي النظام الاشتراكي تتعدد القواعد والإجراءات التي تحكم النظم الاقتصادية والاجتماعية ونتيجة لذلك، فإن الإدارة في هذه الدول تتميز باتساعها وتضخمها.

أما في الدول الرأسمالية فإن القانون ينظم مجالاً محدداً، وذلك احتراماً لمبادئ الحرية وعدم تدخل الدولة في بعض المجالات ونتيجة لذلك فإن مجال الإدارة يكون مقصوراً على هذه المجالات المتدخل فيها.

<sup>267</sup> CHARLES DEBBASCH: Droit administratif des biens, 1982 ; 2ème édition, 1994, 3ème éd. 1999. CUJAS, Paris.

<sup>268</sup> - إبراهيم عبد العزيز شيحا، أصول الإدارة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الصفحة 45.

<sup>269</sup> عمار عوايدي، القانون الإداري. النشاط الإداري، ط 4، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 79

### المطلب الثاني: الفاعل السياسي وأهمية المشروعية القرارية

لقد أصبحت صناعة القرار ترتبط بشكل مباشر بجدلية السلطة القائمة على الانتخاب والتعيين. فإذا كانت مشروعية الانتخاب تؤسس لمبدأ المسؤولية السياسية، بمعنى أن القادة المنتخبين بواسطة شعوبهم يقومون بوضع القرارات ويحاسبون عليها، وإن الدور الأساسي للأحزاب السياسية يبرز ليس فقط بكونها منظمات سياسية فحسب بل بوصفها المؤطر والفاعل في صناعة السياسة العامة، سواء من خلال أغلبية برلمانية أو بواسطة آلية قوية للمعارضة تعمل على التأثير في كل قرار رسمي، فإن هذه المشروعية أصبحت قاصرة عن إيجاد حلول عقلانية واقعية أمام تعقد وتعدد المشاكل والمطالب التي تطرح كقضايا الشأن العام.

هنا يبرز الغرض من الديمقراطية وهو عدم مركزية القرار في أيدي قلة الفاعلين، وجعل فرصة اتخاذه شائعة بين جميع المواطنين، كل حسب موقعه، من خلال تمثيلية منتخبة، على أساس مبدأ المساواة حفاظا لحق المشاركة في إدارة الشؤون العامة بتحويل السياسة إلى شأن عام والعمل السياسي إلى حق عمومي.<sup>270</sup>

فهذه الوضعية أفرزت بروز مشروعية جديدة تعتمد على التدبير والإنجاز. وهذا الأمر جعل سلطة القرار تنبني على الخبرة والمعرفة التقنية، وإن كانت في الأساس تقوم على التعيين في مقابل سلطة الانتخاب التي تركز على المشروعية التاريخية أو النضالية للعمل السياسي.

وترتبط عملية صنع القرار بمجموعة من الأهداف إن وجدت، ويعدد من الوسائل إن تمت صياغتها ومعرفتها. كما ترتبط كذلك بعنصر الزمن من حيث التوقيت وهل تتحرك هذه العملية في سياق التطور الزمني الطبيعي والعادي. كما أنها قد تتحرك في إطار رد الفعل الناجم عن البيئة المحيطة به سواء داخلية كانت أم خارجية. وقد تتداخل اعتبارات الدوافع المسبقة وطبيعتها من حيث غلبة العوامل الشخصية أو الموضوعية على وضع القرار وصياغته.<sup>271</sup>

فعملية صنع القرار العمومي تستوجب اختيار الحلول الممكنة للمشاكل المطروحة على النسق القراري. أما صنع السياسة العامة فيعني اتخاذ مجموعة الأعمال والتدابير التي تتضمن القرارات المعالجة

<sup>270</sup> - عبد الإله بلقزيز، العنف والديمقراطية، منشورات جريدة الزمن، 1999، الصفحة 67.

<sup>271</sup> Bahgat Korany and contributors, How Foreign policy Decision Are Made in The Third world, U.S.A, westviiw press Boulder and London, 1988, pp. 48 : 60.

للمشاكل المحددة، وذلك في إطار التفاعل الذي يتضمن مجموعة قواعد اللعبة التي تصطبغ في نهاية المطاف بالطابع المؤسساتي.

ومما يلاحظ أن الحضور المادي والرمزي والتاريخي والديني للملك داخل النظام السياسي المغربي، له تأثير على النشاط العمومي الذي أصبح مجرد آلية تنفيذية لسياسات وقرارات الملك. ويضاف إلى ذلك، أن الحكومة قد استفادت من شخصنة السلطة من خلال اختصاصاتها الواسعة، إلى جانب الدور الكبير والفعال الذي أصبح يلعبه الخبراء والتكنولوجيا داخل البيروقراطية، مما جعل شخصية السلطة كما عرفها النظام السياسي المغربي، قد أثرت سلبا على العمل الحكومي وأفرغته من محتواه وفعاليتها<sup>272</sup>. وهذه الوضعية أدت إلى جعل الحكومة مجرد وسيلة للتعبير عن الرهانات والاختيارات الشخصية للملك، من خلال حرص الملك ومنذ الاستقلال على اعتبار الوزراء مجرد أعوان شخصيين للملك في بعض القطاعات والقرارات دون أخرى، وهو الأمر الذي انعكس سلبا على استقرار وفعالية التشكيلات الحكومية.<sup>273</sup>

كما أن العلاقة السياسية التي تنبني عليها التشكيلات الحكومية في المغرب، ظلت محكومة بالولاء الشخصي للملك. فعلى الرغم من أن بعض الوزراء قد يعينون وهم ينتمون إلى هيئات سياسية، فإن ذلك لا يعني أنهم سيعملون على تطبيق برامج أحزابهم، لأن تعيينهم لا يقوم على أساس اعتبارات سياسية أو انتخابية وإنما اعتبارات شخصية تجعل الوزير كيفما كانت سلطته أو انتماءه "خديما قبل أن يكون وزيرا"<sup>274</sup>.

وهكذا أصبحت العلاقات الشخصية والولاء الشخصي، حسب برتران بادى، المرجعية الأسى والمحدد الجوهرى للعمل الحكومي.<sup>275</sup>

ففي إطار تنوع شبكة الفاعلين وثقل المؤثرات وفقا للرهانات القائمة، وأمام تزايد المطالب اليومية لمختلف الفئات داخل المجتمع، أصبحت دراسة الظاهرة القرارية على هذا المستوى جد معقدة.

<sup>272</sup> Vincent Simoulin "Emission, médiation, réception : les opérations institutives d'une réforme par imprégnation", in Revue Française de Sciences Politiques, Vol n°2 Avril 2000, pp 333-350.

<sup>273</sup> - خالد فريد، شخصانية السلطة وأثرها على العمل المؤسساتي للدولة الحديثة: دراسة مقارنة إشكالية القرار العام-المغرب وتونس نموذجاً- أطروحة لنيل دكتوراه في القانون العام. الرباط الصفحة 244.

<sup>274</sup> - محمد شقير، القرار السياسي بالمغرب السياسي بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة، ط 1، 1992، الدار البيضاء، الصفحة 45-46.

<sup>275</sup> - برتران بادى: الدولة المستوردة ترجمة لطيف فرج، سلسلة "كتاب العالم الثالث" ط 1. القاهرة 1996، الصفحة 24-25.

فدوائر القرار لا يمكن عزلها بالشكل الذي يوجي إلى وجود تصنيف موضوعي حول من يملك سلطة القرار، وبالتالي يبقى التداخل حاصل بقوة على مستوى صناعة القرار بين من يملك مشروعية التمثيل من جهة والتدبير والإنجاز من جهة أخرى .

وقد ذهب بعض الباحثين في دراسة السلطة السياسية بالمغرب إلى أن " ممارسة السلطة السياسية ليست واجبا وطنيا بقدر ما هي مسؤولية وتضحية... فهؤلاء التكنوقراط أغنياء مكونين ويملكون منذ القدم روح المسؤولية"<sup>276</sup>. وقد خلصت هذه الدراسة أيضا إلى نتيجة مفادها أن أعمال الدولة والإدارة شينين مرتبطين لدى هؤلاء.

وبالتالي فإن سلطة الموظفين الكبار أصبحت مرتبطة بالتجربة والكفاءة وطبيعة المناصب المسندة لهم. فهم عادة ما يشغلون مناصب عليا في السلم الإداري، ويكون اندماجهم في الوسط القراري تبعا للمسؤوليات الممنوحة لهم، الشيء الذي يتيح لهم إمكانية المساهمة باقتراحاتهم واختياراتهم، خاصة إذا علمنا أن أساس قوتهم هو التضامن الذي يشكل أساس بنيانهم.<sup>277</sup>

كما أن النظام السياسي المغربي منذ بداية الاستقلال على الموظفين الكبار، أو بتعبير آخر الموظفين السامين، حيث سارع إلى تشجيع نمو هذه النخبة ساعيا بذلك إلى محاولة احتوائها و إدماجها في النسق السياسي كآلية للتصدي لمختلف المطالب الاجتماعية. ومن هنا ظهرت الحاجة إلى موظفين في كل وزارة يتوفرون على كفاءات عالية من أجل القيام بمهامهم الشيء الذي شكل تحديا حقيقيا للدولة المغربية الحديثة.

فالوضعية الحالية لكبار الموظفين تعطي لأطروحاتهم المزيد من الشرعية والمصدقية من خلال قوتهم الوزانية، ذلك أنهم يتموقعون داخل الدواوين الوزارية لمختلف القطاعات الحكومية ويشغلون مراكز نافذة، ويلعبون دورا جوهريا في إعدادات القرارات في مختلف القطاعات مما يجعلهم قوة حقيقية تتجاوز في كثير من الأحيان قرارات الحكومة والبرلمان.

<sup>276</sup> - Benhaddo Ali: Maroc, Les élites du Royaume, Essai sur l'organisation du pouvoir au Maroc, ed, L Harmattan, Paris, 1997,P: 71-72.

<sup>277</sup> - عبد الملك إحرزير، محاضرات في السياسات العمومية دراسة الظاهرة القرارية: المفاهيم والنظريات مرجع سابق الصفحة 205.

فسيطرة النخب التقنية تعتبر ظاهرة عالمية تتماشى والتطورات التي تعرفها تقنيات الإنتاج ونمو المنظمات والتنظيمات على المستوى الدولي، ذلك أن "الأمر يتعلق بثروة حقيقية صامتة لكنها تشمل العالم كله"<sup>278</sup>. وقد نتج عن هذا في الساحة السياسية احتقان أو صراع ما بين السياسي والتقنوقراطي، حيث ينعت الأول الثاني باللامشروعية وعدم المحاسبة السياسية، وينعت هذا الأول بالديماغوجية والإغراق في الشعبوية. وبالتالي أصبح رجل السياسة تابعا للتقنوقراطي صاحب المعلومة التي يحصل عليها الإداري ويستثمرها بشكل فعال. ويظهر ذلك من خلال تنافس الإداريين أنفسهم في تحصيل المعلومات وتوظيفها، وهو تنافس ما بين المصالح والخبراء والموظفين، باعتبار المعلومة هي السلطة والقوة التي يواجهون بها السياسي صاحب القرار.

من هنا نجد الكتابات في السياسات العامة تقول بانتهاء العصر الذهبي للمنتخبين وظهور إدارة محترفة *administration de carrier*.

فإذا ما أخذنا على سبيل المثال الدواوين الوزارية، "فإننا نجد أكثر من 90% من أعضاء الدواوين الوزارية من أصل إداري/ تقني ومن الوظيفة العليا"<sup>279</sup>، فالسياسي في حاجة ماسة لمشاركة الموظفين السامين في عملية اتخاذ القرارات وتبادل المعلومات والخبرات.

وهكذا فالحصول على المعلومات من الأجهزة الإدارية المختصة يخضع لعدة شكلية يجب احترامها، فعندما توجه دعوة للإدارة للمشاركة بصفة غير مباشرة في اتخاذ قرارات عن طريق إعطاء معلومات للسياسي، فإنه من واجب المقرر أو مستشاريه توجيه الدعوة تبعا للإطار التراتبي للإدارة المعنية.

فالسلطة التنفيذية هي تتكون من أفراد أي العاملين في البيروقراطية الحكومية المتمثلة بالمؤسسات والهيئات واللجان والأجهزة الإدارية الحكومية المتنوعة، التي غالبا ما تضطلع بتنفيذ السياسة الهامة للبلاد، وتنفيذ الخطط وتحقيق الأهداف المنشودة<sup>280</sup>. وبالتالي فإن المعلومات التي ينقلها الإداري للسياسي قد يشوبها تحريف أو نقص أو تعديل يتماشى مع مصالح النخبة الإدارية. كما أن التقارير التي

<sup>278</sup> - busino ( Giovanni), Elite et elitisme, que-sais-je? Puf, Paris, 1992 p : 38.

<sup>279</sup> - مصطفى مكتوب ، محددات القرار السياسي، دبلوم الماستر، كلية الحقوق مراكش الصفحة 209.

<sup>280</sup> محمد سعد عبد الفتاح، محمد فريد الصحن، الإدارة العامة المبادئ والتطبيق. رمل الإسكندرية: الدر الجامعية، 2003، ص: 147.

كانت ترفع للملك الراحل عن سير الأمور بالمؤسسات المالية المغربية، تجعلنا نقر مع بعض الباحثين أن "من يحكموننا على المستوى الظاهر والشكلي ليسوا هم أنفسهم من يحسب ويقرر".<sup>281</sup>

فدور السلطة الإدارية في اقتراح السياسات العامة لا يمكن أن يكون شكليا أو ثانويا ما دامت هي المسؤولة أمام السلطة التشريعية عن نتائج أعمالها ، فلا أقل من أن تمتنع بعض السلطات العامة في اقتراح السياسات العمومية. فكما أنه لا سلطة بدون مسؤولية فإنه يصبح بالضرورة المنطقية أن لا مسؤولية بدون سلطة.

غير أننا يمكن أن نلاحظ أن رجل السياسة يكون في بعض الأحيان على علم بنقص المعلومات التي وصلته، ويعرف ما يمكن أن يكون قد تعرضت له من بتر أو تعديل، لكنه يجد فيها المبرر لاتخاذ القرار السياسي ذي الصلة، وهذا ما يدخل في إطار المداراة السياسية، لأن رجل السياسة بطبعه براغماتي. فالسياسي البراغماتي يدعي دائما بأنه يتصرف ويعمل من خلال النظر إلى النتائج العملية المثمرة التي قد يؤدي إليها قراره، وهو لا يتخذ قراره بوحى من فكرة مسبقة أو أيديولوجية سياسية محددة. والامر هنا يتعلق بعلاقة الوزراء برؤساء دوائيتهم وكذا في علاقتهم بالموظفين السامين بمختلف المصالح الإدارية، بل وأيضا علاقة الوزراء كجسم موحد-ممثل في الحكومة- بمؤسسات وصناديق أخرى موازية للعمل الحكومي، هي الأخرى لا تخرج عن نفس الإطار.

وتجدر الإشارة إلى أن العمل الحكومي والسياسي في عهد الملك محمد الخامس عرف خصوصية استفحلت بشكل أكبر مما كانت عليه في عهد الحسن الثاني، حيث نجد مجموعة من الصناديق النقدية أسندت إليها قرارات إنشائها مجموعة من الصلاحيات تتداخل مع العمل الحكومي، ويتعلق الأمر بوكالات تنمية الأقاليم، مؤسسات الأعمال الاجتماعية، صناديق للتجهيز والاستثمار... وذلك في محاولة للاستجابة الملحة لمتطلبات الأوضاع الحالية اجتماعيا واقتصاديا.

فهذا الوضع انعكس على طبيعة عمل السياسي الذي يسعى للبحث عن الحلول للمشاكل، في حين أنه يصطدم بوضع إداري بيروقراطي رتيب ومعقد على حد تعبير "جيرميون". ومرد هذا أن المقرر الحكومي، في الواقع، لا يعمل في وضع منسجم ومراتب. وبالتالي تتخذ الحلول في ظل مسار طويل ومعقد

<sup>281</sup> -Y.Meny, J.C.Theonig, les politiques publiques, Paris,puf,1989.

يتداخل فيه مجموعة من الفاعلين، حيث نصبح لا بصدد قرار واحد، بل سلسلة من الاستراتيجيات والتوافقات"<sup>282</sup>.

### المبحث الثاني: موقع الإدارة في صنع القرارات العمومية

إن المتتبع للنشاط العمومي بالمغرب يقف عند بروز نوع من العلاقات الانعكاسية بين البعدين الإداري والسياسي، حيث تظهر على السطح الاستراتيجيات الحزبية في تصادم مع مستلزمات التقويم ذات الأبعاد التقنية التي تؤول في آخر المطاف لصالح التدبير الحكومي الذي يتم خاصة على مستوى الفضاء التقنوقراطي المتميز بابتعاده عن الصراعات ذات المنزغ السياسي بهدف الوصول إلى غايات السياسات العامة بأقل تكلفة وأقل تجزيء.

#### المطلب الأول: مكانة الموظفين الكبار والأجهزة الحكومية في عملية صنع القرار

إلى جانب المؤسسات التقليدية في صياغة القرار، تبرز سلطة الموظفين الكبار، حيث ترتكز مشروعيتهم على "الكفاءة" و "التخصص" في المسلسل القراري من خلال إتباع أساليب "العقلنة" و "التدبير" لصياغة البرامج السياسية، بالإضافة إلى أهمية ودور بعض الأجهزة الحكومية، حيث أصبحت تشكل ثقلا وقوة على مستوى صناعة القرار، وللإحاطة بعملية صنع القرار السياسي سنتحدث في (الفقرة الأولى) عن سلطة الموظفين الكبار في المناصب القيادية ثم نخصص (الفقرة الثانية) للأجهزة الساهرة على إعداد وتبني القرارات.

#### الفقرة الأولى: سلطة الموظفين الكبار في المناصب القيادية

إن مكانة كبار الموظفين في الدوائر القيادية يجب أن تقوم إنطلاقا من ثلاث وجهات نظر مختلفة:

-الأولى: تنظر لهم بصفتهم أصحاب أشغال رفيعة في التسلسل الإداري: مكلفين على سبيل المثال، بمديرية الخزينة، أو التجارة الخارجية في وزارة المالية، ويكون اندماجهم في الوسط التقريبي المركزي للملفات المعالجة، ففي كل مرة تكون فيه إدارتهم معنية، بصفة رئيسية أو جانبية، تتم استشارة

282 - Catherine Gremion, Profession : décideurs. Pouvoir des hauts fonctionnaires et réforme de l'État, paris Gauthier-villars. 1979.

هؤلاء الأعضاء القياديين، ويجدون أنفسهم قادرين على دمج نظراتهم في الجهاز التشريعي أو التنظيمي الجاري إعداده.

-الثانية: تنظر لكبار الموظفين المندوبين بصفتهم أعضاء في المكاتب الوزارية، أي مساعدين شخصيين للوزير<sup>283</sup>، ويجدون أنفسهم هنا موضوعين خارج الملاك التسلسلي، ويخضع دمجهم في سيرورات التقرير فقط للثقة، القابلة دائما للنقض.

-الثالثة: فتتنظر لكبار الموظفين المندوبين لمهمة في رأس المشاريع العامة الكبيرة، والمؤسسات المالية، والهيئات الدولية... وذلك من دون النسيان أولئك الذين يمارسون مسؤوليات من المقام الأول في القطاع الخاص، وأولئك الذين دخلوا إلى عالم السياسة من الباب العريض (الوزراء الموظفون)، وفي هذا الصدد، من المهم الإشارة إلى أن أعضاء الأجهزة الكبرى في الدولة لديهم نزعة قوية بشكل استثنائي لترك وظائفهم الأصلية بحيث يندوبون لمدة طويلة تقريبا.<sup>284</sup>

وتجدر الإشارة أن القرار يتم التحضير له داخل الدواوين الوزارية من خلال مدراء الدواوين والمفتشين العامين ثم الكتاب العامين...<sup>285</sup>، والذين يعملون على إعداد الإجابات المفصلة للوزير والمتعلقة بالمطالب السياسية والاجتماعية، وقد يظهر هذا بوضوح على المستوى القطاع الذي بلعب فيه الموظفون السامون دورا أساسيا من خلال ما يسمى بلجنة المستشارين التقنيين، والذين يتمتعون بقدر كبير من الفعالية داخل الدواوين الوزارية نظرا لمهامهم التي تطل مراقبة المصالح اليومية لكل وزارة ودراسة الملفات التي يصادق عليها الوزير: "إنهم يؤثرون في القرارات والسياسات المتخذة..."<sup>286</sup>.

إن الملاحظ على المستوى المركزي للدولة هو كون الدوائر العامة تتشكل من آليات للعمل تسهر على تحضير السياسة الإجمالية وإعداد تصورات عامة انطلاقا من خبرات وأدوات تقنية لتنفيذ القرارات المتخذة في آن واحد.<sup>287</sup>

<sup>283</sup> - Rimon, waylin kortan , Isabel boussar ; quarante ans de cabinets ministériels, presse de la F.N.S.P, 1982

<sup>284</sup> - M.C.Kessler, les grands corps de l'Etat, press FNSP, M.Bauer, D. Danic, l'Inspection des finances, Seize ans de pantouf lage

<sup>285</sup> - حسن الدغمير، الموظفون السامون بالمغرب رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام الرباط 1995 الصفحة 233.

<sup>286</sup> - عمر بنسعيد، الموظفون الكبار والسياسات العامة: دور التقنوقراط في صناعة القرار بالمغرب/ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، مراكش يولوز 2004، الصفحة 126.

<sup>287</sup> - فيليب برو، علم الاجتماع السياسي، ترجمة محمد عرب صلصيلة، ط1، بيروت: 1998، الصفحة 428.

ومع ذلك فإن كبار الموظفين الذين لديهم حظ المشاركة في عملية وسيرورة الحكم، هم أولا يمارسون من المقام الأول على قمة الهرم الإداري للدولة وذلك من خلال شغلهم لمناصب قيادية داخل الأجهزة الكبرى للدولة وذلك من خلال تأثيرهم في الهيئات الكبرى للدولة، حيث تعد في فرنسا المسيطر الأكبر على دواليب الحكم بالإدارة الفرنسية.

ويتجلى تأثير الموظفين الكبار في رسم السياسات العامة للدولة في المغرب من خلال تدخلهم الواسع في:<sup>288</sup>

أولا: تحضير السياسات العمومية للدولة في المجال الاقتصادي:

يعد الفعل التقني أكثر فعالية وقوة لأنه يهدف إلى استقرار الظرفية تمهيدا لهوض اقتصادي بعيد المدى على المستوى الوطني والمحلي أخذا بعين الاعتبار التحملات العالمية للبلاد، سواء فيما يخص العمل على تقليص المديونية الخارجية أو استقبال مساعدات خارجية في الميدان الاقتصادي وكذلك التعاون التقني خاصة لدى الدول السائرة في طريق النمو.

لكن المناخ الذي ساعد التقنوقراط للسيطرة على المجال الاقتصادي ترجع أسبابه إلى ضعف التكوين عند أعضاء الجمعيات البرلمانية خاصة داخل اللجان القطاعية.

ثانيا: على مستوى الدفاع الوطني:

إن السياسة الحكومية على هذا المستوى الدفاعي هو رهين بالتحولات العالمية نحو تعزيز القدرات العسكرية في مواجهة الأخطار الخارجية داخل عالم مشحون بالصراعات من أجل الدفاع أو الغزو أو السيطرة، مما جعل من الدول أن تستثمر وبشكل مفرط من المنطق التقني والتجريبي تطويرا لترسانتها العسكرية خدمة لأهداف استراتيجية.

فكل تقنية وخبرة في الاختيارات العسكرية يؤثر فيها الضباط ذوي الاختصاص التقني، وبالتالي فإن المظهر التقنوقراطي يوجد على مستوى تنظيم مجال الدفاع لما لهذا القطاع من خصوصيات معينة، سواء على مستوى التمويل والبرامج الاستراتيجية وميكانيزمات العمل.

<sup>288</sup> - عبد اللطيف الهلالي، الإدارة والقرار العام: من المنطق المؤسسي إلى المنطق التديبراتي/رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام سنة 2004-2005 الصفحة 59، 60، 61.

ثالثا: توجيه التعليم والبحث العلمي:

لازالت السياسة التعليمية في دول العالم الثالث تتخبط في مشاكل الملائمة، وقد حدث هذا في المغرب من خلال محاولة إصلاح المنظومة التعليمية، بحيث أن مستشاري الملك وعلى رأسهم السيد عبد العزيز مزيان بلفقيه، قد لعبوا دورا حاسما كتقنوقراط في اعتماد مشروع تعديل المسار التعليمي بالمغرب بناء على معطيات وبتوجيه من فاعلين آخرين نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

- توصية البنك الدولي؛
- اللجنة الملكية لإعداد الميثاق.

*الفقرة الثانية: الأجهزة الساهرة على إعداد وتبني القرارات*

تهدف البنيات الوزارية كمؤسسات للقرار العام إلى تحقيق غرضين أساسيين وهما: الاستجابة لمختلف المطالب الاجتماعية والسياسية والاقتصادية المرتبطة بالعمل الحكومي ثم إقرار مبدأ التخصص على مستوى الأقسام الوزارية فيما يخص الإعداد التقني والإداري القانوني والتنسيق بين مختلف الوحدات داخل البنيات الوزارية سواء على مستوى الوزارات أو الإدارة المركزية لكل واحدة على حدة.

فالأمانة العامة للحكومة يتحدد عملها في إعداد مشاريع القوانين المقدمة من طرف الحكومة وتتولى صياغة جدول الأعمال وتعرضه على رئيس الحكومة وتضمنه ملاحظاتها على مختلف النصوص بالإضافة إلى ملاحظات تهم الملائمة السياسية التي يتولى رئيس الحكومة بإعدادها.

فالدور المهم للأمانة العامة يبرز من خلال توجيه جدول الأعمال وتبني التحكيمات بين مختلف المصالح في حالة حصول نزاع أو تعارض حول المسائل القانونية الشيء، الذي قد ينعكس سلبا على سير العمل الحكومي، وتتولى التحضير المادي للاجتماعات الوزارية (مجلس الوزراء، مجلس الحكومة، اللجان الوزارية، ومختلف الاجتماعات الوزارية).

فالأمانة العامة للحكومة تقدم مساعدات لرئيس الحكومة في قيادة العمل الحكومي وتزوده بالمعلومات الضرورية، فالمهمة الأساسية لهذا الجهاز هي تنظيم وكتابة جلسات المجالس الوزارية

والحكومية وتجمع المصالح الضرورية لعمل الحكومة وتنسيق نشاط مختلف الوزارات.<sup>289</sup>

كما تشكل اللجان الوزارية في العمل الحكومي إحدى المراحل الأساسية للتداول من حيث التنسيق والحرص على تحقيق الانسجام بين مختلف السياسات القطاعية، وهي عبارة عن لجان وظيفية يجتمع فيها الوزراء والموظفين السامين تحت رئاسة رئيس الحكومة أو أحد الوزراء المفوضين بحسب قربه من النشاط موضوع الاجتماع، وهي لجان تعمل بصفة مؤقتة ويندرج اختصاصها ضمن المجال التنظيمي الخاص بالوزير الأول<sup>290</sup>، ويغلب على مهامها الطابع التقني والإداري، وهي إحدى الآليات المهمة التي يتم من خلالها التداول بين الوزراء ومساعديهم التقنيين من الموظفين السامين في مختلف القضايا المطروحة علة مستوى السياسات العمومية.

أما الدواوين الوزارية تعد القناة الرئيسة التي يستعين بها المسؤول الحكومي في تدير الشأن العام الوزاري، فديوان رئيس الحكومة يعتبر الممر الأساسي إلى الإداري على حد تعبير Paul morond<sup>291</sup> وتتحدد مهام ديوان رئيس الحكومة في خمس وظائف أساسية:<sup>292</sup>

- إخبار رئيس الحكومة وإدارة ملفاته؛
  - تحضير قرارات رئيس الحكومة بما في ذلك تنظيم اللجان والاجتماعات الوزارية؛
  - وضع المشاريع على المستوى المتوسط؛
  - تبليغ القرارات والتحكيمات؛
  - مراقبة وتنسيق نشاط الوزراء.
- فكل وزارة تتوفر على ديوان يشكل المركز الرئيسي لإعداد القرار، وفي بعض الوزارت يعد جوهر العمل الإداري، ويضطلع بدور سياسي مهم، حيث يتولى متابعة الملفات السياسية كما هو الشأن بالنسبة لعدد من القضايا: إنعاش الشغل، الاستثمار، تحقيق التنمية المستدامة، الحفاظ على التوازنات الماكر واقتصادية. وهي ملفات ينبغي إعدادها بشكل تقني ومفصل لكي يسهل تداولها داخل البرلمان أو في مجلس الحكومة أو مجلس الوزراء.

<sup>289</sup> - حسن الدغمير، الموظفون السامون بالمغرب الصفحة 151.

<sup>290</sup> - نفس المرجع سابق الصفحة 259.

<sup>291</sup> - annie Gruber: la décentralisation et les institution administratives 2 eme ed, armond colin, maison, 1996, p 70.

<sup>292</sup> J.L. Quermon: l appareil administratif de l Etat, op cit page 43.

كما أن الاختيارات الموضوعية رهن إشارة الوزير في القطاع المعني ينبغي أن تكون معدة بناء على مقاييس عقلانية تأخذ بعين الاعتبار معطيات الواقع الاقتصادي والاجتماعي والإكراهات الظرفية والتقنية والمالية. فكل خيار له أبعاد تقنية وانعكاسات مالية ينبغي دراستها ومعرفتها، وهنا يبرز عمل المكلفين بالدراسات خصوصا في المسائل التقنية العالقة بين مختلف الوزارات، وهي اللجان بين الوزارية.

ويقوم الديوان الوزاري بدور الوسيط بين الوزير ومصالحه الخارجية وبين الدواوين الوزارية الأخرى<sup>293</sup>، من خلال القيام بالتنسيق مع الوزارة المعنية لتقريب وجهات النظر وتوحيد الرؤية وتبادل المعلومات بالإضافة إلى التعبئة لنشاط الوزير عن طريق مختلف قنوات الاتصال كآلية لتوجيه الرأي العام.

فالديوان وكما ينص على ذلك الظهير المنظم لمهامه<sup>294</sup>، تناط بهم مهمة القيام لحساب السلطة الحكومية التي ينتمون إليها بالدراسات وبتسوية المسائل التي تكتسي طابعا سياسيا و متحفظا به، والتي ليست لها أية علاقة بالاختصاصات المسندة لمختلف المطالب المتعلقة بالسياسة القطاعية التي يشرف عليها وهو بذلك يعتبر السند المادي للوزير.

وإذا كانت الدواوين في فرنسا قد ازدادت خطورتها ووصلت إلى درجة تتجاوز الوزير وبدأت تنحو إلى الصعود إلى درجة يمكن معه القول حيث يوجد قرار يوجد وراءه ديوان<sup>295</sup>، فإن الدواوين في المغرب لا تخلو من الصدام وضعف الانسجام.

#### المطلب الثاني: دور الخبراء في وضع القرارات العمومية

إن فكرة الاستناد إلى ضرورة تحديث المجتمع شكل تحولا مهما، فإقامة أي إصلاح من خلال العمل على تأهيل الموارد البشرية أكسب النخب الإدارية الكفئة مرتبة متميزة للعب دور مهم في إطار الدولة المعتمدة على تقنيات حديثة ومتطورة في عالم تنافسي لإثبات الذات.<sup>296</sup>

<sup>293</sup> - لقد تعزز دور الدواوين بإضافة منصب مكلف بالدراسات بمقتضى مرسوم يناير 1985 تحت رقم 280/654.

<sup>294</sup> الظهير الشريف رقم 1.74.331 الصادر في 11 من ربيع الآخر 1395 الموافق ل 23 أبريل 1975 المتعلق بوضعية أعضاء الحكومة وتأليف دواوينهم كما وقع تغييره وتتميمه.

<sup>295</sup> - فالدواوين المرتبطة برئيس الجمهورية تحولت من مجرد كتابة سياسية إلى حلقات جوهرية للتدبير السياسي للقرار العام.

<sup>296</sup> - عبد اللطيف الهلال، الإدارة والقرار العام: من المنطقة المؤسساتي إلى المنطق التدبيري رسالة لنيل الدراسات العليا المعمقة في

القانون العام، سنة 2004-2005 الصفحة 108

يذهب "جون لويس جيرارد" إلى "أن الفضاء العمومي بالإضافة إلى طابعه البيروقراطي، يعاني من شح بالغ على مستوى الوساطة بين هياكله والمجتمع من جهة والتطورات المتشعبة للإدارة من جهة أخرى، الشيء الذي أثار عليه انتقادات لاذعة".<sup>297</sup>

وقد كان وراء التطور الذي عرفه مسار الدولة من دولة الرعاية إلى دولة المقاوله أن أصبحت قواعد اللعبة السياسية تركز على الاعتبارات والموازن الاقتصادية، كما أن المعيار المحدد للقرارات العامة أصبح يكتسي طابعا قطاعيا، فتقسيم الإدارة إلى أسلاك قطاعية أدى إلى ضرورة الاهتمام بالفئة التي تملك الخبرة والكفاءة الشيء الذي سيحقق تدييرا عموميا معقلنا.

فظهر التقنية داخل الدول على مستوى المراكز القرارية جعل الدواوين الوزارية، واللجان بين الوزارية تتألف من فئات متمرسه و متمكنة من المعلومة أهلها تكوينها التقني إلى التأثير في اتخاذ القرارات العمومية.

وبالتالي أصبح تدخل الخبير في القرارات أمرا حتميا، لأنه لن ينير فقط متخذي القرار، بل يساعد على شرعنة الاختيارات المتخذة من طرف القنوات الرئيسية للقرار. ويذهب B. Godin بهذا الصدد إلى "أن العلم يمكن من إضفاء طابع الموضوعية على القرارات العمومية وتجريد الاختيارات من الذاتية والشخصنة".<sup>298</sup>

كما أن التجربة الفرنسية شهدت هيمنة واسعة لفئة الخبراء على مستوى الدوائر القرارية في إطار ما يسمى بلجنة المستشارين التقنيين *conseillers techniques*، التي تعتبر حجر الزاوية بالنسبة للدواوين الوزارية. هؤلاء المستشارون الذين يصنعون القرارات التي تعنى بالتدبير اليومي ليتولى المصادقة عليها الوزراء، لكون المستشار التقني داخل الوزارة يشكل السلطة الخفية للقرار بحكم أن تكوينه المبني على أساس الخبرة والمعرفة يؤهله لفهم أصول التدبير العام خاصة على مستوى انتقاء القرارات المعدة داخل مختلف الدوائر القرارية.<sup>299</sup>

<sup>297</sup> - Azeddine FAKIRI: Les acteurs de la politique agricole face à la technicisation de l'action publique, Mémoire pour l'obtention du diplôme de Master, faculté Hassan I, Settat, année 2013-2014, p 33.

<sup>298</sup> - Azeddine FAKIRI: Les acteurs de la politique agricole face à la technicisation de l'action publique, op. cit., pp 34-35.

<sup>299</sup> - عبد المالك أحزير، محاضرات في السياسات العمومية دراسة الظاهرة القرارية: المفاهيم والنظريات مرجع سابق الصفحة، 210-

فتحقيق الفعالية داخل المجال الإداري يتطلب اعتماد الاستشارة الإدارية لدفع الإدارة للوصول لأهدافها المسطرة، فتجنيد العنصر البشري وتعيينهم في الأماكن التي تتلاءم ومؤهلاتهم العلمية، يساعد على حل المشاكل والتغلب على الصعوبات الإدارية، ووضع إطار زمني محدد ومضبوط للوصول للأهداف المرسومة في برامج العمل، مع التحكم في نفقات المؤسسات الإدارية ترشيدها وإجادة استغلالها، فالاستشارة في هذا المجال لا تعني بالضرورة إدخال التغييرات واستبدال نظام قائم بنظام آخر، ولكن الهدف الرئيسي للعمل الاستشاري هو دراسة الحالة الطارئة للمؤسسة المستشارة وتقديم الحلول الملائمة للاختلالات، التي تواجهها وإعداد التقارير والتحقيقات التي يمكن للإدارة اعتمادها في تنفيذ مخططاتها.

كما أن دور الخبير يساعد على حل المشاكل، ووضع إطار زمني محدد ومضبوط للوصول للأهداف المرسومة في برامج العمل، وتقديم الحلول الملائمة للاختلالات التي تواجهها وإعداد التقارير والتحقيقات التي يمكن للإدارة اعتمادها في تنفيذ مخططاتها. فمن خلال هذا الجهاز وبواسطته يتم التغيير والتحضير والتخطيط عبر برامج، قراءة أرقام، استشعار الغد...<sup>300</sup>.

إن غياب أي إطار إيدولوجي ذي مرجعية واضحة يعطى لعمل الخبراء والتقنيين ثقلا وازنا في تحديد الرهانات المسطرة سياسيا، خاصة بالمناطق المأهولة والقريبة من المركبات النووية. كما نجد بأن دور الخبراء على المستوى الدولي قد اتضح وبشكل أساسي على مستوى التدخلات لحصر أولويات دول العالم الثالث خصوصا في المجال السكاني.<sup>301</sup> وبالتالي فإن الخبير يساعد على تحسين نوعية القرارات المتخذة في رسم السياسات العمومية، بحيث يمكن للإدارة من خلاله التعرف على كافة الآراء القيمة التي يقدمها أصحاب التجارب الواسعة في تقييم اتخاذ القرار الملائم، والأقرب إلى الصواب والواقع.<sup>302</sup>

<sup>300</sup> - عبد اللطيف الهلالي، مرجع سابق الصفحة 109.

<sup>301</sup> - luc robon/ la fin de technocratr/ op. cit. pp : 69-82.

<sup>302</sup> - محمد الأعرج، "المساطر الادارية غير القضائية، دراسة قانونية لفاعلية قواعد الاجراء والشكل في القرارات الادارية"، المجلة المغربية للإدارة والتنمية، سلسلة مؤلفات واعمال جامعية، العدد:47، الطبعة الاولى 2003، ص:117.

### خاتمة:

إن الإدارة في العصر الحديث أصبحت تواجه نوعا من التحدي نتيجة للثورة العلمية والتكنولوجية في جميع الميادين، وما نتج عن ذلك من تعقد مهمات الجهاز الإداري ومتطلبات أدائه على مستوى النشاط العمومي. وبالتالي فإن الوسائل التقليدية في اعتماد مجرد الخبرة الشخصية وأساليب التجربة والخطأ لم تعد قادرة على تحقيق أهداف المجتمع التي تستلزم قرارات سديدة في مجال الاستثمار الأمثل للموارد المتاحة، المادية والمالية والبشرية. إذ أن عملية اتخاذ القرار أصبحت جوهر اختصاص الجهاز الإداري، ووسيلته الأساسية في تحقيق أهداف الدولة المتمثلة في وضع سياسات فعالة وناجعة.

فالجهاز الإداري تقع على عاتقه مسؤولية تحويل السياسات إلى إجراءات عملية مجسدة على أرض الواقع لغرض تحقيق الأهداف المتوخاة. وفي نفس الوقت، تعد السياسة العامة بمثابة استجابة للمشكلات المدركة أو المستشعرة على المستويات العليا في الدولة، بينما معظم نشاطات هذه الاستجابة تجري في مكاتب الإدارة وأجهزتها المعنية باستلام طلبات المجتمع للدفع والتأثير على الحكومة لكي تقوم بأي فعل إزاء هذه الطلبات. وهنا تتجلى أهمية الجهاز التكنوقراطي في الاستجابة للمطالب الشعبية وتحويلها إلى قرارات عمومية تحمل حلا جذرية بعيدا عن الخطاب السياسي الذي يبقى مجرد دعاية.

مساهمة مبدأ الحيطة في تطوير القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية- دراسة مقارنة -

## The contribution of the precautionary principle in developing the traditional rules of civil liability-a comparative study-

البعبيدي سهام

El Babidi Siham

باحثة بسلك الدكتوراه- جامعة محمد الخامس

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسية، الرباط

[elbabidisiham@gmail.com](mailto:elbabidisiham@gmail.com)

### الملخص:

ظهر مبدأ الحيطة لأول مرة في معاهدة ريو حيث نص عليه (المبدأ 15):

" عندما تكون هناك تهديدات بوقوع أضرار جسيمة أو لا رجعة فيها، و الافتقار إلى اليقين العلمي الكامل لا يمكن أن يكون مبررا لتأجيل اعتماد تدابير فعالة لمنع التدهور البيئي."

و قد تم تطبيقه في القانون الدولي من أجل ضمان حماية واسعة للبيئة، كما تم تمديده إلى المجال الاستهلاكي باعتباره من أهم الضمانات التي ستتيح الحماية للمستهلك من الأخطار ذات الطابع الاستهلاكي، حيث يوجه بدرجة أولى نحو المخاطر ذات الطابع الجسيم و الغير متيقن علميا منها و التي تهدد صحة و سلامة المستهلك.

إن تطبيق مبدأ الحيطة من شأنه المساهمة في تطوير القواعد التقليدية للمسؤولية، من خلال الارتقاء بالنظام القانوني التقليدي نحو نظام جديد لمسؤولية عالمية هي المسؤولية الوقائية القائمة على الحيطة.

الكلمات المفتاحية: مبدأ الحيطة- خطر - عدم اليقين العلمي- مسؤولية وقائية- أضرار جسيمة

**Abstract :**

the precautionary principle has been formulated for the first time in the rio declaration (principle 15) :

“In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”

it has been applied in internationnal law in order to garantie the environmental protection. Besides, the precautionnary principle will also provide the consumer protection by addressing uncertain and irriversible risks in particular the risks that affect the health and safety of consumers.

Finally, the application of "the precautionnary principle" will develop the traditional rules of civil liability, it will guide the development of the new civil responsibility reforms which plan to bring the global " Preventive responsibility" based on precaution.

**Key words :** precautionnary principle-serious dammage - risk- the absence of scientifique certainty- preventive responsibility- irreversible dammage

## مقدمة :

إن التحولات الاجتماعية و الاقتصادية و التكنولوجية التي شهدها العالم في السنوات الأخيرة الماضية، خاصة في ظل التطور الصناعي المذهل الذي مس مختلف جوانب الحياة الإنسانية، دفع مختلف التشريعات الحديثة إلى البحث عن آليات جديدة و فعالة إلى جانب القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، وذلك من أجل مواكبة الاستعمال المكثف للوسائل التكنولوجية التي أصبحت في ظل تزايد احتياجات الإنسان بمثابة نمط جديد للعيش، و أيضا بغية التقليل من حدة المخاطر المترتبة عن ممارسة بعض الأنشطة الإنسانية المعاصرة. و التي أصبحت تعتمد في مجملها على الاستعمال المكثف للآلات والتقنيات الحديثة مع ما يترتب عن ذلك من تضاعف و تزايد مستمر للأضرار الناتجة عن هذا الاستعمال<sup>303</sup>.

إن هاته العوامل شكلت دافعا مهد للانتقال تدريجيا من المسؤولية القائمة على عنصر الضرر إلى الخطر، فإذا كانت المسؤولية التقصيرية الشخصية تقوم على عنصر الخطأ و المسؤولية الموضوعية تقوم على عنصر الضرر، فإننا اليوم أمام هذا الكم الهائل من التطورات نؤسس لمسؤولية جديدة هي المسؤولية الاحتياطية-الاستباقية القائمة على عنصر الخطر.

فالأزمات التي شهدها العالم في السنوات الأخيرة بعد ظهور مسحوق العظام الذي تسبب في ظهور مرض جنون البقر و فضيحة الدم الملوث بفيروس السيدا... و ما صاحبهما من غضب عارم في الأوساط الشعبية، أظهرت أن تطور التقنيات والعلوم البيولوجية تسبب في ظهور مخاطر جديدة غير تلك التي كانت مألوفة<sup>304</sup>، بحيث لم تعد تكفي الحلول القانونية المتواجدة لمواجهتها.

لذلك يمكن القول، أن هذه المخاطر كانت سببا رئيسيا لإيلاء اهتمام كبير بحماية الفرد من أجل وقاية أفضل من مخاطر الأنشطة الصناعية و المواد و المنتجات التي تشكل تهديدا حقيقيا على بيئته و صحته و سلامته. و بهذا أصبح مبدأ الحيطة من أهم المبادئ المطبقة في التشريعات المقارنة في ضوء التوجهات الحديثة التي تتجه نحو المسؤولية الوقائية الاستباقية، ويعتبر مبدأ الحيطة من الآليات الحمائية ذات

<sup>303</sup> عبد الرحمان الشرقاوي- القانون المدني : دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون

الاقتصادي، الطبعة الأولى 2015 ص 11 و ما بعدها.

<sup>304</sup> عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة و مسؤولية المهنيين- رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص- جامعة أبو بكر بلقايد-

تلمسان كلية الحقوق- الموسم الجامعي 2013-2014 ص 4.

الوظيفة الوقائية خاصة عندما يتعلق الأمر بأضرار محتملة غير مؤكدة و ذات طابع جسيم و لا رجعة فيه.

إن فلسفة مبدأ الحيطة باعتباره آلية متوازنة و مساعدة لإدارة المخاطر الاحتمالية و ما قد ينتج عنها من أضرار مستقبلية، يجعلنا نتساءل حول ماهية هذا المبدأ و الآثار التي يرتبها على القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية؟

و من أجل معالجة هذا الموضوع، فإننا سنعتمد التصميم التالي :

المبحث الأول: الفلسفة القانونية لمبدأ الحيطة

المبحث الثاني: تأثير مبدأ الحيطة على القواعد التقليدية للمسؤولية

### المبحث الأول: الفلسفة القانونية لمبدأ الحيطة

يذهب البعض إلى القول بأن مبدأ الحيطة قد ظهر لأول مرة في القانون الألماني تحت تسمية *Vorsorgeprinzip* التي تعني الوقاية و ذلك بمناسبة التعاون التشريعي حول التلوث الجوي لسنة 1970<sup>305</sup>.

غير أن ظهوره الفعلي تركز على المستوى الدولي من خلال المعاهدات و الاتفاقات الدولية المتعلقة بالقضايا البيئية.

و سنتطرق في هذا المحور لماهية مبدأ الحيطة (المطلب الأول)، على أن نتناول شروط تطبيقه (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: ماهية مبدأ الحيطة

إن الحديث عن ماهية أي موضوع قانوني، يتطلب أولاً الوقوف على تعريفه (أولاً)، ثم تمييزه عن المفاهيم المشابهة (ثانياً).

#### أولاً: تعريفه

إذا كانت الحيطة في اللغة بمعنى الاحتياط؛ فإنه يمكن تعريفها اصطلاحاً بما يعرف به الاحتياط ومن ثم تكون الحيطة:

استعمال ما فيه الحيطة أي الحفظ وذلك بأخذ الأمور بالأحزم والثقة.

للاستزادة: انظر صفات: الحذر- الوقاية- اليقظة- الخوف- الخشية<sup>306</sup>.

---

Le principe de précaution : Définitions, applications et gouvernance/ Service de recherche du <sup>305</sup> Didier Bourguignon :

Parlement européen. p 4 – 2015.

<sup>306</sup> <http://www.islambeacon.com/m/%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%8A%D8%B7%D8%A9>

تاريخ زيارة الصفحة : 6 أبريل 2019 على الساعة 15:00

أما قانونا فيعتبر إعلان ريو أحد أهم المواثيق الدولية التي تناولت مبدأ الحيطة، بل هناك من يعتبر هذا المبدأ و تطبيقه على الساحة الدولية، يعود إلى هذا الإعلان<sup>307</sup> ، وهذا ما يتضح من خلال المادة 15 التي أقرت هذا المبدأ وعرفته كما يلي<sup>308</sup> :

" عندما تكون هناك تهديدات بوقوع أضرار جسيمة أو لا رجعة فيها، والافتقار إلى اليقين العلمي الكامل لا يمكن أن يكون مبررا لتأجيل اعتماد تدابير فعالة لمنع التدهور البيئي."

و قد انتقل مبدأ الحيطة من القانون الدولي إلى التشريعات الحديثة، على غرار التشريع الفرنسي الذي يمكن القول أنه كان سباقا لتبني هذا المبدأ بمقتضى القانون 101-95 المؤرخ ب 2 فبراير<sup>309</sup> 1995 المتعلق بدعم حماية البيئة.

و نظرا لغياب أي تعريف واضح<sup>310</sup> و دقيق لهذا المبدأ الذي يتسم بالغموض إذ كثيرا ما يتم استخدامه بطريقة عشوائية، فقد حاول قانون بارنييه لسنة 1995 وضع تعريف لمبدأ الحيطة كما يلي :

" غياب اليقين العلمي على ضوء المعرفة العلمية الحالية و التكنولوجية، لا يجب أن يؤجل تبني تدابير فعلية و متوازنة قصد الوقاية من أضرار جسيمة و انعكاسية للبيئة و بتكلفة مقبولة اقتصاديا".

---

<sup>307</sup> حميداني محمد- المسؤولية المدنية البيئية في التشريع الجزائري و المقارن نحو مسؤولية بيئية وقائية. دار الجامعة الجديدة، 2017 ص 146.

<sup>308</sup> PRINCIPE 15 prévoit que : « pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leur capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles , l'absence de certitudes scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »

<sup>309</sup> La loi 95-101 , dite loi Barnier (Article L110-1) prévoit que : « le principe de précaution , selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un cout économiquement acceptable . »

<sup>310</sup> Selon le professeur Olivier Godard : " la compréhension du principe de précaution souffre d'une confusion persistante malencontreuse, paradoxalement entretenue en dépit des efforts de clarification de la doctrine..."

Olivier Godard : comment organiser l'expertise scientifique sous l'égide du principe de précaution ; Cahier n° 2003-024 .

كما تم تسجيل مبدأ الحيطة في ميثاق البيئة الدستور (فبراير 2005)، و بالتالي تم تثبيت مبدأ الحيطة من خلال (المادة 5)، إلى أعلى مستوى من التسلسل الهرمي للقواعد القانونية حيث نصت المادة الخامسة في محاولة لتعريفه على أنه :

"عندما يمكن تحقيق إصابات لم يتمكن من التنبؤ بها على أساس الحالة الراهنة للمعرفة العلمية المحدودة، و التي تؤثر تأثيرا خطيرا على نحو لا رجعة فيه للضرر على البيئة، فإن السلطات العامة تسهر من خلال تطبيق مبدأ الحيطة على تنفيذ إجراءات تقييم المخاطر و اتخاذ تدابير مؤقتة و متناسبة لتجنب وقوع إصابات".<sup>311</sup>

كما أقره المشرع الجزائري في القانون رقم 10-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، حيث جاء في المادة 3 من هذا القانون :

"... يجب بمقتضاه ألا يكون عدم توفر التقنيات نظرا للمعارف العلمية و التقنية الحالية، سببا في تأخير اتخاذ التدابير الفعلية و المناسبة للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرة بالبيئة، و يكون ذلك بتكلفة اقتصادية مقبولة".

و قد عرفه كل من الفقيهين: Genevière VINEY et Philippe KOURILYSK بأنه :

" اتخاذ قرار من قبل أشخاص عامة أو خاصة يتضمن إجراءات خاصة بنشاط أو منتج يعتقد بشأنه أنه من المحتمل أن يشكل خطر و يسبب ضرر للصحة العامة أو سلامة الأجيال الحالية أو القادمة أو للمستهلك و حتى البيئة".<sup>312</sup>

---

<sup>311</sup> " Lorsque la réalisation d'un dommage bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veilleront, par application du principe de précaution, et dans leurs domaines d'attribution, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

Olivier GODARD : le principe de précaution doit-il être interdit de la charte de l'environnement ? Cahier n° 2004-015 , école polytechnique, Juin 2004 p 3.

<sup>312</sup> Olivier SAUMON : la responsabilité des autorités publiques et le principe de précaution, UIA, Sofia, France, 2014 P 4

و بما أنه لا يوجد تعريف شامل و موحد لمبدأ الحيطة، حيث أننا باستقراء مختلف النصوص القانونية و الآراء الفقهية التي تناولت هذا المبدأ، نجد أنها اقتصرنا فقط على ذكر الشروط التي ينبغي تحققها من أجل تطبيقه دون إعطاء تعريف جامع مانع له ، فإننا نستخلص أن مبدأ الحيطة<sup>313</sup> مفهوم ذو خصوصية يمكن تجسيدها في خمسة عناصر أساسية هي كالتالي :

أولاً : إنه يتعلق بمخاطر جديدة غير مثبتة بشكل مؤكد، يعني غير مؤكدة أو محتملة. حيث أن إقرار هذه المخاطر يكون بشكل حاسم، فمبدأ الحيطة لا يمكن إعماله في مواجهة مجرد تخوف غير منطقي أو غير عقلاني. بل يجب أن يكون الخوف منطقياً يتعلق بأضرار مستقبلية خطيرة/ جسيمة أو لا رجعة فيها و لو كان هناك جهل بالأسباب.

ثانياً : إنه لا يتعلق فقط بالحاضر، و إنما يشمل حتى المستقبل. هو مبدأ للأجيال القادمة كما للأجيال الحالية. و هذا مطلب -حسب البعض- يدعو إلى نهج مسؤولية جماعية و عامة.

ثالثاً : إنه لا يتعلق بأي خطر كيفما كان نوعه كما يدعي البعض، بل إنه موجه بالأساس للأخطار "الجسيمة" أو التي "لا رجعة فيها"، و بالتالي فمبدأ الحيطة يتطلب إتباع مجموعة من الإجراءات لتقييم المخاطر : التتبع، القيام بدراسات علمية، المراقبة أو الرصد...

رابعاً : يقر بضرورة اتخاذ تدابير مؤقتة و مناسبة لمواجهة الأضرار التي تقبل التدخل. أما المنع فما هو إلا تدبير محدود من التدابير المؤقتة و القابلة للتعديل بناء على المعارف المستجدة.

خامساً : غالباً ما يتم اللجوء لتطبيقه تحت تسمية "تدبير المخاطر" حيث يتوقف على تدخل السلطات العامة ( السياسية، القانونية، و الإدارية...).

---

- أنظر سناء خميس- مبدأ الحيطة و دوره في حماية المستهلك، ص 85 مقال منشور بالبوابة الالكترونية : [www.asjp.cerist.dz](http://www.asjp.cerist.dz) تاريخ التصفح : 10 مارس 2019 على الساعة 15:00

<sup>313</sup> The precautionary principle provides guidance for governance and management in responding to uncertainty. It provides for action to avert risks of serious or irreversible harm to the environment or human health in the absence of scientific certainty about harm.

Rosie COONEY : The precautionary principle in biodiversity conservation and natural resource management ; the world conservation union 2004 p 1.

## ثانيا: تمييزه عن الوقاية / Principe de prévention / The prevention principle

يتم في الكثير من الأحيان الخلط بين مبدأ الحيطة principe de précaution و مبدأ الوقاية principe de prévention، حيث يتم استخدامهما كمفهومين مترادفين نظرا للتقارب الكبير بينهما، و الحال أن ذلك أمر غير صحيح نظرا لأنهما يختلفان<sup>314</sup> في مجموعة من النقاط لعل أهمها ما يلي:

➤ أن مبدأ الحيطة يعتبر من المفاهيم المستحدثة التي تقوم على أساس 0 خطر أي مواجهة المخاطر المشكوك فيها (المحتملة) نظرا للافتقار إلى اليقين العلمي المطلق حول جدتها و جسامتها الأضرار المترتبة عنها، و بذلك يكون اعتماد مبدأ الحيطة بمثابة الممارسة الفعلية للحذر بصدد المخاطر الجسيمة التي لا تتوفر أدلة قاطعة على جدتها على ضوء المعرفة العلمية الحالية، و التي يمكن أن تسبب أضرارا لا رجعة فيها إذا ما تحققت مستقبلا، و بالتالي فإنه يقوم على عدم توفر اليقين العلمي على ضوء المعرفة العلمية المتوفرة و غياب العلاقة بين الأسباب و النتائج.

➤ أما مبدأ الوقاية، فيعتبر أعم و أشمل من مبدأ الحيطة، فداخل الوقاية نجد الحيطة، الذي يعتبر من أهم المبادئ المكونة للمسؤولية الوقائية خاصة في الشق المتعلق بالمخاطر غير المؤكدة علميا. كما سبق و أشرنا فإن التطورات التكنولوجية (استخدام التكنولوجيا المتقدمة في تطوير العلوم البيولوجية، الاستنساخ، استعمال التقنيات المتناهية الصغر، تقنيات النانو...) دفعت بمختلف التشريعات الحديثة إلى تجاوز المفاهيم التقليدية للمسؤولية المدنية القائمة على عنصر الخطأ و الضرر، نحو تبني مفاهيم حديثة للمسؤولية، تقوم بدرجة أولى على محاولة استباق الخطر قبل وقوعه من جهة و اعتماد تدابير لمواجهة في حالة وقوعه من جهة أخرى. و هذا ما يبدو جليا من خلال إقرار المسؤولية النووية و البيئية. و لعل أهم ما يميز الوقاية هو أنه يطبق بصدد المخاطر المؤكدة علميا، حيث يتم اللجوء إلى اعتماد تدابير وقائية-استباقية لتجنب أو تقليص الأضرار المرتبطة بمخاطر معروفة.

<sup>314</sup> وفي هذا الصدد يذهب أحد الباحثين في تمييزه بين مبدأ الوقاية و مبدأ الحيطة إلى القول: "...بالعودة إلى أوجه التمايز الحاصل بين مبدأ الوقاية ومبدأ الحيطة نجد أن هذه الأخيرة لم تظهر وفق مكتسبات علمية وإنما ظهرت بهدف محاولة سد الفراغ لغياب الأمان العلمي، وأن المبدأ في حد ذاته هو دائما في تطور مستمر ومحتواه سيتغير وفق التطورات العلمية المحققة، لذا وجوده وقتي ومهدد بالزوال بمجرد ما ينوب عن عدم اليقين، اليقين المطلق، حينئذ علينا بالرجوع إلى المثال التقليدي للوقاية. فالتردد يعد بمزلة الخاصية الأساسية التي تميز مبدأ الحيطة عن مبدأ الوقاية." انظر يوسف عزوزي- أي دور لمبدأ الوقاية في تعزيز فرص الاستدامة البيئية، ص 108.



و لا نقصد بغياب المعرفة العلمية، الاقتصار على منطقة معينة بذاتها بل يجب حتى يتم إعمال مبدأ الحيطة أن تكون المعرفة العلمية العالمية الحالية لا تتوفر على أدلة يقينية بشأن الخطر و آثاره المحتملة الوقوع.

و الواقع أن مبدأ الحيطة يمثل أحد الحلول غير التقليدية و يشكل استثناء على قاعدة تبعية القانونو للتقدم العلمي و التكنولوجي، فلم ينشأ هذا المبدأ كرد فعل للتطورات العلمية و ما نتج عنها من أنشطة كثيفة تؤدي إلى حدوث آثار بيئية ضارة و تحتاج إلى التنظيم القانوني لمنع وقوعها، و إنما نشأ على العكس من ذلك لكي يتدارك غياب اليقين أو الدليل العلمي فيما يتعلق بهذه الآثار<sup>317</sup>.

**ثانيا: وجود خطر يهدد بوقوع ضرر جسيم أو لا رجعة فيه *Risque de dommages graves ou irréversibles***

لا يكفي لتطبيق مبدأ الحيطة أن يكون هناك غياب لليقين العلمي فيما يتعلق بالأضرار التي يخشى وقوعها<sup>318</sup>، و إنما يتم تطبيق هذا المبدأ في مواجهة الأخطار الغير مؤكدة و التي تكون على درجة معينة من الجسامه، فلا يكفي الخطر البسيط للقول بتطبيق هذا المبدأ<sup>319</sup>.

لذلك فإننا عندما نتحدث عن عنصر الخطر، نقصد به في هذا الصدد أن يكون خطرا احتماليا و غير مؤكد.

و بالتالي، نستبعد من هذه الطائفة المخاطر التي تترتب عنها أضرار تحتمل تقدير التعويض المناسب حيث يتوفر في شأنها اليقين العلمي، في مقابل الإبقاء على المخاطر أو الأخطار التي يغيب في شأنها مثل هذا اليقين و التي تدخل في نطاق تطبيق مبدأ الحيطة.

بالإضافة لضرورة أن يكون الضرر المحتمل و الذي يهدد بالوقوع، جسيما و لا رجعة فيه أي غير قابل للإصلاح .

<sup>317</sup> حميداني محمد- المسؤولية المدنية البيئية في التشريع الجزائري و المقارن نحو مسؤولية بيئية وقائية- دار الجامعة الجديدة، طبعة

2017 ص 156.

<sup>318</sup> حميداني محمد، مرجع سابق ص 157.

<sup>319</sup> عمارة نعيمة، مرجع سابق ص 155

### المبحث الثاني: تأثير مبدأ الحيطة على القواعد التقليدية للمسؤولية

إن إدراج أغلب التشريعات الحديثة على غرار التشريع الفرنسي و الجزائري لمبدأ الحيطة في صلب النظام القانوني للمسؤولية، نتج عنه إعادة تكييف عناصر المسؤولية التقليدية (المطلب الأول) بما يتوافق و الفلسفة القانونية لهذا المبدأ، إضافة لقواعد التعويض التي لم تسلم هي الأخرى من التأثير بمبدأ الحيطة (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: تكييف عناصر المسؤولية التقليدية في ضوء مبدأ الحيطة

سنطرق في هذا المطلب لتكييف عنصر الضرر وفق فلسفة الحيطة (أولا) ، ثم تأثير المبدأ على المفهوم التقليدي لرابطة السببية (ثانيا).

#### أولا: تكييف عنصر الضرر وفق فلسفة الحيطة

عرف المشرع المغربي الضرر من خلال الفصل 98 من ق.ل.ع بأنه تلك الخسارة التي لحقت المدعي و المصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرار به. و كذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل.

و إذا كان من المسلم به فقها و تشريعا أن الضرر لا يقبل التعويض إلا إذا توفرت فيه مجموعة من العناصر، حيث ينبغي أن يكون مباشرا بمعنى أن يكون ناتجا مباشرة عن الخطأ وهو الأمر الذي أكد عليه المشرع المغربي في الفصل 77 من ق.ل.ع ، حيث تزداد قيمة هذا الشرط أكثر في المسؤولية الشخصية القائمة على عنصر الخطأ التي تربط تحقق الضرر بارتكاب شخص معين لخطأ ما ، أما المسؤولية الموضوعية كما هو معلوم فإنها تكتفي فقط بتطلب حدوث الضرر للضحية بشكل مباشر دون الحاجة لربطه بالخطأ التقصيري على غرار المسؤولية البيئية، بالإضافة لضرورة تحقق شروط أخرى في الضرر، حيث ينبغي أن يكون هذا مشروعا، محققا و حالا.

و إذا كان شرطي المشروعية و أن يكون الضرر مباشر لا يتعارضان بأي شكل مع الفلسفة القانونية لمبدأ الحيطة، فإن الحديث عن شرط تحقق الضرر يبدو للوهلة الأولى متناقضا مع إعمال الحيطة، حيث أن هذه الأخيرة كما سبق ذكره لا تعنى إلا بالمخاطر غير المؤكدة علميا و بالتالي بالأضرار الاحتمالية غير المحققة حالا و التي لا يوجد ما يؤكد تحققها مستقبلا.

بمعنى أن الضرر المقصود هنا هو الضرر الاحتمالي، الذي لم يقع ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع، و غاية الأمر أن يحتمل وقوعه و عدم وقوعه، و تتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة و ضعفا<sup>320</sup>.

و بالتالي، فإن تكييف الضرر في ظل فلسفة الحيطة يدعو إلى ضرورة إلحاق الضرر الاحتمالي بطائفة الأضرار التي تترتب عنها مختلف الآثار القانونية للمسؤولية، شريطة أن يكون هذا الضرر الاحتمالي جسيما و غير قابل للإصلاح.

بمعنى أن المسؤولية الناشئة عن اعتماد نهج الحيطة عبارة عن مسؤولية قائمة و مؤسسة بدرجة أولى على عنصر الخطر<sup>321</sup>، حيث أن هذا الأخير بدوره غير مؤكد و غير معروف. إضافة إلى كونها تقوم على التخوف من مجابهة أضرار احتمالية جسيمة غير قابلة للاسترداد قد تتحقق و قد لا تتحقق.

### ثانيا: التوسيع من رابطة السببية

تعتبر رابطة السببية بين الفعل الضار و النتيجة من أهم الشروط التي اعتبرها الفقه و التشريع ضرورة للقول بقيام المسؤولية، و لا يختلف الأمر سواء تعلق بالمسؤولية الشخصية الخطئية أم بالمسؤولية الموضوعية القائمة على عنصر الضرر.

و المقصود بالعلاقة السببية حسب بعض الفقه، هو أنه لا يكفي من أجل قيام المسؤولية التقصيرية حصول ضرر لشخص معين و وقوع خطأ من جانب شخص آخر، بل لا بد من أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر و إلا انعدمت المسؤولية التقصيرية<sup>322</sup>.

كما أنه بالرجوع لقانون الالتزامات و العقود المغربي نجد نص في الفصل 77 على ما يلي:

<sup>320</sup> عبد الرحمان شرقاوي، مرجع سابق ص 103.

<sup>321</sup> ترى الباحثة أن المقصود بالخطر الاحتمالي: " يمثل أضرارا يتوقع حصولها، فهي تتضمن كل المخاوف و التهديدات التي من الممكن أن تكون حقيقية أو من الممكن افتراض حدوثها كالأخطار الإيكولوجية التي تهدد البيئة البشرية، أو المنتجات أو الخدمة لعدم سلامتها الاستهلاكية.."

انظر نعيمة عمارة، الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية على أساس الحيطة، دفاتر السياسة و القانون- العدد التاسع- جوان 2013 ص 182.

<sup>322</sup> عبد الرحمان الشرقاوي، م.س- ص 119

للتوسع أكثر انظر :

" كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة و اختيار، و من غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر..."

كما نجد الفصل 78 من نفس القانون ينص على :

" كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط و لكن بخطئه أيضاً، و ذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر..."

بما يستشف معه أن المشرع المغربي و على غرار باقي التشريعات اشترط لقيام المسؤولية التقصيرية مستجمعة لكافة أركانها ضرورة وجود رابطة سببية بين الفعل الضار و الضرر، لا بل ضرورة أن تكون هذه الرابطة واضحة، ثابتة و لا لبس فيها.

غير أن اعتماد مبدأ الحيطة كمفهوم حديث للمسؤولية من شأنه أن يقلب مختلف الموازين، حيث أن هذا المبدأ لا يعمل به إلا بصدد المخاطر غير المؤكدة علمياً كما سبقت الإشارة لذلك، بمعنى أن العلاقة السببية التي يجب أن تكون بين الخطأ و الضرر- و في هذه الحالة نقصد العلاقة بين الخطر و الضرر المحتمل - غير ثابتة يقينياً و بالتالي فإنها علاقة نسبية لا يتيسر إثبات وجودها.

و في هذا الصدد يذهب أحد الباحثين إلى القول: "... و يعتبر الفقه أنه إذا كان من غير المعقول اشتراط يقين مطلق عن غياب ضرر محتمل، قبل الترخيص لمزاولة نشاط ملوث، فإنه لا يقبل بعد ذلك اشتراط يقين مطلق في العلاقة السببية من خلال توسع القاضي في قبول المؤشرات و القرائن المادية، و يكفي بإقامة احتمال كافي للسببية، و بذلك يصبح اليقين المشتراط في العلاقة السببية نسبياً..."<sup>323</sup>

و بالتالي فإن إعمال مبدأ الحيطة من شأنه التوسيع من المفهوم التقليدي لرابطة السببية حيث عوض أن تكون علاقة مباشرة و ثابتة بين الأخطار و الأضرار، ستصبح مجرد علاقة احتمالية و نسبية يعود للقاضي السلطة التقديرية في الاستدلال عليها بمختلف القرائن القانونية و الظروف الواقعية.

و لعل أبرز مثال على ذلك، هو ما عرفه القضاء الأوروبي بمناسبة قضية مرض جنون البقر، حيث

<sup>323</sup> محمد حميداني، م.س- ص 171

أصبحت الماشية البريطانية بهذا المرض و في ظل عدم وجود يقين علمي آنذاك حول الأسباب المباشرة لحدوث هذا المرض تم التوسع في علاقة السببية حيث اشتبه أن الإصابة بهذا المرض جاءت نتيجة إطعامها مواد ملوثة ناتجة عن مزج الطحين الحيواني بمسحوق عظام حيوانات نافقة.

### المطلب الثاني: تأثير مبدأ الحيطة على قواعد التعويض

يعتبر التعويض الأثر البارز المترتب عن ثبوت المسؤولية المدنية بوجه عام، إذ عن طريقه يتم جبر ما أصاب الآخرين من ضرر<sup>324</sup>.

و لما كان تطور الأنشطة الإنسانية المعاصرة قد أسفر عن تهديدات بمخاطر جديدة، فإن قواعد التعويض التقليدية و إن كانت كافية لتغطية الأضرار المؤكدة، فإنها لا تكفي لتغطية الأضرار الاحتمالية.

### أولاً: التعويض الاحتياطي للضرر

يعتبر مبدأ الحيطة مبدءاً وقائياً قبل أن يكون مبدءاً تعويضياً، يهدف أساساً إلى الاحتياط أمام أخطار غير معروفة ، حيث أنه قبل أن يتم اللجوء إلى تعويض الضرر يتم اتخاذ مجموعة من التدابير الوقائية على غرار المنع المؤقت للنشاط أو السحب المؤقت للسلعة أو المنتج اجتناباً لوقوع الضرر المحتمل.

غير أن تطور مفهوم الضرر في ظل بروز الضرر الايكولوجي الذي بات يهدد الصحة و السلامة ، نتيجة التصنيع اللامتناهي و استعمال المواد الكيماوية و استخدام الطاقة البترولية، الذرية في كل النشاطات (خدمات صناعة طب)<sup>325</sup> ، طرح مجموعة من المشاكل القانونية تتعلق بطبيعة التعويض الممكن للأضرار الاحتمالية؟

و يمكن القول أن طبيعة هذه الأضرار الاحتمالية تفرض ضرورة توزيع التعويض عنها في ظل اعتماد مبدأ الحيطة إلى تعويضين، حيث يتم في البداية الاقتصار على التعويض الاحتياطي للضرر مادام أن هذا الأخير لم يتحقق بعد لكن المؤشرات العلمية الحالية لا تؤكد كما لا تنفي إمكانية تحقيقه، و تعويض نهائي يتم إقراره عند تحقق الضرر. و على هذا الأساس يعتبر التعويض الاحتياطي بمثابة

<sup>324</sup> عبد الرحمان الشرفاوي، م.س- ص 301

<sup>325</sup> علي فيلاي- تطور الحق في التعويض بتطور الضرر و تنوعه- حوليات جامعة الجزائر 1 – العدد 31- الجزء الأول ص 29

الجزء الردي لعدم مراعاة مبدأ الحيطة، إذ من شأنه التأثير على تصرفات المقاولين أصحاب المشاريع ذات المخاطر المستقبلية على البيئة<sup>326</sup>، حيث يظل هؤلاء مسؤولين إلى غاية تحقق النشاط الضار و اكتمال نتائجه.

و في هذا الصدد يقول الأستاذ الشرقاوي موضحا:

"...إن أهمية تعويض الضحية، دفعت العديد من التشريعات إلى التفكير في خلق آليات جديدة لضمان تعويض بعض الفئات... من أهم هذه الآليات ما يعرف بصناديق الضمان، التي لا تضمن المتضرر إلا بشكل احتياطي.."

و يضيف الأستاذ:

"... من جهة أخرى، فإنه بالنظر لطبيعة بعض المخاطر الدولية، فقد تم إحداث صناديق دولية لتأمين تعويض الأضرار الناتجة عن مثل هذه المخاطر، كما هو الشأن بالنسبة للصندوق الدولي للتعويض عن الأضرار الناتجة عن التلوث البحري بسبب النفط، الذي تم إحداثه بمقتضى اتفاقية بروكسيل لسنة 1971<sup>327</sup>."

و في هذا الصدد نجد المشرع المغربي قد نص في المادة 60 من القانون 11.03 المتعلق بحماية و استصلاح البيئة على ما يلي :

" ينشأ صندوق وطني خاص بحماية و استصلاح البيئة و يحدد بموجب نص تطبيقي الإطار القانوني لهذا الصندوق و مهامه و موارده و نفقاته<sup>328</sup>"

و بالتالي، فإن الطبيعة الاحتمالية للضرر تفرض على القاضي أن يجعل التعويض الأولي بمثابة ضمان احتياطي للضحية و ردي لمرتكب النشاط الضار نظرا لمخالفته و عدم احترامه للمبدأ الوقائي-الحيطة- و ذلك بتقييم الآثار الضارة للنشاط أو المنتوج بطريقة تقريبية.

<sup>326</sup> حميداني محمد، م.س- ص 170

<sup>327</sup> للتوسع أكثر انظر:

عبد الرحمان الشرقاوي، م.س- ص 393 و ما بعدها.

<sup>328</sup> القانون 03-11 المتعلق بحماية و استصلاح البيئة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.59 صادر في 10 ربيع الأول 1424

الموافق ل 12 ماي 2003.

### ثانيا: التعويض النهائي لتحقق الضرر

إذا كان التعويض الاحتياطي للضرر في ظل مبدأ الحيطة، يعتبر بمثابة تقدير جزافي ردي يرجع للسلطة التقديرية للقاضي، حيث يقوم هذا الأخير بتقييم الخطر وتكييف الضرر المحتمل حدوثه بطريقة تقريبية.

فإن التعويض النهائي يقتضي ضرورة تحقق الضرر، حيث أن هذا الأخير ينتقل من كونه مجرد ضرر احتمالي غير مؤكد الوقوع ليصبح ضرا حالا و محققا تطبق عليه مختلف القواعد العادية للمسؤولية، ما عدا الاستثناءات التي سبق لنا الإشارة إليها.

و بالتالي فإن التعويض النهائي يقضي بضرورة التعويض الكامل للضرر، حيث يشمل مختلف الأضرار المادية و الجسمانية و المعنوية التي أصابت الضحية، و الأضرار التي كان يجب توخي الحيطة و الحذر لتلافي وقوعها.

كما يدعو اعتماد مبدأ الحيطة في تقدير التعويض، القاضي إلى تحديد مدة زمنية معينة أمام المتضرر لإمكانية المطالبة بتعويض تكميلي في حالة تفاقم الضرر و تزايد آثاره.

## خاتمة :

إن الطبيعة المتغيرة للأضرار جعلت من مبدأ الحيطة شكلا و منهجا جديدا لإدارة المخاطر، تنبع أهميته من محاولة السيطرة على المخاطر التي تهدد سلامة الإنسان و صحته و بيئته، لاسيما في ظل الارتفاع المهول للكوارث التي يشهدها العالم نتيجة تطور العلوم و الصناعة و تزايد الإقبال و التفاهت على استخدام الطاقة النووية بغض النظر عن تبعاتها الخطيرة.

إن مبدأ الحيطة اليوم يشكل حجر الزاوية في بناء معالم المسؤولية الوقائية، على اعتبار أن الأضرار الايكولوجية الخطيرة ( ظاهرة الاحتباس الحراري، ثقب الأوزون، تلوث الماء و الهواء، ...) و كذا الأضرار الصحية (الأمراض المستعصية المنتشرة الناجمة من النظام الغذائي الصناعي)، لا يمكن تمريرها من دون محاسبة، فكما يذهب المفكر هانس جوناكس في كتابه مبدأ المسؤولية، فإنه لا يمكن التملص من المسؤولية في مواجهة الأجيال القادمة من خلال تسجيل هذه الأضرار ضد مجهول و إنما يلزم أن يتحمل الجميع المسؤولية كل بقدر مساهمته فيها.

و بالتالي فإن الأخذ بمبدأ الحيطة لن يتأتى إلا من خلال إقرار قيمته القانونية و ذلك بتفعيله على المستوى الواقعي و إقرار آليات لتدعيم تطبيقه (إسناد مهمة تدبير المخاطر لأجهزة معينة)، على اعتبار أن هذا المبدأ هو بمثابة أداة تملكها السلطة العامة في الدولة تخولها إدارة و تدبير المخاطر المحتملة ذات الطبيعة الجسيمة على الإنسان و بيئته.

كما لا ينبغي حصر تطبيق مبدأ الحيطة على الأضرار البيئية فقط و إنما ينبغي تمديده إلى المجال الاستهلاكي و بشكل خاص لكل ما يتعلق بشروط صحة و سلامة المستهلك و أمنه الغذائي.

## مظاهر الثورة في تعديل القانون المدني الفرنسي.

محمد الطيبي

الرباط محمد الخامس بجامعة الدكتوراه بسلك باحث طالب

السويسي، والاجتماعية والاقتصادية القانونية كلية العلوم

بتاريخ 10 فبراير 2016 صدر المرسوم رقم 131-2016<sup>329</sup> والمتعلق بتعديل مدونة نابليون (قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات في فرنسا)، وذلك بعد صمود دام أكثر من قرنين من الزمان، ظلت فيه هذه المدونة العجوز شامخة منذ سنة 1804، حيث عرفت العديد من التعديلات التي كانت قاصرة عن المس بمادة الالتزامات، لاسيما العقود والمسؤولية، ولعب الاجتهاد القضائي دورا محوريا في الإبقاء على هذا القانون حيا لمواجهة مستجدات العصر.

وإذا كان هذا المرسوم دخل حيز التنفيذ بتاريخ 01 أكتوبر 2016 وذلك بعد نشره بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية عدد 0035 بتاريخ 2016/02/11، وتمت المصادقة عليه بمقتضى القانون رقم 287/2018 الصادر بتاريخ 2018/04/20<sup>330</sup> فإنه تضمن ثورة كبيرة<sup>331</sup> في العديد من مقتضياته القانونية والتي شكلت بالفعل منعطفًا حاسمًا في تاريخ التقنين المدني الفرنسي، وهو ما يتجلى في مختلف مظاهر التجديد والتحديث التي طالت الكثير من المفاهيم التقليدية الراسخة في القانون المدني الفرنسي.

---

<sup>329</sup> - Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et la preuve des obligations, entrée en vigueur le 1 octobre 2016 sauf les alinéas 3 et 4 de l'article 1123 et ceux des articles 1158 ET 1183, J.O. 11 février 2016. P 3.

L'ordonnance réécrit entièrement les titres III à IV du livre III du code civil, soit plus de 350 articles. : Pour plus de détails voir l'article de Nathalie KOUCHNIR CARGILL «les points clés de la réforme des droit des contrats» sur site web <https://www.grall-legal.fr/fr/flash-concurrence-n5-points-cles-reforme-droit-des-contrats/#.XAu0TYv7Tcs> visité le 26/12/2018

<sup>330</sup> - إن هاجس الإسراع والاستعجال وريح الوقت في إخراج مرسوم 131/2016 و الذي تم تحت وطأة ضغط الإتحاد الأوربي، كان من نتائجه ارتكاب أخطاء عديدة تسببت في وجود خلل في جودة هذا النص القانوني، وهو ما عجل بإعادة تعديله للمرة الثانية بمقتضى (إذ تضمن المرسوم) la réforme de la réforme) قانون المصادقة رقم 287/2018. وأصبح الفقه الفرنسي يتحدث عن تعديل التعديل) تعديل 350 مادة في حين أن قانون المصادقة تضمن تعديل 21 مادة من المرسوم السابق.

331- Voir : François Campagnola, le projet de réforme du droit français des contrats : rénovation ou révolution Sur le site <https://www.village-justice.com/articles/projet-reforme-droit-francais-des,22084.html>. visité le 08/12/2018.

فإلى أي حد استطاع المشرع الفرنسي من خلال التعديل الجديد تجاوز الثغرات القانونية التي كانت تشوب مدونة نابليون لسنة 1804 وما مدى قدرة الأهداف المرسومة من خلال هذا التعديل على مواكبة مجمل التطورات المعاصرة وتعزيز جاذبية وتنافسية قانون العقود الفرنسي؟

أمام هذه الإشكالية المركزية يحق لنا وضع مجموعة من التساؤلات.

فهل يعكس هذا القانون الجديد التوجهات التحريرية الرامية لتخليص النظرية العامة للعقد من القيود التي تعطل الاستثمارات والعراقيل التي تشكل عائقا أمام رفع معدل النمو وتطوير الاقتصاد الفرنسي؟

ولعل التساؤل الذي لا يمكن أن نتغافل عنه هو حدود إمكانية اعتبار القانون المدني الفرنسي نقطة انطلاق للقيام بتعديلات تشريعية في البلدان العربية التي تذهب في نفس المنحى ومنها المغرب وتونس وموريتانيا.

هل هذا الإصلاح مبني على نظرة متكاملة مستقبلية لنظرية العقد أم أنه مبني على منج براغماتي فقط يجمع بين الكفاية الذاتية والحماية والفعالية ويهدف إلى تعزيز تنافسية هذا القانون؟

هل الإصلاحات التشريعية الفرنسية الجديدة احتفظت بالصبغة اللاتينية للقانون الفرنسي أم حاولت إصدار تقنين عصري قادر على منافسة القوانين الأوروبية الأخرى؟

للإجابة عن هذه الإشكالية والتساؤلات الفرعية سنعمل على دراسة هذا الموضوع وفق التقسيم التالي:

المبحث الأول: السياقات الكبرى لتعديل القانون المدني الفرنسي.

المبحث الثاني: مظاهر الثورة في مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي.

## المبحث الأول: السياقات الكبرى لتعديل القانون المدني الفرنسي

يعتبر تعديل القانون المدني الفرنسي الصادر في سنة 1804 والمسمى بتقنين نابليون (code napoléon) حدثا تاريخيا كبيرا في مسار التشريع الفرنسي، وذلك ليس فقط بالنظر إلى التغييرات الجوهرية التي جاء بها هذا التعديل، وإنما كذلك بالنظر للطريقة التي تم اتباعها في تعديل رمز قانوني عمر أزيد من 210 سنة<sup>332</sup>.

وقبل التطرق لأهم المحطات الكبرى التي ساهمت في خروج هذا التعديل إلى حيز الوجود (المطلب الثاني) كان لا بد من التطرق لمكانة تقنين نابليون في تنظيم العلاقات المدنية في فرنسا (المطلب الأول).

### المطلب الأول: مكانة تقنين نابليون في تنظيم العلاقات المدنية في فرنسا.

لقد كان إصدار تقنين مدني جامع وموحد محل رغبات شعبية قديمة في فرنسا، فقد كان الشعب الفرنسي لا يثق بقضائه ولا برجال القانون القديم إجمالا، وكان يتوق إلى قانون مكتوب واضح وبسيط، حتى يتخلص من تطبيق الأعراف المتعددة، وبالرغم من المحاولات المتعددة والمتكررة لتحقيق طموحات الشعب الفرنسي وتدوين الأعراف القانونية، إلا أنها باءت بالفشل، وبعد قيام الثورة الفرنسية<sup>333</sup> وإعلان المساواة أصبح إصدار قانون مدني موحد لجميع المواطنين أمرا طبيعيا وملحا، وهو الأمر الذي حدث بفضل نابليون بونبارت مستمدا نصوصه من مجموعة من المصادر التي ضمنت له العديد من المميزات

<sup>332</sup> جان سمتس و كارولان كالم " الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي " ترجمة نبيل مهدي زوين مقال

منشور بمجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة العدد 20 ديسمبر 2017 ص118.

<sup>333</sup> شهدت فرنسا ثورة جديدة قادها أصحاب السترات الصفراء وهو ما شكل إنذارا كبيرا يقضي بضرورة إرجاع التوازن الاجتماعي الذي حاولت الثورة الفرنسية إقراره من خلال مختلف المبادئ التي قامت عليها وفي مقدمتها العدالة والمساواة والحرية والإخاء، وأملا في احتواء هذه الثورة الاحتجاجية ألقى الرئيس الفرنسي إيمانويل ماكرون خطابا تاريخيا يوم الاثنين 14/01/2019. جاء فيه بكونه يتحمل المسؤولية الكاملة في إثارة مشاعر الغضب لدى بعض الفرنسيين كما أكد على أن فرنسا تواجه حالة طوارئ اقتصادية واجتماعية، وأقر إمكانية حل هذه الأزمة من خلال إتخاذ التدابير التالية :

-زيادة الحد الأدنى للأجور لاجور ابتداء من سنة 2019 بزيادة 100 يورو.  
- إدخال حوافز مالية وتدبير عاجلة لمساعدة من تقل رواتبهم عن 2000 يورو، وإعفاؤهم من ضريبة الرعاية الاجتماعية وإجراء إصلاحات عميقة على نظام الأجور والضرائب.  
-مراجعة نظام الضرائب لدعم من يتقاضون رواتب ضعيفة ،  
- عدم فرض أي ضرائب على ساعات العمل الإضافية.

هذه الإصلاحات جاءت لحماية الطبقة المتوسطة والضعيفة التي كانت ضحية أهواء أصحاب المال والمتحكمين في الاقتصاد، وهذا ما يدعو الى القول أن القواعد القانونية التي تمت صياغتها وفق تقنيات اقتصادية محكمة تهدف الى تحقيق الربح للطرف على حساب طرف آخر في غياب أي توازن بينهم ولا تخاطب الواقع الاجتماعي يكون هناك خلل في ضمان استمراريتها في التطبيق .

وهو ما سنحاول التطرق له في (الفقرة الأولى)، وأفردت له مجموعة من الخصائص إلا أن تطورات الحياة أفرزت العديد من العيوب التي كشفت عن قصوره في مواكبة مختلف المستجدات المدنية التي عرفتتها حياة الفرنسيين وهو ما سنحاول معالجته في (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: مصادر ومميزات تقنين نابليون.

لقد تميز تقنين نابليون بتنوع المصادر التي استقى منها أحكامه (أولا) هذا بالإضافة إلى مجموعة من المميزات التي كان يتصف بها (ثانيا).

أولا: تنوع المصادر في تقنين نابليون.

من المعلوم أن تقنين نابليون المتميز بعراقته التاريخية يتضمن مجموعة من المواد القانونية التي صدرت في فرنسا في 21 مارس 1804، والتي جاءت بصورة متتابعة ومتسلسلة لتحكم العلاقات المدنية في فرنسا لاسيما تلك التي تدخل في مجال الأحوال العينية وكذلك الأحوال الشخصية مثل (الزواج والطلاق والميراث والنسب...)، وقد اعتبر تقنين نابليون نافذ المفعول في الأول من يناير من عام 1805 والذي كان يحمل عنوان القانون المدني للفرنسيين<sup>334</sup> في بادئ الأمر، إلا أنه في أيلول من عام 1807 أطلق عليه قانون أو تقنين نابليون عرفانا بفضل نابليون بونابرت في العمل على إصداره.<sup>335</sup>

وكان لصدور هذا القانون أصداء كبيرة في أوروبا لعظمة شأنه كما أنه اعتبر حدثا فريدا من نوعه في التاريخ الحديث فلم يسجل التاريخ حدثا من هذا النوع خلال قانون حمورابي<sup>336</sup> الذي كان أول تقنين عرفته البشرية.

ومن المعلوم أن تقنين نابليون استمد نصوصه من القانون الروماني<sup>337</sup> ومن الأعراف (القانون الفرنسي القديم)، وقد تشبع هذا القانون بأفكار الثورة الفرنسية عبر تبنيه لمبدأ الفردية والعلمانية، فالقانون

Code civil des français 1804 p 570.:<sup>334</sup> édition originale et seule officielle, Imprimerie de la république paris

<sup>335</sup> - سبى منذر خليفة " قانون نابليون «مقال مطلع عليه بالموقع [www.altaakhipress.com](http://www.altaakhipress.com) بتاريخ 17 نونبر 2018 على الساعة 17:22.

<sup>336</sup> - تسمى كذلك بشريعة حمورابي سادس ملوك مملكة بابل القديمة وهي من أقدم الشرائع المكتوبة في تاريخ البشرية. وتعود إلى عام

1770 قبل الميلاد وتتكون من مجموعة من القوانين وهي مرقمة من 1 إلى 282.

<sup>337</sup> - يرجع أصل القانون الروماني إلى مدونة جستنيان حيث اتجهت عنايته إلى إصلاح القوانين الخاصة بالإمبراطورية الرومانية القديمة

وتجميعها وتبويبها، فشكل لجنة من كبار رجال القانون على رأسهم تريبونيان وثيوفيلوس أستاذ بجامعة القسطنطينية، وتم جمع

المدني انفصل عن الكنيسة في أمور مهمة كانت إلى عهد قريب محكومة من قبلها كمؤسسة الزواج. كما أقر القانون المدني مبدأ المساواة والحرية الفردية كما تبني مبدأ سلطان الإرادة في العقود والتصرفات القانونية والذي يعد أحد أسس القانون المدني.

ومن المؤكد أن هذا القانون اقتبس من الفقه المالكي<sup>338</sup> عدة أحكام وهي أحكام ليس لها أثر في القانون الروماني، بل إن بعض الباحثين<sup>339</sup> ذهب إلى القول أن 9 من 10 من القانون الفرنسي اقتبست من الفقه المالكي ليس فقط سنة 1804 بمناسبة تحرير المجلة المدنية الفرنسية بل منذ سنة 200 هـ عندما كانت الحضارة الإسلامية مزدهرة بالأندلس ووصلت إلى حد جنوب فرنسا وزار الأوربيون الأندلس واقتبسوا من تطبيقاتها.

ثانيا: مميزات تقنين نابليون.

لقد سجل تقنين نابليون نجاحا باهرا في فرنسا كما شهد انتشارا واسعا وذلك بفعل مميزاته التي ضمنت له انتشارا واسعا في أوروبا وأمريكا الشمالية والجنوبية والمشرق العربي ويمكن إجمالها في:

- تضمنه لجميع الحلول لمشاكل الفرنسيين وتوافقها مع حياتهم، إذ وصلت درجة إعجابهم به إلى حد التقديس فأطلق عليه "إنجيل الثورة" بل كان يوصف بكونه يعد «دستور المجتمع المدني الفرنسي»<sup>340</sup>.
- سرعة الانتشار: إذ يبقى التقنين المدني الفرنسي من الأعمال التاريخية المجيدة ويقول عنه Thiers بأنه "قانون العالم المتحدث"، وكان من الطبيعي أن يمتد أثره إلى خارج فرنسا وكما يقول

---

القوانين الرومانية وتبنيها سنة 527م في مجلد واحد أسمه (مدونة جستنيان) حيث قامت اللجنة بجمع وترتيب كل القوانين التي صدرت عن الأباطرة البيزنطيين مند هادريان إلى جستنيان وكتب المجلد باللغة اللاتينية للمزيد من الاطلاع تصفح الموقع <https://m.marfa.org>.<sup>338</sup> سبق أن صرح المؤرخ الفرنسي جان جاك سيديو SEDILLOT (1771\_1832) "أن قانون نابليون منقول عن كتاب فقهي عن مذهب مالك هو كتاب الدردير على متن الخليل" وهو الشيخ أحمد الدردير المالكي الأزهري والذي قام بشرح أكبر كتاب في مذهب الإمام مالك وهو مختصر الخليل لمزيد من الاطلاع راجع صالح علوان " معالم الحضارة في الإسلام ص 156.

<sup>339</sup> سيد عبد الله علي حسن: المقارنات التشريعية، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، ثلاثة أجزاء الطبعة الأولى 1947 دون ذكر إسم المطبعة.

<sup>340</sup> جان سمتس و كارولين كالوم " الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي " ترجمة نبيل مهدي زوين المرجع السابق ص 117 يراجع كذلك حول هذا المفهوم.

YAVES GAUDEMET ; le code civil «constitution civil de la France», in 1804 \_ 2004 , le code civil ,un passé ,un présent ,un avenir ,université panthéon \_ Assas Dalloz 2004 p 279 et suiv.

العميد joneraud "لقد تألق تقنيننا المدني خارج حدودنا" حيث سرعان ما انتشر أثر التقنين في أوروبا باستثناء بريطانيا، - إذ بدأ نابليون بتطبيق تقنينه في كل بلد كان يحتله، وهكذا طبق التقنين المدني في كل من بلجيكا وروسيا وإيطاليا مند سنة 1806 ثم في هولندا عام 1810، واعتمده رومانيا في عام 1868، واستلمته البرتغال في سنة 1867، واسبانيا في 1889 ثم جمهورية الدومينيك 1884 بنصه الفرنسي وقبلها بوليفيا في عام 1831 والشيلي في عام 1865، إضافة إلى الأرجنتين ولأوروغواي، وبلغ من أثر هذا التقنين أنا اليابان كلفت أحد أساتذة الحقوق الفرنسيين بصياغة تقنينها المدني<sup>341</sup>. أما في الشرق العربي فأول من استلمهم التقنين المدني الفرنسي كانت مصر عند وضع التقنين المدني المختلط - المعد للتطبيق من قبل المحاكم المختلطة وذلك في العام 1875، والذي يقول عنه الأستاذ السهوري إنه اقتبس من التقنين المدني الفرنسي وناهيك عن التقنين التونسي الذي اقتبس منه ظهر الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني للبنان وموريتانيا.

#### الفقرة الثانية: خصائص وعيوب تقنين نابليون.

بالرغم من المميزات الأساسية لتقنين نابليون والتي جعلته ينفرد بالعديد من الخصوصيات (أولا) إلا أن هناك مجموعة من العيوب (ثانيا) التي عجلت بتعديل هذا التقنين.

#### أولا: خصوصيات تقنين نابليون.

تتجلى أهم خصوصيات تقنين نابليون في:

- ❖ انطلاق هذا القانون من تصور ذاتي في النصوص التي تحكم الالتزامات، وقد ورث هذا التصور عن القانون الروماني الذي يغلب العنصر الشخصي في الالتزامات باعتباره علاقة بين دائن ومدين، وذلك مهما يترتب عن هذا التصور من نتائج في غاية الأهمية سواء على مستوى أحكام الالتزام في حد ذاته أم على مصادره لاسيما العقد والمسؤولية المدنية.
- ❖ أما من حيث الأسلوب فقد كان موفقا ويمتاز بالإيجاز والوضوح والدقة رغم بعض الأخطاء التي شابت صياغته مع الاعتماد على البساطة والاختصار، فتقنين نابليون ينتهي إلى المدونات

<sup>341</sup> وليد غمرة المرجع السابق ص 13.

العملية المباشرة التي تعتمد على أسلوب يسير المأخذ عاري من التجريد وذلك بالنظر إلى منهج تحريرها وصياغتها<sup>342</sup>.

❖ أما من حيث المحتوى<sup>343</sup> تميزه بالحكمة والاعتدال رغم صدوره بعد ثورة سياسية جذرية والروح العملية والابتعاد عن فلسفة التنظير.

❖ وحدة القانون من حيث أنه سيطبق في كافة المناطق الفرنسية وعلى جميع المواطنين بدون تمييز.

❖ بالإضافة إلى وحدة مصدر الحقوق وهو القانون الصادر عن سلطة اشتراكية بصفتها الممثلة للشعب.

وليس غريبا بعد كل هذا أن يقول نابليون في منفاه في سانت هيلين Sainte-Hélène «إن مجدي الحقيقي ليس في أنني ربحت أربعين معركة، فواترلو ستمحي الذكرى العديد من الانتصارات، ولكن ما لا يمعى وما سوف يبقى خالدا فهو تقنييني المدني»<sup>344</sup>.

ثانيا: عيوب تقنين نابليون.

بالرغم من كل الخصائص والمميزات التي عرفها تقنين نابليون، إلا أنه يؤخذ عليه أنه كان منحازا للمالكين وإلى حد ما للطبقات الوسطى دون الفقراء<sup>345</sup>؛ أي أنه كان قانونا برجوازيا كما أن الفردية كانت تسيطر عليه وهو يتجاهل ويعادي الجمعيات والتكتلات والتجمعات التعاونية. ناهيك على عدم قدرته على مسايرة ومواكبة التطورات التي تعرفها فرنسا بفعل قدم النصوص والمفاهيم القانونية لهذا القانون وهو ما كان سببا مباشرا في عرقلة رواج التجارة والعقود، ونقل الأموال داخل المنظومة الاقتصادية الفرنسية.

<sup>342</sup> - تعتبر مدونة نابليون مدونة مدنية عصرية تصنف ضمن المدونة العملية المباشرة codes empiriques et concrets والتي تعتمد على أسلوب يسير خال من التجريد على عكس المدونات المجردة والمركزة والتي تولي عناية للمصطلحات والأنماط.  
- حول هذا الموضوع يراجع

-Valérie LASSERE – KIESOW. la technique législative. étude sur les codes civils français et allemand. Thèse L. G. D. J, tome 371, Paris 2002 ; André TUNC, la technique législative du projet de code commerce des Etats-Unis D, 1952.chr p 9 et suivi.

<sup>343</sup> وليد غمرة " التقنين المدني الفرنسي: تاريخه وأثره مقال منشور في أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804/2004 الطبعة الأولى 2005 منشورات الحلبي الحقوقية ص 11 و ما بعدها.  
<sup>344</sup> "Ma vraie gloire ce n'est pas d'avoir gagné quarante bataille ;Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce qui rien n'effacera .ce qui viva éternellement c'est mon code civil"

<sup>345</sup> وليد غمرة " التقنين المدني الفرنسي: تاريخ هو أثره المرجع السابق ص 13 .

كما أن الفلسفة الفكرية التي استند إليها واضعوا القانون المدني الفرنسي بقدر ما كانت موضع إشادة وتنوي، بقدر ما كانت في العديد من جوانبها، موضع غموض وانتقاد، لاسيما بالجوانب المرتبطة " بأركان العقد" التي أثارت الكثير من الجدل الفقهي والقضائي خاصة فيما يتعلق بتحديد طبيعة وحدود العديد من المفاهيم التي تضمنتها هذه النظرية خصوصا قضيتي المحل والسبب .

هذا مع العلم أن هذا القانون فقد جاذبيته في السنوات الأخيرة خاصة في ظل عصر العولمة والانفتاح القانوني لمنظومات القوانين الغربية بعضها على البعض، والتحويلات الكبرى التي شهدتها منظومات التشريعات المدنية على المستويين الدولي والأوروبي على مستوى النطاق الدولي في السنوات الأخيرة وبعده عن التجارب التشريعية الأوروبية المقارنة لاسيما قانون العقود الأوروبي، فأصبحت النظرية العامة للعقد في القانون الفرنسي مقارنة مع حالة التطور والتحديث المتنامي للعديد من القوانين الغربية<sup>346</sup> ومركزية الاستقطاب التشريعي للقانون البريطاني دوليا<sup>347</sup> في موقف قانوني تناظري شديد التعقيد، مما دفع الكثيرين الى انتقادها في جوانب أقلها الغموض والنقصان .

أما فيما يخص المصطلحات القانونية فيعاب عليها كونها غامضة و تتميز بالقساوة وعدم المرونة، وهو ما كان سببا في التشكيك في مصداقيتها إذ لم تعد تستجيب للواقع الاقتصادي المعاصر .

### المبحث الثاني: المحطات الكبرى لخروج مرسوم تعديل القانون المدني الجديد.

بمناسبة تخليد ذكرى مرور قرنين من الزمن على "تقنين نابليون" تحرك الفقه الفرنسي بقوة للمطالبة بتعديل هذا القانون وتعالج دعوات إصلاح وتعديل قانون العقود الفرنسي وبصفة عامة قانون

<sup>346</sup> في مقدمتها القانون المدني الألماني المعدل في عام 2002 والقانون المدني البرازيلي الذي عدل في ذات العام والقانون المدني الكندي

لمقاطعة كيبيك لعام 1996 والقانون المدني الإسباني المعدل في عام 2012.

<sup>347</sup> وهو الأمر الذي بين حقيقة المكانة التفضيلية لهذه المنظومة بالمقارنة مع المنظومة القانونية الفرنسية، وخفت بريق الإستشراق الذي كانت تتمتع به في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، باعتبارها واحدة من أهم القوانين الغربية المهمة للكثير من التشريعات الوضعية الحديثة للعديد من البلدان. فالיום كثيرون هم الذين يؤكدون بان القانون المدني الفرنسي إنما هو ضحية تقريع المدرسة الأنكلوسكسونية للمدرسة اللاتينية على المستوى الدولي (french law bashing) لاسيما بعدما تبين حجم إحجام الشركات المتوسطة والصغرى في العديد من الدول عن تبني قوانين المدرسة الفرنسية خاصة لإبرام العقود الدولية بما فيها قواعد القانون المدني الفرنسي على حساب قوانين المنظومة الأنكلوسكسونية. حول هذا الموضوع يراجع محمد عرفان الخطيب «نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث الثابت والمتغير قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131\_2016» مقال منشور بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية العدد 1 السنة السادسة العدد التسلسلي 21 جمادى الآخرة رجب هـ مارس 2018 م ص 242.

الالتزامات، واستجابة لهذه الدعوات تم إعداد مشاريع القوانين<sup>348</sup> من قبل كبار فقهاء القانون المدني الفرنسي من أساتذة القانون والقضاة والتي تجسد في المشروع المسمى بمشروع CATALA لسنة 2005 ومشروع TERRE لسنة 2008، إضافة إلى مشروع وزارة العدل الفرنسية لسنة 2008 والتي كانت بمثابة المصادر الفعلية التي استلهما مرسوم 2016/02/10 (أولا) وذلك بجانب المصادر ذات الطابع الأوربي أو الدولي ذات الصلة (ثانيا).

#### أولا : مشاريع قوانين تعديل القانون المدني الفرنسي.

إن تعديل القانون المدني الفرنسي يشكل بدرجة أولى الرقي الذي وصل إليه التطور الفقهي واجتهاد القضاء والتشريع في مجال العقود، ولعل هذا ما يتجلى بشكل واضح في مجمل مشاريع القوانين التي تباينت توجهاتها واختلفت في تقسيمتها.

ولقد كان المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والعقود الفرنسي والمعروف بمشروع CATALA نسبة إلى الأستاذ بيير كاطلا<sup>349</sup> (2012/1903) الأستاذ المتقاعد بجامعة باريس الثانية، والذي قاد مجموعة العمل التي قامت بإعداد هذا المشروع<sup>350</sup> والذي تم تقديمه وإيداعه لدى وزارة العدل الفرنسية بتاريخ 2005/09/22 إلا أن ما كان يعاب على مسودة هذا المشروع هو كونها مسودة فرنسية بحثه وخالية من الإشارة إلى قانون العقود الأوربي PECL وحتى القوانين ذات الأصل الأوربي.

ثم كانت هناك محاولة أكثر تقدمية لإصلاح التقنين المدني الفرنسي قدمت من طرف أستاذ للقانون من جامعة باريس هو الأستاذ فرانسوا تيريه FRANCOIS TERRE والذي تم الانتهاء منه وإيداعه لدى وزارة العدل الفرنسية بتاريخ 2008/11/17<sup>351</sup>.

<sup>348</sup> Pour plus d'information a propos de tous ces effort voir :Denis Mazeaud la réforme du droit française des contrats: trois projets en concurrence . In Libre amicorum Christian Larroumet , Economica.2010 p344 et s.

<sup>349</sup> Pierre catala avant –projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. Présentation générale de l'avant – projet .Entreprise Universitaire d'études et de publication .Beyrouth.2009.

<sup>350</sup> حول هذا المشروع يراجع محمد حسن قاسم المجلد الأول المتعلق "بالقانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد" منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثانية سنة 2018 ص8 وما بعدها.

<sup>351</sup> - ذهب بعض الباحثين الفرنسيين إلى وجود مشروع آخر بالإضافة إلى هذه المشاريع وهو مشروع Chancellerie لسنة 2008. حول هذا المشروع يراجع:

إلى جانب هذا أيضا قامت وزارة العدل الفرنسية بإعداد مشروع لتعديل قانون العقود تم تعديله وتوزيعه وتداوله بمعرفتها في آخر يوليوز 2008.<sup>352</sup> projet de réforme du droit des contra.

ثانيا: المصادر ذات الطابع الأوربي.

لعله من بين الأسباب الأساسية التي عجلت بتنقيح المجلة الفرنسية وإعادة صياغتها لما يزيد عن أكثر من ثلاثمائة وخمسون فصلا بموجب لائحة حكومية " ordonnance " مبنية على تفويض من البرلمان مستثنيا الأحكام المتعلقة بالمسؤولية المدنية نجد حركة توحيد القانون الأوربي، إذ لا يمكننا أن ننكر المحاولات الدولية والإقليمية التي تمت في الآونة الأخيرة بهدف تأطير القواعد القانونية الخاصة بالعقود، لاسيما المبادئ الموحدة للعقود التي تم صياغتها من المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص لعامي 1994 و 2004، ومبادئ القانون الأوربي للعقود الذي تم إعداده من قبل اللجنة الخاصة بالقانون الأوربي للعقود التي سميت لجنة (Comission Lando) لعامي 1995 و 2003، والقانون الجديد الأوربي للعقود المسمى قانون (Code Gandolfi) لعام 2000، والمشروع الإطاري العام لمختلف قواعد القانون المدني في المجموعة الأوروبية لعام 2008. وعلى ضوء هذا تم انجاز قانون العقود الأوربي (PECL)، ولم يكن للقانون الفرنسي أي أثر كبير على مستوى هذه التشريعات الأوروبية، بل كانت مختلف الحلول المطروحة في هذه التشريعات معتمدة على القانون الألماني والإنجليزي والتقنين المدني المعاصر لعام 1992 .

كما كان لتوصيات التقرير المشهور اليوم بممارسة الأعمال التجارية " douing business " الصادر عن البنك الدولي سنة 2004<sup>353</sup> دورا كبيرا في الكشف عن احتلال فرنسا مرتبة جد متأخرة (المرتبة الرابعة و الأربعين) من حيث جاذبية الاستثمار والمستثمرين، الأكثر من هذا أن هذا التقرير خلص إلى أن النظام

---

Olivier Tournafond :le projet de la chancellerie de réform du droit du contrats: commentaire passionne et critique. Droit et patrimoine ;n° 241.2004p28.

<sup>352</sup> - حول هذا المشروع يراجع.

Colloque :la réforme du droit français des contrats en droit positif, RDC 2009 /265. M, FABRE -MAGNAN ; réforme du droit des contrats : un très bon projet. JCP2008—I—199.D. Mainguy. Défense critique et illustration de certains points du projet de réforme de droit des contrats, D ,2009 chronique p.308 et s.

<sup>353</sup> - Voir: Doing Business, des réglementations intelligentes, comparaison de la réglementation s appliquant aux entreprises locales dans 185 économies 10 éditions. Publication de la banque mondiale et de la société financière internationale 2013p 16 et p25.



تمثل في تبني القواعد القانونية الخاصة بالعقود المبرمة بشكل إلكتروني في عامي 2004 و 2005<sup>357</sup> ، كما سبق للرئيس الفرنسي جاك شيراك أن عبر عن ضرورة إجراء إصلاح في العديد من المرتكزات التي يقوم عليها القانون المدني وذلك بمناسبة الذكرى المئوية الثانية للقانون المدني الفرنسي في سنة 2004<sup>358</sup> ، وربما كان التعديل الأكبر هو الذي حصل عام 2014 عند استبدال معيار رب الأسرة الحريص كمعيار للسلوك المعتاد الذي يتطلبه القانون بمعيار أكثر حيادية وأقل خيالاً هو معيار الشخص المعتاد وذلك بمقتضى القانون رقم 2014/873 والصادر في 04 غشت 2014. إلا أن التعديل الجديد الذي قدر له أن يرى النور بمقتضى مرسوم 10 فبراير 2010 تضمن العديد من المستجدات التي جاء بها من أجل تحقيق العديد من الأهداف الأساسية المباشرة (المطلب الأول)، ثم تحقيق أهداف تكملية غير مباشرة (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: الأهداف الأساسية للقانون المدني الجديد.

يهدف التعديل الجديد الذي عرفه القانون الفرنسي إلى تحقيق أهداف أساسية مباشرة (الفقرة الأولى)، وأخرى غير مباشرة (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: الأهداف الأساسية المباشرة.

لقد أوضح التقرير<sup>359</sup> المرفق بمرسوم تعديل القانون الفرنسي والذي تم رفعه إلى رئيس الجمهورية الفرنسية الأهداف الأساسية التي يسعى إليها التعديل الجديد لقانون العقود والالتزامات والإثبات الفرنسي وهي الأمان والاستقرار القانوني (أولاً)، ثم تدعيم جاذبية القانون الفرنسي (ثانياً).

#### أولاً: الأمان والاستقرار القانوني.

حيث اعتبر التقرير أن ذلك هو الهدف الرئيسي الذي يسعى إليه التعديل، بما تضمنه من أحكام تهدف إلى تحقيقه، وذلك من خلال المزيد من التوضيح والتبسيط في أحكام قانون العقود وجعلها أكثر إتاحة

<sup>357</sup> La loi n° 2004-575 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) JO 22 juin . Art 1108-1 et 1108-2 Ord n° 2005-674, 16 juin 2005 ,JO 17 juin.

<sup>358</sup> pour plus d informations voir : Code Civil Colloque sur le bicentenaire du code a la Sorbonne tomes 1et 2,pris . le 11 mars 2004. Chirac propose une réforme du droit des contrats .les échos .le 12/03/2004.

<sup>359</sup> Rapport au président de la république relatif à l'ordonnance de 2016\_ 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ,journal officiel de la République française n 0035 du 11 février 2016.

كما جاء بالتقرير في هذا الخصوص أن صياغة القانون المدني الفرنسي، والتي لا يشك أحد في تميزها لم تعد سهلة الاستيعاب من قبل جميع المواطنين، كما أن بعض الصياغات تقادم عليها العهد، لذلك عمد المرسوم إلى جعل نصوص قانون الالتزامات في متناول المواطن العادي، وصياغته بلغة يسهل عليه إدراك معناها، وذلك باستخدام مصطلحات معاصرة وصياغات بسيطة، أكثر صراحة، دون تخل عن التحديد والدقة التي صبغت دائما القانون المدني الفرنسي.

في هذا السياق - ودائما بحسب التقرير المشار إليه - هدف المرسوم إلى تبسيط خطة الكتاب الثالث من القانون المدني من خلال اعتماد خطة أكثر علمية، ولذلك تم تعديل الباب الثالث الى الباب الرابع مكر من هذا الكتاب الثالث، وتكريسها على التوالي، للمصادر المختلفة للالتزامات والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، ومن هنا جاءت وعلى سبيل المثال، القواعد العامة للعقود من خلال منهجية زمنية تبدأ بالأحكام الخاصة بإبرام العقد، وتنتهي بتلك الخاصة بانتهائه.

تحقيقا لذات الهدف، هجر المرسوم التقسيم التقليدي للالتزامات إلى التزامات بعمل والتزامات بالامتناع، والتزامات بإعطاء، التي بحسب التقرير لم يحدد القانون نظامها، والتي لم تكن هناك ضرورة للاحتفاظ بها. وفي المقابل رأى واضعو المرسوم ضرورة تكريس بعض الآليات القانونية التي أصبحت لها أهميتها من الناحية العملية، ومنها على سبيل المثال تعريف وتنظيم بعض المفاهيم القانونية التي لم يتناولها القانون المدني، ومنها الإيجاب والوعد بالتعاقد.

جاء بالتقرير المذكور أيضا، أن الأمان، أو الاستقرار، القانوني فرض كذلك الأخذ بعين الاعتبار التطور القضائي في مجال قانون العقود، والالتزامات بصفة عامة، والذي بدونه لم يعد ممكنا في النصوص الحالية، لذلك - بحسب التقرير - فإن معظم ماتضمنه المرسوم من أحكام هو تكريس لهذا التطور القضائي وما انتهى إليه من تفسيرات. ويمثل التقرير لذلك بتكريس الكتمان التدليسي واعتباره بموجب مرسوم التعديل، صورة من صور التدليس كعيب من عيوب الرضا، وكذلك إمكانية التحديد المنفرد

<sup>360</sup> محمد حسن قاسم ترجمة «قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1100 الى 1231\_7 من القانون المدني الفرنسي»

منشورات الحلبي الطبعة الأولى 2018 ص 8.

للمن، والإثراء غير المبرر، وفي المقابل فقد وضع المرسوم، وفقا لتقرير حدا للتردد القضائي في بعض المجالات، والذي أضر بالاستقرار القانوني، ومن ذلك على سبيل المثال تحديد زمان انعقاد العقد.

#### ثانيا : تدعيم جاذبية القانون الفرنسي

بخصوص هذا الهدف الأساسي الثاني والمعلن في مرسوم تعديل قانون العقود الفرنسي<sup>361</sup> ، فهو بحسب التقرير المشار إليه، تدعيم جاذبية القانون الفرنسي، باعتباره مصدر إلهام المشرعين في كثير من الدول، سواء على المستوى السياسي أو الثقافي أو الاقتصادي ،فالاستقرار، أو الأمان القانوني في مجال قانون الالتزامات يجب أن يؤدي بحسب هذا التقرير إلى تسهيل سبل إعماله بشأن العقود الدولية من هنا - بحسب التقرير- تم التخلي الشكلي عن فكرة السبب، التي كانت مثار جدل كبير على نحو يتيح التقريب بين القانون الفرنسي وقوانين كثير من الدول الأجنبية مع تكريس الوظائف المختلفة لمفهوم السبب، ومنها اعتماده من قبل القضاء أداة لتحقيق التوازن العقدي .

في سبيل تحقيق هذا الهدف، كرس المرسوم بعض المفاهيم القانونية السائدة في الواقع العملي، من خلال نظام قانوني محدد ومتناسق لها. من ذلك تنظيم حوالة العقد، أو التنازل عن العقد، حوالة الدين، وعمل المرسوم، في هذا السياق على تبسيط إجراءات العرض الحقيقي، الذي طغى عليه طول الإجراءات وكلفتها واستبداله بالأعداد الذي فصلت أحكامه. وفي ذات التوجه أيضا تضمن المرسوم حولا جديدة تسمح للأطراف بإزالة حالة الشك التي قد تخيم على مصير العقد. ومن ذلك تكريس مفهوم الدعوى الاستفهامية بشأن وجود الوعد بالترتيب، ومدى سلطات النائب الاتفاقي، وإرادة المتعاقد معه التمسك ببطلان العقد.

هذا ومن منظور مستقبلي، وعلى صعيد الفعالية الاقتصادية للقانون، أشار التقرير إلى مبدأ " الوقاية خير من العلاج " وذلك من خلال ما أتاحة للمتعاقد من مزايا جديدة تسمح لهم بتجنب المنازعات المتعلقة بالعقد أو حلها دون حاجة للجوء إلى القضاء. ومن ذلك إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة عن

<sup>361</sup> محمد حسن قاسم «قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1100 الى 1231\_7 من القانون المدني الفرنسي " منشورات الحلبي الطبعة الأولى 2018 المرجع السابق ص 10.

طريق الإخطار، والدفع بعدم التنفيذ وإمكانية قبول أداء منقوص الثمن مقابل تخفيض الثمن، وبذلك وبحسب التقرير، يكون قد تم وضع إطار قانوني واضح وفعال، ومواكب لاقتصاد العمولة دائم التطور<sup>362</sup>.

مقابل ذلك حرص التقرير على التأكيد على أنه إذا كان الهدف الثاني لمرسوم التعديل هو العمل على استعادة القانون الفرنسي لجاذبيته وجعله أكثر تنافسية ومحل اختيار في العقود الدولية فإن ذلك لا يعني تخليه عن الحلول المتوازنة والحامية للأطراف المتعاقدة، والتي في ذات الوقت حلول فاعلة ومواكبة لتطورات قانون السوق، ولذلك كرس المرسوم ضمن الفصل المعنون "أحكام أولية"، والذي يعتبر إطارا مرجعيا لقانون العقود، مبادئ الحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد وحسن النية<sup>363</sup>، إضافة إلى مجازاة استغلال حالة التبعية واعتبارها من صور الإكراه الذي يعيب الرضا، وكذلك مجازاة البنود التعسفية في عقود الإذعان للحماية الطرف الضعيف.

ويشير التقرير في هذا الصدد إلى أن هذا التوجه نحو قانون فرنسي عام للعقود أكثر عدالة من شأنه أن يقرب بين هذا القانون والقوانين الأوربية ومشاريع القوانين الأوربية التي تهدف إلى توحيد قانون العقود على المستوى الأوربي، والتي تتضمن مقترحات مماثلة.

ويختتم التقرير في هذا السياق بالقول إنه بذلك يكون الأمان، أو الاستقرار، القانوني، الذي هو أحد أهداف مرسوم التعديل، في ذات الوقت وسيلة تحقيق الأهداف الأخرى ومنها العدالة العقدية.

#### الفقرة الثانية: الأهداف الغير المباشرة لتعديل القانون الفرنسي.

إن المتأمل لهذا القانون الجديد يجد بأنه تضمن إلى جانب الأهداف المباشرة أهداف أخرى تكميلية وأخرى غير مباشرة، وستقتصر على هدفين يتجلى أولهما في الرغبة في تحقيق العدالة التعاقدية (أولا)، ثم عصرنة وتبسيط القانون المدني (ثانيا).

<sup>362</sup> للمزيد من الإطلاع حول العمولة يراجع عبد القادر القادري مقال بعنوان " عمولة القانون " منشور بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء

العدد 28 ص: 2.

<sup>363</sup> وهذا ما يدفعنا إلى القول أن القانون المدني الفرنسي لم يحافظ على مبادئها الأصلية التي طالما ميزت منظومة القانون المدني الفرنسي

باعتبارها حاملة لواء التقنين القانوني للمدرسة اللاتينية على مستوى العالم.

## أولا: تحقيق العدالة العقدية.

يرمي تعديل القانون الفرنسي إلى تحقيق العدالة العقدية والتي تهدف لى تحقيق المنفعة المطلوبة من العقد لكل من المتعاقدين بما يحقق التناسب بين ما يحصل عليه كل طرف من الطرفين وكذلك التناسب بين هذه المنفعة وبين هذه الأهداف التي يرمي المشرع تحقيقها من وراء مؤسسة العقد.

ولعل أبرز مثال على الرغبة في تحقيق العدالة العقدية هو وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد، سواء تعلق الأمر بمرحلة المفاوضات أو الإبرام أو التنفيذ، بل أصبحت هذه المقتضيات من النظام العام، وهو بالفعل ما كرسته المادة 1104 حيث تنص على ما يلي «يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. ويعتبر هذا الحكم من النظام العام»<sup>364</sup>.

والمراد بحسن النية في التفاوض العقدي هو ذلك الالتزام الذي يفرض على المفاوض في العقد التزاما إيجابيا بالصدق و الأمانة، وذلك بالمحاورات والمناقشات واللقاءات تجاه المفاوض الآخر الذي يرغب بالتعاقد معه، فحسب النية يقتضي أن تكون المفاوضات ساحة للتعامل بأمانة وصدق وثقة وصولا إلى المنفعة المراد تحقيقها من إبرام العقد.

بالإضافة إلى المادة 1194 التي حملت في طياتها مقتضى مهم يتجلى في كون أن العقود وتوابعها لا يمكن أن تكون إلا وفق مقتضيات العدالة والعرف والقانون<sup>365</sup>.

## ثانيا: عصرنة وتبسيط القانون المدني الفرنسي.

ولقد جاء هذا المقتضى تطبيقا للمقتضيات الفصل 8 من القانون رقم 177/115 المؤرخ في 16 فبراير 2015 والمتعلق بعصرنة وتبسيط القانون والإجراءات في مجال القضاء والأعمال الداخلية حتى يكون القانون المدني أكثر وضوحا، وسهل الوصول والولوج إليه وتطبيق أحكامه.

ولا شك أن عصرنة القانون المدني الفرنسي كرسها المشرع الفرنسي بجعل هذا القانون أكثر وضوحا وشفافية، وأكثر دقة ومسيرة للتطورات الحاصلة<sup>366</sup>، والسرعة التي يعرفها المجال الاقتصادي خاصة في

formes et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public»,<sup>364</sup> «Art.1104. les contras doivent être négociés .les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, Mais encore a toute les suites que leur donnent 194<sup>365</sup> «Art.1

l'équité l'usage ou la loi. »

ظل الثورة العلمية والتكنولوجية التي يعرفها العالم المعاصر، وهذا ما يتضح جليا من خلال التنصيص على أحكام خاصة بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية من المادة 1125 الى المادة 5-1127، والمادة 1174 إلى المادة 1177 والمحددة لشكلية العقد المبرم بشكل إلكتروني.

ومن النقاط الحداثية في القانون المدني الجديد، والتي شكلت نقطة تمييز في موقف المشرع الفرنسي الجديد عن القانون المدني السابق، تنظيمه للقواعد القانونية المتصلة بأحكام النيابة في التعاقد<sup>367</sup>، مبينا القواعد القانونية الخاصة بسلطة النائب والآثار القانونية المترتبة على هذا الشكل من التعاقد، وهو ما مثل استجابة مهمة من المشرع المدني الفرنسي لسد قصور التشريعي الذي كان موجودا في القانون السابق فيما يتعلق بنظرية النيابة، موضحا في تسع مواد قانونية جديدة قواعدها والآثار المترتبة عليها، إضافة للقواعد الخاصة بحماية حقوق الغير في حال تجاوز النائب لحدود نيابته.

ولعل هذا ما جعل هذا القانون المدني الجديد يتسم بالجدة والحداثة، سواء تعلق الأمر بجهة التسمية، أو لجهة المحتوى الشكلي و الموضوعي، حيث أعاد القانون الجديد تنظيم القواعد القانونية الخاصة بالأهلية على التعاقد أصالة، كما أدرج وللمرة الأولى في القانون المدني أحكاما قانونية متكاملة تنظم قواعد التعاقد نيابة بشكل ممنهج وواضح بعد أن كانت عبارة عن نصوص قانونية متناثرة، وممتزجة بفكرة الوكالة.

#### المطلب الثاني: مستجدات القانون المدني الفرنسي.

بالرجوع الى التعديل الجديد الذي جاء به القانون المدني نجد أنه شمل كل ما يتعلق بالنظرية العامة للعقد سواء تعلق الأمر بتكوينه وإبرامه (الفقرة الأولى)، أو تنفيذه أو إنهائه (الفقرة الثانية).

<sup>366</sup> - حول هذه التحولات وتأثيرها على القانون المدني يراجع:

économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui première série panorama RENE SAVATIER ; les métamorphoses des mutations ; libraire Dalloz, paris 1064

<sup>367</sup> - تبنى المشرع الفرنسي في القانون المدني الجديد فيما يتعلق بالقواعد الخاصة بالنيابة التوجه المعتمد في المبادئ الأوروبية، وبالتالي سمح بتعريف النظام العام للنيابة بمصدره الاتفاقية والقانونية والقضائية، في حين أن القانون المدني السابق لم يكن يستوعب من الناحية التقنية مختلف القواعد التي تتناول مفهوم التمثيل القانوني، بل يتناول حالات متعددة من التمثيل لاسيما الوكالة وذلك دون أن يكون لها إطار عام.

الفقرة الأولى: مستجدات تكوين وإبرامه.

لعل أبرز مظاهر الثورة التي جاء بها التعديل الجديد فيما يتعلق بتكوين العقد وإبرامه نجد التنظيم القانوني لمجموعة من الإجراءات السابقة عن التعاقد (ثانيا)، وذلك بعد أن تطرقت للأحكام العامة المنظمة لمصادر الالتزام (أولا).

أولا: التعديلات المتعلقة بالأحكام العامة المنظمة لمصادر الالتزام.

لعل أهم مستجد يمكن أن نجد هجر التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام، والذي كان يعتمد على خمسة مصادر وهي: العقد، وشبه العقد، والجريمة وشبه الجريمة، والقانون، وثم الاعتماد على التقسيم العلمي لهذه المصادر، والذي يستند عليه الفقه القانوني الحديث<sup>368</sup>، حيث يعتبر مصدر الالتزام بكونه الأمر و الحادث الذي يترتب عليه القانون نشوء الالتزام في ذمة المدين، فأصبحت مصادر الالتزام بمقتضى المادة 1100 تتضمن التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية أو القانون، كما أضافت هذه المادة أنه يمكن أن تنشأ الالتزامات عن التنفيذ الإرادي والوعد بالتنفيذ، لواجب يمليه الضمير تجاه الغير<sup>369</sup>.

وهذا وقد تضمنت المادة 1100\_1 و 1100\_2 إعطاء تعريف للواقعة القانونية والتصرف القانوني، بل الأكثر من هذا تم عصرنة<sup>370</sup> تعريف العقد بمقتضى المادة 1101 والتي تنص على ما يلي: "العقد هو اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر، يهدف إلى إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهاؤها"<sup>371</sup>. كما تم الاعتراف بمبدأ الحرية التعاقدية شريطة عدم مخالفتها للقواعد النظام العام مع تنزيل العقد منزلة القانون بالنسبة للأطراف الذين أنشؤوه.

ثم تطرق مشرع التعديل الفرنسي إلى أنواع العقود، ولعل الجديد الذي جاء به نجد التنصيص على عقود جديدة وإعادة تنظيم البعض الآخر منها حيث نجد:

<sup>368</sup> JACQUES GHESTIN : Traite de droit civil, la formation du contrat, 3eme édition L, G, D, J, 1993: p 1.

<sup>369</sup> «Art.1100 les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi.

Elles peuvent naitre de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un de voir de conscience envers autrui»

<sup>370</sup> Hugo BARBIER« Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016» Revu trimestrielle de droit civil. Avril \_ juin 2. 2016. p 247.

<sup>371</sup> «Art.1101le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destine à créer, modifier ,transmettre ou éteindre des obligations».

عقد المساومة: وهو العقد الذي يتم مناقشة شروطه بحرية بين الأطراف بمقتضى المادة 1110<sup>372</sup>

وعقد الإذعان: وهو العقد الذي تكون شروطه عامة غير قابلة للتفاوض محددة سلفا من قبل أحد الأطراف بمقتضى المادة 1110.

وعقد الإطار: الذي هو اتفاق يحدد الأطراف بمقتضاه الخصائص العامة لعلاقاتهم التعاقدية المستقبلية، حيث تحدد عقود التطبيق كيفية تنفيذ هذا الاتفاق<sup>373</sup>.

وعقد التنفيذ الفوري: وهو العقد الذي يمكن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه من خلال أداء واحد.

وعقد التنفيذ المتتابع: وهو العقد الذي يتم تنفيذ التزامات أحد أطرافه، على الأقل، من خلال عدة أداءات متتالية من حيث الزمان.

هذا وقد تم تكريس الالتزام بواجب الإعلام وبيان حدوده، وعبء إثبات القيام به، وجزاء الإخلال به، كمناس تم الاعتراف بأحقية الأطراف في التنصيص في ثنايا العقد على مهلة للتفكير ومهلة للعدول (المادة 1122).

هذا مع تنظيم الإيجاب والقبول وبيان حكم الشروط العامة للتعاقد، وبيان زمان ومكان العقد (المواد 1113 الى 1121) مع تنظيم مدة العقد بمقتضى (المادة 1122).

إلا أن التعديل الكبير الذي عرفه العقد على مستوى تكوينه هو الاستغناء والتخلي عن فكريتي المحل والسبب كركنين من أركان العقد، والإتيان بمفهوم جديد بدلا منهما هو مضمون العقد (المواد 1162 الى 1171)، حيث تنص المادة 1162 على ما يلي: «لا يجوز أن يخالف النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه سواء كان هذا الأخير معلوما من قبل الأطراف أو غير معلوم» كما تنص المادة 1128 «يكون ضروريا لصحة العقد: 1- رضا الأطراف 2- أهليتهم للتعاقد 3- مضمون مشروع ومؤكد» فبالرغم من عدم تعريف مفهوم مضمون العقد إلا أن المشرع الفرنسي اكتفى بفكرة مشروعية البنود التعاقدية، والهدف والغرض من

<sup>372</sup> «Art.1110. le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties».

<sup>373</sup> «Art.1111. le contrat cadre est un accordé par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution».

العقد، والذي يشترط فيه عدم مخالفته للنظام العام<sup>374</sup>، و ما يمكن أن نؤكدده هو أن المشرع الفرنسي حاول من خلال هذا المفهوم أن يكون أكثر اتساقا وتناغما مع قوانين الدول الأوربية، والتي لا تعترف بنظرية السبب، وكما أن التقرير المرفوع لرئيس الجمهورية أكد على أنه إذا كان قد تخلى عن المحل والسبب " مصطلحا " فإنه قد تم الاحتفاظ بهما " مضمونا ووظائف "<sup>375</sup>.

ثانيا: مستجدات المتعلقة بالمراحل السابقة عن التعاقد.

يعتبر تنظيم المفاوضات التعاقدية في ثانيا التعديل الجديد من أبرز مستجدات هذا القانون، فبالإضافة إلى تمديد الالتزام بحسن نية ليشمل هذه المرحلة بمقتضى (المادة 1104)، ثم إقرار المسؤولية الناتجة عن هذه المرحلة باستحقاق المتضرر للتعويض الناجم عن الخطأ الحاصل خلال هذه الفترة (المادة 1112)، مع التأكيد على حق الإعلام النافي للجهالة على كل معلومة مهمة وحاسمة لرضى الأطراف، وهو ما يكرس في نظرنا مفهوم حق الإعلام ما قبل التعاقد، والذي جاء به القانون الجديد قصد حماية للثقة المشروعة بين الأطراف وترتيب البطلان كجزاء عن الاخلال بهذا الالتزام، هذا مع ترتيب المسؤولية عن إفشاء السر التعاقدى المحصل عليه أثناء فترة المفاوضات (المادة 1112\_2)<sup>376</sup>.

كما عمل المشرع الفرنسي على تنظيم الوعد بالترتيب، وهو العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد الأطراف أن يعطي الأفضلية للمستفيدين الوعد في أن يتعامل معه في حال قرار الواعد التعاقد، كما تم تنظيم بعض أحكامه خاصة تلك المتعلقة مخالفة أحكام الوعد بالترتيب من قبل الواعد، حيث يمكن للمستفيد من الوعد (الموعد له) إذا قام الواعد بإبرام عقد مع الغير المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه. كما يمكن للمستفيد المطالبة ببطلان عقد الواعد مع الغير أو الحلول محل الغير في العقد المبرم (المادة 1123).

<sup>374</sup> يراجع حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي " مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 فبراير 2016 " المجلة ال أكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص 671.

<sup>375</sup> محمد حسن قاسم المجلد الأول المرجع السابق

<sup>376</sup> Art.1112 2\_Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion de la négociabilité dans les conditions du droit commun».

كذلك تم تنظيم الوعد من جانب واحد وهو العقد الذي يمنح بموجبه أحد الأطراف الواعد، الطرف الآخر الاستفادة حق الخيار في إبرام عقد تم تحديد عناصره الجوهرية، ولا ينقص إبرامه سوى رضا المستفيد.

كما أنه لا يحول الرجوع عن الوعد خلال الوقت المعطى للمستفيد للممارسة خياره دون تكوين العقد الموعود به.

يكون العقد المبرم بالمخالفة للوعد من جانب واحد مع الغير الذي كان يعلم بوجوده باطلا (مقتضيات المادة 1124).

إن هذه المستجدات التي تهم الفترة السابقة عن التعاقد تعتبر جد مهمة في نظرنا لأنه على ضوءها يحدد مستقبل العقد وتحدد التزامات أطرافه والضامنة لاستمراره وأداء الأهداف التي وجد من أجل تحقيقها.

#### الفقرة الثاني: المستجدات المتعلقة بإنهاء العقد وتنفيذه.

تعددت أوجه التجديد في المرسوم الجديد حيث طالت مرحلة إنهاء العقد (أولا)، وتنفيذه (ثانيا).

#### أولاً: مستجدات إنهاء العقد.

من أهم المستجدات التي جاء بها مرسوم تعديل القانون الفرنسي على مستوى إنهاء العقد نجد جزاء انعدام الأثر، والذي يكون في العقد الذي نشأ صحيحاً وزال أحد عناصره الأساسية، كما يكون هذا الجزاء عند زوال أحد العقود التي تكون ضرورية لإنجاز نفس العملية، حيث يصبح تنفيذها مستحيلاً بسبب ذلك وكذلك في العقود التي كان تنفيذ العقد الزائل بالنسبة لها شرطاً حاسماً لرضا أحد الأطراف، وذلك شريطة علم المتعاقد المتمسك في مواجهته به بوجود العملية بمجملها عندما أبدى موافقته (المادة 1186)<sup>377</sup>.

<sup>377</sup> «Art.1186 Un contrat valablement forme devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.

Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un deux disparaît. Sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution des contrats disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

بالإضافة إلى ترتيب انعدام الآثار كجزاء أقر المشرع إمكانية ترتيب الحق في الاسترداد كجزء آخر (المادة 1187).

كما أقر المشرع الفرنسي البطلان كجزاء عن الإخلال بشروط تكوين العقد، كما تم تكريس النظرية الحديثة في التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي (المادة 1179)، إضافة إلى تكريس إمكانية ممارسة الدعوى الاستفهامية في مواجهة من له الحق التمسك بالبطلان (المادة 1183)، مع اعتماد نظرية البطلان الجزئي والنص على عدم تقادم الدفع بالبطلان إذا تعلق الأمر بعقد لم يتم تنفيذه (المادة 1185).

ولعل أبرز مستجد على مستوى إنهاء العقد نجد الفسخ بإرادة منفردة في حالة عدم تنفيذ المدين لتعهد دون اللجوء إلى القضاء لطلب إيقاع هذا الجزاء، شريطة إخطار وإنذار المدين قصد تنفيذ تعهده، وهذا ما أقرته المادة 1226 والتي تنص على ما يلي: «يجوز للدائن، وعلى مسؤوليته، فسخ العقد عن طريق الإخطار. وفي غير حالة الاستعجال، ويجب عليه أولاً إعدار المدين المقصر في تنفيذ تعهده خلال مدة معقولة» حيث حاول المشرع من خلال هذا المقتضى الحد من كثرة الدعاوى القضائية وحماية الدائن ودفع الضرر لوضع المدين أمام مسؤوليته<sup>378</sup>.

إلا أن هذا المقتضى القانوني وضعنا أمام سؤال التوفيق بين مبدأ القوة الملزمة للعقد، والتي تؤكد على أن الالتزام التعاقدى يتم بين متعاقدين، ولا يمكن تعديله أو إلغاؤه إلا برضاها معا، وبين هذا الجزاء الذي يتم بإرادة أحد أطراف العقد؟ فيكون الجواب هو أننا أمام قاعدة عامة واستثناء على هذه القاعدة ما دام أن الامر لا يتعلق لا بالفسخ القضائي ولا بالفسخ الاتفاقي، كما أن العقد لا يمكن أن يكون ملزماً إلا إذا كان عادلاً.

#### ثانياً مستجدات التنفيذ:

نظم المرسوم الجديد مجموعة من المستجدات المتعلقة بالتنفيذ لاسيما في حالة عدم التنفيذ، حيث تم

---

La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement».

<sup>378</sup> سبق للقضاء الفرنسي ان أكد على إمكانية فسخ العقد بإرادة منفردة إذ جاء في قرار صادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 1998/10/13 حيث أكد على ما يلي «إن جسامه سلوك أحد المتعاقدين، أو خطورته تبرر للمتعاقد الآخر أن ينهي العقد، على مسؤوليته بإرادة منفردة» يراجع بهذا الخصوص :

H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE ; les grands arrêts de la jurisprudence Civile T2 ; 12 Ed Dalloz 2008 p 266.

تنظيم الدفع بعدم التنفيذ *l'exception d'inexécution*، والذي يمكن تعريفه بكونه حق كل متعاقد في عقد ملزم للجانبين، في الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ المتعاقد معه ما يقع على عاتقه من التزام مقابل، وهو وسيلة للضغط على إرادة المتعاقد لحمله على تنفيذ التزامه دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، وليس هذا فحسب وإنما يمكن اعتباره شكلاً من أشكال العدالة الخاصة تفرضه العدالة والحس السليم<sup>379</sup>، فالواقع أنه في العقود الملزمة للجانبين، وبالنظر إلى الالتزامات المتبادلة والتقابل بينها، يكون من غير المقبول أن يطالب أحد المتعاقدين الآخر بالوفاء بالتزامه، بينما هو لم ينفذ تعهداته اتجاه هذا المدين.

هذا وقد استجاب المشرع الفرنسي وبعد طول انتظار الاستجابة لنداءات جانب كبير من الفقه والقضاء وكرس نظرية الظروف الطارئة وذلك بمقتضى المادة 1195 التي بينت شروط إعمال هذه النظرية، والأثر التي تترتب على إعمال هذه الشروط، حيث تنص على ما يلي: « إذا حدث تغيير في الظروف، غير ممكن التوقع عند إبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ بالنسبة لأحد الأطراف، مكلفاً إلى حد مبالغ فيه، ولم يكن هذا الطرف قد قبل تحمل نتيجة هذا التغيير، فيمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض بشأن العقد على أن يستمر في تنفيذ التزاماته خلال إعادة التفاوض ».

في حالة رفض إعادة التفاوض، أوفشله، يمكن للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها، أو الطلب من القاضي أن يقوم بتطويع العقد. وفي حالة عدم الاتفاق خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الأطراف، تعديل العقد أو إنهائه اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها».

كما تضمن القانون الجديد إمكانية استحقاق التعويض عن الضرر الناتج عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ وذلك شريطة إعدار المدين داخل المدة معقولة بمقتضى المادة 1231-1 و 1231-5، وذلك ما لم يثبت أن قوة القاهرة هي المانع من مباشرة التنفيذ، كما تم حصر الأضرار المستحقة للتعويض في الأضرار المتوقعة، أو التي كان من الممكن توقعها عند إبرام العقد، وذلك ما لم يكن عدم التنفيذ راجع إلى خطأ جسيم أو تدليسي .

<sup>379</sup> M, STORCK, domaine et conditions d'application d'inexécution juris classeur civil. Art 1148 fasc 10(3 2011)p 1.

هذا مع إعطاء القاضي سلطة تقديرية في الإنقاص أو الزيادة من مبلغ التعويض المتفق عليه وذلك إذا كان هذا المبلغ باهضا أو تافها بشكل واضح.

كما تمسك المشرع الفرنسي بمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد وجميع مراحلها في المادة 1104، حيث يراهن المشرع على مقدرة القاضي التخيلية لخلق دينامكية عقدية تندرج ضمن منطق تضامني *logique de solidarité* يرتكز على أخلاقيات المتعاقدين<sup>380</sup>.

أمام هذه المستجدات الجديدة التي جاء بها القانون المدني الفرنسي والتي شكلت بالفعل ثورة حقيقية علي البنيات التقليدية التي عرفها هذا القانون، بات السؤال يطرح اليوم حول إصلاح مرتقب للقانون الالتزامات والعقود المغربي وباقي القوانين المدنية العربية التي استمدت نصوصها من القانون المدني الفرنسي، إصلاح عصري يستجيب للمغرب اليوم بنصوص متميزة بقربها من مخاطبينها ومرونتها في التطبيق لتسهيل مأمورية القاضي في حل المنازعات المدنية، بدل الركون إلى الإصلاحات الجزئية<sup>381</sup> التي راهن عليها المشرع المغربي بسبب غياب بديل جاهز يحل محل ق،ل،ع. والتي شكلت في نظرنا مجرد حلول ترقيعية غير محدودة ساهمت في تضخم وانتفاخ حجم ق،ل،ع.

---

<sup>380</sup> Picod le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat . LGDJ 1989P 101 Exécution de bonne foi . in juris classeur civil art 1134 et 1135 fasc 11 p 38.

<sup>381</sup> عبد القادر العرعاري «قانون الالتزامات والعقود بين منظور الإصلاح الشامل والتعديلات الجزئية المحدودة» مداخلة مشورة كتاب بمثابة قانون الالتزامات والعقود 2013/1913. أشغال اللقاءات التحضيرية المنظمة أيام 27 يناير 15 و 16 مارس و 11 ماي 2012 من قبل مختبر القانون الخاص بجامعة محمد الخامس أكدال الطبعة الأولى 1433/2012 المطبعة CanaPrit Rabat ص 75 وما بعدها.

خاتمة.

إن مرور ما يقارب الثلاث سنوات على وضع تعديل القانون الفرنسي غير كافية لتقييم هذا التعديل، واليوم لا يمكن الحكم على هذا المرسوم لا بتفاؤل مبالغ فيه أو بتشاؤم تعسفي وكل ما يمكن القول حوله هو ما يلي:

- لقد أحدث التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي ثورة على مستوى العقد شملت جميع مراحلها؛ سواء تعلق الأمر في المراحل الأولى لوجوده (المفاوضات)، أو على مستوى إنشائه وتكوينه، أو على مستوى تنفيذه وإنهائه، وذلك قصد تحقيق الأمن والاستقرار القانوني ودعم جاذبية القانون الفرنسي، وتعزيز وإرجاع الثقة لهذا القانون صاحب التاريخ العريق.
- استطاع هذا التعديل خلخلة البنيات والمفاهيم التقليدية القديمة حيث تخلص عن مؤسسة السبب والمحل واثم تعويضها بنظرية مضمون العقد، كما أعاد النظر في الركائز الحاكمة لعيوب الإرادة واستحدث مؤسسات قانونية جديدة تستجيب للواقع الاقتصادي المعاصر.
- ساهم هذا التعديل في تطوير الدقة القانونية من خلال تقنين التطبيقات القضائية وتبني الحلول المقبولة التي توصل إليها الفقه ولم تجد طريقها إلى التشريع.

ويبقى الاجتهاد القضائي الفرنسي مطالب بضرورة تحقيق الفلسفة والأهداف من إقرار هذا القانون حتى يتم إرجاع الثقة والمصداقية لهذا القانون العريق .

## في التطرف

الدجالي أيوب طالب باحث بسلك الدكتوراه،  
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسية،  
جامعة محمد الخامس الرباط.

يعد التطرف من القضايا والإشكالات التي تشغل بال الإنسانية جمعاء، حيث أضحت قضية حياتية يومية أساسية، وذلك لما تشهده الإنسانية من تغير نحو التشدد على مستوى الفكر والممارسة. فالتطرف وخاصة التطرف الديني منه من الظواهر القديمة قدم الإنسان ذاته و هذه الظاهرة تلازم سلوك و تصرفات و معتقدات بعض البشر مند بداية التاريخ الإنساني<sup>382</sup> ورغم تخطي البشرية السنين لا تزال هذه الظاهرة تجد من يساندها و يدعمها رغم خطورتها على الإنسانية، وظاهرة التطرف أضحت تحظى باهتمام كبير عالميا عقب فشل المقاربة الصلبة المعتمدة إبان أحداث 11 سبتمبر 2001. والتطرف ليس حديثا بالمجتمع المغربي بل هو قديم، لكن أحداث 16 ماي 2003 أعادت الظاهرة إلى النقاش بالفضاء العمومي، إذ أنها أبانت عن خطورته سواء في شقه الديني أو الفكري بل و يزداد خطره حين ينتقل من وعائه الفكري و الاعتقادي و النظري إلى طور الممارسة و التطرف السلوكي الذي يعبر عن نفسه بأشكال مادية باستخدام و سائل العنف و القتل و الإرهاب لتحقيق أهدافه<sup>383</sup>.

After September 11 2001, a complex set of concepts entered political and societal discourse about violence motivated by jihadist ideology.

Radicalisation leading to violence is not a new phenomenon. It may take diverse forms depending on the context and time period, and may be associated with different causes or ideologies

After terrorism has exhausted its validity, The international community, under United nations auspices, has moved to use the concept of extremism as an alternative to terrorism, This is correct as long as extremism is an idea And terrorism the action.

**Key words: radicalization, theories, terrorism.**

<sup>382</sup> جميل حمداوي، التطرف بين الواقع الاجتماعي و المناخ الفكري، مجلة شؤون عربية عدد 171 سنة 2017 ص 202.

<sup>383</sup> <https://imctc.org> كمال احمد عامر، التطرف و الإرهاب و مواجهته، منشور بموقع التحالف الإسلامي العسكري لمكافحة الإرهاب

## الفرع الأول: مفهوم التطرف

نتيجةً للأحداث المعاشة من اضطرابات سياسية وظروف اجتماعية واقتصادية صعبة، ظهرت العديد من المفاهيم في عصرنا الحديث أصبحنا نتداولها باستمرار، ومن هذه المصطلحات: التطرف والإرهاب والتشدد، ولكن أبرز تلك المصطلحات وأكثرها شمولية هو مصطلح التطرف، والذي يعني التشدد لفكر أو مذهب معين، والبعد عن الوسطية والاعتدال، والخروج عن مجموعة من المعتقدات والأفكار التي تجاوزت المؤلف والأعراف والعادات والتقاليد والقيم التي تحكم المجتمع على أساس أن التطرف هو تمهيد للإرهاب و تكون معه البنيات المجتمعية المتطرفة حواضن للتنظيمات الإرهابية.

تجمع التعريفات السياسية على أن التطرف هو الانحراف باستعمال العنف ضد منظومة القيم المؤطرة للمجتمع، و هنا لا بد من تمييز التطرف عن شبكة من المفاهيم المجتمع المرتبطة به كالأصولية التي تعارض فكرة تكييف المبادئ الدينية مع الواقع المعاش و تفضل الالتزام الحرفي بالنصوص المقدسة، أيضا هناك مفهوم الفكر الجهادي الذي يحث المنتسبين إلى التنظيم يقومون باستعمال العنف داخل البنيات المجتمعية حتى وهو منخرطين عبر الفضاء الافتراضي.

### الفقرة الأولى: الإطار اللغوي

مع تزايد وثيرة الأحداث الإرهابية بالمعمور بدا مصطلح التطرف يطفوا على السطح فكان من الضروري الرجوع إلى الأصل اللغوي.

ابن منظور يعرف التطرف في معجمه (لسان العرب) بقوله: "قال شمر: أعرف طرفه إذا طرده ابن سيده. وطرف كل شيء منتهاه، والجمع كالجمع، والطائفة منه طرف أيضا وتطرف الشيء: صار طرفا. وشاة مطرفة: بيضاء أطراف الأذنين وسائرها أسود، أو سوداؤها وسائرها أبيض. وفرس مطرف: خالف لون رأسه وذنبه سائر لونه"<sup>384</sup>.

وردت لتطرف عدة معاني في قاموس oxford<sup>385</sup> من خلال اعتباره (شدة المغالاة أو العنف في الانفعال أو

<sup>384</sup> ابن منظور: لسان العرب، الجزء التاسع، حرف الطاء، مادة طرف، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2003 وورد عند جميل حمداوي مرجع سابق الذكر.

<sup>385</sup> <https://en.oxforddictionaries.com/definition/radical>

<http://english-learners.com/wp-content/uploads/The-Oxford-Thesaurus-An-A-Z-Dictionary-Of-Synonyms.pdf>

السلوك ) ، و ( الغلو و الفوضوية في الاعتقاد والسلوك ) ، أما معجم <sup>386</sup> standard dictionary فقد عرّف التطرف على انه (راديكالية الاعتقاد ) و في معجم <sup>387</sup> le robert micro عرف بأنه الآراء المعارضة وهو مفهوم سياسي و انه كل أشكال العودة إلى الجذور و معجم <sup>388</sup> la rousse عرفه بأنه تحويل أنشطة مجموعة ما أكثر عنف خاصة في المجال السياسي والاجتماعي.

### الفقرة الثانية: التطرف اصطلاحا

لا يكاد يخرج المعنى الاصطلاحي للتطرف عن معناه اللغوي، فهو حالة من التزمت و التمسك بعقيدة و الابتعاد عن الاعتدال و تجاوز الحدود المعقولة<sup>389</sup> مما يؤدي إلى الاستخفاف و الاستهانة بآراء و معتقدات و أفكار الآخرين بل و العمل على محاربتها التي قد تؤدي إلى سلوكيات لا تستحضر العقل و التطرف قد يكون فرديا كما يمكن ان يكون جماعيا، تلقائيا أو منظما.

التطرف هو موقف سياسي يرفض معتنقوه أي فرصة للحوار يتبنون من خلاله الجمود العقائدي و الانغلاق العقلي، كما يرفضون أي تلميح حول وجود قصور أو خطأ في فهمهم، ويذهبون في جدلهم إلى أبعد مدى ممكن. و كل مدرسة من مدارس الفكر السياسي لديها متطرفوها، ولكن المتطرفين من جميع الأطياف في نهاية الأمر يرفضون أي تسوية أو حل وسط مع الآخرين الذين يشاركونهم آراءهم<sup>390</sup>.

فالتطرف هو بمثابة نزعة سياسية واجتماعية تميل إلى استعمال العنف ضد الدولة، أو ضد المجتمع، أو ضد الغير، ولاسيما أن المتشددين يريدون تغيير الواقع و العودة إلى الوراء و المماثلة بين الجميع<sup>391</sup> باستعمال العنف بمختلف أنواعه، سواء أكان عنفا ماديا أم رمزيا. ومن ثم، فالتطرف هو مصادرة غير شرعية وغير قانونية للحرية الإنسانية، وعدم الاعتراف بوجود الغير المختلف، ثم إنكار متعسف لشرعية الاختلاف، وعدم القبول بالحوار المتبادل<sup>392</sup>، إذا تهيأت الظروف و البيئة الملائمة لأسباب ذاتية نفسية في الغالب.

<sup>386</sup> <http://www.dictionnaire.com/browse/radical?s=t>

<sup>387</sup> le robert micro, edition poche, nouvelle edition 1998, p 1096.

<sup>388</sup> <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/radicaliser/65993>

<sup>389</sup> العياشي عنصر، العولمة و التطرف نحو استكشاف علاقة ملتبسة، مجلة سياسات عربية، عدد 21 يوليوز 2016، ص 11.

<sup>390</sup> اسماعيل سراج الدين، التحدي رؤية ثقافية لمجابهة التطرف و العنف، 2015، ص 91.

<sup>391</sup> حميمناات سليم، الإسلام المغربي في الخطاب الأيديولوجي الرسمي : محاولة التحديد، مجلة وجهة نظر عدد 39 سنة 2009، ص 10.

<sup>392</sup> جميل حمداوي، التطرف بين الواقع الاجتماعي و المناخ الفكري، مرجع سابق ص 205.

### الفقرة الثالثة: مثن التطرف بالشرعية

التطرف ليس من المصطلحات الشرعية، فهو لم يرد في القرآن الكريم، ولا في السنة النبوية و لكن هناك ما يقابله من قبيل الغلو و الطغيان.

فالغلو هو مجاوزة الحد وهو لفظة شرعية وهي من غلا إذ زاد وارتفع وجاوز الحد ، وقد جاء ذلك في قوله

تعالى ﴿ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَا تَغْلُوا فِي دِينِكُمْ وَلَا تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ ﴾<sup>393</sup>

وقال تعالى ﴿ قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَا تَغْلُوا فِي دِينِكُمْ غَيْرَ الْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعُوا أَهْوَاءَ قَوْمٍ قَدْ ضَلُّوا مِنْ قَبْلُ وَأَضَلُّوا

كثيراً وَضَلُّوا عَنْ سَوَاءِ السَّبِيلِ ﴾<sup>394</sup> ، قال الطبري في تفسيره: ( لا تفرطوا في القول فيما تدينون به من أمر

المسيح، فتجاوزوا فيه الحق إلى الباطل، فتقولوا فيه: هو الله، أو هو ابنة، ولكن قولوا هو: عبد الله وكلمته

ألقاها إلى مريم وروح منه )<sup>395</sup>

وجاء في السنة عن ابن عباس رضي الله عنه : لما جمع النبي صلى الله عليه وسلم الجمرات أمره أن يلقط له

حصى صغارا وقال : «قال رسول الله غداة جمع: هلم القط لي الحصى فلقطت له حصيات من حصى

الخذف، فلما وضعهن في يده، قال: نعم بأمثال هؤلاء، وإياكم والغلو في الدين، فإنه أهلك من كان قبلكم

الغلو في الدين».

والغلو نوعان<sup>396</sup> :

الأول : غلو اعتقادي و هو الأخطر : كغلو النصارى في عيسى ابن مريم عليه السلام ، وغلو الراضية في

الأئمة ، وغلو الخوارج في تكفير أهل الإسلام بالكبيرة والذنب .

والثاني : غلو عملي : وهو المتعلق بالأمر العملية التفصيلية من الأقوال والأفعال بما لا يترتب عليه اعتقاد

مثل الزيادة في العبادات<sup>397</sup> .

بخصوص الطغيان كمرادف للتطرف فهو إفراط الاعتدال في حدود الأشياء ومقاديرها و مجاوزة الحد

الذي كان عليه من قبل و ذكر أيضا في القران الكريم وفق أربع صور<sup>398</sup> ، إذ الصورة الأولى مرتبطة

<sup>393</sup> سورة النساء الآية 171.

<sup>394</sup> سورة المائدة الآية 77.

<sup>395</sup> وارد عند محمد علي إبراهيم الإرهاب و العنف و التطرف في ميزان الشرع ص7 موقع حملة السكينة

<sup>396</sup> طارق محمد الطواري، التطرف والغلو الأسباب و المظاهر و العلاج، مداخلة بالمؤتمر الدولي الرابع حول الاعتدال ونبذ التطرف في

الإسلام سنة 2005، ص 6.

<sup>397</sup> رمي الجمار بالحصى الكبار

<sup>398</sup> <https://vb.tafsir.net/tafsir29665/#.Wxl-u4DRDIU>

بالضلالة، وذلك كما في قوله تعالى: ﴿ وَيَمُدُّهُمْ فِي طُغْيَانِهِمْ يَعْمَهُونَ ﴾<sup>399</sup> و الصورة الثانية بمعنى العصيان، وذلك كما في قوله تعالى: ﴿ اذْهَبْ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَىٰ ﴾<sup>400</sup> أما الثالث فبمعنى الارتفاع والتكاثر، وذلك كما قوله تعالى: ﴿ إِنَّا لَمَّا طَغَى الْمَاءُ ﴾<sup>401</sup> و الصورة الأخيرة بمعنى الظلم، وذلك كما في قوله تعالى: ﴿ مَا زَاغَ الْبَصَرُ وَمَا طَغَى ﴾<sup>402</sup>، وقوله سبحانه: ﴿ أَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ ﴾<sup>403</sup>.

#### الفقرة الرابعة: تعريفات مؤسساتية

"خطة عمل منع التطرف العنيف"<sup>404</sup> أكدت فيها الأمم المتحدة أن التطرف العنيف إهانة لأهدافها ومبادئها، و أن هذه الظاهرة تضعف الأركان الثلاثة التي ترتكز عليها الأمم المتحدة: السلام والأمن والتنمية المستدامة، إذ يقوِّض جهودها الرامية إلى صون السلام والأمن الدوليين، وتعزيز التنمية المستدامة، وحماية حقوق الإنسان، وتعزيز سيادة القانون، والاضطلاع بالعمل الإنساني. خطة العمل هذه تتبع منهجا عمليا لمنع التطرف العنيف، دون الخوض في المسائل المتعلقة بالتعريف باعتباره من سلطة الدول ويجب صياغته بما ينسجم مع التزاماتها بموجب القانون الدولي، وخصوصاً قانون حقوق الإنسان الدولي<sup>405</sup>،

لكن يمكن أن نستشف تعريفا لتطرف من خلال مسباته إذ حددت الخطة الأوضاع التي تشجع العنف المتطرف وسياقه البنوي، كانهدام الفرص الاجتماعية - الاقتصادية والتمهيش والتمييز وتردي الإدارة الحكومية وانهاكات حقوق الإنسان والنزاعات التي تمتد طويلاً بلا حل، إضافةً إلى التطرف الذي يحدث في السجون.

كما يمكن التمييز بين فئتين رئيسيتين من الدوافع<sup>406</sup>، هما: "العوامل الدافعة"، أي الظروف التي تؤدي إلى التطرف العنيف والسياق الذي ينشأ عنه، منها قلة الفرص الاجتماعية و الاقتصادية والتمهيش والتمييز وسوء الإدارة وانهاكات حقوق الإنسان و غياب سيادة القانون والنزاعات الطويل الأمد و انتشار الفكر

<sup>399</sup> سورة البقرة الآية 15

<sup>400</sup> سورة طه الآية 24

<sup>401</sup> سورة الحاقة الآية 11

<sup>402</sup> سورة النجم الآية 17

<sup>403</sup> سورة الرحمان الآية 8

<sup>404</sup> صادرة عن الجمعية العامة خلال الدورة 70 بتاريخ 24 دجنبر 2015 تحت رقم a/70/674

<sup>405</sup> نفس المرجع السابق الذكر a/70/674

<sup>406</sup> نفس المرجع السابق الذكر a/70/674

داخل المؤسسات السجنية.

بينما "العوامل الجاذبة"، أي الحوافز التي تؤدي دورا رئيسيا في تحويل الأفكار إلى أفعال متطرفة عنيفة كالذوافع الشخصية المظالم الجماعية و الشعور بالتعرض للإيذاء و الإقصاء، تحويل المعتقدات والخلافات العرقية و الثقافية والشبكات الاجتماعية (ك youtube facebook telegram ...) و شخصية القائد.

تطبيقا لقرار الجمعية العامة رقم a/res/70/291<sup>407</sup> و الذي ينص على أن جميع منظمات الأمم المتحدة ملزمة بتنفيذ التوصيات المناسبة من خطة العمل الأممية كل فيما يعنيه، انخرطت منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلم و الثقافة بشكل واضح في مكافحة للتطرف دون أن تقدم له تعريفا على غرار المنظمة الأم، لكنها ساهمت في صدور مجموعة من المؤلفات<sup>408</sup> التي تعني بالموضوع، كما ان مجالسها التنفيذية اعتمدت عدة قرارات في مواجهة التطرف العنيف من قبيل قرار رقم 197/46 الصادر في الدورة 197 للمجلس التنفيذي في نونبر 2015 و الذي من خلاله تنخرط اليونسكو في تعزيز التعليم باعتباره وسيلة لدرء التطرف العنيف<sup>409</sup> ، و ما أعقبه من تأكيد ضمن القرارين قرار المجلس التنفيذي رقم 200/9 خلال الدورة 200 في نونبر<sup>410</sup> 2016 و قرار المجلس التنفيذي رقم 202/7 خلال الدورة 202 في نونبر 2017<sup>411</sup> .

مركز الوقاية من التطرف المؤدي إلى العنف بكندا عرف التطرف بكونه " عملية يتبنى من خلالها مجموعة من الأفراد نظامًا من المعتقدات المتطرفة - بما في ذلك الرغبة في استخدام العنف أو تشجيعه أو تسهيله - من أجل انتصار أيديولوجية أو مشروع سياسي أو قضية كوسيلة للتحويل الاجتماعي"<sup>412</sup>

الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية سارت على نهج الأمم المتحدة ولم تقدم تعريفا واضحا للتطرف و لكنها قدمت الأسباب المؤدية للتطرف و بنياتها الحاضرة و التي أجملت في ثلاث محاور<sup>413</sup> .

<sup>408</sup> la prévention de l'extrémisme violent par l'éducation guide a l'intention des décideurs politique, 2017.

a teacher's guide on the prevention of violent extrémisme, 2016

<sup>409</sup> <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002351/235180e.pdf>

<sup>410</sup> <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002463/246369e.pdf>

<sup>411</sup> <http://unesdoc.unesco.org/images/0025/002598/259824e.pdf>

<sup>412</sup> <https://info-radical.org/fr/radicalisation/definition/>

<sup>413</sup> [https://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PBAAA929.pdf](https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PBAAA929.pdf)

الأول يتجسد في المحددات البيئية من خلال ضعف الدول مع تقديمها لخدمات أمنية غير فعالة والمناطق سيئة الحكم أو غير الخاضعة للحكم بالإضافة إلى دعم عدد من الدول للجماعات المتطرفة العنيفة و خدمة أجنداث دينية إستباقية

أما الثاني مرتبط بعوامل جاذبة من قبيل وجود الجماعات المتطرفة العنيفة وجود مؤسسات أو أماكن راديكالية، استغلال الشبكات الاجتماعية وديناميكية المجموعات بتوفير الخدمات بالإضافة إلى انتشار الأنشطة الاقتصادية غير المشروعة<sup>414</sup>

الشق الثالث و الأخير يتعلق بالأسباب الدافعة و الكامنة في المجال السوسيو اقتصادي (الإقصاء و التهميش الاجتماعيين، التمييز المجتمعي، الإحباط والحرمان نسبي ) و السياق السياسي (الحرمان من الحقوق السياسية والحريات المدنية، القمع والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، الاحتلال الأجنبي، الأحادية السياسية و / أو النظام العسكري، الفساد المستشري والإفلات من العقاب بالنسبة للنخب المترابطة، الصراعات المحلية، الحكومات المزورة والمعارضة المفقودة أو المختلطة، التهيب أو الإكراه من قبل الجماعات المتطرفة العنيفة، تصوير النظام الدولي غير عادل في الأساس ومعادي للمجتمعات والشعوب المسلمة) و المحدد الثقافي (محاصرة الإسلام و التهديدات الثقافية المتعددة)<sup>415</sup>.

مركز العمل و الوقاية من تطرف الأفراد الفرنسي يعرفه بكونه فعل دعم أو تفكير في أعمال عنف تدعم إيديولوجية ، سواء كانت سياسية أو انفصالية أو دينية. بالإضافة إلى التطرف الديني ، هناك اليمين المتطرف (Breivik في النرويج ، أو Golden Dawn في اليونان) ، وآخر يساري (كتائب حمراء في إيطاليا أو حركة مباشرة في فرنسا) ، بالإضافة إلى التطرف الانفصالي (ايتا اسبانيا، الجيش الجمهوري الإيرلندي (...)<sup>416</sup>.

وفقاً لدراسة أجرتها مجموعة إدارة الأمن البلجيكية للأبحاث ، فإن التطرف الذي يؤدي إلى العنف هو سلسلة متصلة تمر عبر ثلاث مراحل مفاتيح:

1. التشدد

<sup>414</sup> [https://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PNADT977.pdf](https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADT977.pdf)

<sup>415</sup> [https://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PNADT977.pdf](https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADT977.pdf) et [https://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PBAAA929.pdf](https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PBAAA929.pdf)

<sup>416</sup> Centre d'action et de prévention contre la radicalisation des individus <http://www.radicalisation.fr/>

في هذه الخطوة الأولى ، يكون السياق الاجتماعي ضروريًا للتمييز خصوصًا "عدم الاهتمام" بالفرد والأقلية التي ينتمي إليها، وتهميشه اجتماعيا يمكن أن تؤدي إلى "الحرمان النسبي" للجماعة، مما يمكن أن تشكل سببا من أسباب التطرف. ومع ذلك ، من المهم أن نلاحظ أنه تم التعرف على عوامل أخرى للتطرف (كالقبضة العقلية والاضطرابات النفسية ...)

## 2. التطرف

هو "الرغبة في قبول استخدام العنف ، دون الدخول في ممارسة العنف". في هذه المرحلة ، يقود ضغط المجموعة الأكثر اعتدالاً إلى تبني آراء أكثر تطرفاً ، من خلال تأكيدها عبر العديد من الحجج في هذا الاتجاه. إنها فن التلقين. فتأثير التهديد يعزز فقط هذه العملية، لأن تماسك المجموعة هو أقوى حيث يمكن أن يلتحم ضد عدو مشترك. العدو الذي سوف يتم إفقاده إنسانيته و سحب جميع الصفات البشرية مما يسهل استخدام العنف ضده.

## 3. الإرهاب

هي مجموعة من "السلوكيات العنيفة الناتجة عن أيديولوجية مشتركة بين مجموعة واحدة محدودة على الأقل". الإرهاب يحدث عندما لا تكون هناك إمكانية أخرى لتحقيق الهدف المنشود.

## الفقرة الخامسة: تعريفات للباحثين:

حسب <sup>417</sup> charles e.allen فالتطرف هو " عملية اعتقاد جذري عبر الرغبة في استخدام أو دعم أو تسهيل العنف كطريقة لتغيير المجتمع" و يذهب <sup>418</sup> Farhad Khosrokhavar إلى اعتباره " يشير إلى مسار العملية التي يتبنى بها الفرد أو المجموعة شكلا من أشكال العنف و يرتبط مباشرة بأيديولوجية متطرفة ذات محتوى سياسي أو اجتماعي أو ديني يتحدى النظام السياسي أو الاجتماعي أو الثقافي القائم."، Pierre <sup>419</sup> Conessa من جانبه عرف التطرف بكونه " شرعية فكرية وفلسفية ودينية للانتقال إلى العنف".

## الفرع الثاني: النظريات الاجتماعية المفسرة

<sup>417</sup> <https://www.investigativeproject.org/documents/testimony/270.pdf>

<sup>418</sup> Farhad Khosrokhavar, radicalisation, 1 édition 2014, éditeur la maison de l'homme, p7.

<sup>419</sup> Pierre CONESA, Conférence « Quelle politique de contre-radicalisation en France ? », publié le 18 mars 2015 par Classe Internationale, inclue Sébastien pietrasanta, la de radicalisation outil de lutte contre le terrorisme, rapport du projet de loi relatif a la lutte contre terrorisme, juin 2015 et aussi cite dans rapport fait pour la fondation d'aide aux victimes du terrorisme décembre 2014 sous titre ' quelle politique de contre-radicalisation en France?' sur [https://www.lopinion.fr/sites/nb.com/files/2014/12/rapport\\_favt\\_decembre\\_2014-12-14\\_def.pdf](https://www.lopinion.fr/sites/nb.com/files/2014/12/rapport_favt_decembre_2014-12-14_def.pdf)

استقطبت ظاهرة التطرف اهتماما غير مسبوق خصوصا مع توسع رقعة الأحداث الإرهابية التي شهدتها العالم في زمن العولمة و تناسل التنظيمات المتطرفة، فأضحت تحتل مكانة مهمة على مستوى الإعلام و الدراسات و الأبحاث الأكاديمية<sup>420</sup>، مما جعل تفسير التطرف يتم عبر مقاربتين: جزئية و كلية.

#### الفقرة الأولى: المقاربة الجزئية

laird wilcox حدد قرابة إحدى و عشرين سمة من سمات المتطرف<sup>421</sup>، التي تساعد على الاشتغال بفكر جماعي و يعتمدون على الدعاية لتعزيز عملية الاستقطاب و تقوية همة المنتسبين:

1. اغتيال الشخصيات
2. ألقاب تنازلية .
3. التعميمات الغير مسؤولة
4. أدلة غير ملائمة
5. الدفاع عن معايير مزدوجة.
6. الاتجاه إلى شيطنة خصومهم.
7. مبدأ من ليس معي فهو ضدي.
8. فرض رقابة على المنتقدين و قمعهم.
9. التوجه إلى التعريف بأعدائهم.
10. المحاجة بالعنف.
11. استخدام الشعارات.
12. السمو الأخلاقي عن الآخرين.
13. يفكر في يوم الكارثة.
14. يفكر في فعل الأشياء السيئة خدمتا للقضية "الجيدة".
15. التركيز على ردود الفعل العاطفية و الحد من التفكير.
16. اليقظة و شدة الحساسية و الشك.
17. الاستدلال بمعطيات فوق الطبيعة للمريدين و للأفعال.
18. مشاكل التسامح و الغموض و عدم اليقين.

<sup>420</sup> العياشي عنصر، العولمة و التطرف نحو استكشاف علاقة ملتبسة، مرجع سابق، ص 7.

<sup>421</sup> [www.lairwilox.com/news/hoaxeproject.html](http://www.lairwilox.com/news/hoaxeproject.html)

19. الاتجاه نحو التفكير الجماعي

20. الميل الى شخصنة العداة.

21. النظام ليس جيد ما لم يفوزوا.

ronald wintrob، صاحب نظرية التطرف العقلائي<sup>422</sup> عالج مسألة التطرف من وجهة نظر الاقصاد السياسي<sup>423</sup>، فالتنظيمات المتطرفة عقلائية في اختياراتها للوسائل الأفضل لأنشطتها كما تكمن العقلائية في خطابات الزعماء التي تدعوا الأتباع إلى التضحية بالنفس و تحديد زمن التنفيذ و السكون مع استثمار الصورة التي تجعل الدول تظهر أمام شعوبها كأنها عاجزة عن مواجهة هذه التنظيمات و ذهب إلى أن الحركات المتطرفة على الرغم من اختلافاتها الأيديولوجية فإنها تشترك في سمات أساسية عديدة عبر استحضار نموذج تنظيم حماس و حركات أصولية يهودية ليربز السمات المشتركة التالية:

معارضة فكرة الحل الوسط مع الطرف الخصم

الاعتقاد الراسخ في سلامة مواقف

تأييد استخدام العنف

الانتماء القومي المتعصب

عدم التسامح مع الجماعات المنشقة

الزعة القوية نحو شيطنة الخصوم.

ضمن كتابي the passionate state of mind و the true believer تناول eric hoffer، سيكولوجية الفاعلين الذين ينخرطون في الحركات الجماهيرية المتطرفة<sup>424</sup>، وفق منظوره فالتنظيمات السياسية و الدينية تولد في منتسبها الاستعداد للتضحية بالنفس<sup>425</sup> و قد ميز بين المتطرف السياسي و المتشدد الديني هذا الأخير يحس بالقوة و عدالة قضيته المرتبطة بالعاطفة لا بالمنطق و الاستمرار فيما إلى

<sup>422</sup> ronald wintrobe, rational extremism : the political economy of radicalism, cambridge university press, 2006.

<sup>423</sup> <https://econ.ucalgary.ca/sites/econ.ucalgary.ca/files/Wintrobepaper.pdf>

<sup>424</sup> العياشي عنصر، العولة و التطرف نحو استكشاف علاقة ملتبسة، مرجع سابق الذكر، ص 14.

<sup>425</sup> "Les vrais croyants sont prêts à tuer et à mourir pour leur cause, parce que son succès est plus important que leur vie ou celle des autres. Le vrai croyant est donc un fanatique"

النهاية<sup>426</sup> عكس المتطرف السياسي، وفق hoffer فأهداف التنظيمات المتطرفة هي تلقائية و لا بد من تفكير جماعي في إحقاقها مع استحضاره لإمكانية انشقاق التنظيمات المتطرفة نتيجة سلسلة الانتصارات. واحدة من النقاط المهمة التي يشرحها hoffer ، هي أن الفقر لا يجعل المرء متطرفا ، ولكن الإحباط و الشعور بأنه يستحق أفضل بكثير إذ ليس من الغريب أن يكون بعض من يشاركون في الإرهاب مجرمين صغار، بالنسبة إليه يسود الإحباط بين الأتباع الأوائل لجميع الحركات الجماهيرية ، التي ينضمون إليها عادة من تلقاء أنفسهم فواحدة من خصائصها الرئيسية: أنهم لا يشعرون بأنهم جزء من المجتمع لهذا نجد أن أولاد المهاجرين هم أول من ينضم إلى هذه التنظيمات نظرا لفقدانهم هويتهم و علاقتهم بثقافة بلد المقر هشة<sup>427</sup>.

مسألة الهوية هي التي ذهب إليها arnou guen ، و اعتبر افتقارها مرتبط بهدم الذات الإنسانية لهيمنة الشعور بالكراهية مما يفضى إلى هيمنة مشاعر الثار من الحياة نفسها و شعور الفرد بأنه تحت الإكراه لإفقاده إنسانيته<sup>428</sup> ، لأجل هذا فهو ينظر إلى التطرف كمرض حينما يشعر الأفراد بالحيوية حينما يدمرون حياة الأخر<sup>429</sup>

#### الفقرة الثانية : المقاربة الكلية

يقترح david rapoport ، نظرية موجات الأفكار الراديكالية لتفسير ، و يعرف الموجة بثلاث خصائص<sup>430</sup> ، كونها دورة من الأنشطة تتميز بالتمدد و التقلص وتشمل مجموعة من الأمم وتقودها طاقة رئيسية مشتركة تحدد خصائص الجماعات المشاركة.

rapoport في دراسته للعنف السياسي والإرهاب حدد أربع موجات مجسدة في :

<sup>426</sup> simon varaine, revolution vs reaction: privation relative et affinites ideologiques des mouvement radicaux en france de 1882 a 1980, memoire master en sciences de gouvernement comparees 2015-2016, sciences po grenoble, universite grenoble alpes, p151.

<sup>427</sup> <https://www.lenouveleconomiste.fr/financial-times/que-faire-face-au-fanatisme-25809/>

<sup>428</sup> zaid fahed, religious minorities and religious majorities facing extremism, international journal of liberal arts and social science vol 4 n 6 august 2016, p 37.

<sup>429</sup> [https://www.newconversations.net/pdf/the\\_trouble\\_with\\_torture\\_jccs\\_july\\_2007.pdf](https://www.newconversations.net/pdf/the_trouble_with_torture_jccs_july_2007.pdf)

<sup>430</sup> erin walls B A, WAVES OF MODERN TERRORISM: EXAMINING THE PAST AND PREDICTING THE FUTURE, Thesis submitted to the Faculty of The School of Continuing Studies Georgetown University, 2017, p41

الموجة الفوضوية إذ بدأت الموجة الأولى من الإرهاب الحديث في أواخر القرن التاسع عشر مع الحركة الفوضوية في روسيا التي انتشرت في نهاية المطاف في جميع أنحاء أوروبا وإلى دول البلقان<sup>431</sup> ، فالفوضويون يعتقدون بأن هجماتهم واستخدام الإرهاب أسرع وسيلة وأكثرها فعالية لتدمير الاتفاقيات و قمع التيارات المجتمعية، فحركة نودودنايا فوليا ("إرادة الشعب") أول منظمة قومية متمردة معروفة ضمن الموجة الفوضوية التي استخدمت العنف الممنهج ضد مسؤولي الحكومة الروسية. للتعقيد الفوضوية أربع نقاط رئيسية:

- 1) المجتمع الحديث يتضمن احتياطات هائلة من التناقض الكامن والعداء.
- 2) المجتمع يخنقهم ويوزعهم من خلال تصور محدد للاتفاقيات الأخلاقية لتوليد الذنب وتقديم قنوات لتسوية بعض المظالم والحصول على الموافقات الشخصية
- 3) يمكن تفسير الاتفاقيات تاريخياً ، وبالتالي الأفعال التي نعتبرها غير أخلاقية أطفالنا سيرحبون بها.
- 4) الإرهاب هو الطريقة الأسرع والأكثر فاعلية لتدمير الاتفاقيات وتقويض القواعد التي يعتبرونها مقدسة<sup>432</sup> .

اغتيال الأرشيدوق فرانز فرديناند في عام 1914 ونهاية الحرب العالمية الأولى<sup>433</sup> بتوقيع اتفاقية فرساي في 1919 أعاد توجيه أولويات أوروبا السياسية مما عجل بتراجع موجة الحركة الفوضوية، أمام موجة مناهضة الاستعمار<sup>434</sup> ، إذ استخدم المنتصرون في الحرب العالمية الأولى مبدأ تقرير المصير الوطني لتفكيك إمبراطوريات الدول المهزومة، ومعظمها في أوروبا، وإنشاء مستعمرات جديدة، وكانت الإستراتيجية الجديدة هي أولاً القضاء بشكل منهجي على عناصر الشرطة عيون وآذان الحكومة، واستعمال أسلوب العصابات (الضرب والركض) ضد القوات المحتلة، كما بذلت بعض المجموعات (مثل الإرجون والجيش الجمهوري الأيرلندي) جهوداً لإصدار تحذيرات للحد من الإصابات في صفوف المدنيين.

<sup>431</sup> erin walls B A,WAVES OF MODERN TERRORISM: EXAMINING THE PAST AND PREDICTING THE FUTURE, op cite .p

20

<sup>432</sup> david rapoport c, the four waves of rebel terror and septembre 11, anthropoetics 8 n 1, 2002, p 3.

<sup>433</sup> david rapoport c, the four waves of rebel terror and septembre 11, opc cite , p 3.

<sup>434</sup> erin walls B A,WAVES OF MODERN TERRORISM: EXAMINING THE PAST AND PREDICTING THE FUTURE, op cite .p

23

أنتجت حرب فيتنام الظروف النفسية الضرورية للموجة الثالثة أو "الموجة الجديدة من اليسار"<sup>435</sup>، إذ أثارت الحرب ازدواجية حول قيمة النظام القائم خاصة بين الشباب الغربي، في الموجة الثالثة، غالباً ما ارتبط التطرف بالقومية، كما هو الحال في الأمة الباسكية و (ETA)، والجيش السري للأرمن لتحرير أرمينيا (ASALA)، ووجهة التحرير الوطني الكورسيكي (FNLC). والجيش الجمهوري الايرلندي. يذكرنا النموذج بالموجة الأولى، حيث ربط الفوضويون أحياناً التطلعات بالقومية وموجة اليسار الجديد بدأت تنحسر خلال الثمانينيات مع نهاية الحرب الباردة.

العالم كان في خضم موجة دينية<sup>436</sup> رابعة منذ نهاية السبعينيات، تختلف هذه الموجة عن سابقتها لأسباب عديدة ولأول مرة تستند المجموعات المشاركة في الحشد إلى المعتقدات الدينية بدلاً من الأهداف السياسية، اعتبر خلالها الإسلام<sup>437</sup> الدين الأكثر أهمية ويحظى باهتمام خاص و لكن مع ضرورة استحضار أن المجتمعات الدينية الأخرى أنتجت الإرهابيين أيضاً.

الموجة الرابعة أنتجت منظمة ذات هدف استقطاب فريد في تاريخ الإرهاب. أي القاعدة و جماعات الموجة الرابعة، أكثر بكثير من نظرائهم في الموجة الثالثة، قاموا بهجمات واسعة النطاق على المنشآت العسكرية والحكومية<sup>438</sup>.

يعطي نموذج Rapoport الموجات الثلاث الأولى دورة حياة تقارب 40 عامًا، ولكن هذا وحده لا يقدم دليلاً كافياً على أن الموجة الدينية الحالية ستتبع نفس النمط<sup>439</sup>.

---

<sup>435</sup> erin walls B A,WAVES OF MODERN TERRORISM: EXAMINING THE PAST AND PREDICTING THE FUTURE, op cite .p

26

<sup>436</sup> erin walls B A,WAVES OF MODERN TERRORISM: EXAMINING THE PAST AND PREDICTING THE FUTURE, op cite

,p28

<sup>437</sup> ثلاثة أحداث في العالم الإسلامي قدمت التحول السياسي الدرامي أو الشرط الضروري، للموجة الجديدة وهي الثورة الإيرانية و المقاومة الإسلامية بأفغانستان و أخيراً الهجوم على الحرم المكي.

<sup>438</sup> david rapoport c, the four waves of rebel terror and septembre 11, opc cite , p 7

<sup>439</sup> erin walls B A,WAVES OF MODERN TERRORISM: EXAMINING THE PAST AND PREDICTING THE FUTURE, op cite .p

29

حينما يتحول التطرف إلى عقيدة تصبح للأفراد قابلية للعنف وتبني أفعال إرهابية و هو ما وقع بمجموعة من دول العالم واختلفت حدتها وطرق تنفيذها بين أفعال جماعية وبين أسلوب الذئاب المنفردة والمجموعات الجهادية المصغرة، كما أن محصلاتها اختلفت بين الآثار الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والقانونية و النفسية، مما حدا بالباحثين إلى ابتداء نظريات لتفكيك المفهوم/الظاهرة، مكنت الدول من تبني استراتيجيات للحد من الفكر المتطرف سواء داخل الفضاء العمومي أو الافتراضي بل وحتى داخل الفضاء السجني، مع العمل على اعتماد المقاربة الناعمة من خلال الاستثمار في الناشئة وعبر إدماج المدانين السابقين ضمن ملفات الإرهاب بل وحتى العائدين من بؤر التوتر.

## القاضي الإداري وتحقيق نجاعة المرفق العام من خلال رقابته للصفقة العمومية.

نبيل الإدريسي البوزيدي

باحث بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا.

### مقدمة

أصبحت شعارات العقلنة، والترشيد، والحكامة، والنجاعة في مجال تدبير المرفق العام الموضوع الذي يستأثر اهتمامات جل الباحثين والمهتمين بمجال الإدارة وحماية المال العام، خاصة بعد نشر مجموعة من التقارير لعدة هيئات دولية ووطنية تضمنت اختلالات تديرية وتسييرية ومالية تهم مرافق الدولة وهيئاتها وطرق تسييرها، مما عجل بإجراء مجموعة من الإصلاحات، شملت مهام الإدارة وبنياتها بغية ملائمتها مع سياق التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية -إن على الصعيد الدولي أو الوطني- استجابة للحاجيات الأساسية للمواطنين بطرق أكثر نجاعة وفعالية.

وتماشيا مع ما جاء به دستور المملكة لسنة 2011، وما يحمله من بوادر الإصلاح الشمولي في شتى المجالات بما فيها مجال حسن تدبير المال العام ونجاعة المرفق العام، يندرج إصلاح نظام الصفقات العمومية، وذلك في إطار تخليق الحياة العامة، وتحديث أساليب عمل الإدارة من خلال عدة إجراءات في إطار شمولي يتمحور حول ثلاثة أبعاد:

- منطق تدبير الميزانية المرتكز على النتائج وتقييم الأداء.
- منطق ربط المسؤولية بالمحاسبة.
- منطق تبسيط المساطر.

وقد تم إخضاع نظام الصفقات العمومية لعدة إصلاحات قصد الاستجابة لمتطلبات التحديث، والانفتاح، وإرساء مبادئ الحكامة الجيدة، والحرص على الحفاظ على المال العام وصيانتته. بدأت هذه الإصلاحات منذ عقد الجزيرة الخضراء في 17 ابريل 1906 الذي بموجبه تم إنشاء لجنة الصفقات، ثم ظهور المحاسبة العمومية بتاريخ 09 يونيو 1917 والذي تم بمقتضاه إلغاء لجنة الصفقات وتنظيم مسطرة

إبرام الصفقات العمومية، ولم يظهر نظام طلبات العروض إلا مع قرار المقيم العام المؤرخ في 06 فبراير 1943 بإسناد الصفقات على أساس المتقدم بأدنى سعر<sup>440</sup>. واستمرت الإصلاحات إلى ما بعد الاستقلال، حيث اتخذت مسطرة الصفقات العمومية شكلا جديدا استجابة للوضع الجديد للبلاد، فصدر الظهير الشريف رقم 1.58.041 بشأن ضبط المحاسبة العمومية للمملكة المغربية<sup>441</sup>، غير أنه لم يرق لمستوى التطلعات. ثم صدر بعده مرسوم 1965<sup>442</sup> الذي حاول جمع شتات النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية لاسيما ما يتعلق بأشكال وطرق إبرامها، ثم جاء إصلاح 1976 بإصدار مرسوم 14 أكتوبر 1976<sup>443</sup> الذي منح الإدارة سلطات واسعة في اختيار طرق إبرام الصفقات العمومية، وبعده مرسوم 30 دجنبر 1998<sup>444</sup> الذي نسخ مرسوم 1976 وألغى دفتر الشروط الإدارية ليحل محله دفتر شروط إدارية جديدة تمت المصادقة عليه بمقتضى مرسوم 04 ماي 2000، ثم المرسوم رقم 2.06.388 الصادر في 16 من محرم 1428 الموافق 5 فبراير 2007 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة ناسخا لسابقه ومتضمنا لمقتضيات جديدة تتمثل بالأساس في ضمان الشفافية في تعاملات الإدارة، والمساواة بين المتنافسين، ومجموعة من الإجراءات والمساطر التي تهدف بالأساس إلى تتبع ومراقبة تدبير الصفقات العمومية بغية ضمان فعالية ونجاعة الطلبية العمومية.

وانسجاما مع ثقافة الإصلاح، صدر المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية<sup>445</sup>، والذي يمكن اعتباره متقدما ويتماشى مع ما تضمنه دستور 2011 من احترام لمبادئ الحكامة الجيدة في مجال تدبير وتسيير المال العام، وتعزيز ضمانات المتعاملين مع الإدارة من خلال الشفافية في تعاملاتها، والمساواة بين المتنافسين، حيث خصص المرسوم الباب العاشر منه لحكامة

<sup>440</sup> سناء رشدي، المنافسة في الصفقات العمومية بين التشريع والقضاء، بحث لنيل شهادة الماستر في جامعة سيدي محمد ابن عبد الله بفاس، الموسم الجامعي 2010-2011 ص 12.

<sup>441</sup> الظهير الشريف رقم 1.58.041 بشأن ضبط المحاسبة العمومية للمملكة المغربية الصادر في الجريدة الرسمية عدد 2393 بتاريخ 05/09/1958 الصفحة 2063.

<sup>442</sup> تجدر الإشارة إلى أن أول قانون وضعه المشرع يهتم تنظيم كيفية إبرام الصفقات العمومية كان هو مرسوم 116-65-2 الصادر بتاريخ 19/05/1965 والذي جمعت فيه مجموعة من النصوص التي كانت متفرقة وقد تمحور هذا القانون حول اعتماد أسلوب المناقصة لاختيار نائل الصفقة، حيث كان يختار من تقدم بأقل ثمن دون امكانية الإدارة اقصاء اي عرض اعتمادا على الجودة.

<sup>443</sup> المرسوم رقم 2.76.479 بتاريخ 19 شوال 1396 (14 أكتوبر 1976) بشأن صفقات الأشغال أو الأدوات أو الخدمات المبرمة لحساب الدولة الصادر في الجريدة الرسمية عدد 3339 بتاريخ 27/10/1976 الصفحة 3269.

<sup>444</sup> المرسوم رقم 2-98-482 الصادر في 30-12-1998 والذي اسس لمقياس آخر لاختيار نائل الصفقة وهو المتقدم بأفضل عرض.

<sup>445</sup> المرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) يتعلق بالصفقات العمومية الصادر في الجريدة الرسمية عدد 6140 الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى 1434 (4 أبريل 2013).

الصفقات العمومية من خلال تنصيبه على امكانية الإشراف المنتدب على المشروع<sup>446</sup>، وتكتل المشتريات<sup>447</sup>، والمراقبة والتدقيق<sup>448</sup>، وواجب التحفظ وكتمان السر المهني<sup>449</sup>، ومحاربة الغش والرشوة وتضارب المصالح<sup>450</sup>. كما خصص الباب الحادي عشر للشكايات والطعون سواء إلى صاحب المشروع<sup>451</sup>، أو اللجوء إلى لجنة الصفقات<sup>452</sup>.

ويمكن تعريف الصفقات العمومية حسب المادة 4 من مرسوم 2013 بأنها "عقود بعوض تبرم بين صاحب مشروع من جهة وشخص ذاتي أو اعتباري من جهة أخرى يدعى مقاولاً أو مورداً أو خدماتياً وتهدف إلى تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات وفق التعاريف الواردة بعده"<sup>453</sup>.

كما عرفها الفقيه الفرنسي - André de laubadere - على أنها: "عقود بمقتضاها يلتزم المتعاقد القيام بأعمال لفائدة الإدارة العمومية مقابل ثمن محدد"<sup>454</sup>.

وبهذا تلجأ الدولة إلى إبرام الصفقات كأسلوب فعال من أساليب تسيير أنشطتها وتنفيذ برامجها بعقود مكتوبة بين طرفين (الدولة والمقاول) تركز على مجموعة من العناصر الأساسية في شكل دفاتر تحملات حددها نظام الصفقات في ثلاث، وهي: -دفتر الشروط الإدارية العامة، - دفتر المقتضيات الخاصة، - دفتر المقتضيات المشتركة<sup>455</sup>.

ومن أجل حسن تطبيق الصفقات العمومية وضمان نجاعتها وفعاليتها، ويهدف مطابقتها للأهداف المتوخاة من وراء إبرامها وحماية المال العام من التزيف الذي تسببه الصفقات المشبوهة كان لا بد من تعزيز أليات الرقابة عليها سواء الداخلية أو الخارجية، إدارية كانت أو قضائية.

<sup>446</sup> المادة 161 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية بالمغرب.

<sup>447</sup> المادة 162 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية بالمغرب.

<sup>448</sup> المادة 165 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية بالمغرب.

<sup>449</sup> المادة 166 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية بالمغرب.

<sup>450</sup> المادة 168 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية بالمغرب.

<sup>451</sup> المادة 169 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية بالمغرب.

<sup>452</sup> المادة 170 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية بالمغرب.

<sup>453</sup> المادة 4 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية بالمغرب.

<sup>454</sup> André De Laubadère, Franck Moderne, Pierre Dévolvé. Traité des contrats administratifs. Tome : premier. LGDJ, Paris

1983. p : 24

<sup>455</sup> المادة 13 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية بالمغرب.

بالنسبة للرقابة الإدارية هي تلك الرقابة التي تتكفل بها أجهزة إدارية يمكن اعتبارها من المهام التقليدية التي تمارسها الإدارة على الصفقات العمومية، وتتم إما من طرف أجهزة رقابة منبثقة من داخل الإدارة المبرمة للصفقة أو من طرف أجهزة رقابة خارج الإدارة. وتلعب هذه الرقابة دورا مهما لكون الإدارة أدرى بحماية مصالحها. وقد أصبح الافتحاص والتدقيق<sup>456</sup> بشكل عام، والافتحاص الداخلي على الخصوص من المصطلحات الأكثر تداولاً سواء داخل الإدارات العمومية أو الخصوصية لما يشكله من أهمية في شتى المجالات بما فيها مجال الصفقات العمومية.

أما بالنسبة للرقابة القضائية هي التي تتولاها جهات قضائية تتدخل من أجل حمل أطراف العقد على احترام المقتضيات القانونية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية، وهي نوعان: تتعلق الأولى برقابة المحاكم المالية ممثلة في المجلس الأعلى للحسابات والمجالس الجهوية للحسابات<sup>457</sup>، إضافة لأقسام متخصصة في الجرائم المالية بمحاكم الاستئناف<sup>458</sup>. أما الثانية فتبرز من خلال رقابة المحاكم الإدارية التي تختص بالبحث في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية باعتبار هذه الصفقات عقود إدارية<sup>459</sup>،

<sup>456</sup> الافتحاص (المراجعة أو التدقيق) هو ترجمة للكلمة اللاتينية audit اقتضرت وظيفته في البداية على المجال المالي والمحاسباتي في القطاع الخاص، ثم امتدت إلى باقي القطاعات والمجالات بما فيها القطاع العام. وهناك تعاريف مختلفة للافتحاص من أهمها تعريف جمعية المحاسبة الأمريكية التي اعتبرت "الافتحاص هو عملية منظمة ومنهجية لجمع وتقييم الأدلة والقران بشكل موضوعي، والتي تتعلق بنتائج الأنشطة والأحداث الاقتصادية وذلك لتحديد مدى التوافق والتطابق بين هذه النتائج والمعايير المقررة وتبليغ الأطراف المعنية بنتائج الافتحاص".

<sup>457</sup> هي من المحاكم المتخصصة بالجانب المالي، وقد عمل المغرب منذ سنة 1996 على إقرار مبدأ دسرة رقابتها على الأموال العمومية، ويؤطرها الظهير الشريف رقم 1-02-124 الصادر في 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم: 62-99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، منشور بالجريدة الرسمية عدد: 5030 بتاريخ: 15 غشت 2002، ص: 2294.

<sup>458</sup> أحدثت الأقسام المالية بموجب الفصل السادس من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، وذلك للنظر في الجنايات المنصوص عليها في الفصول 241 إلى 256 من القانون الجنائي وكذا الجرائم التي لا يمكن فصلها عنها أو المرتبطة بها، وقد حدد في أربعة عدد محاكم الاستئناف المحدثة بها الأقسام المذكورة، وذلك على النحو الآتي:

-محكمة الاستئناف بالرباط وتشمل دائرة نفوذها: الرباط - القنيطرة - طنجة - تطوان.

-محكمة الاستئناف بالدار البيضاء وتشمل دائرة نفوذها: الدار البيضاء - سطات - الجديدة - خريبكة - بني ملال.

-محكمة الاستئناف بفاس وتشمل دائرة نفوذها: فاس - مكناس - الرشيدية - تازة - الحسيمة - الناظور - وجدة.

-محكمة الاستئناف بمراكش وتشمل دائرة نفوذها: مراكش - أسفي - ورزازات - أكادير - العيون.

أنظر: المرسوم رقم 2.11.445 صادر في 7 ذي الحجة 1432 (4 نوفمبر 2011) بتحديد عدد محاكم الاستئناف المحدثة بها أقسام للجرائم المالية وتعيين دوائر نفوذها، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5995 الصادرة بتاريخ 17 ذو الحجة 1432 (14 نوفمبر 2011).

<sup>459</sup> لتوافر شروط العقد الإداري وهي -وجود سلطة عامة كطرف في العقد/-ارتباط العقد بنشاط المرفق العام/-اتباع أساليب القانون العام.

والاختصاص النوعي لهذه المحاكم يعد من النظام العام<sup>460</sup>. كما أن القاضي الإداري ملزم خلال ممارسته لمهامه بالتقيد بمبادئ الشفافية واحترام القانون والمصلحة العامة وتكريس اجتهادات قضائية تروم إرساء قواعد الحكامة الجيدة وضمان الأمن المالي<sup>461</sup>. وتقوم هاته المحاكم بمراقبة مشروعية صفقات الدولة عن طريق القضاء الشامل بشكل عام أو قضاء الإلغاء كاستثناء.

فالدور الاجتهادي للقاضي الإداري في مجال المنازعات الإدارية بصفة عامة، وفي مجال العقود الإدارية على الخصوص يستوجب بيان القواعد التي أسس لها في سبيل ضمان رعايته للمال العام وحسن تدبير وتسيير المرفق العام، من جهة، وفي ضمان التوازن ما بين مصالح الإدارة ومصالح المتعاملين معها في مجال الصفقات العمومية من جهة أخرى، وهو ما ستسعى لتشخيصه هذه المقالة من خلال كشف مدى مساهمة القاضي الإداري في تحقيق نجاعة المرفق العام عبر رقابته للصفقة العمومية. وسيتم خلالها الاعتماد على مجموعة من مناهج البحث العلمي منها المنهج التاريخي، والمنهج القانوني، والمنهج المقارن.

وستتناول الدراسة مبحثين أساسيين:

- مبحث اول متعلق بدور القاضي الإداري من خلال قضاء الإلغاء في رقابته للصفقة العمومية ومدى تحقيق نجاعة المرفق العام.
- مبحث ثاني مرتبط بمختلف المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار القضاء الشامل والقضاء الاستعجالي سعيا لنجاعة وفعالية المرفق العام.

<sup>460</sup> وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بأكادير، حيث قضت بأن "عمليات البناء لفائدة شخص من أشخاص القانون العام هي صورة من صور عقود الصفقات، تكتسي بحكم طبيعتها عقودا إدارية تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية. حكم عدد 221 بتاريخ 1999/10/04 في قضية أيت عبد الله ضد بلدية الأخصاص، أورده محمد الأعرح، الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في منازعات العقود الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية «سلسلة مواضع الساعة»، عدد 47، 2004 ص 76.

<sup>461</sup> عبد الحق أخو الزين قاضي بالمحكمة الإدارية بالرباط، دور القاضي الإداري في حماية المال العام، تاريخ التصفح 2018-05-15، مقال منشور بمجلة القانون منشور في الموقع الإلكتروني [http://droitagadir.blogspot.com/2013/07/blog-post\\_7482.html](http://droitagadir.blogspot.com/2013/07/blog-post_7482.html)

## المبحث الأول: قاضي الإلغاء ونجاعة المرفق العام من خلال رقابته للصفقة العمومية.

من أجل إخضاع الأعمال المرتبطة بالصفقات العمومية إلى رقابة قاضي الإلغاء<sup>462</sup> ابتدع الاجتهاد القضائي الإداري نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، وهي القرارات التي تستهدف التمهيد لإبرام العقد، أو السماح بإبرامه، أو الحيلولة دون إبرامه.

فالإدارة وهي بصدد تكوين عقد إداري تصدر-بإرادتها المنفردة-مجموعة من القرارات تهدف بها إلى إبرام هذا العقد، حيث يكون المختص بالنظر في المنازعات التي تدور حولها قاضي الإلغاء وليس قاضي العقد، كون العقد لم ينشأ بعد وتسمى تلك القرارات بالقرارات المنفصلة عن العقد<sup>463</sup>.

وعمل القضاء الإداري المصري من خلال المحكمة الإدارية العليا على تحديد مفهوم لتلك القرارات<sup>464</sup>. كما تمت الإشارة إلى القرارات المنفصلة عن العقد أول مرة وبصفة صريحة في قرار المجلس الأعلى الصادر في 16 يوليوز 1959 في قضية فيلدستين<sup>465</sup>.

<sup>462</sup> قضاء الإلغاء هو القضاء الذي يخول للقاضي الإداري سلطة الحكم بإلغاء قرار إداري معيب دون الحق في توجيه أوامر إلى الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن القيام به. وتهدف دعوى الإلغاء إلى احترام مبدأ الشرعية، حيث يحق للأفراد، الطعن في القرارات إذا كانت غير مشروعة.

<sup>463</sup> عرض حول القرارات المنفصلة عن العقد من إنجاز طلبة ماستر القضاء الإداري بسلا الفوج السادس الموسم الجامعي 2014/2013

<sup>464</sup> المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 666 لسنة 24 ق، جلسة 1979/4/14 حيث ذهبت إلى أنه "...ومن حيث ينبغي في ضوء تنظيم عملية

العقد الإداري المركبة، التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية:

• النوع الأول: وهي القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد، وتسمى بالقرارات المنفصلة المستقلة، ومن هذا القبيل القرار الصادر بطرح العمل في مناقصة، والقرار الصادر باستبعاد أحد المتناقصين والقرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسالها على شخص معين، فهذه القرارات هي قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أي قرار نهائي وتنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية.

• النوع الثاني: وينظم تحته القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا للعقد من العقود الإدارية واستنادا إلى نص من نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها، والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو إلغاء العقد ذاته، فهذه القرارات يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها لا على أساس اختصاصه بنظر منازعات القرارات الإدارية النهائية، وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر كافة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

<sup>465</sup> حيث جاء في حثيات القرار ما يلي: "...إذا ما اعتبرنا فرضا أن الرسالة التي يخبر بها رئيس إدارة التربية العامة المغربية الطاعنة في خدمة الرابطة الإسرائيلية العالمية بالقرارات المتخذة في حقها من طرف اللجنة المركزية للرابطة، تشكل مقرا إداريا منفصلا قابلا لذلك لأن يكون محل بالإلغاء، فإن الطعن في هذه النازلة غير مقبول لكون الرسالة المطعون فيها هي سابقة لتاريخ 1957/10/23 تكون قد حررت في وقت لم يكن فيه الطعن بسبب تجاوز السلطة جازا إلا للموظفين...إن الطاعنة التي هي في خدمة الرابطة الإسرائيلية العالمية باعتبار هذه الرابطة جمعية خاصة، ليست لها صفة موظفة ولو أن هناك اتفاقية بين هذه الجمعية والسلطات العمومية الإدارية..."، وتابع المجلس الأعلى يقول: "...حيث أن النزاع الذي بمناسبة تقدمت السيدة فيلدستين بطعن أمام مجلس الدولة والذي يتعلق بوضعيتها كعضو من أعضاء هيئة

وإذا كان مفهوم القرارات المنفصلة يحتل اليوم مكانة مهمة في الاجتهاد القضائي الإداري، فإن مكانته على العكس من ذلك في الدراسات الفقهية حيث لا تزال نسبية، إذ لم يتطرق لها الفقه المغربي إلا استثناءً<sup>466</sup>، ولم يخصص لها الفقه المصري إلا سطوراً قليلة<sup>467</sup>، لكن يحظى هذا المفهوم في فرنسا بأهمية متزايدة<sup>468</sup>.

وعلى ضوء ما تقدم يمكننا القول بأن فيصل التفرقة بين القرارات المنفصلة عن العقد الإداري-والتي تعد قرارات إدارية نهائية تخضع لاختصاص قضاء الإلغاء-وبين القرارات المتصلة بالعقد الإداري-والتي يختص بنظر النزاع حولها قاضي العقد-مناطه السلطة التي كانت تتمتع بها الإدارة حال إصدارها للقرار، فإذا أصدرته استناداً إلى نصوص عقد إداري عد قراراً متصلاً بهذا العقد، بحيث لا يحدث بذاته أثراً، ومن ثم يدخل النظر في منازعاته ضمن اختصاص قاضي العقد. أما إذا كان مستنداً إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قراراً إدارياً ويطن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء<sup>469</sup> باعتباره قراراً منفصلاً عن العقد.

---

التعليم المنتمة للتحالف الإسرائيلي قد وافق على القرارات المتخذة... من طرف اللجنة المركزية والتحالف المذكور، يشكل قراراً إدارياً منفصلاً يمكن الطعن فيه من أجل العيوب الخاصة التي يمكن أن تشوبه، هذا الادعاء يتعارض على كل حال، مع مقتضيات الفصل الثاني من ظهير 16 ربيع الأول 1347 (فاتح شتنبر 1928) المعمول به آنذاك والتي بمقتضاها لا يمكن الطعن أمام مجلس الدولة الفرنسي بسبب الشطط في استعمال السلطة سوى ضد الأعمال الصادرة عن سلطات الحماية المتعلقة بالنظام الأساسي لموظفي الإدارة المغربية، وأنه يستنتج مما سبق أن الطعن المقدم من طرف السيدة فيلدستين غير مقبول لرفعه أمام محكمة غير مختصة للبت فيه، ويبقى كذلك حتى بعد صدور ظهير 27 شتنبر 1957 المحدث بموجبه المجلس الأعلى... " (القرار عدد 63 الصادر في 16 يوليوز 1959، ملف إداري، عدد 1077، قرارات المجلس الأعلى في المادة الإدارية 1958-1997، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين 1997، ص 19).

<sup>466</sup> إذا استثنينا طبعاً الإشارات الخاطفة من طرف بعض الفقه: أنظر أمينة جبران، دعوى القضاء الشامل، المنشورات الجامعية المغربية، 1994، ص 421-422، حيث لم تخصص للموضوع أكثر من صفحتين، الجيلاني أمزيد، شرط انتفاء الدعوى الموازية في المنازعات الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، 1996، ص 243-244، كما تحدث الأستاذ إدريس الحلالي الكتاني عن القرارات المنفصلة في المجال التعاقدية، أنظر في هذا الشأن: إدريس الحلالي الكتاني، العقود الإدارية، مطبعة دار السلام، 2000، ص 110-117.

<sup>467</sup> سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى 1957، ص 184، أورد محمود حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 76.

<sup>468</sup> ففي النصف الأول من القرن العشرين لم يظهر مفهوم الانفصالية في فرنسا إلا عند ثلاثة فقهاء بارزين (Duguit (L و (Alibert (R و (Bonnard (R)، وفي النصف الثاني من القرن العشرين لم يشر العديد من الفقهاء إلى مفهوم القرارات المنفصلة، باستثناء (DE Laubader و (Y.Gaudemet و (J.C Venezia في مجال إدارة الدومين الخاص، أما بالنسبة للكتب الحديثة فيتم تقديم مفهوم الانفصالية بطريقة كلاسيكية على اعتبار أن الفقهاء المعاصرون يتجهون إلى حصره في بعض المجالات التقليدية كأعمال السيادة والقضاء التعاقدية، ونادراً ما كان يتم إثارة القرار المنفصل بمناسبة دراسة عمليات القضاء الشامل للعمليات التعاقدية الخاضعة للقانون الخاص

<sup>469</sup> حكم محكمة القضاء المصري بتاريخ 27 يناير 1957 قضية رقم 197 لسنة 11.

وتبعاً لذلك فدراسة المبحث الأول المخصص لرقابة القاضي الإداري للصفقة العمومية في إطار قضاء الإلغاء سعيًا لنجاعة المرفق العام ستكون مقسمة لمطلبين، يخص الأول للقرارات السابقة والمصاحبة لتكوين الصفقة، على أن يخص الثاني للقرارات المتخذة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية أو إنهاؤها.

**المطلب الأول: رقابة القاضي الإداري للقرارات السابقة والمصاحبة لتكوين الصفقة العمومية ومدى تحقيق نجاعة المرفق العام.**

يعمل القاضي الإداري على بسط رقابته على جل مراحل تكوين عقد الصفقة العمومية، تمتد هذه الرقابة لتشمل حتى العمليات السابقة والمصاحبة لتكوين هذا العقد، هدفها حماية المتنافسين لنيل الصفقة، وتحقيق وانجاز موضوع الصفقة سعيًا لأكبر قدر من الفعالية والنجاعة لسير المرفق العام. وتدخل هذه الرقابة ضمن قضاء الإلغاء كون العقد لم ينشأ بعد.

#### أ- بالنسبة للقرارات السابقة لتكوين الصفقة العمومية.

هي قرارات تحضيرية تستهدف التمهيد لإبرام الصفقة، كالقرارات المتخذة من طرف الإدارة في مرحلة دراسة ملفات المتنافسين أو تلك التي تقضي بإبعاد أو إقصاء بعض المرشحين من المشاركة في المنافسة بشكل تعسفي.

وقد أثارت هاته القرارات إشكالية تتعلق بكونها مجرد قرارات تحضيرية وليست حاسمة في النزاع وبالتالي لا يجوز الطعن فيها، لأن الطعن بالإلغاء لا يوجه إلا ضد القرارات النهائية، ومع ذلك فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن في هاته القرارات واعتبرها نهائية. ففي قضية famille la poz قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن في قرار للمجلس البلدي القاضي بالإقصاء اللامشروع لعائلة la poz من صفقة بيع المنزل وتم إلغاؤه نظراً لاتسامه بالشطط في استعمال السلطة<sup>470</sup>.

ومن أمثلة الاجتهادات القضائية المغربية بخصوص قبول الطعن في هاته القرارات نجد حكم للمحكمة الإدارية بالبيضاء رقم 03 ملف رقم 2003/2/9 الصادر بتاريخ 2005/01/03 والذي جاء فيه: "وحيث أنه أمام منازعة الطاعنة في نزاهة مكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل خلال إسناد الصفقة فإن هذه

<sup>470</sup> أوردته محمد الرحمان، منازعات الصفقات العمومية، رسالة لنيل الماستر في الحقوق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق فاس، برسم السنة الجامعية، 2008/2009، ص 43.

المحكمة أمرت تمهيدا بإجراء خبرة ... وحيث أنه بناء على ما ورد في تقرير الخبرة والوثائق المرفقة بالطلب فإن الأمر يوحي بوجود نوع من الريبة في إسناد الصفقة لشركة جونس هانس مما تكون معه الصفقة المذكورة قد طبعها نوع من التمييز بين المرشحين وتكون السلطة الساهرة عليها قد استعملت سلطتها في غير ما أعدت له وكان بالتالي قرارها مشوبا بالانحراف في استعمال السلطة يتعين إلغاؤه"<sup>471</sup>.

#### ب- بالنسبة للقرارات المصاحبة لعملية التعاقد.

هي تلك القرارات التي تتم بها المصادقة أو رفض المصادقة على العقد المبرم من طرف الإدارة، أو تكون المصادقة مخالفة للشكليات التي فرضها القانون.

والمصادقة هي إفصاح الإدارة عن نية إتمام التعاقد، حيث أن العقد غير المصادق عليه لا يعد سوى مشروع للتعاقد، ليست له أية آثار قانونية تجاه الإدارة أو المتعاقد معها، وبذلك تخضع القرارات المتعلقة بالمصادقة عليها من طرف سلطة الوصاية سواء كانت إيجابية أو سلبية لرقابة القضائي الإداري.

وعلى هذا الأساس فقد قضت المحكمة الإدارية بوجدة بإلغاء قرار لوزير الفلاحة صادق بمقتضاه على صفقة عمومية بالرغم من مخالفتها للقواعد القانونية المطبقة في هذا المجال<sup>472</sup>. نفس الشيء بالنسبة لقرار للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 864 بتاريخ 11 مارس 1999 في قضية بلقاضي محمد ضد جماعة سيدي حرازم حيث قبلت طعنا بالإلغاء ضد مقرر إرجاء مناقصة لكراء محلات الاصطياف بسيدي حرازم<sup>473</sup>.

والحاصل مما ذكر أن جميع القرارات الممهدة للعقد الإداري كالقرارات المتعلقة بإبرامه، والقرارات المتعلقة بالإقصاء من المنافسة، أو القرارات المتعلقة برفض المصادقة على عقد الصفقة، أو حتى القرارات المتعلقة بالتراجع عن المصادقة على العقد، كلها تعتبر قرارات إدارية منفصلة على العقد الإداري يجوز الطعن فيها بالإلغاء. غير أن ما يجب ملاحظته هنا هو أن قاضي الإلغاء يكتفي بإلغاء القرار ولا

<sup>471</sup> حكم رقم 03 ملف رقم 2003/2/9 صادر بتاريخ 2005/01/03، أورده خالد انطيطح، رقابة القضاء الإداري على الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة مولاي إسماعيل، كلية الحقوق، مكناس، برسم السنة الجامعية 2010/2011، ص 120.

<sup>472</sup> حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 24، صادر بتاريخ 1999/02/10 أورده خالد انطيطح، م س، ص 123.

<sup>473</sup> قرار للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 864 بتاريخ 11 مارس 1999 في قضية بلقاضي محمد ضد جماعة سيدي حرازم، أورده محمد قصري في مقال بعنوان: القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، منشور بمجلة المعيار، العدد 39، يونيو 2008. الصفحة 97.

يمكنه تجاوز ذلك بإصدار أوامر للإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل في إطار نظرية الفصل بين السلط<sup>474</sup>.

المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري على القرارات المتخذة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية أو إنهاؤها ونجاعة المرفق العام.

بعد المصادقة على الصفقة العمومية، ومرورها بجميع المراحل الممهدة لتكوين العقد، ودخولها حيز التنفيذ يمكن للإدارة -بوصفها سلطة إدارية وليس بوصفها طرفا متعاقدًا- اتخاذ مجموعة من التدابير والقرارات الإدارية يمكن أن تصل إلى حد إنهاء العلاقة التعاقدية دون اللجوء للقضاء. هنا يمكن للمتعاقد الطعن بالإلغاء بسبب التجاوز في استعمال السلطة ضد تلك التدابير والإجراءات، وبالتالي بسط رقابة القاضي الإداري عليها في إطار قضاء الإلغاء حفاظًا على حقوق المتعاملين مع الإدارة، وسعيًا لنجاعة الصفقة العمومية وبالتالي نجاعة المرفق العام.

أ-رقابة القاضي الإداري على القرارات المتخذة في المراحل الأولية لتنفيذ الصفقة العمومية.

تدخل جل المنازعات المتعلقة بتنفيذ بنود الصفقة العمومية ضمن القضاء الشامل، لكن يمكن للإدارة وبصفة منفردة أن توقع على المتعاقد المقصر بعض الجزاءات بنفسها دون اللجوء إلى القضاء بوصفها سلطة إدارية وليس بوصفها طرفا متعاقدًا ضمانًا لتنفيذ الصفقة العمومية في أحسن الظروف والأجال. هنا تكمن مهمة القاضي الإداري في فحص مدى مشروعية تلك الإجراءات والتدابير المتخذة في إطار قضاء الإلغاء.

ومن أبرز أنواع هذه القرارات نجد قرار إقصاء المرشح الذي رست عليه الصفقة العمومية، حيث يمكن إلغاء هذا القرار إذا لم تحترم الإدارة صاحبة المشروع الشروط المنصوص عليها في القوانين الجاري بها العمل، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بأكادير إذا اعتبرت أن قرار لجنة العروض غير قانوني وغير واقعي بإقصاء إحدى الوكالات من التنافس على الصفقة.<sup>475</sup>

<sup>474</sup> محمد قصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، منشور بمجلة المعيار، العدد 39، يونيو 2008، الصفحة 99.

<sup>475</sup> حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 10 صادر بتاريخ 23 فبراير 1995 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دراسات

وأبحاث جامعية العدد 19 سنة 1997، ص 122

ب-رقابة القاضي الإداري على القرارات المتخذة لفسخ عقد الصفقة العمومية بين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل.

يمكن للإدارة أن تصدر قرارات بفسخ عقد الصفقة بإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء. فهل يمكن الطعن بالإلغاء أمام هذه القرارات أم اقتصرها على القضاء الشامل؟ وجوابا على ذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته<sup>476</sup> إلى القول بقابلية القرارات المستندة إلى البنود التنظيمية للعقد الإداري للطعن فيها بالإلغاء خلافا للقرارات التي تصدر تنفيذًا للعقد التي لا تجوز الطعن فيها إلا في إطار دعوى القضاء الشامل.

هذا وقد بين القضاء الإداري المصري مجال دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل بشأن قرار فسخ العقد. ففي حكم لمحكمة القضاء المصري بتاريخ 27 يناير 1957 في القضية رقم 197 لسنة 11 اعتبرت أنه: "إذا كان الإلغاء مستندا إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قرارا إداريا ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء... أما إذا كان الإلغاء مستندا لبنود العقد نفسه وتنفيذا له فإن المنازعة فيه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس الولاية الكاملة لهذا القضاء"<sup>477</sup>.

وقد تركز هذا الاتجاه القضائي في أحكام القضاء الإداري المغربي من خلال مجموعة من القرارات والأحكام سواء على مستوى قرارات الغرفة الإدارية<sup>478</sup>، أو على مستوى المحاكم الإدارية<sup>479</sup> حيث اعتبر الاجتهاد القضائي المغربي على غرار القضاء المقارن أن قرار الفسخ متى استند إلى نصوص القانون اعتبر قرارا إداريا مما يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

<sup>476</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1905084 في قضية مارتاني أورده المستشار محمد القصري الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في مداخلة له حول القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية منشور بموقع مدونة المنبر القانوني، الصفحة 100.

<sup>477</sup> حكم محكمة القضاء المصري بتاريخ 27 يناير 1957 قضية رقم 197 لسنة 11.

<sup>478</sup> كقرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 66 بتاريخ 1967.09.12 في قضية الشركة الكهربائية المغربية ضد وزير الأشغال العمومية والذي اعتبرت فيه أن عدم النص في عقد الامتياز على أداء مقابل لذلك يندرج ضمن المزايا المالية التي تتمتع بها الشركة وبالتالي إلغاء القرار الإداري الصادر من وزير الأشغال العمومية القاضي يفرض بموجبه على الشركة المتعاقدة أداء تعويض مقابل احتلالها أراضي عمومية مدت عليها الأسلاك الكهربائية لنقل التيار الكهربائي باعتباره قرارا منفصلا عن العقد.

<sup>479</sup> حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 52694 بتاريخ 1995.11.09 قضية أزرقان ضد بلدية مكناس.

فقاضى الإلغاء يسعى أثناء جميع المراحل السابقة والمصاحبة والمتخذة لتنفيذ الصفقة العمومية أو إنهاءها لفرض رقابته على جميع القرارات الإدارية المتعلقة بها، سعياً لخلق نوع من التوازن بين جميع المتنافسين لنيل الصفقة في احترام تام للمبادئ المؤطرة للصفقات العمومية والمجسدة لمبادئ الحكامة الجيدة في مجال الطلبات العمومية والمرتبطة بمبدأ المنافسة، ومبدأ الشفافية، ومبدأ الفعالية، ومبدأ المساواة، سعياً لتحقيق نجاعة المرفق العام واستغلال أمثل للمال العام. لكن تبقى أغلب المنازعات المقدمة أمام القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية تدخل ضمن القضاء الشامل لتعدد أوجهه ومسبباته، كما أن الطابع الاستعجالي لهذه المنازعات يجعل تدخل القضاء الاستعجالي محورياً في المجال، وهو ما سأحاول دراسته في المبحث الثاني من هذه المقالة.

**المبحث الثاني: رقابة القضاء الشامل والقضاء الاستعجالي للصفقة العمومية ونجاعة المرفق العام.**

القضاء الشامل هو القضاء الذي يخول للقاضي تصفية النزاع كلياً، حيث أن اختصاصه لا يقتصر على التأكد من صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن العملية المركبة لعقد الصفقة، وإنما يمتد ليشمل كل عناصرها. فكل نزاع نشأ عن علاقة تعاقدية بين الإدارة والأشخاص يخضع للقضاء الشامل<sup>480</sup>.

وتندرج في نطاق القضاء الشامل كل المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد والمتصلة به. ويشمل ذلك إلغاء أي قرار إداري اتخذته الإدارة تنفيذاً لبنود العقد وأثناء سريانه، على اعتبار أن كل ما يدخل في نطاق العقد هو من اختصاص القضاء الشامل<sup>481</sup>. ويؤكد الدكتور سليمان الطماوي أنه متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد، أو صحته، أو تنفيذه، أو انقضائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل، دون ولاية الإلغاء<sup>482</sup>.

كما يلعب القضاء الاستعجالي دوراً مهماً في رقابة المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، بالنظر للطابع الاستعجالي لهذه المنازعات.

<sup>480</sup> حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2003/05/05 أورده محمد الأعرج، م س ص 77.

<sup>481</sup> كريم لحرش: القضاء الإداري المغربي، سلسلة اللامركزية والإدارة المحلية عدد مزدوج 16-17 مطبعة طوب بريس الرباط الطبعة الأولى

2012، ص 120.

<sup>482</sup> سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى 1957، ص 130

وعليه ستتناول دراسة المبحث الثاني صور المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار القضاء الشامل ودور قاضي العقد في تحقيق نجاعة المرفق العام كمطلب أول، على أن يخصص المطلب الثاني للدور المحوري للقضاء الاستعجالي في حل منازعات الصفقات العمومية سعياً لنجاعة المرفق العام.

### المطلب الأول: قاضي العقد ونجاعة المرفق العام في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية.

تتخذ المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار القضاء الشامل عدة صور يمكن إجمالها فيما

يلي:

#### أ- دعوى لأجل بطلان عقد الصفقة، ودعوى الحصول على المبالغ المالية.

بالنسبة لدعوى لأجل بطلان عقد الصفقة هي تلك الدعوى التي تثار عندما يلحق العقد عيب في التكوين، حيث إن المتعاقد لا يمكنه المطالبة بإلغاء العقد إلا بسلوك دعوى القضاء الشامل لأن دعوى الإلغاء لا توجه ضد العقود الإدارية. ويشترط في هذه الدعوى رفعها من المتعاقد صاحب المصلحة، لأن الأجنبي عن العقد لا يجوز له رفعها كونه لا يتمتع بأي قوة في الالتزام، وإذا تضرر من عملية التعاقد بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فلا يكون أمامه إلا حق الطعن بالإلغاء من تصرفات صاحب المشروع.

أما بالنسبة لدعوى الحصول على المبالغ المالية التي تعد أهم أهداف الصفقة، تقام إما من طرف الإدارة، أو من طرف المتعاقد معها. وفي هذا الإطار قضت المحكمة الإدارية بمراكش على أنه "من حق الشركة المدعية بعد إنجاز الأشغال المطلوبة منها بمقتضى صفقة الأشغال المطالبة بمستحققاتها التي تبقى دينا بذمة البلدية المتعاقدة"<sup>483</sup>. وفي نفس الإطار قضت نفس المحكمة في حكم آخر بأن "ثبوت إنجاز المدعية للأشغال المتفق عليها بشكل سليم يجعلها محقة في طلب الحصول على مستحققاتها فوراً"<sup>484</sup>. وقد ترفع هاته الدعوى لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى الحكم بمبلغ مالي، بما فيها فوائد التأخير. هنا نجد قرار صادر عن المحكمة الإدارية بمراكش في الدعوى المقامة من طرف شركة ماربيل على بلدية مراكش

<sup>483</sup> حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 4 صادر بتاريخ 18/01/1999، أورده خالد انطيطح، م س، ص 58.

<sup>484</sup> حكم عدد 60، صادر بتاريخ 1/12/2001، أورده خالد انطيطح، م س، ص 58.

المدينة<sup>485</sup>. كما قد ترفع من أجل التعويض عن الحرمان من الربح، كما جاء في حكم إدارية أكادير<sup>486</sup>.

فدعوى التعويض في مجال منازعات العقود الإدارية تتخذ عدة أوجه منها:

- التعويض عن التماطل في أداء المقابل المالي نتيجة تنفيذ العقد: فهذه المتعاقد من تنفيذ العقد هو الحصول على المقابل المالي، لذا على الإدارة الالتزام بتأديته وإلا أرغمت على تأدية فوائد التأخير.

- التعويض لضمان التوازن المالي: ينشئ اختلال التوازن المالي للعقد الإداري حقا والتزاما في الوقت ذاته، فالالتزام ينشأ على كاهل الإدارة التي عليها إعادة التوازن المالي للعقد، والحق يكون للمتعاقد في شكل تعويض عن الظروف التي أثرت على التوازن المالي للمشروع، وهذه الظروف تكون إما نتيجة تعديل العقد، أو نتيجة خطأ الإدارة، أو نتيجة فعل الأمير، أو نتيجة قوة قاهرة أو صعوبات مادية غير متوقعة.

ب- دعوى إبطال التصرفات الصادرة عن الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية، ودعوى لأجل فسخ الصفقة.

بالنسبة لدعوى إبطال التصرفات الصادرة عن الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية تتم إذا صدر عن الإدارة تصرف مخل بالتزاماتها التعاقدية، حيث يحق للمتعاقد معها المطالبة بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء. ومن أمثلة ذلك القرارات الخاصة بتوقيع جزاء من الجزاءات التعاقدية، أو بفسخ عقد الصفقة، أو إنهائه أو إلغائه. فقد اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها بين شركة مقاوله الأشغال العامة العقارية ومدير المكتب الوطني للكهرباء الذي ألغى صفقة متعلقة بإنجاز الطاعنة لأشغال إعداد حوض جديد للطاقة الكهربائية بجريدة، أن القرار القاضي بإلغاء الصفقة يدخل في إطار المنازعة حول تنفيذ العقد الإداري الذي يختص بالنظر فيه القضاء الشامل<sup>487</sup>. كما قضت إدارية الدار البيضاء في

<sup>485</sup> حكم إدارية مراكش عدد 4 صادر بتاريخ 1999/01/18، جاء فيه "الشركة المدعية تستحق تعويضا عن التماطل بعد ثبوت إنذارها و مطالبتها البلدية بأداء مستحقاتها عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتسلم.

<sup>486</sup> حكم إدارية أكادير عدد 279، صادر بتاريخ 2007/7/26، أورده محمد قصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية مجلة المعيار العدد 39، يونيو 2008، ص 32. "، جاء فيه أن مسؤولية المجلس البلدي لأولاء تايمه عن الضرر اللاحق بالمدعية ثابتة في الحدود المشار إليها أعلاه، وحيث أن المحكمة انطلقا من سلطتها التقديرية وبعد الأخذ بعين الاعتبار حرمان المدعية من الربح الذي كان من الممكن أن تحققه من الصفقة التي تم إقصائها منها، قررت الحكم على المجلس البلدي لأولاء تايمه بأداء للمدعية مبلغ 250.000 درهم.

<sup>487</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 67، بتاريخ 1996/04/11، أورده محمد الأعرج، م س، ص 78.

أحد أحكامها بأنه "في حالة فسخ العقد كجزء لخطأ المتعاقد، للقضاء أن يبحث مدى ملائمة الفسخ كعقوبة للخطأ المنسوب إلى المتعاقد"<sup>488</sup>.

بالنسبة لدعوى لأجل فسخ الصفقة هنا نتحدث عن الفسخ الذي ينطق به القضاء بناء على طلب أحد الطرفين. وقد حدد الدكتور سليمان الطماوي الأسباب التي من أجلها يحكم القضاء بالفسخ في العناصر التالية:<sup>489</sup>

-الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة: ينتج عن القوة القاهرة إعفاء المتعاقد من التنفيذ، فلا يكون بمقدور الإدارة إرغامه على التنفيذ ولا أن توقع عليه غرامات التأخير.

-الفسخ القضائي نتيجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية: ويكون في حالة عدم وفاء أحد الأطراف المتعاقدة بالتزاماته التعاقدية، وإذا ما وصلت المخالفة درجة جسيمة هنا يحق له اللجوء إلى القضاء.

ويختلف موقف المتعاقد عن موقف الإدارة في مسألة الفسخ، حيث أن المتعاقد يكون دائما مضطرا إلى اللجوء إلى القضاء بغية الحصول على حكم قضائي يقضي بفسخ العقد، وهذا الحكم لا يصدر عن القضاء إلا إذا أخطأت الإدارة خطأ جسيما. بينما يمكن للإدارة اللجوء إلى فسخ العقد بقرار إداري صادر من جهتها، كما يمكنها أن تتنازل عن استعمال حقها في فسخ العقد الإداري وأن تلجأ بدورها إلى القضاء ضمانا لعدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا ما ثبت أنها أساءت استخدام هذا الحق. وهنا نورد ما جاء في حكم المحكمة الإدارية بمراكش الذي قضت فيه بأنه "ليس هناك ما يمنع صاحب المشروع من الالتجاء إلى القضاء الإداري بشأن فسخ عقد صفقة، وذلك بالرغم من شروط الفسخ المنصوص عليها بدفتر الشروط الخاصة والعامّة المقررة لصالح الإدارة صاحبة المشروع، حيث أن من حقها التنازل عنها ورفع أمر الفسخ إلى القضاء ما دامت ترى في ذلك ضمانا للطرفين"<sup>490</sup>. فالهدف من هاته الدعوى الحصول على حكم قضائي بفسخ الصفقة تسري آثاره ابتداء من تاريخ رفع تلك الدعوى.

<sup>488</sup> حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، عدد 243 صادر بتاريخ 1996/02/23، أورده خالد انطيطح ص 53.

<sup>489</sup> محمد سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، ص 768.

<sup>490</sup> إدارية مراكش، حكم عدد 264، صادر بتاريخ 5 ماي 2003، أورده إلهام بخوشي، منازعات الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة

الماستر في الحقوق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، فاس، برسم السنة الجامعية 2010/2009، ص 51.

فالقاضي الإداري في مجال المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية وعبر القضاء الشامل يسعى لبسط رقابته وفض النزاع كليا سعيا منه لتحقيق نوع من التوازن بين أطراف العقد، ومحاولا في الوقت نفسه الرفع من نجاعة المرفق العام والخدمات التي يقدمها حفاظا على المال العام وتحقيقا لموضوع الصفقة.

وبالنظر للطابع الاستعجالي لهذه المنازعات يبقى دور القضاء الاستعجالي محوريا في فض النزاعات المثارة في مجال الصفقات العمومية وهو ما سيتم دراسته في المطلب الثاني من هذا المبحث.

### المطلب الثاني: الأمور المستعجلة في منازعات الصفقات العمومية ونجاعة المرفق العام.

إن اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية يستتبع لزوما اختصاصه بالفصل فيما ينبثق عن هاته المنازعات من أمور مستعجلة<sup>491</sup>، مادام القانون لم يسلبه ولاية الفصل فيها. فقد دأب القضاء المقارن وخاصة القضاء الاستعجالي الفرنسي، على استصدار أوامر للمتعاقد مع الإدارة باحترام التزاماته التعاقدية. كما دأب على تعليق مسطرة التعاقد إلى حين التحقق من شرعية القرارات المتخذة في هذا الإطار. إلا أن سلطة القضاء تستند إلى نص قانوني من جهة، ومن جهة أخرى، تبقى هذه الصلاحية محددة في الزمان بإمكانية تفعيلها حصرا قبل التوقيع على العقد. إلا أنه خلال مرحلة تنفيذ العقد لا يمكن لقاضي المستعجلات أن يتدخل إلا استنادا إلى القواعد المسطرية العامة المطبقة على القضاء الاستعجالي<sup>492</sup>.

أ-المقتضيات القانونية المقررة بشأن اختصاص القضاء الاستعجالي في منازعات الصفقات العمومية ونجاعة المرفق العام.

تكتسي الطلبات المستعجلة في مجال الصفقات العمومية أهمية قصوى بالنظر إلى خصوصية هذه المنازعات، والتي يعد الوقت عاملا مؤثرا فيها. فعقد الأشغال العامة مثلا يثير عدة إشكاليات تستوجب التدخل لاتخاذ إجراءات مستعجلة لا تحتتمل التأخير، مثل إثبات الأوضاع المادية التي يخشى زوالها، أو

<sup>491</sup> مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب - الأشغال والتوريدات والخدمات- الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم، 2010، ص 428.

<sup>492</sup> محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 88- 2011، ص 129.

التحقق من قيام القوة القاهرة التي يمكن أن يتمسك بها مستقبلا كسبب يجعل المتعاقد يتحلل من التزاماته التعاقدية، أو تقديم طلب إجراء خبرة لاعتماده كأساس للمطالبة بالتعويض، حيث أن عدم إجراء هاته الخبرة يحول دون الوقوف على حقيقة الأمر خاصة إذا قامت جهة أخرى بإتمام الورش<sup>493</sup>.

والجدير بالذكر أن المحاكم تفصل في الطلب المستعجل في الحدود والضوابط المقررة للفصل في الطلبات المستعجلة، حيث تنظر أولا في توافر عنصر الاستعجال على حسب الحالة المعروضة والحق المطلوب المحافظة عليه، ذلك أنه من شروط قبول الطلبات في إطار المادة 149 من قانون المسطرة المدنية وجوب توفر عنصر الاستعجال. وعلى هذا الأساس قضى أمر استعجالي للمحكمة التجارية بالرباط<sup>494</sup> على أن الحال في طلب إجراء خبرة على الوثائق المحاسبية للطرفين الذي تقدمت به المدعى عليها لا يكتسي أي طابع استعجالي. ثم تستظهر المحاكم جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة إليها في ظاهرها، فتحكم على مقتضى هذا النظر بحكمها المؤقت على الوجه المستعجل للنزاع، وذلك إما باتخاذ الإجراء المطلوب أو رفضه دون المساس بالناحية الموضوعية للنزاع، الأمر الذي تنظر فيه المحاكم بعد ذلك في ظل ما لديها من دلائل موضوعية، وهو ما أكدت عليه المحكمة الإدارية بوجدة حيث قضت بمقتضى المادتين 149 و 152 من قانون المسطرة المدنية المحال عليهما الفصل 7 من القانون 41.90 بضرورة توافر حالة الاستعجال، و عدم المساس بأصل الحق، و هما شرطان لازمان إذا انعدم أحدهما زال اختصاص قاضي المستعجلات لفائدة قضاء الموضوع<sup>495</sup>. كما أقرت المحكمة الإدارية بالرباط في أمرها الاستعجالي المتعلق بقضية وزارة التجهيز ضد نادي الأشغال العمومية قاعدة عدم المساس بجوهر النزاع حيث جاء فيه "ما دام من شأن البث في النزاع المرتبط بتنفيذ بنود عقد اتفاقية التسيير المس بالمركز القانوني لطرفي العقد، وبالتالي المس بجوهر النزاع فإن محكمة الموضوع هي المختصة بالبث في النزاع المذكور وليس قاضي المستعجلات"<sup>496</sup>.

<sup>493</sup> خالد انطيطح، رقابة القضاء الإداري على الصفقات العمومية، م س، ص 135.

<sup>494</sup> أمر استعجالي للمحكمة التجارية بالرباط، عدد 131 بتاريخ 02-03-2001 مكتب الصرف ضد شركة المنشآت المغربية الدليل العلمي ص 368 أورده محمد الأعرح، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، م س ص 130.

<sup>495</sup> أمر استعجالي للمحكمة الإدارية بوجدة رقم 72 صادر بتاريخ 06/09/2001، أورده خالد انطيطح، م س، ص 136.

<sup>496</sup> أمر استعجالي للمحكمة الإدارية بالرباط عدد 44 صادر بتاريخ 13/02/2002، أورده خالد انطيطح ص 137.

ب-القواعد العامة التي تؤطر اختصاص القضاء الاستعجالي ومدى تحقيقها لنجاعة الصففة العمومية والمرفق العام.

بخصوص القواعد العامة التي تؤطر اختصاص القضاء المستعجل، أكد أمر صادر عن المحكمة الإدارية بفاس على أنه إضافة إلى ضرورة توافر الشروط اللازمة لانعقاد اختصاصه في الأمور المستعجلة المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية، ألا وهي توافر عنصر الاستعجال وعدم المساس بجوهر الحق، فإن اختصاص القضاء المستعجل تؤطره قواعد عامة. حيث أنه إذا كان القاضي الإداري الاستعجالي يملك سلطة وضع حد لكل اعتداء مادي أو غصب أو قطع تعسفي لوضعية شرعية قائمة وذلك بإرجاع الأطراف إلى الوضع الذي كانوا عليه قبل حدوث الاعتداء المادي حماية منه للمراكز القانونية الواضحة، فإن اختصاصه ذلك مشروط بتوافر عنصر الاستعجال وعدم المساس بجوهر الحق وهما شرطين لازمين إذا انعدم أحدهما زال اختصاص قاضي المستعجلات لفائدة قضاء الموضوع. وأضافت نفس المحكمة لتوضيح القواعد العامة على القضاء الاستعجالي المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق كل الطرفين والتزامه قبل الآخر، إذ يحضر عليه تناوله بالتفسير والتأويل وتأسيس فضائه بذلك على أسباب تمس أصل الحق المقصود بالحماية من خلال الإجراء المطلوب، غير أنه شرط عدم المساس بجوهر الحق هذا لا يمنع قاضي المستعجلات من البحث في مبلغ الجدل في المنازعة، فإذا استبان له أن المركز القانوني للطالب لم يعد من شأنه المساس بأصل الحق حكم بعدم اختصاصه للبت في الطلب. وحتى إذا كانت المنازعة مفتعلة والغاية منها إبعاد اختصاص القضاء المستعجل أو رده أو محاولة منعه من البث في الطلب أمر باختصاصه وبالإجراء المطلوب حوله<sup>497</sup>.

كما أن الطلبات المستعجلة في منازعات العقود الإدارية المرتبطة بولاية قضاء الإلغاء تنحصر فقط في طلب الحكم بوقف تنفيذ قرار من القرارات الإدارية المنفصلة. وتبعاً لذلك يخضع هذا الطلب لأحكام وقف تنفيذ القرار الإداري، يستهدف هذا النظام وقف سريان القرارات الإدارية. فمحل دعاوى إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية أمام القضاء الإداري عامة، سواء في بلادنا، أو في فرنسا، أو مصر، يكون دائماً هو ذاته محل طلب دعوى الإلغاء، وذلك تطبيقاً لقاعدة اقتران طلب وقف التنفيذ المقرر الإداري بطلب إلغاء

<sup>497</sup> أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بفاس، عدد 1185، بتاريخ 17-11-2004 بين شركة أنوار للبناء ضد المجلس الجماعي لفاس، أورده محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، م ص 132.

نفس المقرر<sup>498</sup>. وفي حكم للمحكمة الإدارية بالرباط اعتبر أنه في حالة غياب نص قانوني خاص يعطي لقاضي المستعجلات اختصاص إيقاف تنفيذ عقد إداري يبقى النص العام الواجب التطبيق المادة 149 من قانون المسطرة المدنية<sup>499</sup>.

فدور القضاء الشامل والقضاء الاستعجالي يبقى محوريا في فض النزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية لتعدد أسبابها من جهة، وطابعها الاستعجالي من جهة أخرى، حيث يعد الوقت عاملا مؤثرا فيها. والقاضي الإداري من خلال رقابته للصفقة العمومية يحاول حماية حقوق المتعاقد مع الإدارة مع ضمان حسن تنفيذ التزاماته التعاقدية سعيا لفعالية ونجاعة الطلبات العمومية وحماية المال العام وبالتالي نجاعة المرفق العام.

---

<sup>498</sup> عبد الله بونيت. إيقاف تنفيذ القرار الإداري في ضوء الإجماع القضائي المغربي والمقارن - دراسة تطبيقية الطبعة 2-2011.

<sup>499</sup> حكم للمحكمة الإدارية بالرباط رقم 296 بتاريخ 23-08-2006 بين عبد اللطيف وهي ضد شركة الرباط باركينغ أورد محمد الأعرح، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، م س ص 132.

## خاتمة

تعد الصفقات العمومية إحدى الآليات الأساسية التي يتم بها تنفيذ الميزانية، لارتباطها بتدبير الشأن العام، وتشكل اللبنة الأساسية لتلبية حاجات الإدارة. وبالنظر لأهمية موضوعها المتمثل في إنجاز أورايش كبرى أو تقديم خدمات وإنجاز توريدات، فإن إطارها القانوني يخضع لبعض المبادئ الرامية إلى ترسيخ الشفافية والحفاظ على مصالح الإدارة والمتعاملين معها على حد سواء، في إطار شراكة متوازنة يتوخى منها إنجاز أعمال بجودة عالية، وبتكلفة مناسبة، فضلا على الرغبة في تخليق الحياة العامة ومحاربة كل الممارسات المرتبطة بأفعال الغش والرشوة. لذلك خصها المشرع بمجموعة من النصوص القانونية التي تضبط جميع العمليات، وتحدد تصرفات الأطراف المتدخلة في هذا المجال، إضافة إلى إسناد عمليات التتبع والمراقبة إلى عدة أجهزة قصد ضمان نجاعة الصفقة العمومية وتحقيق الأهداف المرجوة منها.

ويبقى تدخل القضاء الإداري حاسما في المجال باعتباره إحدى أوجه الرقابة القضائية المسلطة على حسن تنفيذ النفقة العمومية، حماية للمال العام، وتحقيقا للنجاعة الإدارية للمرفق العام، سواء عبر مراقبة كل المراحل التي يمر منها التعاقد في مجال الصفقات العمومية، وكذا محاولة خلق نوع من التوازن بين طرفي الصفقة عبر قضاء الإلغاء أو القضاء الشامل في احترام تام لمجموع المبادئ المؤطرة لحسن تدبيرها سواء مبدأ الشفافية، أو مبدأ المنافسة، أو مبدأ المساواة، أو مبدأ التنافسية، أو مبدأ الفعالية للوصول إلى الجودة وحماية كل أطراف العقد .

واقع التكريس التشريعي والقضائي لقوانين البوليس والأمن في القانون الدولي الخاص المغربي

The reality of législative and judicial consécration to police and Security laws

in Marocain private international Law.

القاسمي مصطفى

طالب باحث بسلوك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس بالرباط -كلية الحقوق والاقتصاد اكدال

:elkasmi9@hotmail.fr

ملخص المقالة :

تتناول المقالة قوانين البوليس والأمن- قوانين النظام العام الاجتماعي و الاقتصادي -التي تكون واجبة التطبيق على الروابط القانونية التي تدخل في نطاق سريانها، في منازعات القانون الدولي الخاص، أيا كانت طبيعتها وطنية أم دولية، وهي ترمي بذلك إلى تحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني للمجتمع القاضي، حيث أن هذه الاعتبارات تقتضي تطبيق هذه القواعد مباشرة دون أن يسبقه أي بحث في طبيعة المسألة أو المنازعة على خلاف ما هو معمول به عند إعمال منهج قاعدة الإسناد.

الكلمات المفاتيح:

القانون الدولي الخاص - قوانين الأمن والبوليس الوطني - قوانين البوليس والأمن الأجنبية - التكريس التشريعي - التكريس القضائي

**Article summary :**

the article deals with police and Security laws -social and econmic public law laws - that are applicable to legal ties that fall within the scope of their application in disputes of private international law, whatever their national or international nature, and it aims to achieve the necessary protection for tehe legalf system of the judge commnity, whereas, ,these considerations require the application of these rules directly without preceded by any research on the nature of the matter or dispute ,contrary to what is used in the implementation of the baze of attribution method.

private international law -national police of and securite law -police of and securite law foreign -the ligislative consecration -the judicial consecration

## مقدمة

إذا كان الأصل في أية رابطة قانونية على صلة بدول مختلفة يتعين على القاضي أن يطبق القانون الذي تشير به قاعدة الإسناد وفقا للمنهج التنازعي التقليدي الذي يقوم على تحليل العلاقات محل النزاع بحثا عن القانون الواجب التطبيق في شأنها سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي، فإن هذا الأمر ليس مطلقا من كل قيد، بل توجد عدة قوانين لا تسمح طبيعتها الخاصة بقبول الاشتراك القانوني بين الدول المختلفة، وفي وجود تلك القوانين يلتزم القاضي بتطبيق قانونه الوطني فقط، وإن كانت قاعدة الإسناد تقضي بتطبيق قانون أجنبي.

ومن بين هذه القواعد القانونية قواعد البوليس والأمن<sup>500</sup> التي تكون واجبة التطبيق على الروابط القانونية التي تدخل في نطاق سريانها<sup>500</sup>، أي كانت طبيعتها وطنية أم دولية، وهي ترمي بذلك إلى تحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني للمجتمع القاضي، حيث أن هذه الاعتبارات تقتضي تطبيق هذه القواعد مباشرة دون أن يسبقه أي بحث في طبيعة المسألة، كما يتطلب ذلك منهج قاعدة الإسناد<sup>501</sup>.

ولقد ظهرت هذه القواعد مع مطلع القرن العشرين في ظل المذهب الاشتراكي نتيجة تطور الفكر السياسي والاقتصادي، بفضل تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وسن العديد من القوانين التوجيهية الأمرة التي لا تفرق في تطبيقها بين العلاقات الداخلية أو الدولية، وهذا ما أدى إلى ظهور منهج قواعد البوليس والأمن على مستوى القانون الدولي الخاص إلى جانب منهج قاعدة الإسناد ومنهج القواعد المادية في فض منازعات العلاقات الدولية الخاصة<sup>502</sup>.

وقد انتهى جانب من الفقه إلى ضرورة اعتماد المعيار الوظيفي أو الموضوعي للكشف وتقييم قاعدة قانونية بأنها ترقى إلى مصاف قواعد بوليس والأمن تطبق على النزاعات الداخلية و الدولية الخاصة دون تفرقة،

<sup>500</sup> - و يقصد بالقواعد البوليس، مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني والذي بلغ طابعها الأمر حدا يقتضي أعمالها

على المسائل التي تدخل في مجال سريانها بصرف النظر عن نوع العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي.

كما تعرف هذه القواعد من جهة أخرى بأنها " القواعد التي تلازم تدخل الدولة، والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أي كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي: أحمد عبد الكريم سلامة: " القواعد ذات التطبيق

الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص"، (دراسة تحليلية تطبيقية) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية سنة 1985،

ص 16 وما بعدها.

<sup>501</sup> - جميلة أوحيدة: "أليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي"، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط-2007،

ص 21.

<sup>502</sup> - محمود محمد ياقوت: "قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق"، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، 2003، ص 25.

بعد أن خلصوا إلى عدم كفاية معيار الغاية أو الهدف، وكذلك المعيار العضوي والمادي، فقام هذا المعيار عليهما معا تبعا للوظيفة التي تؤديها القواعد في النظام القانوني الذي تعد جزء منه<sup>503</sup>.

ومما لا ريب فيه أن تدخل المشرع المغربي في السنوات الأخيرة بسن وتعديل وتغيير جملة من القوانين في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية بهدف حماية النظام العام الاقتصادي والاجتماعي، جعلته يكرس نصوص قانونية أمرة ذات التطبيق الفوري على جميع النزاعات ذات طبيعة دولية وداخلية دون تفریق، وهو يقتضي ضرورة تدخل المشرع من اجل رسم حدود تطبيق قواعد البوليس المغربية على النزاعات الدولية الخاصة حتى لا يغالى في تطبيقها من طرف القضاء والحرص على عدالة الحل المعطى لهذه النزاعات لتطبيق القانون الأكثر ملاءمة وارتباطا بها.

كما أن الحركية التي شهدتها الروابط القانونية على مستوى الدولي بفضل العولمة التي جعلتها في ارتباط بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة أمام إشكالية تطبيق قواعد البوليس الأجنبية التي لها ارتباط بالنزاع، وهو ما أصبح يفرض على المشرع المغربي الانفتاح على هذه القواعد وذلك بتحديد شروط تطبيقها كلما كانت على صلة جديدة بالنزاع المعروض على القضاء المغربي.

وبناء عليه تحقق دراسة هذا الموضوع من كونه يعالج مسألة تتعلق بقواعد تتصل بالنزاعات الداخلية والدولية دون تمييز تنامي بصورة مطردة، وبشكل ملموس في القانون المغربي، ولاسيما أن القضاء المغربي ذهب في بعض من قراراته إلى تطبيق القانون المغربي على روابط قانونية دولية دون استشارة القانون المختص نظرا لما تحققه هذه قواعد من حماية مصالح حيوية للدولة غايتها ضمان الاستقرار على مستوى النظام العام الاجتماعي والاقتصادي.

لذلك سيكرس موضوع الدراسة للإجابة عن إشكالية التالية:

و وقع تعامل كل من المشرع والقضاء المغربيين مع قوانين البوليس والأمن في القانون الدولي

الخاص المغربي؟

إن الإجابة عن هذه الإشكالية تقتضي نهج مقارنة تحليلية من خلال التطرق لواقع التكريس التشريعي لقوانين البوليس والأمن من جهة (المطلب الأول) وواقع التعامل القضائي في تطبيقها من جهة ثانية (المطلب الثاني)

<sup>503</sup> \_ ياقوت محمد محمود: مرجع سابق، ص 70.

### المطلب الأول: واقع التكريس التشريعي لقوانين البوليس والأمن الوطنية

لقد ساهمت التطورات والتحولت التي شهدتها العالم بسبب العولمة وحركية الأموال والأفراد، لا محالة في دفع المشرع المغربي في الآونة الأخيرة إلى تبني سياسة القوانين التوجيهية و الحمايةية تحتوي على قواعد أمره ترقى إلى مصاف قوانين بوليس، تطبق على جميع النزاعات مهما كانت طبيعتها (الفقرة الأولى) ونفس الأمر أصبح مكرسا في قوانين المقارنة التي أضحت تزخر بقواعد أمره تسري على جميع العلاقات والنزاعات مهما كانت طبيعتها دولية أو وطنية دون تفريق أو استشارة للقانون المختص بالنزاع بمقتضى قاعدة الإسناد (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: بالنسبة لقوانين البوليس والأمن الوطنية

لقد كان من المفروض بعد حصول البلاد على الاستقلال أن يتدخل المشرع المغربي بإصلاح ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، أو إصدار مدونة جديدة تنظم القانون الدولي الخاص المغربي و تتجاوز بعض الحلول التقليدية التي أصبحت قاصرة ولا تسير التطور الذي عرفته منظومة القانون الدولي الخاص المقارنة.

ولقد بات مسلما به أن القانون المغربي عرف عدة تحولات ومستجدات، إذ جرى تحديثه بصور مجموعة من القوانين تتضمن قواعد حمائية العامة للمجتمع تهدف إلى حماية الأسس الاجتماعية والاقتصادية للبلاد، نذكر على سبيل المثال مدونة الأسرة لسنة 2004، مدونة التجارة لسنة 1996، قانون المستهلك رقم 31.08 لسنة 2011، والقانون المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة لسنة 2014، وقانون 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، بالإضافة إلى قوانين أخرى كلها تتضمن قواعد حمائية وتوجيهية ذات وصف قوانين بوليس سواء أتت بصياغة صريحة أو ضمنية يستنبطها القاضي، مما يستوجب تطبيقها كلما كان النزاع المعروف على القاضي المغربي له روابط وصلة وثيقة بالقانون المغربي.

وعليه أضحى ضروريا على المشرع المغربي، أن يتدخل لتنظيم حدود تطبيق قواعد البوليس المغربية على النزاعات الدولية الخاصة، ويكون من الأفضل عليه الاستفادة من تجارب التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية التي نظمت إمكانية تطبيق القواعد الأمرة المنتمية إلى قانونها الوطني على النزاعات الدولية الخاصة، نذكر على سبيل المثال ما كرسته الاتفاقيات الدولية التي أخذت بتطبيق قواعد البوليس والأمن، وسمحت لقضاء الدول التي يعرض عليها النزاع أن تعطي الأولوية لتطبيق القواعد الأمرة التي تنتهي إلى قانونه، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق، وهو ما نصت عليه اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية و الصادرة سنة 1980 والمعدلة سنة 2008 في

الفصل 9 الذي جاء فيه "لا تنال نصوص الاتفاقية من قواعد قانون بلد القاضي التي تحكم بنحو أمر العلاقة العقدية أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد"<sup>504</sup>.

وأما على مستوى التشريعات المقارنة نجد أن:

القانون الدولي الخاص الفيدرالي السويسري لسنة 1987 في مادة 18 التي تنص على: "إعمال القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في هذا القانون لا ينال من مجال سريان القواعد الأمرة في القانون السويسري والتي تفرض أهدافها الخاصة ضرورة تطبيقها على النزاع"<sup>505</sup>.

ونفس المقتضى كرسه القانون الدولي الخاص البلجيكي لسنة 2004 في الفصل 20 الذي جاء في متنه "الأحكام الواردة في القانون المختص لا يمكن أن تؤثر على تطبيق القواعد الأمرة أو النظام 9 العام للقانون البلجيكي التي تريد الانتطابق على نزاع دولي أيا كان القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد بالنظر إلى الغرض والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه..."<sup>506</sup>.

و كذلك المادة 3 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 التي تنص على أن "قوانين الأمن والبوليس ملزمة لكل من يقطن الإقليم الفرنسي"

ونفس المنحى سلكه المشرع الاسباني في القانون المدني الصادر سنة 1889 في الفص 8 الذي جاء فيه أن "قواعد الأمن والبوليس، تطبق على كل من هو فوق التراب الإسباني"<sup>507</sup>.

وأما على مستوى التشريعات العربية كرس المشرع الجزائري نص صريح فقط فقط يرجح تطبيق قوانين البوليس الوطنية على النزاعات الدولية في المادة 5 من القانون المدني لسنة 1975 التي تنص على ما يلي: "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن".

<sup>504</sup> \_\_ Article 9

Lois de police

1. 2. Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application d66es lois de police du juge saisi.

<sup>505</sup> \_ Art. 18

Sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi.

<sup>506</sup> \_ Art.20 :

« Les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à l'application des règles impératives ou ordre public du droit belge qui entendre régir une situation international quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois, en vertu de la loi ou en raison de leur but manifeste. »

<sup>507</sup> \_ Artículo 8.

1. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.

كما كرس المشرع التونسي في الفصل 38 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 196 تطبيق قواعد التطبيق الضروري التونسية حيث جاء فيه "تطبيق مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها".

و الملاحظ أن أغلب التشريعات المقارنة التي نظمت كيفية تطبيق قواعد الأمرة الواردة في قانونها على نزاعات الدولية الخاصة، دون استشارة القانون المختص اشترطت شرطين:  
الشرط الأول: أن يكون تطبيقها يرمي إلى تحقيق أغراض وأهداف تحمي السياسات الاجتماعية والاقتصادية للدولة.

الشرط الثاني: أن تكون العلاقة موضوع النزاع تدخل في نطاق السريان المكاني لتطبيق النص القانوني- أي اتصال العلاقة محل النزاع بالنظام الوطني- الذي له وصف قاعدة أمر، حتى لا يتم مفاجئة الأطراف بقانون لم يكونوا يتوقعون تطبيقه عليه.

وعلى نحو آخر، فإن تطبيق قواعد البوليس الوطنية على النزاعات الدولية الخاصة ليس بمنأى عن بعض الإشكالات القانونية من قبيل الفرض الذي تتنازع فيه أكثر من قاعدة واحدة للبوليس تنتهي كل منها لنظام قانوني مختلف يتوسطهم قانون القاضي المغربي، بحيث يكون لكل منها إرادة الانطباق على جانب واحد من جوانب الرابطة العقدية محل النزاع، فإلى أي معيار يمكن أن يستند القاضي في إجرائه المفاضلة بين هذه القواعد ؟

ولقد ذهب الفقه<sup>508</sup> إلى اقتراح فرضين كحل لهذا الإشكال:

الفرض الأول: ضرورة ترجيح قاعدة البوليس الوطنية لما يكفله ذلك من تحقيق للأهداف الاجتماعية والاقتصادية التي ترمي هذه القاعدة إلى تحقيقها في دولة القاضي<sup>509</sup>.

الفرض الثاني: تطبيق قاعدة البوليس التي يؤدي أعمالها إلى إرضاء المصالح التي تسعى إلى تحقيقها باقي قواعد البوليس الأخرى التي تريد الانطباق (كما لو قام القاضي بتطبيق قاعدة بوليس التي تقرر حدا أقصى لسعر الفائدة يقل عن الحد المقرر في باقي القواعد<sup>510</sup>).

<sup>508</sup> POMMIER : principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, thèse, Paris, 1992, p201.

نقلا عن محمد محمود الياقوت: "قانون الإرادة وقواعد البوليس ض6رورية التطبيق"، مرجع سابق، ص 189.

<sup>509</sup> محمد إبراهيم على محمد: "القواعد الدولية الأمرة"، دار الفكر الجامعي، 2001، ص103.

<sup>510</sup> محمد محمود الياقوت: "قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق"، مرجع سابق، ص 191.

ومن ناحية أخرى، قد يصطدم تطبيق قواعد البوليس الوطنية على نزاع معين بمشكلة تنازع الانتقالي بين تاريخ إبرام عقد الشغل مثلا و لحظة البت في النزاع، فهل القاضي المغربي سيطبق مبدأ عدم رجعية القوانين على مراكز القانونية التي نشأت قبل تاريخ دخول قاعدة بوليس حيز التنفيذ؟.

وكما هو معلوم أن ظ.و.م.ف.أ. لم ينظم هذه المسألة وهو نفس الأمر بالنسبة للقوانين الداخلية، ولكن على خلافه ذهبت محكمة في قرار صادر عنها بتاريخ 2009/09/23 إلى اعتبار عقد تشغيل الأجنبي المفتقر إلى التأشيرة باطل وغير منتج لأي أثر إلا فيما يخص الأجور المستحقة، وتأشيرة السلطات الإدارية المختصة لتشغيل الأجير لازمة لقيام عقد الشغل وليست مجرد إجراء شكلي، وبالتالي لا غنى عنها حتى ولو أثبت الأجير اشتغاله بالمقابلة لسنوات<sup>511</sup>

وهذا يوضح أن محكمة النقض ذهبت إلى تطبيق المادة 516 من مدونة الشغل، بأثر رجعي على عقد الشغل الذي أبرم قبل دخولها حيز التنفيذ، مما يبرر أن التوجه القضاء يميل تطبيق قواعد البوليس بأثر فوري ورجعي على المراكز القانونية التي نشأت قبل دخول هذه القواعد حيز التنفيذ.

وإجمالا لقد أضى مسلما به على المشرع المغربي أن يسلك منحي التشريعات المقارنة في تكريس نص قانوني صريح يعالج كيفية تطبيق قوانين البوليس المغربية على النزاعات الدولية الخاصة والإشكالات التي يطرحها تطبيقها، بحيث يسمح للقاضي المغربي بإعمال منيح قواعد البوليس والأمن إلى جانب أسلوب الإسناد التقليدي بشكل مستقل.

#### الفقرة الثانية: بالنسبة لقوانين البوليس والأمن الأجنبية

من أهداف القانون الدولي الخاص هو التنسيق بين مختلف الأنظمة القانونية ولا شك أن قبول تطبيق قوانين البوليس الأجنبية من المشرع المغربي سيسمح بتطبيق قوانين البوليس للدولة الوطنية من قبل الدولة الأجنبية، سيساعد على زيادة التعاون بين مختلف القوانين الوطنية في احترام القواعد التي

<sup>511</sup> \_ قرار محكمة النقض عدد 1006 المؤرخ في 23/09/2009 في الملف عدد 1256/5/1/2008 منشور في الجريدة الالكترونية القانونية الرابط أسفله:

[\\_http://www.alkanounia.com/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%82%D8%B6-%D8%B9%D8%AF%D8%AF-1006-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A4%D8%B1%D8%AE-%D9%81%D9%8A-2009-09-23%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%81%D8%B9%D8%AF%D8%AF-2008-1-5-1256-j15.html/](http://www.alkanounia.com/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%82%D8%B6-%D8%B9%D8%AF%D8%AF-1006-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A4%D8%B1%D8%AE-%D9%81%D9%8A-2009-09-23%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%81%D8%B9%D8%AF%D8%AF-2008-1-5-1256-j15.html/) 13 juin 2018 à 12:13:40.

توصف بأنها من القواعد ذات التطبيق الضروي<sup>512</sup>.

وعليه فإن القاضي المغربي سيكون ملزما بتطبيق قواعد البوليس الأجنبية على الوقائع المتنازع فيها والتي تدخل ضمن نطاق سريانها، وفقا لما حدده المشرع الأجنبي بصرف النظر عن القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد، عندما تكون العلاقة محل النزاع مرتبطة بأكثر من نظام قانوني يتضمن قواعد أمرة تريد الانطباق لحماية أغراض سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية التي وضعت من أجلها<sup>513</sup>، وهنا نكون أمام إرادة منفردة وأحادية لتطبيق هذه القواعد وهي إرادة التي يتعين وفقا لها تطبيق القواعد الأجنبية على وقائع النزاع المطروح أمام القاضي المغربي.

و يمكن تصور نزاع معروض على القضاء المغربي له صلة بأكثر من دولة سواء عن طريق محل الإبرام، أو التنفيذ الذي قد يتجزء في دول مختلفة، أو الموطن<sup>514</sup>، مما يجعل التصرف القانوني مرتبط بأكثر نظام قانوني يتضمن قواعد أمرة تريد الانطباق على العلاقة محل النزاع بصرف النظر عن القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد والتي لا تشكل جزءا منه<sup>515</sup>.

ولقد ثار خلاف بين الفقه "PIERRE MAYER و FRANCESKAKIS" حول إلزامية تطبيق هذه القواعد من عدمه بين من يرى عدم إلزام القاضي بتطبيقها، لأنها لا تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى قواعد التنازع وبين من يلزم القاضي بتطبيقها ولو لم تكن جزء من النظام القانون المختصة شريطة أن تكون على صلة وثيقة بالنزاع<sup>516</sup>.

**وعليه يثار التساؤل ما هي شروط تطبيق قواعد بوليس الأجنبية أمام القاضي المغربي؟**

وفي ظل غياب نص صريح ينظم شروط تطبيق قوانين البوليس الأجنبية في ق.د.خ م ندعو المشرع

<sup>512</sup> \_بدران شكيب الرفاعي: "عقود الاستهلاك في القانون الدولي الخاص"، دار الكتاب القانونية، دار شتات، للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص 344.

<sup>513</sup> \_SIDI MOHAMED ALIOUAT: «contrat bancaires internationaux el la loi applicable», mémoire de magister de droit bancaire et financier international, faculté de droit –Oran, Algérie, 2010, p 297.

<sup>514</sup> \_ على سبيل المثال "إذا تعاقد شخص تونسي له إقامة اعتيادية في إيطاليا مع فرع لشركة مغربية في إيطاليا على شراء سلع استهلاكية يتم تسليمها في بريطانيا، وعند تسليم السلعة وجد المشتري أن هناك اختلافا في المواصفات المتفق عليها وتمسك المورد في حقه في تغيير بعض المواصفات استنادا إلى القانون الإيطالي (قانون بلد الإبرام)، فإذا قام المشتري التونسي برفع أمام القضاء المغربي، فإن القاضي المغربي سيطبق القانون المختار بين الطرفين استنادا إلى الفصل 13 من ظهر الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، غير أنه يكون ملزما بمراعاة القواعد الأمرة في بلد التنفيذ الذي هو بريطانيا.

<sup>515</sup> \_ مبروك بنموسى "شرح مجلة القانون الدولي الخاص التونسي"، الطبعة الأولى، المغاربية للطباعة والنشر والإشهار، 2003، ص 345.

<sup>516</sup> \_ محمود محمد ياقوت: "قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق"، مرجع سابق، ص 157،

المغربي للاستفادة من تجارب بعض التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية التي نظمت كيفية و شروط تطبيق قواعد البوليس الأجنبية بغض نظر عن القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد. ومن بين الاتفاقيات الدولية التي نظمت كيفية قواعد البوليس الأجنبية، نجد اتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الوساطة والتمثيل التجاري في المادة 16 تنص على: "عند تطبيق هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتراف بالنصوص الأمرة لكل دولة تربطها صلة جديّة بالنزاع المطروح وذلك فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقا لقانون تلك الدولة أيا كان القانون الذي يعينه قواعد التنازع فيه"<sup>517</sup>.

وكذلك أخذت اتفاقية روما لسنة 1980 والت يتم تعديلها سنة 2008 في الفصل 9 بإمكانية تطبيق قواعد الأمن والبوليس الأجنبية التي لها صلة وثيقة بالنزاع "يجوز إعطاء اثر لقوانين البوليس بالبلد الذي تكون فيه الالتزامات الناشئة عن العقد قد نفذت أو تك إجراؤها.....وعند تحديد ما إذا كان يجب تطبيق تأثيرات هذه القوانين، يتم أخذ في الاعتبار طبيعة هذه الأهداف وغرضها فضلا عن النتائج المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها"<sup>518</sup>.

وأما على مستوى تجارب التشريعات المقارنة، نجد الفقرة الثانية من الفصل 20 من القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر بتاريخ 2004 ينص "...عندما يطبق قانون الدولة ما بموجب هذا القانون، يمكن إعطاء اثر للقواعد الأمرة أو القانون العام لقانون دولة أخرى يرتبط بها النزاع ارتباطا وثيقا، إلى الحد الذي تنطبق عليه هذه الأحكام وفقا لقانون هذه الدولة الأخيرة، أيا كان القانون الذي تحدده قواعد التنازع، وعند تقريرها إذا كان يجب تفعيل هذه الأحكام، يتم أخذ بعين الاعتبار طبيعتها والغرض منها والعواقب المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها"<sup>519</sup>.

Article 16\_<sup>517</sup>

Lors de l'application de la présente Convention, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet Etat, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par ses règles de conflit.

<sup>518</sup> \_ 3. Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application.

<sup>519</sup> \_Règles spéciales d'applicabilité

ونفس التوجه كرسه المشرع السويسري في القانون الدولي الخاص الصادر بتاريخ 1987 في الفقرة الثانية من الفصل 19 الذي جاء فيه " ... يجوز أخذ في الاعتبار قاعدة أمر في قانون غير القانون الذي يحدده هذا القانون إذا كانت العلاقة محل النزاع ذات ارتباط بهذا القانون.

عند تقرير ما إذا كان ينبغي أخذ هذا القانون في الحسبان ، يجب مراعاة الغرض المقصود منها والنتائج التي يجب تطبيقها من أجل الوصول إلى حكم ملائم يأخذ بعين الاعتبار محتوى القانون السويسري<sup>520</sup>.

كما ذهب المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص التونسي إلى تكريس شروط تطبيق قواعد البوليس الأجنبية في الفصل 38 الذي جاء فيه "..... ويطبق القاضي أحكام القانون الأجنبي غير المعين بقواعد التنافس إذا كان لهذا القانون روابط وثيقة بالوضعية القانونية و كان تطبيق الأحكام المذكورة ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود منها.

ولا يمنع من تطبيق القانون الأجنبي أو أخذه بعين الاعتبار اكتساؤه صبغة القانون العام<sup>521</sup>. وإمكانية التطبيق لقواعد البوليس الأجنبية كذلك لم يقتصر تكريسها على التشريعات الوطنية بل كرسها كذلك الاتفاقيات الدولية الجماعية.

وعليه يتضح من هذه التجارب المقارنة في تنظيمها لقواعد البوليس الأجنبية، أنها تميل إلى ترك المجال للسلطة التقديرية للقاضي في تطبيق هذه القواعد من خلال مراعاة الاعتبارات التالية:  
أولا: أهدافها التي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار.

---

Art. 20. Lors de l'application, en vertu de la présente loi, du droit d'un Etat, il peut être donné effet aux dispositions impératives ou d'ordre public du droit d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier Etat, ces dispositions sont applicables quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions, il est tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur nonapplication.

<sup>520</sup> \_Art. 19. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.

2 Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit.

<sup>521</sup> \_ لطفى الشادلي ومالك الغزواني: "تعليق على مجلة القانون الدولي الخاص التونسية"، بدون ذكر الطبعة، 2008، ص 546.

ثانيا: البحث في نتائج التي تترتب على تطبيقها ومقارنتها مع النتائج التي يمكن أن تترتب من عدم التطبيق.

كما يستفاد أن تطبيق هذه القواعد يكون وفقا للشروط محددة وهي:

الشرط الأول: أن تكون هذه القواعد تنتهي إلى قانون غير قانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد.

الشرط الثاني: يجب أن تكون هذه القواعد واجبة التطبيق بوصفها قواعد بوليس تبعا للنظام

القانوني الذي تنتهي إليه.

الشرط الثالث: ضرورة أن تكون هناك رابطة حقيقية وثيقة بين قانون الدولة التي تنتهي إليه

هذه القاعدة النزاع المطروح.

الشرط الرابع: عدم تعارض قواعد البوليس الأجنبية مع النظام العام في دولة القاضي وفقا

للمعنى المقصود في مجال القانون الدولي الخاص.

الشرط الخامس: ينبغي أن يكون هناك مبرر لتطبيق هذه القواعد بالنظر إلى طبيعتها وهدفها

وغايتها والنتائج المترتبة على تطبيق هذه القواعد من عدمه.

وعلى نحو آخر، قد يجد القاضي المغربي نفسه أمام تنازع بين عدة قواعد بوليس أجنبية تريد

الانطباق على النزاع المعروض عليه، فما هو سبيل لفض مثل هذا الإشكال؟.

وجواب على ذلك، ذهب الفقه إلى اقتراح ثلاثة الحلول:

الحل الأول: إعمال قواعد البوليس التي تنتهي إلى الدولة التي كان يمكن أن، تختص محاكمها

أيضا بالفصل في النزاع، على أساس أن اختصاص محاكم هذه الدولة بالنزاع يفيد في حد ذاته ارتباطه بهذه

الدولة مما يحقق لها مصلحة جديدة في تطبيق قانونها في هذه الحالة.

الحل الثاني: إعمال قواعد البوليس التي تنتهي إلى دولة التنفيذ لأنها هي المصلحة الأولى الجديرة

بالحماية، وفي هذه الدولة سيتم تنفيذ الحكم مما يقتضي تدخل سلطات العامة لديها الذين لا يخضعون

إلا لأوامر مشرع دولتهم<sup>522</sup>.

الحل الثالث: إعمال قواعد البوليس التي تنتهي إلى القانون الذي يتمتع بالفاعلية الأقوى في

مواجهة أطراف المنازعة، بحيث يصعب عليهم استبعادها أو الإفلات منها<sup>523</sup>،

<sup>522</sup> \_ محمود محمد ياقوت: "قانون الإزادة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق"، مرجع سابق، ص 193.

<sup>523</sup> , p412.0CHRISTOPHE SERQGLINI : loi police et justice arbitrale internationale, Dalloz, 200

و الحل الأخير الذي نساير، وفي الغالب سيكون قاعدة البوليس التي تنتهي للدولة المتوقع تنفيذ الحكم فيها وهو الحل الذي نقترح على المشرع المغربي الأخذ به مستقبلا في تنظيمه لمنهج قواعد البوليس. وانطلاقا من هذه الاعتبارات القانونية والفقهية، ندعو المشرع المغربي إلى إيراد نص قانوني يؤكد قبوله تطبيق قواعد البوليس الوطنية والأجنبية من خلال رسم حدود تطبيقها، ولاسيما أن القضاء المغربي ذهب في بعض قراراته إلى تطبيق قواعد البوليس نوردها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: التعامل القضائي مع تطبيق قوانين البوليس و الأمن

لقد ذهب القضاء في بعض قراراته إلى تطبيق القانون المغربي مباشرة على بعض المنازعات الدولية الخاصة (الفقرة الأولى)، كما كرس نفس التوجه بالنسبة لقواعد البوليس الأجنبية (الفقرة الثانية) بغض النظر عن القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد.

الفقرة الأولى: التعامل القضائي مع تطبيق قوانين البوليس والأمن الوطنية

إذا كانت قواعد البوليس والأمن تتسم بطابع أمر، يقتضي إعمالها وتطبيقها لما ترمي إليه من اعتبارات تتعلق بالأسس الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، للمجتمع<sup>524</sup>، فإن القاضي المغربي يكون ملزم بتطبيقها كلما كانت العلاقة لها صلة قوية بدولته، إما عن طريق محل الإبرام، أو محل التنفيذ، أو الجنسية<sup>525</sup> إذا كان أحد الأطراف يحمل الجنسية المغربية.

وفي السياق أعلاه ذهبت محكمة النقض المغربية في قرار فريد من نوعه إلى تعطيل أعمال الفصل 3 من ظ.و.م.ف.ل. بخصوص تطبيق القانون الشخصي على أهلية تعاقد مصري مع بنك مغربي، حيث جاء في القرار " لكن حيث أن البنك المقرض حين تعاقد مع طالب النقض كامل جاهلا بالقانون المصري الذي ينظم أهلية الطاعن، وأن واقعة جهله لهذا القانون لا يمكن أن تنعكس أو تمس بمصالحه المترتبة عن التعاقد، وأن المحكمة بذلك قد استبعدت الفصل 3 من ظ و م ف ل، وطبقت القانون المغربي الذي ييسر للمتعاقدین الاضطلاع عليه باعتبار أن الأمر يتعلق برابطة قانونية مختلطة بين شخصين من جنسيتين مختلفتين، مما جعل قرارها في محله والوسيلة بدون أساس"<sup>526</sup>.

<sup>524</sup> \_SANDRINE CLAVEL :Droit international prive ,Daloz, 2016,p105

<sup>525</sup> \_أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية- القاهرة، سنة، ص 188.

<sup>526</sup> \_ قرار المجلس الأعلى عدد 3253، الصادر بتاريخ 12 نونبر 2003، ملف مدني عدد 2002/2/1/3045، منشور بمجلة قضاء المجلس

الأعلى عدد61، 2003، ص40.

والواضح أن محكمة النقض في ظل غياب نص قانوني يكرس الاستثناء على القاعدة الأصل الواردة في الفصل 3 من ظ و ف ل فيما يخص تطبيق القانون الشخصي على الأهلية، أن قرارها كان نتيجة تأثرها بالقرار الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية ليزاردي<sup>527</sup>.

ومما لا شك فيه أن محكمة النقض ذهبت إلى تقرير المصلحة الجديرة بالحماية هي مصلحة المتعاقد الوطني، وحتى إن كان طرفا العقد أجنبيين<sup>528</sup>، فإن فكرة المصلحة تكمن في تأمين سلامة المعاملات التي تتم على الإقليم الوطني، وبالتالي حماية المصلحة الوطنية لدولة القاضي<sup>529</sup>، أي الدولة المغربية.

وفي اعتقادنا أن تطبيق القانون المغربي على أهلية الأجنبي كاستثناء في التصرفات التي يكون فيها الطرف الوطني جاهلا بنقص أهلية الطرف الأجنبي، أو في علاقة مختلطة بين شخصين من جنسية مختلفة وكان محل إبرام التصرف بالمغرب، يجب تكريسه كاستثناء بقاعدة آمرة على الفصل 3 من ظ.و.م.ف.ل.أسوة ببعض التشريعات المقارنة التي كرست ذلك، مثل المشرع التونسي في الفصل 40 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1996<sup>530</sup>.

وفضلا عن ذلك، ذهبت محكمة النقض في القرار الصادر بتاريخ 31 ماي 2011 إلى تطبيق الفصل 49 من مدونة الأسرة المغربية على دعوى مرفوعة من طرف زوج أجنبي أمام المحكمة المغربية للمطالبة باقتسام الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج، وذلك عملا بمقتضيات الفقرة 3 من المادة 2 من

---

<sup>527</sup> - تتلخص وقائع هذا القرار في أن شابا مكسيكيا يسمى ليزاردي عمره 23 سنة، اشترى من تاجر فرنسي بعض المجوهرات، وحرر مقابل ثمنها سندات بقيمة 800 فرنك، وعند حلول أجل الأداء، امتنع هذا الشاب عن الأداء مرتكزا على الدفع المتمثل في كون السندات المذكورة باطلة لنقص أهليته وفقا لقانونه الوطني (المكسيكي)، الذي يحدد سن الرشد في 25 سنة، غير أن القضاء الفرنسي لم يستجب لهذا الدفع، حيث أيدت محكمة النقض محاكم الموضوع التي حكمت على ليزاردي بأداء قيمة السندات، على أساس أن التاجر الفرنسي لا يلزم بمعرفة جميع القوانين الأجنبية، ويكفي أن يكون تعاقد بدون خفة أو رعونة وبحسن نية". يونس صلاح الدين علي: مرجع سابق، ص 297.

<sup>528</sup> - في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط الصادر في 18 نونبر 1937 قضى بإبطال تصرف تم بين أم قاصرين بصفتها وصية عليهم وبين شخص له جنسية فرنسية استنادا إلى المادة 56 من ظ ل ع.دون أي استشارة للقانون الوطني الذي يحكم الأهلية، وهذا يؤكد أن محكمة الاستئناف بالرباط أولت أهمية كبيرة لمبدأ استقرار المعاملات: محمد امعان عيساوي: "تنازع القوانين بشأن الأهلية في القانون الدولي الخاص المغربي"، بحث نيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق أكادال، 2006-2007، ص 154.

<sup>529</sup> - يونس صلاح الدين علي: "دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، 2016، ص 298.

<sup>530</sup> - الفصل 40 - تخضع أهلية التصرف للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية. أما بالنسبة للذوات المعنوية فهي تخضع إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط. وإذا كان أحد الأطراف في التزام مالي له الأهلية حسب قانون الدولة التي أبرم فيها ذلك الالتزام فإنه لا يمكنه الاحتجاج بعدم أهليته أو نقصانها عملا بقانونه الشخصي أو بقانون الدولة التي نشأ فيها أو تعاطى فيها نشاطه إلا إذا كان الطرف المتعاقد معه يعلم أو كان عليه العلم بانعدام أهليته أو نقصانها عند إبرام الالتزام.

مدونة الأسرة التي تنص على سريان أحكامها على العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا<sup>531</sup>. وعلى نحو آخر، ذهبت محكمة النقض في قرار صادر بتاريخ 1 فبراير إلى 2002 في عقد رهن المبرم على عقار يملكه قاصر بواسطة والده في إطار النيابة القانونية وذلك لضمان قرض لفائدة البنك يعتبر صحيحا، ولا مجال لتطبيق القانون المصري المتعلق بالأهلية والولاية لأن قاعدة الإسناد مستثناة بشأن هذا التصرف مادام الرهن قد انصب على عقار يقع بالمغرب عملا بأحكام الفصل 17 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بشأن الوضعية المدنية للأجانب، والمحكمة لما استبعدت الفصل 3 من ظهير 12/08/1913 وطبقت القانون المغربي الذي يتيسر للمتعاقدین الاطلاع عليه باعتبار أن الأمر يتعلق برابطة قانونية مختلطة أي واقعة بين شخصين من جنسين مختلفين يكون قرارها في محله<sup>532</sup>. وفي مجال الشغل ذهبت محكمة النقض في قرار صادر بتاريخ 23 ستمبر 2009 إلى اعتبار عقد تشغيل أجنبي المفتقر للتأشيرة باطل وغير منتج لأي أثر، إلا فيما يخص الأجور المستحقة استنادا إلى القاعدة أمرة الواردة في الفقرة الأولى من المادة 516 من مدونة الشغل التي جاء فيها "يجب على كل مشغل يرغب في تشغيل أجير أجنبي أن يحصل على رخصة من قبل السلطات الحكومية المكلفة بالتشغيل تسلم على شكل تأشيرة توضع على عقد الشغل.

يعتبر تاريخ التأشيرة هو تاريخ بداية عقد الشغل"<sup>533</sup>.

وعلى مستوى القانون الاتفاقي في موضوع الإجراءات الضرورية لحماية الطفل المحضون، ذهب المجلس الأعلى في قرار مؤرخ في 2000/11/30 إلى الاستدلال بالفصل 25 من الاتفاقية الفرنسية المغربية<sup>534</sup>، من أجل جلب الاختصاص القضائي والتشريعي للقاضي المغربي حيث جاء فيه "يأمر القاضي

<sup>531</sup> \_ قرار محكمة النقض عدد 310 الصادر بتاريخ 31 ماي 2011 في الملف الشرعي عدد 2010/1/2/431 (منشور في مجلة محكمة النقض - العدد 74 - سنة 2012 - ص 142).

<sup>532</sup> \_ قرار محكمة النقض عدد 3253 المؤرخ في 12/11/2003 في الملف المدني عدد: 2002/2/1/3045 (منشور في مجلة محكمة النقض - العدد 62 - سنة 2004 - ص 20).

<sup>533</sup> \_ قرار محكمة النقض عدد 1006 الصادر بتاريخ 23 ستمبر 2009 في الملف عدد 1256/1/2008 منشور في جريدة الكترونية "القانونية" في رابط اسفله:

<http://www.alkanounia.com/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A-%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%82%D8%B6-%D8%B9%D8%AF%D8%AF-1006-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A4%D8%B1%D8%AE-%D9%81%D9%8A-2009-09-23%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%81%D8%B9%D8%AF%D8%AF-2008-1-5-1256-j15.html/> 13 juin 2018 à 12:13:40.

<sup>534</sup> \_ الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي المبرمة بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية سنة 1981.

في الدولة التي نقل إليها الطفل واحتفظ به فيها بتسليمه فوراً بصفة وقتية إلى الحاضن الممارس لحضانة الطفل الفعلية قبل النزاع"<sup>535</sup>.

والملاحظ أن هذه القرارات طبقت القانون المغربي مباشرة استناداً إلى نصوص أمرة ترجح تطبيقه على القانون الأجنبي، غير أن تطبيقه لم يؤسس استناداً إلى نص قانوني في القانون الدولي الخاص المغربي يشكل القاعدة العامة وسند القانوني في تطبيقه، وهو ما يقوي طرحنا على ضرورة تدخل المشرع المغربي بتنظيم كيفية وشروط ومعايير تطبيق قواعد البوليس المغربية على النزاعات الدولية الخاصة حتى لا يتم مفاجئة الأطراف بقانون لم يكونوا يتوقعون تطبيقه، بل يجب أن يكون الأصل هو إعمال المنهج التنازعي والاستثناء إعمال منهج قواعد البوليس في حالة الضرورة عندما يكون النزاع يدخل في نطاق تطبيق قاعدة بوليسية تحقق أهداف وغايات مرتبطة بمصلحة المجتمع.

#### الفقرة الثانية: التعامل القضائي مع تطبيق قوانين البوليس والأمن الأجنبية

الملاحظ أن القضاء المغربي ذهب في بعض قراراته القليلة إلى تطبيق قواعد البوليس الأجنبية على التصرفات القانونية بغض النظر عن القانون الذي اختاره الأطراف وهذا ما يستشف من إحدى القرارات الفريدة لمحكمة الاستئناف بالقنيطرة الصادر بتاريخ 31 يناير 1994 استبعدت تطبيق القانون المختار على عقد هبة لفائدة فرنسيين وإبطاله بدعوى أنه يخالف مقتضيات المادة 10 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب الذي يلزم الفرنسيين بإبرام عقودهم التي تتم بالمغرب وفقاً للشكل المحدد طبقاً لقوانينهم الوطنية .

وقد جاء هذا القرار مسبباً في حيثياته بمجموعة من المقتضيات القانونية لتبريره نذكر من بينها :

\_ إن الفصل 10 من ظهير 1913 ينص على أن العقود التي يبرمها الفرنسيون المقيمون بالمغرب

يجب أن تتم على الشكل المحدد طبقاً لقوانينهم الوطنية.

\_ الفصل 931 من القانون المدني الفرنسي يعتبر الصدقة أو الهبة عقداً رسمياً يتعين تحريره

من طرف موثق.

\_ إن عقد الهبة المحررة من طرف الواهب شخصياً جاء مخالفاً للقانون الفرنسي ولذلك فهو

باطل<sup>536</sup>.

<sup>535</sup> \_ قرار محكمة النقض عدد 1158 المؤرخ في 30/11/2000 في الملف الشرعي عدد: 98/1/2/206 (قرار منشور في كتاب محمد

الشافعي: "الأجانب بالمغرب، الجزء الأول"، الطبعة الأولى، مطبعة الوراقة الوطنية - مراكش، 2006، ص 109.

وعليه كان مفروضا على المحكمة الاستناد فقط إلى فصل 931 من القانون المدني الفرنسي كقاعدة أمرة تلزم الفرنسيين إبرام بعض تصرفات في الشكل الرسمي دون الاعتماد على عبارة "الفرنسيين" الواردة في الفصل 10 من ظهير الوضعية للفرنسيين والأجانب لتبرير موقفها، والذي نعتقد أن نطاق سريانها كان مرتبط بفترة الحماية، أما بعد استقلال المغرب فإنه أصبح متجاوزا الاحتفاظ بهذه العبارة، بل أضحي ضروريا إعادة الصياغة وحذفها حتى تكون قاعدة إسناد قاعدة مجردة.

وفي قرار آخر استبعدت محكمة الاستئناف بالرباط تطبيق القانون الفرنسي الذي يجيز تحرير وصية بخط اليد، وطبقت الفصل 992 من القانون المدني الهولندي الذي يفرض لصحة الوصية أن تحرر لدى موثق (قرار محكمة الاستئناف بالرباط في 1920.6.8)<sup>537</sup>.

#### خاتمة:

و إجمالاً يمكن القول أن قوانين البوليس و الأمن أضحت في حاجة ماسة إلى تدخل المشرع المغربي لتنظيمها، ورسم حدود تطبيقها على منازعات القانون الدولي الخاص حماية لتوقعات المشروعة الأشخاص ، و تكريساً للأمن القانوني ، ولأسيما أن القانون المغربي أصبح يزخر بمثل هذه القواعد ، بفضل تزايد تدخل الدولة بوضع قواعد قانونية تحمي الأسس الاجتماعية والاقتصادية للدولة في مواجهة إرادة الأطراف، ولهذا نفتح الباب لطرح سؤال ليكون محل دراسة أخرى لهذا المقال، كيف يمكن الكشف وتقييم قاعدة قانونية داخلية أمرة ترتقي الى مصاف قاعدة بوليسية تطبق على جميع المنازعات بغض النظر عن طبيعتها الداخلية الدولية؟ ماهو المعيار المناسب لذلك؟

<sup>536</sup> \_قرار محكمة الاستئناف بالقيظرة ملف عدد 94/1386 المؤرخ في 1994/1/31 (قرار منشور في مجلة الإشعاع ، العدد 12 -

1995 ص 190.

<sup>537</sup> \_مجموعة بنان المغربية 1922، المجلد 2 ص 12: بور مضان محمد: "كيفية تفعيل قواعد القانون الأجنبي أمام القضاء بالمغرب"، دار أبي

رفراق للطباعة والنشر-الرباط، 2008، ص 70.

## علاقة المجلس الوزاري بالمؤسسة الحكومية والتشريعية

نورالدين التقاوي

باحث بسلك الدكتوراه جامعة الحسن الأول سطات

لقد عمل المغرب بعد حصوله على استقلاله على إرساء قواعد الدولة الحديثة منذ سنة 1956، فتم تدشين هذا التحول المهم بتوفير المغرب على وثيقة دستورية مستفتى حولها سنة 1962. كتشريع أساسي لبناء الدولة، إذ أنه مباشرة بعد الاستقلال وبعد تجميد فكرة المجلس التأسيسي الذي أحدثه الملك محمد الخامس وعين على رأسه علال الفاسي، وبعد مخاض عسير ونقاشات طويلة، عرض الملك الحسن الثاني مشروع الدستور على الاستفتاء الشعبي وتم اعتماده كأول دستور للبلاد، وهو نفسه الذي اعتبر أرضية تالت عليها تعديلات سنوات 1970، 1972، 1972، 1992 و 1996. لذلك يكاد ينعقد الإجماع من الباحثين على أن التعديلات الدستورية في المغرب جاءت كلها في إطار ما يصطلح عليه ب" التغيير في ظل الاستمرارية". ويرجع ذلك إلى أن النظام السياسي المغربي يتميز بخصيصة أنه يستند إلى ثقافة سياسية جمعوية ومتعددة، واستقراره الالفت، بالقياس إلى التحولات الكبرى التي تحدثت في ساحة البلدان المجاورة، بفعل القدرة التي يمتلكها هذا النظام على إدماج تعدد الثقافات السياسية، واحتواء عناصر مقاومتها، وخلق شروط التوازن الضروري لضمان استمراريته. وهذا ما ميز حتى لحظة دستور 2011، وإن عبر هذا الدستور عن نوع من الانفتاح، ولكن ما ميز كل هذه الدساتير هو الحضور القوي للملكية، لأنه لا يمكن التفكير، مغربيا في موضوع "الاصلاح"، دون إثارة علاقاته الممكنة وترباطاته المفترضة مع الملكية، فالمساحة التي تحتلها هذه الأخيرة داخل الساحة العمومية وفي الخطاب السياسي تجعلها في قلب رهانات الاصلاح، سواء نظرنا إليه كمسلسل أو خطاب أو مطلب ولكن الجديد الأبرز الذي حملته دستور 2011 هو تقسيم و"علمنة" الفصل 19 من دستور 1996 ما أحدث نوعا من التمايز بين الديني والسياسي، بما يتوافق مع الدولة الديمقراطية التي تنبني وتقاس في مدى وجود فصل للسلط وخضوع لرقابة البرلمان، وذلك لإيجاد نظام يجسد السيادة الشعبية.

ومن بين أهم المؤسسات التي عرفتها التجربة الدستورية هي مؤسسة المجلس الوزاري التي تعد مؤسسة حكم عرفتها جميع المحطات الدستورية ونظمتها في فصولها منذ سنة 1962، وتتجلى أهمية هذا المجلس في كونه يعتبر مجالا للتداول ومكانا لاتخاذ أكبر القرارات في حياة الدولة، هذا المجلس الذي رآه

"ألن كليس" على أنه العنصر الدينامي والمحرك الأساسي للعمل الحكومي فهو الذي يقرر في جميع المسائل والقضايا التي تهم السياسة العامة للدولة، وما يقتضيه الأمر من ترسانة تشريعية في مختلف المجالات والقطاعات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية أي كل ما يتعلق بأوجه النشاط الحكومي، ونظر إليه العميد "هوريو" على أنه؛ مجلس مؤلف من وزراء يتخذ باجتماعاته التدابير الأساسية للحكومة. وله صبغة مزدوجة، فهو من جهة يمارس وظائف ذات صبغة سياسية، ويشكل شيئا مغايرا للإدارة وأسمى منها، ومن جهة أخرى حين يرتدي نشاطه صبغة إدارية، يعتبر واحدا من الأجهزة العليا للإدارة، وكما أنه أهم مؤسسة دستورية بصفة عامة. وأهم مؤسسة حكومية على الإطلاق. ويمكن النظر إليه من زوايا متعددة، إذ تتعدد مفاهيمه بتعدد وجهات نظر الأطراف المشاركة فيه، أو بتعدد الجهات المساهمة في هذه المؤسسة، فإذا ما نظرنا إليه من وجهة نظر رئاسة الدولة بشكل عام أمكن القول أنه فرصة لإقرار التوجهات العامة للحكومة أمام كل الوزراء، ووسيلة لإظهار الخلافات مهما كانت بين الحكومة ورئاسة الدولة، أما من وجهة نظر الحكومة فهو فرصة لإقرار التوجهات العامة للحكومة أمام كل الوزراء.

ووعيا منا بأهمية هذه المؤسسة في البناء الدستوري المغربي ارتأينا أن نبحث في هذه المؤسسة الدستورية نظرا لارتباطها بالملكية بالمغرب بغية التعرف على قنوات نظام الحكم المغربي، نظرا لكون هذه المؤسسة تنظيم دستوري للحكومات في البلدان البرلمانية وشبه البرلمانية، يجمع كل الوزراء لمداولة وإعلان مجموعة من وجهات النظر، حول مواضيع معينة يتم عرضها عليه قبل البت النهائي فيها. نظرا للقضايا الاستراتيجية التي يتداول فيها المجلس الوزاري، فلا بد أن تعكس وتساهم في تحديد علاقته بالمؤسسات الأخرى سواء المكون السفلي للسلطة التنفيذية (المجلس الحكومي)، وهذا ما سنعالجه في مطلب أول وعلاقته بالمؤسسة التشريعية (البرلمان) في مطلب ثان منطلقين في ذلك من طرح إشكالي جامع يتمحور حول التساؤل عن الطبيعة العلائقية بين المجلس الوزاري والمؤسستين اللتين سبق ذكرهما.

المطلب الأول: علاقة المجلس الوزاري بالمجلس الحكومي

يرتبط المجلس الوزاري ارتباطا وثيقا بالمجلس الحكومي وذلك لكون غالبية أعضاء هذا الأخير متواجدين بقوة الدستور بالمجلس الوزاري بالإضافة إلى الأدوار التمهيديّة التي يقوم بها المجلس الحكومي من خلال تناوله لمجموعة من القضايا قبل إحالتها إلى المجلس الوزاري.

الفقرة الأولى: توترات المجال التنفيذي

إن المجال التنفيذي كما هو معلوم في النظام النيابي ذي بنية ثنائية: فهي من ناحية وزارة (أو حكومة بحصر المعنى) مؤلفة من رئيس وزراء ووزراء، ومن ناحية ثانية رئيس الدولة، ولكن هذا الأمر يختلف باختلاف النماذج، حيث في تجربة النموذج البريطاني لا يتمتع التاج بأية سلطة، فيما الوزارة هي العنصر الأساسي للمؤسسات السياسية البريطانية، وتاريخيا، انبثقت الوزارة من المجلس الخاص للتاج، ابتداء من القرن السابع عشر (17)، حيث اعتاد بعض المستشارين الخاصين، المكلفين من قبل الملك بتحضير الشؤون الحكومية، على الاجتماع دون حضور الملك واستولوا فعليا على سلطة القرار.<sup>538</sup> وتعتبر السلطة التنفيذية بالمغرب ذات رأسين، حيث الملك هو الرئيس الفعلي للسلطة التنفيذية، على اعتبار أن الملكية المغربية تسود وتحكم، رغم أن الدستور الجديد نص على إلزامية اختيار رئيس الحكومة من الحزب التي احتل الصدارة في الانتخابات المتعلقة بالغرفة الأولى، إلا أن المؤسسة الملكية لا زالت تبسط هيمنتها من خلال عدة مظاهر:

- مسؤولية الحكومة أمامها وظيفيا وعضويا، قبل أن تكون مسؤولة حتى أمام البرلمان، وكما لا يجب أن يغيب عن الأذهان أن الملك هو الذي يعين الحكومة؛

- الرئاسة الفعلية للمجلس الوزاري فكلما تطرقنا لمسألة النظام الدستوري المغربي إلا وبدت ثنائية الجهاز التنفيذي واضحة المعالم أكثر، فالملك من جهة يرأس المجلس الوزاري الذي يعتبر بمثابة حكومة تحت الرئاسة الفعلية للملك.<sup>539</sup>

ولقد خلق هذا الارتباك والضبابية نوعا من التجاذب الأكاديمي في مسألة هل يدخل الملك ضمن المجال التنفيذي؟، حيث انقسم المجال الأكاديمي إلى قسمين: حيث يرى القسم الأول من الباحثين أن تخصيص باب منفرد للحديث عن السلطة التنفيذية، يتم التطرق فيه لمؤسسة الحكومة مع غياب واضح

<sup>538</sup> مورييس دوفرجه "المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، الأنظمة السياسية الكبرى" ترجمة جورج سعد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى 1992، ص 202/201.

<sup>539</sup> عبد العزيز غوردو "الحكامة الجيدة في النظام الدستوري المغربي" منشورات E-KUTUB LTD، الطبعة الأولى لندن 2015، ص 60/59.

للملكية، يعني أن الملك ليس جزءا من السلطة التنفيذية، وأن الاختصاصات التي يمارسها، بصفته رئيسا للمجلس الوزاري، ينبغي قراءتها باعتبارها مهامها مرتبطة بوظائفه التحكيمية والسيادية باعتباره رئيسا للدولة، ولا ينبغي تأويلها في الاتجاه الذي يضعنا أمام ممارسة تنفيذية تفتقر إلى آليات المحاسبة والمراقبة<sup>540</sup>، وكما أن المكانة التي يحتلها رئيس الحكومة تجعل منه الرئيس الفعلي للسلطة التنفيذية إذا تم الحرص على ممارسته مهامه كاملة كما هو منصوص عليها دستوريا، فاقترح أعضاء الحكومة يمثل سلطة حقيقية لا يمكن للملك أن يعين من خارجها، وهي سلطة كاملة لا استثناء فيها ولا وجود فيها لـ "بدعة" وزراء السيادة، فجميع الوزراء وفق المنطق البرلماني، يتمتعون بالسيادة الشعبية لأن الحكومة بأكملها منبثقة عن الإرادة الشعبية.<sup>541</sup>

وعلى العكس من ذلك هناك رأي آخر يرى أن سلطة التعديل الدستوري المتمثلة في الملك لم تتوفر دائما في محاولة التستر، كما هو الشأن، عندما أعاد عنوان الفصل المتعلق بالحكومة بالسلطة التنفيذية. وكأن العنوان الجديد سيكون لوحده هو الدليل القاطع على الانتقال من ملكية تنفيذية إلى ملكية برلمانية، وعلى انتقال السلطة من الملك إلى الحكومة. بيد أن قراءة الدستور الجديد تبين أن السلطة التنفيذية لا زالت موزعة بين الملك والحكومة، وأن هذه الأخيرة في أمور بالغة الأهمية تظل تحت ربة السلطة الملكية.<sup>542</sup> وأن هذه الأخيرة في أمور بالغة الأهمية تظل تحت ربة السلطة الملكية.<sup>543</sup>

وهذا ما جعل الأستاذ حسن طارق يفترض في الهندسة الدستورية الحالية نوعا من الالتباس والاحتكاك والتوتر، مما يجعلنا غير مبتعدين عن مفهوم "التعايش"، لأن سمو الملكية، واحتفاظها بمجال محجوز وبصلاحيات دينية وسيادية، يجعلان اقتسام السلطة التنفيذية لا يحيل على توازن الصلاحيات، ولا يخفى البعد التراتبي في العلاقة، وهذا ما يدعو إلى تنسيب المفهوم المغربي "للتعايش" حيث الكلمة الأخيرة تعود للمؤسسة الملكية.<sup>544</sup> إذن فالسلطة التنفيذية تمارس عبر طبقتين: طبقة أعلى تضع

<sup>540</sup> حسن طارق "الربيع العربي والدستورانية: قراءة في تجارب المغرب وتونس ومصر" منشورات م.م.إ.م.ت، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية 105، الطبعة الأولى 2014، ص 149/148، مستندا في هذا الرأي إلى عبد العلي حامي الدين "من هيمنة المؤسسة الملكية إلى ضرورة التعايش مع رئيس الحكومة" جريدة أخبار اليوم العدد 840 (عدد خاص) 25 و26 يونيو 2011، ص 18.

<sup>541</sup> عبد العلي حامي الدين "دستور 2011 على محك التطبيق" السلطة التنفيذية بين جدلية التأويل الديمقراطي وتجاوزات الممارسة" مساهمة ضمن مؤلف جماعي "الدستور المغربي الجديد على محك الممارسة" أعمال ندوة 18 و19 أبريل 2013 المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون الدستوري وعلم السياسة، كلية الحقوق السوسيمي-الرباط، منشورات ملتقى الطرق، الطبعة الثانية 2015، ص 86.

<sup>542</sup> رقية المصدق "وهم التغيير في مشروع الدستور الجديد" ضمن مؤلف "الدستور الجديد ووهم التغيير" مرجع سبق ذكره ص 71/72.

<sup>543</sup> رقية المصدق "وهم التغيير في مشروع الدستور الجديد" ضمن مؤلف "الدستور الجديد ووهم التغيير" مرجع سبق ذكره ص 71/72.

<sup>544</sup> حسن طارق "الربيع العربي والدستورانية..." مرجع سابق ص 151/152.

الاستراتيجيات الكبرى، وتحدد الأهداف والاختيارات الكبرى، وطبقة أدنى تضطلع بالمهام التديرية والتقنية والتنفيذية، مع امكانية الاجتهاد في موضوعات لا تعدها السلطة الأعلى ذات أولوية استراتيجية.<sup>545</sup>

الفقرة الثانية: الدور التمهيدي للمجلس الحكومي:

إن من التعديلات الأساسية التي كشف عنها الدستور الجديد هي تركيبة الحكومة التي أصبح يتأسسها شخص من الحزب الذي تصدر حزبه الانتخابات الخاصة بأعضاء مجلس النواب، ويعينه الملك ويعين الوزراء باقتراح منه، وكذا رئاسته للمجلس الحكومي الذي يتداول في مجموعة من القضايا الهامة، ونطرح التساؤل هنا، هل أدت هذه المراجعة الدستورية إلى تحول ايجابي في علاقة المجلس الحكومي بالمجلس الوزاري؟

إن السلطة التنفيذية المزدوجة واسعة الانتشار وذات تاريخ طويل، فعلى سبيل المثال يدير رئيس الحكومة في عدة دول الشؤون الحكومية في عدة دول الشؤون الحكومية ويصنع السياسات، في حين يكون رئيس الدولة (رئيس أو ملك) مجرد منصب شكلي بصلاحيات سياسية قليلة.<sup>546</sup>

وكما هو معلوم في الحالة المغربية إن الملك هو الذي يقود العمل الحكومي ويمارس رقابة قبلية وبعديّة على أعماله، وهناك مجال لممارسة السلطة التنفيذية من طرف الحكومة التي تعمل تحت سلطة رئيسها على تنفيذ البرنامج الحكومي وعلى ضمان تنفيذ القوانين، و كما أن الإدارة موضوعة تحت تصرفها<sup>547</sup> وبالرجوع إلى دستور 2011 في فصله 92، فإننا نجد أن المجلس الحكومي يتداول تحت رئاسة رئيس الحكومة في الأمور التالية:

- السياسة العامة للدولة قبل عرضها على المجلس الوزاري؛
- السياسات العمومية؛
- السياسات القطاعية؛
- طلب الثقة من مجلس النواب، قصد مواصلة الحكومة تحمل مسؤوليتها؛
- القضايا الراهنة المرتبطة بحقوق الإنسان وبالنظام العام؛

<sup>545</sup> خالد العسري "حدود المتغيرات في العلاقة بين مكونات السلطة التنفيذية في دستور 2011" مساهمة ضمن مؤلف جماعي تحت عنوان "مغرب ما بعد حراك 2011، ماذا تغير؟" منشورات المركز المغربي للأبحاث وتحليل السياسات CEMRAP، طبعة 2016، ص 52.

<sup>546</sup> ماركوس بوكفوردييه "دليل عملي لبناء الدساتير: تصميم السلطة التنفيذية" المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات 2011، ص

21.

<sup>547</sup> ينظر الباب الخامس المتعلق بالسلطة التنفيذية من دستور 2011.

- مشاريع القوانين، ومن بينها مشروع قانون المالية، قبل إيداعها بمكتب مجلس النواب، دون -  
إخلال بالأحكام الواردة في الفصل 49 من هذا الدستور؛
- مراسيم القوانين؛
- مشاريع المراسيم التنظيمية؛
- مشاريع المراسيم المشار إليها في الفصول 65 (الفقرة الثانية) و66 و70 (الفقرة الثالثة) من هذا الدستور؛

- المعاهدات والاتفاقيات الدولية قبل عرضها على المجلس الوزاري؛

- تعيين الكتاب العامين، ومديري الإدارات المركزية بالإدارات العمومية، ورؤساء الجامعات والعمداء، ومديري المدارس والمؤسسات العليا. وللقانون التنظيمي المشار إليه في الفصل 49 من هذا الدستور، أن يتم لائحة الوظائف التي يتم التعيين فيها في مجلس الحكومة. ويحدد هذا القانون التنظيمي، على وجه الخصوص، مبادئ ومعايير التعيين في هذه الوظائف، لا سيما منها مبادئ تكافؤ الفرص والاستحقاق والكفاءة والشفافية.

إذن فالملاحظ أنه قد حصل تقليص لبعض اختصاصات المجلس الوزاري، والتي تم تفويتها للمجلس الحكومي المستحدث، إلا أنه يسجل أن كافة القضايا الاستراتيجية. وأيضاً الملفات الأكثر أهمية التي يرتبط بها مصير البلاد على كافة المستويات: الأمنية، العسكرية، السياسية، والاقتصادية يظل التقرير بشأنها أولاً وأخيراً بيد رئيس الدولة في إطار المجلس الوزاري.<sup>548</sup>

ويبرز الدور التمهيدي للمجلس الحكومي من خلال:

✓ التداول المسبق في السياسات العامة: يمكن تعريف السياسات العمومية على أنها مجموعة من الخطط والبرامج والأهداف العامة، التي تعبر عن اتجاه العمل الحكومي لفترة زمنية مستقبلية، بحيث يكون لها المساندة الرسمية، وبذلك فإنها تعتبر نشاطاً مؤسساتياً، إذ لا يمكن لأي سياسة أن تصبح عامة مالم تتبناها الحكومة،<sup>549</sup> ولقد أوكل الفصل 92 من الدستور الصلاحية للمجلس الحكومي للتداول المسبق في السياسات العامة قبل عرضها على المجلس الوزاري، ويبرز هذا الأمر الدور المنسحب للحكومة في مواجهة المشاكل التي يطرحها المجتمع في شتى المجالات من جهة، ومن جهة أخرى

<sup>548</sup> خالد العسري "حدود المتغيرات في العلاقة بين مكونات السلطة التنفيذية في دستور 2011" مرجع سابق، ص 52.

<sup>549</sup> محمد الرضواني "التنمية السياسية في المغرب" ص 146.

الحضور القوي للملكية في توجيه السياسة الحكومية،<sup>550</sup> في حين أن السياسة العامة للبلاد يجب أن تكون اختصاصا حكوميا أصيلا، وذلك من خلال وضع سياسة اقتصادية واجتماعية وثقافية تستجيب للمطالب الملحة وتتماشى مع الظروف المحيطة.<sup>551</sup>

ولكن السؤال المطروح، هل يعد البرنامج الحكومي جزءا من السياسة العامة للبلاد ويستوجب عرضه على المجلس الوزاري؟

يستتبع التعيين الملكي لأعضاء الحكومة، تقدم رئيس الحكومة أمام مجلسي البرلمان مجتمعين، وعرض البرنامج الذي يعتزم تطبيقه. ويجب أن يتضمن هذا البرنامج الخطوط الرئيسة للعمل الذي تنوي الحكومة القيام به في مختلف مجالات النشاط الوطني، وبالأخص في ميادين السياسة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية والخارجية.<sup>552</sup> ويتم إعداده من طرف الأحزاب المشكلة للأغلبية.<sup>553</sup> وتعد مسألة عرض البرنامج الحكومي على المجلس الوزاري من الأمور التي أثار نقاشا دستوريا كبيرا، حيث يرى الأستاذ حسن طارق أن اعتبار السياسة العامة للدولة من اختصاصات المجلس الوزاري، مقابل تحديد صلاحية الحكومة في تنفيذ البرنامج الحكومي، من شأنه أن يثير الكثير من الأسئلة المرتبطة بالتخوف من استيعاب المفهوم المطاطي للسياسة العامة للدولة لكل مكونات البرنامج الحكومي، ولجميع ميادينه. وبالنسبة لقضية العرض فيرى الأستاذ خالد الناصري أن الخطأ المنهجي الذي سقط فيه بعض المحللين الراغبين في تغذية أطروحات المعارضة، هو عدم القيام بقراءة مندمجة للفصلين 88 و 49. فالفصل 49 يعالج موضوع القضايا المحالة على أنظار المجلس الوزاري، بينما الفصل 88 يعالج مسألة التصريح الحكومي المتضمن للبرنامج. فإذا كان الفصل 88 لا يصحّ تحديداً بوجود عرض البرنامج الحكومي على المجلس الوزاري، فإن الفصل 49 يفرض صراحة إحالة "التوجهات الاستراتيجية لسياسة الدولة" على المجلس الوزاري. ويضيف متسائلا "فهل يا ترى من عاقل يقول إن برنامج حكومة جديدة، حاملة لمشروع

<sup>550</sup> عبد الاله سطي " صناعة القرار السياسي بالمغرب: بحث في المؤسسة والمؤسساتية بالنظام السياسي المغربي " مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، دار نشر المعرفة، الطبعة الأولى 2017، ص 91.

<sup>551</sup> عبد الرحمان اليوسفي، كلمة أقيمت أمام اللجنة المركزية لحزب الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية، يوم 12 سبتمبر 1998، ورد في مؤلف تجميعي لخطب الأستاذ عبد الرحمان اليوسفي "الاتحاد الاشتراكي من المعارضة إلى التناوب" الطبعة الأولى 2001، ص 278.

<sup>552</sup> المادة 88 من دستور 2011.

<sup>553</sup> للتعلم أكثر حول التقاطعات بين البرنامج الحزبي والحكومي ينظر أعمال المائدة المستديرة المنظمة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال- الرباط يوم 26 أبريل 2017 تحت عنوان "البرنامج الحزبي والبرنامج الحكومي: تقاطع أم تمايز؟" من خلال التقرير المنجز حول الندوة من طرف الباحث والمنشور بموقع المركز الديمقراطي العربي بألمانيا عبر الرابط التالي:

<http://democraticac.de.w0124385.kasserver.com/?p=45872>

حكومة جديدة، حكومة سيرهن برنامجها مستقبل البلاد للخمس سنوات القادمة، هل يقول لنا هذا العاقل إن ذلك لا يدخل ضمن خانة "التوجهات الاستراتيجية للدولة"؟<sup>554</sup> وفي الجهة المقابلة يرى فريق آخر أن الفصل 49 يهيم ويعالج القضايا المحالة على أنظار المجلس الوزاري، بينما الفصل 88 يتطرق إلى عرض البرنامج الحكومي أمام مجلسي البرلمان والتصويت عليه من لدن مجلس النواب. وبالتالي، فالمشروع الدستوري لا يصحح بوجود عرض البرنامج الحكومي على المجلس الوزاري، ولو أراد المشروع عرض البرنامج الحكومي على المجلس الوزاري لنص على ذلك صراحة، حتى ينهي الفراغ الدستوري،<sup>555</sup> ولا يسعنا إلا أن نساير هذا الطرح الأخير مبدين مع ذلك مجموعة من الملاحظات:

- إذا كان المشروع لم ينص صراحة على إحالة البرنامج الحكومي على المجلس الوزاري فإنه لم يحدد كذلك المقصود بالسياسة العامة للبلاد؛

- الحكومة هي المؤتمنة على تنفيذ البرنامج الحكومي المصوت عليه من طرف مجلس النواب ولا أحد غيرها؛

- وجود سوابق تاريخية تم فيها عرض البرنامج الحكومي على المجلس الوزاري رغم ان الدستور لم يكن ينص على ذلك؛

- البرنامج الحكومي يقترب من السياسات العامة للبلاد وليس التوجهات الاستراتيجية كما ذهب إلى ذلك الأستاذ خالد الناصري، حيث نجد أن البرنامج الحكومي يتضمن الخطوط للعمل الذي تنوي الحكومة القيام به في مختلف مجالات النشاط الوطني، وبالأخص في ميادين السياسة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية والخارجية، وكما أن السياسة العامة كما يعرفها الأستاذ نجيب الحجوي "هي جميع الخطوط الرئيسية التي تنوي الحكومة القيام بها في مختلف ميادين النشاط الوطني وبالأخص في ميادين الاقتصاد، الاجتماع، الثقافة، السياحة، الدفاع والأمن..."<sup>556</sup>

- البرنامج الحكومي انعكاس للنظرة الملكية وليس الحكومية، حيث بالتأمل للبرنامج الحكومي (2016- 2021) خصوصا في مقدمته التي تعرف بفلسفة إعداد البرنامج تتكون من خمس (5) صفحات

<sup>554</sup> نلاحظ هنا أن الأستاذ خالد الناصري يدرج البرنامج الحكومي ضمن التوجهات الاستراتيجية وليس السياسة العامة.

<sup>555</sup> أمين السعيد "مؤسسة رئيس الحكومة في الدستور المغربي المعدل" سلسلة البحث الأكاديمي الصادرة عن مجلة العلوم القانونية، طبع مطبعة الأمنية وتوزيع مكتبة الرشاد- سطات، السنة 2014، ص 140.

<sup>556</sup> نجيب الحجوي "سمو المؤسسة الملكية" مرجع سابق، ص 102.

فقط ولكن رغم ذلك ورد مصطلح الملك ما يفوق عشر (10) مرات، بالإضافة إلى تعابير تبين تأثير التوجه الملكي على البرنامج "وطبقا للتوجهات الملكية السامية...".

✓ التداول المسبق في المعاهدات والاتفاقيات الدولية:

يعد رئيس الدولة في القانون الدولي العام، ممثل الدولة وجهازها الرئيس في علاقاتها الخارجية، فهو الذي يعتمد الدبلوماسيين الأجانب، ويعين قانونا الممثلين الدبلوماسيين لدى الدول الأخرى، وهو الذي يصادق على المعاهدات الدولية التي تبرمها الدولة.<sup>557</sup> ووعيا من المشرع الدستوري وإشراكا منه للحكومة في القرار الخارجي فقد منح للمجلس الحكومي صلاحية التداول في المعاهدات والاتفاقيات الدولية دون حق التقرير فيها، مما يبرز الطبيعة التمهيدية للمجلس الحكومي.

ولكن الإشكال المطروح هو أن التوقيع على المعاهدات اختصاص ملكي حسب منطوق الفصل 55 من الدستور، والموافقة عليها تتم في المجلس الوزاري وهذا الأمر غير منصوص عليه في الفصل 49 ضمن لائحة القضايا التي يبت فيها المجلس الوزاري؟ وهنا لا يسعنا إلا العودة لتبني رأي الأستاذة رقية المصدق، واعتبار أن الأمر يدخل في محاولة التستر على اختصاصات المجلس الوزاري، الذي تقوده سلطة التعديل الدستوري المتمثلة في الملك<sup>558</sup>. إذن فالتصديق على المعاهدة أو الاتفاقية يمر بالمراحل التالية:

- التداول في الاتفاقية والمعاهدة بالمجلس الحكومي؛

- التداول في الاتفاقية والمعاهدة بالمجلس الوزاري؛

- عرضها على البرلمان من أجل الموافقة عليها بقانون بالنسبة للمعاهدات والاتفاقيات التي تهم معاهدات السلم أو الاتحاد، أو التي تهم رسم الحدود، ومعاهدات التجارة، أو تلك التي تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة، أو يستلزم تطبيقها اتخاذ تدابير تشريعية، أو تتعلق بحقوق وحرمان المواطنين والمواطنات، العامة أو الخاصة. كما للملك أن يعرض على البرلمان كل معاهدة أو اتفاقية أخرى قبل المصادقة عليها؛<sup>559</sup>

- انتظار بت المحكمة الدستورية في حالة إحالة معاهدة عليها وفق الشكليات المنصوص عليها في

المادة 55 من الدستور؛

<sup>557</sup> سعيد الصديقي "صنع السياسة الخارجية المغربية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الأول، كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية- وجدة، السنة الجامعية 2001/2002، ص 43.

<sup>558</sup> رقية المصدق "وهم التغيير..". مرجع سابق، ص 71.

<sup>559</sup> المادة 55 من دستور 2011.

- المصادقة من طرف الملك.

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم قلة انعقاد المجالس الوزارية، وعدم انتظام جلساتها، لا يعنيان وجود هامش كبير للجهاز الحكومي في صنع القرار، فالملك يتبع كل القضايا المتعلقة بالسياسة العامة من لحظة اقتراحها والنقاش حولها إلى غاية وصولها للمجلس الوزاري، سواء تعلق الأمر بالتقارير إليه عن نهاية كل اجتماع حكومي او من خلال القنوات المتعددة التي تزود الملك بالمعلومات<sup>560</sup>.

المطلب الثاني: علاقة المجلس الوزاري بالمؤسسة التشريعية

تتحدد علاقة المجلس الوزاري بالمؤسسة التشريعية من خلال القضايا ذات الطابع التشريعي التي يتداول فيها قبل إحالتها إلى البرلمان، وكذا من خلال تداول هذا المجلس في مسألة دراسة مقترح رئيس الحكومة بجل مجلس النواب.

الفقرة الأولى: التداول في بعض مشاريع القوانين<sup>561</sup>:

يتوفر رئيس الدولة في كل الأنظمة البرلمانية على صلاحية التدخل في العمل التشريعي للبرلمان، سواء بالنسبة للنصوص ذات المصدر الحكومي أو النصوص ذات المصدر البرلماني. فبالنسبة لمشاريع القوانين، يتدخل رؤساء الدول ذات النظام البرلماني، قبل وبعد دراستها من طرف البرلمان. قبل؛ أي على مستوى المجلس الوزاري كما تنص على ذلك كثير من الدساتير. بعد؛ بمعنى أنه يمكن ممارسة بعض الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور في الدستور بخصوص المشاريع المصادق عليها من طرف البرلمان قبل أن تصبح سارية المفعول، والتي تخول لرئيس الدولة ممارسة حق "الفيتو" أو حق طلب قراءة النص قراءة جديدة أو إحالته إلى القضاء الدستوري او اصدار الأمر بتنفيذه.<sup>562</sup> حيث بالرغم من أن لرئيس الحكومة حق المبادرة باسم الحكومة في اقتراح مشاريع قوانين،<sup>563</sup> على غرار ما هو مقرر لأعضاء البرلمان، فإن هذه المبادرة تبقى مقيدة ورهينة بالموافقة الملكية من خلال رئاسة هذا الأخير للمجلس الوزاري، والزامية عرض بعض مشاريع القوانين التي يودعها رئيس الحكومة لدى البرلمان على أنظار المجلس الوزاري

<sup>560</sup> محمد الرضواني "التنمية السياسية بالمغرب" الطبعة الأولى 2011، ص 175.

<sup>561</sup> المقصود هنا ببعض مشاريع القوانين (مشاريع القوانين التنظيمية، مشاريع قوانين الإطار، مشروع قانون العفو العام، مشاريع

النصوص المتعلقة بالمجال العسكري).

<sup>562</sup> الحبيب الدفاق "العمل التشريعي للبرلمان: مقاربة نقدية للقانون البرلماني والممارسة بالمغرب" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام،

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال- الرباط، السنة الجامعية 2001/2002، ص 28.

<sup>563</sup> الفصل 78 من دستور 2011.

قبل إحالتها إليه- أي البرلمان- طبقا للدستور<sup>564</sup>.

وإذا كانت الممارسة بالمغرب تثبت أن بعض مشاريع القوانين لا تناقش في المجلس الوزاري إلا إذا نالت مسبقا موافقة الملك، وأن رئيس الحكومة، لا يحيل أي مشروع قانون على البرلمان لم ينل تلك الموافقة مسبقا، فإن الممارسة في فرنسا أبانت على أن الرئيس يمكنه أن يختلف مع الحكومة، خاصة في حالة التعايش، ويرفض تسجيل دراسة مشروع قانون في جدول أعمال المجلس الوزاري، وبالتالي عدم إحالته على البرلمان؛ الشيء الذي يؤدي إلى نشوب نزاع بينهما، تخرج منه الحكومة هي المنتصرة، ذلك أنها تعيد طرح مشروع النص موضوع النزاع مع الرئيس في شكل مقترح قانون تتقدم به الأغلبية ضدا على الرئيس وأغلييته، وفي هذه الحالة تصوت الأغلبية على النص وتحيله على الرئيس وأغلييته، وفي هذه الحالة تصوت الأغلبية على النص وتحيله على الرئيس قصد إصدار الأمر بتنفيذه، حيث لا يحق له الاعتراض على ذلك، إلا إذا اعتبر أن النص مخالف للدستور، وعندها يمكنه فقط عرضه على المجلس الدستوري.<sup>565</sup>

وتحال على المجلس الوزاري مشاريع النصوص التالية:

- مشاريع القوانين التنظيمية؛
- مشاريع قوانين الإطار؛
- مشروع قانون العفو العام؛
- مشاريع النصوص المتعلقة بالمجال العسكري.

وانطلاقا من هذه التوطئة نسجل الملاحظات التالية:

**الملاحظة الأولى:** إن رئاسة الملك لمجلس الوزراء وقيامه بهذا الدور من خلال الموافقة على كل مشروع يعرض على المجلس أو الاعتراض عليه، يمكن الملك من مراقبة المبادرة الحكومية في اقتراح مشاريع القوانين التي تعرض على البرلمان، بالإضافة إلى أن الملك في إطار مزاولته لهذه المهام، يمارس سلطة توجيهية فيما يخص عمل الحكومة، ولا سيما، فيما يتعلق منها بالعمل التشريعي. وإعداد مشاريع القوانين التي يتعين إحالتها على المجلس للنظر فيها من أجل عرضها على البرلمان<sup>566</sup>

<sup>564</sup> عبد الاله فونتير "العمل التشريعي بالمغرب: أصوله التاريخية ومرجعياته الدستورية، دراسة تأصيلية وتطبيقية" الجزء الثالث،

سلسلة دراسات وأبحاث جامعية 4، الطبعة الأولى 2002، ص 18.

<sup>565</sup> الحبيب الدفاق " العمل التشريعي للبرلمان..." مرجع سابق ص 29.

<sup>566</sup> عبد الاله فونتير "العمل التشريعي بالمغرب..." مرجع سابق ص 63.

الملاحظة الثانية: أن الحكومة لما تتقدم بمشاريع قوانين المحددة في المادة 49 من الدستور، لا يمكنها تقديم مشروع قانون مخالف للتوجيهات الملكية والذي يحق له مراقبتها -الملك- حين تعدها. وعلى العموم يعكس هذا الأمر أهمية المجلس الوزاري كهيئة وزارية للعمل الجماعي للحكومة في كونه يعد من الوجهة الدستورية "تظاهرة" كبرى للعمل الجماعي للحكومة، وممرا ضروريا ملزما لإضفاء الصبغة الرسمية على بعض النصوص التي يصادق عليها، حيث تعد مصادقة المجلس شرط صحة لإحالتها على البرلمان.<sup>567</sup>

الفقرة الثانية: التداول في حل مجلس النواب:

مع وجود سلطات متميزة وظيفيا في النظام البرلماني فإنه لا يعتمد إلى جمع نظام السلطات كما هو الحال في نظام الجمعية النيابية ولا يحاول أن يفصل بين السلطات ما هو في الشأن الرئاسي، وإنما يقر التعاون والمراقبة المتبادلة وخاصة بين السلطة التشريعية والتنفيذية.<sup>568</sup> وبعد هذا الأمر أحد إيجابيات النظام البرلماني حيث يكون غياب التعارض أو التضارب بين أولويات وسياسات السلطتين التنفيذية والتشريعية، وذلك لكون الحزب (أو الائتلاف) صاحب الأغلبية في البرلمان هو في الوقت ذاته الذي يتولى رئاسة الحكومة وسيطر على عمل السلطة التنفيذية، حيث يلاحظ نوع من التناسق والانسجام بين عمل السلطة التشريعية والتنفيذية.<sup>569</sup> وعملا بمبدأ التوازن تمنح بعض الدساتير الحق للحكومة في حل مجلس النواب، ويعد النظام الانجليزي صاحب السبق في ظهور حق الحل، حيث جاءت بمثابة قاعدة تلازم البرلمان، ففي أول ظهوره كان هذا الأخير مؤسسة غير دائمة، فقد كان الملك يدعو المنتخبين لانتخاب البرلمان كلما رأى ضرورة لذلك، وبعد بضعة أيام أو أسابيع ينهي مهمة هذه الهيئة انطلاقا من إرادته، وإذا رأى ضرورة وجودها مرة أخرى يدعو المنتخبين ثانية لانتخاب برلمان جديد. وكأمثلة على ذلك عرف النظام البريطاني لسنة 1328 أربعة برلمانات.<sup>570</sup> وينقسم الحل إلى عدة أنواع:

- الحل الرئاسي: وهو الحل الذي يباشره رئيس الدولة؛

<sup>567</sup> محمد موفلاح "أساليب ومناهج العمل الحكومي" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال - الرباط (لم يتم ذكر السنة الجامعية) ص 121.

<sup>568</sup> حسان محمد شفيق العاني "الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة" منشورات جامعة بغداد 1986، ص 39.

<sup>569</sup> دليل "المحاور العلمية للبناء الدستوري" إصدارات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات 2012، ص 27. لتحميل الدليل يرجى زيارة موقع المؤسسة [www.idea.int](http://www.idea.int).

<sup>570</sup> عبد الحميد الزويج "علاقة البرلمان بالحكومة في النظام الدستوري المغربي- دراسة مقارنة" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، أكادال- الرباط، السنة الجامعية 2000/2001.

- الحل الوزاري: تستعمله الحكومة وذلك كمقابل للمسؤولية السياسية؛
  - الحل الذاتي: ويسمى كذلك عندما يكون للمجلس التشريعي حق حل نفسه بنفسه؛
  - الحل الشعبي: ويكون فيه للناخبين الحق في طلب الاقتراع على حل المجلس التشريعي.<sup>571</sup>
- إن الحل يعمل على حفظ التوازن بين البرلمان والحكومة في إطار تقنية التوازن<sup>572</sup> التي تعطي للسلطتين التشريعية والتنفيذية آليات تأثير متبادلة، وهذا في النظام البرلماني الذي يقوم على الفصل المرن بين السلطات، ويلعب حق الحل في إطار ضبط العلاقة بين السلطتين دورين رئيسين: الأول هو المساهمة في إقامة التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، والثاني هو حل الخلاف بينهما في حال تعذره بطرق أخرى.
- وفي الحالة المغربية فإن دستور 2011 أكد على هذه الامكانية، وذلك في إطار آليات تأثير الحكومة على البرلمان، حيث تمكن هذه الآلية الحكومة الحق في حل مجلس النواب بعد القيام بعدة اجراءات:
- استشارة الملك، رئيس مجلس النواب، ورئيس الحكومة الدستورية؛
  - اتخاذ القرار في المجلس الوزاري بمرسوم؛
  - تقديم رئيس الحكومة لتصريح يتضمن بصفة خاصة دوافع قرار الحل وأهدافه.
- إلا أن هذا الأمر يثير عدة ملاحظات تبادرت لذهن الباحث:
- القرار المتخذ من طرف رئيس الحكومة لا وجود له إلا بموافقة المجلس الوزاري، مع غياب أي تنصيب دستوري بشأن مناقشة هذا القرار بالمجلس الحكومي؛
  - قرار الحل هو في يد الملك وليس بيد رئيس الحكومة بفعل تفرده باتخاذ القرار داخل المجلس الوزاري، مما يبقي دور رئيس الحكومة في هذا الشأن تبريريا - تقديم تصريح أمام مجلس النواب؛
  - وجود ثلاثة مداخل ملكية لضبط هذه الآلية المخولة لرئيس الحكومة؛ من خلال الاستشارة التي يطلبها رئيس الحكومة من الملك، وكذا القبول بمرمجة هذه النقطة ضمن جدول أعمال المجلس الوزاري، بالإضافة إلى الموافقة على ذلك في المجلس الوزاري.

<sup>571</sup> للتعقق أكثر ينظر عبد الكريم الحديكي "التأثير المتبادل بين الحكومة والبرلمان في النظام الدستوري المغربي" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال- الرباط، السنة الجامعية 2002/2003، ص 332-337.

<sup>572</sup> المعروفة ب « Poids et contre poids ».

وتبقى النقطة المثيرة هي مسألة طبيعة استشارة رئيس الحكومة، فالاستشارة كما نعلم لا تكون ملزمة ويمكن الأخذ بها أو رفضها، ولكن الاجراء لا يصح من الناحية المسطرية في حال عدم الاقدام على طلبها، إذن فهل يمكن لرئيس الحكومة رأي الملك الوارد في الاستشارة؟  
نرى هنا، أن هذه الاستشارة هي بمثابة رأي إلزامي في الموضوع، وذلك لكون الملك هو الذي يملك سلطة القرار والحسم في الامر، وتختلف هذه الاستشارة عن الاستشارة الواردة في مختلف الفصول من الدستور عندما ينص على استشارة الملك لرئيس الحكومة أو أية جهة أخرى، حيث يمكن للملك عدم الأخذ بهذه الاستشارة أو حتى عدم الاطلاع عليها.<sup>573</sup>

#### خاتمة:

ومن خلال مقارنة هذا الموضوع مقارنة علمية فإن التعرف على مختلف علائق المجلس الوزاري والاضطلاع على خصائصها نسجل أن المجلس الوزاري رغم كونه بنية عصرية لاتخاذ القرار إلا أن التقليديانية لا زالت تسمه، حيث إن طبيعة حقل "التقليديانية" هو خصيصة تميز للمشهد المؤسسي بالمغرب، القائم على هرمية لصالح الملكية التي تعتبر صاحبة الإرادة العليا والمخططة لكل سياسة في البلاد. هذا الامر الذي يجعل من الحكومة مجرد جهاز استشاري واقتراحي ويجسد كذلك تفوق المجلس الوزاري على البنية الحكومية وكذا امتلاك أدوات تأثيرية لتوجيه السياسة التشريعية.

---

573 على سبيل المثال الاستشارة الواردة في المادة 47 من الدستور

" 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 عضوا أو أكثر من أعضاء الحكومة من مهامهم.

ولرئيس الحكومة أن يطلب من الملك إعفاء عضو أو أكثر، من أعضاء الحكومة.

ولرئيس الحكومة أن يطلب من الملك إعفاء عضو أو أكثر، من أعضاء الحكومة، بناء على استقالتهم الفردية أو الجماعية.

يترتب عن استقالة رئيس الحكومة إعفاء الحكومة بكاملها من لدن الملك.

تواصل الحكومة المنتهية مهامها تصريف الأمور الجارية إلى غاية تشكيل الحكومة الجديدة."

التزام الدولة بضمان الرعاية الصحية بين المطلب الاجتماعي والرهان الاقتصادي  
the social requirement and the economic The state's guarantee of health care between  
wager

عبد المنعم الأنصاري

طالب باحث بسلك الدكتوراه كلية الحقوق السوسبي – الرباط –

EL ANSARI ABDELMOUNIM

PHD STUDENT IN Faculty of Law SUISSI – Rabat-

[ABDELMOUNIM.ANS@gmail.com](mailto:ABDELMOUNIM.ANS@gmail.com)

ملخص:

يبرز التزام الدولة بضمان الحماية الصحية كأحد البنود الأساسية في العقد الاجتماعي القائم بين الدولة والمواطن، وهو ما تعمل على تنفيذه عبر مجموعة من الأدوات والوسائل؛ إذ تشكل المنظومة الصحية والسياسة الصحية أحد المرتكزات الأساسية لتحقيق هذا الالتزام، غير أنه في واقعنا الحاضر، برزت مجموعة من المظاهر المعبرة عن تحلل الدولة من بعض التزاماتها الاجتماعية، خاصة تلك المتعلقة بضمان الرعاية الصحية، وهو الواقع الذي اختلف في تفسيره كثير من الباحثين بين مبرر لهذا التحلل وداعٍ إلى تغيير بعض بنود العقد الاجتماعي، بإفساح المجال للقطاع الخاص كي يعوّض الدولة في تنفيذ تلك الالتزامات الصحية، وبين مناد بترسيخ بنود العقد الاجتماعي القائم على تحمل الدولة مسؤوليتها في تنفيذ الالتزامات الاجتماعية ومنها الرعاية الصحية.

هذا التباين بين الموقفين يعكس وجها من أوجه الصراع بين المنطق الاجتماعي القائم على معيار تثبيت الخدمات العمومية بوصفه التزاما على عاتق الدولة تقوم به لتلبية احتياجات مواطنيها، وبين المنطق الاقتصادي القائم على السوق المالي، المتسم بفتح المجال أمام المنافسة بين مختلف المتدخلين في المنظومة الصحية.

غير أن مسألة الرعاية الصحية تتطلب تجاوز منطق الصراع بين البعدين الاجتماعي والاقتصادي، والسعي نحو تحديد رؤية استراتيجية قائمة على إرادة سياسية تستهدف بالأساس الاستجابة لحاجيات الساكنة وتطلعاتها، في إطار عملية تشاور وتوافق حول نموذج وطني للرعاية الصحية يعكس التوافق على بنود العقد الاجتماعي بين الدولة وساكنتها، خاصة في الشق المتعلق بالحقوق في الميدان الصحي ضمن هذا العقد.

الكلمات المفتاحية: العقد الاجتماعي – الرعاية الصحية – المنظومة الصحية – السياسة الصحية –  
القطاع الخاص

## Summary

Within the framework of the social contract that stands between the state and the citizen. The state's guarantee of the health protection emerges as one of the basic provisions. This protection is implemented through a set of tools and means. The health system and policy constitutes one of the main pillars to achieve this commitment.

However, in nowadays, many manifestations show that the state gets rid of a set of social obligations, especially ensuring health care. Face to this fact, the researchers are split into two groups. Some of them justify the state's disclaimer of its responsibilities, and call for changing some clauses in the social contract by allowing the private sector to replace the state in implementing health obligations. On the other hand, others defend the clauses of the existing social contract, and ask the state to assume its responsibility in the fulfillment of the social obligations including the healthcare.

**Key words:** social contract - health care - health system - health policy - private sector

## تقديم:

تعد الحماية الصحية حقا من الحقوق التي تجسد إحدى بنود العقد الاجتماعي بين الدولة والمواطن، وهي حقوق يتم تصريفها عبر أدوات السياسة العمومية الرئيسية، لإضفاء الطابع المؤسسي على الحماية وإعادة التوزيع، وفق منظومة صحية تشتمل بالأساس على كل المنظمات والمؤسسات والموارد التي تستثمر لإنتاج أفعال مرتبطة بالصحة.

وقد تزايد الاهتمام وطنيا ودوليا بأهمية المنظومات الصحية وتطويرها منذ صدور تقرير منظمة الصحة العالمية سنة 2000، حيث أشار التقرير إلى الدور الكبير الذي يمكنه أن تقوم به هذه المنظومات في تحقيق أهداف الرعاية الصحية، وتوفير التمويل العادل للخدمات الصحية، والسعي نحو الاستجابة لحاجيات السكان.

وتظهر أهمية المنظومات الصحية كعنصر رئيسي من عناصر العقد الاجتماعي الذي يجمع بين الدولة ومواطنيها - في مجال الرعاية الصحية - مستندة في ذلك على مجموعة من الاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية<sup>574</sup>.

وقد تكونت هذه الاعتبارات وترسخت في المجتمعات عبر مراحل تاريخية مختلفة، خاصة بعد الحرب العالمية الثانية، حيث شهدت هذه الفترة تنامي دور الدولة في تأمين مجموعة من البنيات والخدمات الاجتماعية العامة، من بينها بنيات وخدمات صحية في إطار منظومة صحية وطنية تتولى الدولة مسؤولية دينامييتها واستمراريتها.

غير أنه في سياق فشل الدول النامية في تحقيق الكفاية المادية والتنوعية من البنيات والخدمات الاجتماعية، ومعها الفشل في تحقيق الالتزامات المتعلقة بنود الحماية الصحية، ضعفت ثقة المواطن في القطاع العام، وهو ما دفعه إلى التوجه نحو القطاع الخاص، لما يتميز به من مزايا الجاهزية والجودة، وهو وضعٌ تُتحَمَل فيه الدولة المسؤولية بشكل أساسي، مما يجعل كثير من الباحثين يتساءلون عن مدى التزام الدولة الحديثة بهذا البند الأساسي من العقد الاجتماعي.

<sup>574</sup> منظمة الصحة العالمية، التقرير الخاص بالصحة في العالم: الرعاية الصحية الأولية الآن أكثر من أي وقت مضى 2008 ص 91

وللمأسمة بعض جوانب الإشكالية سنحاول ابتداءً بحث المفاهيم الأساسية المؤطرة للموضوع، ثم سندسعى بعد ذلك إلى إبراز أهم مظاهر تحللّ الدولة الحديثة من التزاماتها الاجتماعية، لنبيّن في الأخير مدى تأثير ضعف التزام الدولة بالحق في الصحة وانعكاسه على طبيعة العقد الاجتماعي القائم مع مواطنيها.

## 1- الحق في الصحة العمومية تجسيد لبنود العقد الاجتماعي

ركز رواد نظرية العقد الاجتماعي<sup>575</sup> على أن بناء الدولة يؤسّس أصلاً على وجود مجموعة من الناس أو الجماعات التي يوجد بينها تنظيم اجتماعي معين، يستند إلى الشرعية القانونية، ووجود التزام متبادل بين الحكام والمحكومين<sup>576</sup>.

وبالنظر في بنود العقد الاجتماعي لدول العالم الثالث بعد استقلالها، كانت المضامين الاجتماعية أهم البنود التي أعطت الأنظمة الناشئة علةً جودها، فتطورت مجموعة من الخدمات العمومية مثل: التعليم، الصحة، التقاعد، النقل... على أساس سياسة اقتصادية بنيت في الغالب بالاستناد إلى دور نشيط للدولة المتدخلة في كل مجالات الإنتاج والتوزيع والتجارة<sup>577</sup>.

والتزاما بتلك البنود، توسّع دور الدولة بشكل كبير في توفير السلع والخدمات في مجالات متعددة، مثل التعليم، والصحة، وشبكات الأمان الاجتماعي، والبنية الأساسية، مادية أو مؤسسية، فضلاً عن الوظائف التقليدية، في توفير الأمن والاستقرار، وتحقيق العدالة الاجتماعية، والدفاع عن حدود البلد، وتوفير نظام قانوني عادل، وتحقيق استقرار نقدي ومالي سليم<sup>578</sup>.

ويعد التزام الدولة بضمان الحق في الصحة العمومية أحد أبرز بنود العقد الاجتماعي الذي فرض على الدول النامية، وذلك بالنظر في الإرث الكولونيالي الذي خلف نُظماً صحية مبنية على غرار النماذج الاستعمارية، والتي تتأرجح بين العمل الخيري واهتمامك المستعمر بالصحة العامة، فأصبحت الصحة على إثر ذلك حقاً مكفولاً من قبل الدولة المستقلة.

<sup>575</sup> هوبز، روسو، لوك

<sup>576</sup> مولود زايد الطيب، علم الاجتماع السياسي، دار الكتب الوطنية، بنغازي ليبيا، الطبعة الأولى 2007 ص 115

<sup>577</sup> يونس الحبوسي، مقال منشور في موقع جمعية أطاك المغربية.

<sup>578</sup> حازم البيلاوي، النظام الاقتصادي الدولي المعاصر، من نهاية الحرب العالمية الثانية إلى نهاية الحرب الباردة، سلسلة عالم المعرفة.

الكويت، العدد 257 ص 196

ونظرا لأن الصحة حق مكفول بهذا الاعتبار، فإن هذا يدفعنا لاستجلاء مفهوم الصحة واستعراض تنوع تعاريفه وتعددها، فعلى مستوى الاصطلاح، يدل مفهوم الصحة على معنيين: الأول يشير إلى أنها حالة توازن نسبي لوظائف الجسم، وهي بالتالي تقابل المرض كحالة انحراف عن الحالة الطبيعية. أما الاستخدام الثاني فيشير إلى أنها علم وفن للوقاية من المرض، والارتقاء بالصحة من خلال المجهودات المنظمة من طرف المجتمع، وتشمل العديد من المجالات والميادين<sup>579</sup>.

لقد عرفت منظمة الصحة العالمية الصحة في دستورها لسنة 1948 بأنها "حالة السلامة والعافية الجسدية والاجتماعية والذهنية الكاملة، وليس مجرد غياب المرض"، كما أكدت على أن التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه هو أحد الحقوق الأساسية لكل إنسان، دون تمييز بسبب العنصر أو الدين أو العقيدة السياسية أو الحالة الاقتصادية أو الاجتماعية.<sup>580</sup>

والملاحظ أنه قد ظهرت تعريفات عديدة للصحة، وتباينت بينها أو تقاربت بحسب اختلاف مجالات التداول، مما حدا ببعض إلى تصنيف هذه التعاريف إلى ثلاثة:

- أ- الصنف "المفاهيمي": حيث تعتبر الصحة حالة من الرفاه، وتعريف المنظمة العالمية ينتهي إلى هذا الصنف.
- ب- الصنف الوظيفي: حيث يتم وصف الصحة بأنها "قدرة الفرد القصوى فيما يتعلق بالوفاء بالأدوار التي أنيطت له حتى يكون كأئنا اجتماعيا".
- ت- الصنف البيئي: في إشارة إلى مفهوم التكيف، ينظر إلى الصحة على أنها التعديل الناجح والدائم للكائن الحي في بيئته<sup>581</sup>.

أما على المستوى السياسي والإداري، فإن أي تعريف للصحة، يحدّد كنتاج للتدخل الإداري على مستوى 5 عوامل:

---

<sup>579</sup> عبد الحي محمود، الصحة بين البعدين الثقافي والاجتماعي، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر 2003، ص 25 ذكر في حوكمة الصحة العالمية، بين الأسس المعيارية والمصالح التجارية، مذكرة مكملة لمستلزمات نيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، من إعداد الطالب بوحريص محمد الصديق، جامعة الحاج لخضر - باتنة - 2012-2013 الجزائر ص 11

<sup>580</sup> موقع منظمة الصحة العالمية، [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_ar.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_ar.pdf) دستور منظمة الصحة العالمية، ص 1

<sup>581</sup> Bernard Marrot, l'administration de la santé en France, édition Harmattan, 1995, p138

- العوامل البيولوجية.
- العوامل المرتبطة بالبيئة المادية.
- العوامل المرتبطة بالسلوكيات الفردية.
- العوامل المرتبطة بالنموذج الوظيفي للمنظومة الاجتماعية والاقتصادية.
- العوامل المرتبطة بالمنظومة العلاجية.

وجدير بالذكر أن أغلب هذه العوامل مرتبطة فيما بينها، وبدرجات متفاوتة، وتنطوي على خيارات سياسية من أجل تحقيق أعلى مستوى ممكن من الصحة للسكان<sup>582</sup>.

لقد أصبحت الصحة العمومية تظهر بوصفها مشروعا سياسيا، منذ القرنين 18 و19، وتتجلى مهمتها في حماية الساكنة من الأمراض، وضمان شروط المعيشة في حدها الأدنى لعمال المناجم ومدن الثورة الصناعية.

ويتفق مجموعة من الباحثين على أن تعاريف الصحة العمومية تركز على هدف مشترك، هو الحد من ظهور المرض والحفاظ على صحة السكان، ومن وجهة نظرهم هذه، فإن العناصر الأساسية لنظرية الصحة العامة الجديدة وممارستها، تتجلى كالآتي:

- مسؤولية جماعية عن الصحة.
- دور رئيسي تؤديه الدولة في حماية الصحة العامة وتعزيزها.
- إرشادات وتوجيهات بشأن فئات السكان أو جماعات سكانية بأكملها.
- الحماية، ولا سيما الاستراتيجيات الجماعية في مجال الوقاية الأولية.
- مراعاة المحددات الاجتماعية والاقتصادية للصحة والمرض، فضلا عن أهم عوامل الخطر.
- مقارنة متعددة التخصصات تتضمن أساليب كمية ونوعية.

<sup>582</sup> Bernard Marrot, op.cit, p140

• إشراك الساكنة المعنية<sup>583</sup>.

أما حاليا، فيعرف مجال الصحة العمومية اتساعا وتمددا مستمرا، وهو الشيء الذي يطرح أمامه تحديات جديدة على مستويات متعددة: اجتماعية، بيئية، اقتصادية، وخصوصا ما يتعلق بالمنظومة العلاجية.

## 2- السياسة الصحية تعبير عن اختيارات الدولة في المجال الاجتماعي

تعد السياسات الاجتماعية مجالات مهمة في السياسات العمومية باعتبارها، آلية لبناء وترسيخ العدالة الاجتماعية، وإدماج مبادئ المساواة والتضامن، وحقوق الإنسان لتحسين الرفاه العام لجميع المواطنين بمختلف فئاتهم.

وتمثل السياسة الصحية بعدا أساسيا من أبعاد السياسات الاجتماعية؛ إذ يمكن تعريفها على أنها موقف الحكومة الرسمي في ميدان الصحة، والذي تعبر عنه من خلال خطاباتها الرسمية أو من خلال وثائقها التخطيطية.<sup>584</sup>

وفي إطار ضبط المنظومات الصحية، يمكن تعريف هذه السياسات العمومية - ومنها السياسة الصحية- بمحاولات ضبط الأوضاع التي تعتبر مشكلة عمومية داخل جماعة أو بين جماعات. والمشكلة تكون عمومية عندما تلامس بطريقة ما توزيع الموارد بين الفاعلين الاجتماعيين. والضبط يسعى إلى إرجاع الحالة، حيث المشكلة العمومية، إلى المعايير التي ابتعد عنها (الضبط السلبي)، أو التقريب من المعايير التي لم يتم الوصول إليها بعد (الضبط الإيجابي).<sup>585</sup>

<sup>583</sup> Jeanine Pommier, Olivier Grimaud « Les fonctions essentielles de santé publique : histoire, définition et applications possibles », Santé Publique, éditeur la Société Française de Santé Publique, 2007/hs (Vol. 19), p. 9-14.

<sup>584</sup> Magali Barbieri et Pierre Cantrelle, politique de santé et population, édition de L'ostrom, 1991 p :51.

<sup>585</sup> Vincent Lemieux, le système de santé au Québec, organisation acteurs et enjeux, les presse de l'université Laval août 2003, p120.

إنّ محاولات الضبط عبر السياسات العمومية تشمل مجموعة من القرارات المترابطة فيما بينها، وهذه القرارات غالبا ما تجمع في ثلاث عمليات، تسمى "مراحل": مرحلة الظهور، مرحلة الصياغة، ومرحلة تنفيذ السياسات العمومية.<sup>586</sup>

وتترجم مخرجات هذه المراحل عمليا في أشكال متعددة من البرامج والاستراتيجيات التي يفترض بلورتها وتنفيذها ضمن منظور التلاقي والتكامل بين الدولة وجميع المتدخلين في المنظومة الصحية من جهة، وتنفيذ بنود العقد الاجتماعي من جهة ثانية، وهو ما يتطلب تحقيق الاستجابة الدائمة والمستمرة للحاجيات والتطلعات والحقوق الصحية للساكنة.

غير أن التحول في وظيفة الدولة والسياسات العمومية أصبح موضوع مساءلة واعتراض من طرف الحركات السياسية والاجتماعية والمدنية، بحكم فشل الخدمات العمومية. وذلك نتيجة السياسات الانتقائية القائمة على اعتبارات الكلفة المالية ومقاربة الاستهداف والانتقاء البشري والمجالي.

### 3- مظاهر التحلل من الالتزامات الاجتماعية للدولة في مجال الرعاية الصحية

يقوم مبدأ "الدولة الاجتماعية" على كفالة الحقوق الاجتماعية للأفراد، مؤطرا بنود العهد الدولي<sup>587</sup> الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمعاهدات الأخرى<sup>588</sup>، بحيث يقابل كل حق من تلك الحقوق التزامات معينة من جانب الدولة.

تبين الملاحظة الممتدة في الزمن من المنظور التاريخي، أن بناء الدولة وتطور الحماية الاجتماعية مترابطان، وذلك منذ التدخلات الاجتماعية الأولى، بحيث تتمتع الدولة بالآليات الإدارية للتحكم في الأشخاص والعلاقات الاجتماعية؛ إذ منذ القرن 19، أصبحت الدولة مؤسسة مركزية للضبط الاجتماعي وتنظيم العلاقات الاجتماعية.<sup>589</sup>

<sup>586</sup> Vincent Lemieux, op.cit p :120.

<sup>587</sup> معاهدة متعددة الأطراف اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 ودخلت حيز النفاذ من 3 يناير 1976. تلزم أطرافها العمل من أجل منح الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الأقاليم والأفراد الثقة غير المتمتعة بالحكم الذاتي وبما في

ذلك حقوق العمال والحق في الصحة وحق التعلم والحق في مستوى معيشي لائق

<sup>588</sup> مثل: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

<sup>589</sup> Les politiques sociales et leurs institutions, collection dirigée par Jean-Paul Chagnollaude, harmattan2013 p113

وتتسم الفترة المعاصرة أيضا بإعادة بناء النظام السياسي موازاة مع بناء المؤسسات الاجتماعية. بحيث يلاحظ ذلك في العمليات التنظيمية، ولا سيما من خلال تطبيق اللاتركيز، والضبط السياسي بصفة عامة "للحكومة الاجتماعية"، من خلال تدبير أكثر ترابي من جهة، واعتبار دوافع خارج المنظومة السياسية الوطنية من جهة أخرى<sup>590</sup>.

وقد عرفت أنظمة الحماية تطورا هاما غداة الحرب العالمية الثانية، مستفيدة بذلك من مكتسبات دولة الرعاية، بحيث عرف القطاع الصحي جراء ذلك تطورات مهمة نظرا لأهمية الوسائل المعبأة للرعاية الصحية، وتوصيات المنظمات الدولية بحق مجموع الدول في التوفر على أفضل وضع صحي<sup>591</sup>، وتوفير الخدمات الصحية لجميع الأشخاص<sup>592</sup>.

وتطبيقا لذلك، عمدت كثير من الدول النامية إلى اعتماد المجانية في مجال الرعاية الصحية بوصفه مبدأً لعمل البنيات العمومية للصحة؛ إذ تم وضع سياسات مجانية أو داعمة للعلاجات، تبتغي الحد من فوارق الدخل التي تحول دون المساواة في التمتع بصحة جيدة.<sup>593</sup>

ومن منطلق المساواة الذي يحكم هذه السياسات الصحية، ودعوى الحفاظ وضمان المصلحة العامة، تم تبرير هيمنة السلطة العمومية في القطاع الصحي.

فقد عرف العالم أزمة اجتماعية واقتصادية في دول الشمال والجنوب خلال العقدين الأخيرين من القرن العشرين، بحيث أصبحت الحكومات في مواجهة أزمات مالية عميقة، أدت في كثير من الحالات إلى فرض قيود، وأحيانا إلى إصلاحات، في إطار خطط التقويم الهيكلي، ونتيجة لذلك، تدهورت حالة البنيات العمومية، وتم الحد من عملية التوظيف في الوظيفة العمومية، بسبب القيود الاقتصادية، وانخفضت وسائل أداء البنيات الصحية انخفاضاً كبيراً، وأخيرا عرف العرض العمومي تراجعا كبيرا.

<sup>590</sup> Les politiques sociales et leurs institutions, op.cit, p 113

<sup>591</sup> المنظمة العالمية للصحة سنة 1946

<sup>592</sup> المؤتمر الدولي للصحة أما انا بجمهورية كازخستان سنة 1978

<sup>593</sup> Stéphane Tizio, « l'approche contractuelle » d'une perspective intérêts individuelle à une perspective systémique, Ed.

وبناءً على ذلك، أصبحت هذه الظرفية غير مناسبة للاستمرار في تلك السياسات الصحية (المجانية ودعم العلاجات)، الشيء الذي أدى إلى انخفاض الميزانيات العامة المخصصة للصحة، واستحالة تحقيق إصلاحات في مجال السياسات الصحية.

#### 4- هل من حاجة إلى عقد اجتماعي جديد متعلق بالصحة؟

تعود الفكرة الرئيسية لمسألة "العقد الاجتماعي" عند جون جاك روسو إلى أن العلاقة بين الحاكم والمحكومين يحكمها عقد له شروط، إن خالفها الحاكم يعتبر العقد لاغياً، وبالتالي لا سلطة للحاكم حينئذ، وهو الأمر المعمول به في الدول الديمقراطية التي تؤمن بالتداول السلمي للسلطة، لكن يلاحظ في أغلب دول العالم الثالث، أن السلطة العمومية - بفعل منطق الحكم القائم - لا تستجيب لمجموعة من شروط العقد، فينتج عن ذلك توترات اجتماعية قد تبلغ حد إجبار الحاكم على التنحي.

غير أن مفهوم الخدمات العمومية المعمول في كثير من الدول بعد استقلالها، لم يعكس بالضرورة مفهوم دولة الرعاية كنتيجة لعقد اجتماعي أو لرؤية واضحة<sup>594</sup>، ذلك أن دولة الربيع<sup>595</sup> حلت محل مكان دولة الرعاية، فانحسرت وظيفة الرعاية في تأمين الحد الأدنى من الخدمات العمومية، وإن كانت بكمية محدودة وجودة متفاوتة.

إن الاهتمام الأساسي لكثير من دول العالم الثالث بعد استقلالها، كان هو حماية النظام القائم والمستفيدين منه، أكثر من تحقيق رؤية سياسية اجتماعية متكاملة، فالمهم هو توزيع ما يمكن توزيعه من الربيع من دون المساس بأمن النظام ومصالح النخب النافذة والتخلص من المسألة، ذلك أن توزيع الربيع قد يعفي في نظر النخب الحاكمة في دول الربيع من أي مسؤولية ومحاسبة، لأن ما يتم توزيعه هو مبادرة الحاكم وليس نتيجة لعقد اجتماعي<sup>596</sup>.

<sup>594</sup> زياد حافظ، "دولة الرفاهية الاجتماعية" مركز دراسات الوحدة العربية، حوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمها المركز بالتعاون مع المعهد السويدي بالإسكندرية، الطبعة الأولى 2006، ص 409.

<sup>595</sup> تستمد دولة الربيع جميع أو معظم دخلها من الأنشطة الربعية، بينما تهدف دولة الرعاية إلى توفير الحد الأدنى من الخدمات الصحية والتربوية وشبكة الحماية الاجتماعية ومنها الضمان الاجتماعي، وتلتزم بسياسات من شأنها التخفيف من الفوارق الاجتماعية: زياد حافظ نفس المصدر ص 410.

<sup>596</sup> زياد حافظ، مصدر سابق، ص 410.

وبناءً على تلك الاختيارات، عجزت كثير من الحكومات عن الوفاء لانتظارات المواطنين في مجال الخدمات الأساسية، مثل الرعاية الصحية والتعليم، والقضاء على البطالة، الشيء الذي ساهم في إذكاء الثورات خصوصاً الثورات العربية التي اشتعلت أواخر العام 2010، وظهور احتجاجات بين الفينة وأخرى تطالب بإنشاء المزيد من البنيات التحتية الاجتماعية، وتحسين مستوى الخدمات العمومية مما يعد إيداً بانهاء صلاحية العقود الاجتماعية القديمة.

وعلى إثر ذلك، برزت دعوات منظمات نقدية دولية وإقليمية، تنادي بتغيير بنود العقد الاجتماعي، القائمة على تقديم خدمات عمومية جيدة ونوعية، وتجاوز مستويات الخدمات الرديئة والمتدنية، والتي لم تعد مناسبة لتلبية احتياجات الجيل الحالي من المواطنين، الذين يفضلون الخروج من الشبكة العامة، والاتجاه إلى شبكات قائمة على آليات السوق<sup>597</sup>.

في هذا الإطار، تحث المؤسسات المانحة الدول على تشجيع المنافسة الاقتصادية في المجالات الاجتماعية، بمرر تحسين النوعية والهبوط بالتكاليف، لا سيما الأدوية والإمدادات والمعدات<sup>598</sup>.

بالإضافة إلى ذلك، وفي ظل ضعف نجاعة الخدمات الصحية التي يقدمها القطاع العام، يقترح تقرير التنمية العالمية للبنك الدولي على الدول ذات الدخل المتدني والمتوسط، تجديد منظوماتها الصحية على مبادئ أساسية، أهمها اعتبار السوق الاقتصادي (مجال التقاء العرض والطلب) الوسيلة الفضلى لتوفير الموارد<sup>599</sup>.

إن مناخ ضعف ثقة المواطن في القطاع العام، وإكراه اللجوء نحو القطاع الخاص، يفسر إجراء تغييرات في مجموعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين المواطنين والدولة، مما يبرر حسب المؤسسات الدولية المانحة<sup>600</sup>، صياغة عقد اجتماعي جديد، من بنوده تشجيع الدولة على المنافسة في القطاع الخاص، وتحقيق المساواة في الفرص، عبر قيام الدولة بإحلال تحويلات نقدية (موجهة) محل

<sup>597</sup> البنك الدولي للإنشاء والتعمير/البنك الدولي، 2015.

<sup>598</sup> تقرير عن التنمية في العالم 1993 الاستثمار في الصحة البنك الدولي للإنشاء والتعمير/البنك الدولي، مؤسسة الأهرام مصر الطبعة الأولى يونيو 1993 ص19.

<sup>599</sup> تقرير التنمية مرجع سابق ص:27.

<sup>600</sup> نحو عقد اجتماعي جديد، المرصد الاقتصادي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، البنك الدولي للإنشاء والتعمير/البنك الدولي، 2015، ص 27.

الدعم، تخول لكل فرد دفع أسعار السوق. وبهذه الطريقة، يستطيع الفقراء الحصول على الخدمات الخاصة التي لا يحصل عليها في الوقت الحالي إلا الأغنياء والقادرون على دفع التكاليف<sup>601</sup>.

في مقابل ذلك ظهرت دعوات ترفض دعوات المؤسسات النقدية الدولية "لتسليح" الخدمات العمومية الأساسية، (صحة، تعليم،...) مستندة على مجموعة من الاعتبارات أهمها:

- الخدمة العمومية الأساسية حق من حقوق المواطنين والمواطنین، تكفله المواثيق الدولية، وخصوصا العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبروتوكولات المتعلقة به.
- أن تقوية الدول الوطنية وتعزيز الديمقراطية يمر أساسا عبر بناء دول قوية تكفل لمواطنيها خدمات أساسية مجانية وذات جودة، تكون في صلب العقد الاجتماعي.
- أن التفاوتات بين مواطني دول المنطقة وبين مواطني الدولة الواحدة هو عامل كايح لتطورها وازدهار العيش لسكانها.
- أن تسليح وخصوصة الخدمات الأساسية سيؤدي إلى المزيد من التفاوتات الاجتماعية والاضطرابات<sup>602</sup>.

ورغم ذلك، واصلت مجموعة من الدول تبني سياسات عمومية اتسمت بالتقليص من النفقات الاجتماعية، والتشجيع على المنافسة الاقتصادية، في توافق مع المفهوم الجديد للدولة، الذي يحول دون تدخلها في الميدان الاجتماعي لفائدة التوازنات المالية.

وبذلك أصبح تطبيق قانون السوق المبدأ الأساسي للتدبير العمومي الجديد، القائم على فرضية اعتبار السوق أكثر كفاءة من التخطيط<sup>603</sup>، وهي الفرضية التي اعتمدها العديد من دول العالم في عملية إصلاح الدولة<sup>604</sup>.

<sup>601</sup> نحو عقد اجتماعي جديد، مرجع سابق، ص 28

<sup>602</sup> بيان حركة أنفاس الديمقراطية - المغرب، حركة 6 أبريل - مصر، حركة كفانا - موريتانيا، المعهد التونسي للديمقراطية والتنمية -

تونس، أطاك المغرب، أطاك تونس، منشور في موقع جمعية أطاك المغرب.

<sup>603</sup> ينطوي التخطيط على استثمار أحسن القابليات الموجودة بطريقة منظمة وبصورة متصاعدة ومتطلعة للمستقبل لاتخاذ مناهج تتعلق بالعلاقات المشتركة ضمن الإطار القومي العام؛ عبد الواحد الجاسور، موسوعة علم السياسة، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع،

2009 عمان، الأردن، ص 117

وكان من تأثير هذا المبدأ، تهميش المنطق الاجتماعي الذي يتعامل مع الصحة بوصفه حق إنساني، في مقابل المنطق الاقتصادي الذي يتعامل مع الصحة بوصفها سلعة، على غرار السلع المتداولة في السوق، أي سلعة استهلاكية تخضع لمنطق العرض والطلب الذي لا يملك المواطن فيه تأثيرا كبيرا.

وبإعلان سياسات التحرير الاقتصادي تحت ضغط المؤسسات المالية العالمية، خاصة البنك الدولي وصندوق النقد الدولي، ولتجاوز الإكراهات المالية المرتبطة بالقطاع الصحي، تم التشجيع على إدماج أنشطة القطاع الخاص، وكذلك اتخاذ مسار الخصخصة السريعة لمختلف منظومات العلاج الصحي.

يبرز هدفَ هذه الإصلاحاتِ المقترحةِ نقطتان رئيسيتان:

- تعويض نسبة كبرى من التمويل العمومي - الذي أثبت فشله - بالتمويل الخاص.
- وضع مسار للامركزية السياسية الصحية، للسماح للسلطات العمومية بإنشاء "أسواق محلية" للصحة والتأمين على المرض.

ولهذا، كان من البديهي أن تجر هذه السياسات على ناهجها ردود فعل متباينة، فهناك من دَعَمها بمبررات أهمها، أن:

- عملية تحرير وعودة التجارة في ميدان السلع والخدمات الكثير تحمل من الآثار الإيجابية على مجال الصحة العالمية، خاصة على شعوب البلدان الفقيرة، فيمكن أن تدفع لصالح تسهيل تدفق السلع والخدمات التي تحسن الصحة مثل الأجهزة الطبية والأدوية واللقاحات ونشر التكنولوجيا.
- الحفاظ على التوازنات المالية ضروري لتحقيق أهداف الدولة في الحفاظ على المصلحة العامة، والتركيز على الأدوار السيادية "régaliennes".

وفي مقابل موقف الداعمين، هناك من رفض تلك التوجهات، بحجة أن عملية تحرير القطاع الصحي عملية حساسة، وهناك خطورة في إخضاع الصحة لمنطق السوق بالنظر إلى التنافي القائم بين

<sup>604</sup> سعد الركراكي، الحق في الصحة: الواقع والأفاق، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية

قانون السوق ومبدأ الحق في الصحة، وهو الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى العديد من المنزلقات، أهمها عدم اعتبار الحاجات الملحة والمبررة التي تفتقد إلى من يؤدي تكلفتها.

وفي هذا الصدد، تلاحظ منظمة أطباء بلا حدود أن المصالح المالية أضحيت هي المتحكمة في سوق الأدوية بدلا عن مصالح المرضى، فالدواء أصبح مثله مثل أي منتج يخضع لقانون العرض والطلب.

وتكمن خطورة منطوق السوق كذلك، فيما يؤدي إليه من نتائج، ومنها التسويق الحصري للمنتجات ذات المردودية المالية، مع إعطاء الأسبقية لبراءة الاختراع (ADPIC 1994) بدلا عن الحاجيات الإنسانية، فيصبح المرض تبعا لذلك، مصدرا للريح، ويصبح العلاج الطبي الخاص مكونا فقط من مكونات الناتج الداخلي الخام، في حين يتم اعتبار الصحة العمومية مجرد تكلفة<sup>605</sup>.

وعلاقة بالمنظومات الصحية، يتخوف أصحاب هذا الاتجاه من سعي الفاعلين الخواص، إلى التأثير في صنع السياسة الصحية سعيا إلى تموقع أفضل في المنظومة الصحية، والدفاع عن مصالحهم الربحية من أجل بيئة استثمارية ملائمة، من خلال إغراءات الطلب في السوق الصحي، بغض النظر عن الآثار الصحية المترتبة عن ذلك.

وفي مقابل المقاربات الليبرالية، ثمة مقاربة ترمي إلى إقصاء الصحة من المجال الاقتصادي، معتبرة إياها مسألة اجتماعية، تخوّل من خلالها قيادة المنظومة الصحية من قبل السلطات العمومية بالنظر، من جهة أولى لمقاييس الجودة والإنصاف، ولتشجيع التضامن عوض المنافسة الحرة من جهة ثانية.

يبدو أن تقديم الرعاية الصحية من منظور مجتمعي، يجب أن يكون وفق الاحتياج لا القدرة على الدفع، ولذلك فقد تشتغل الحكومات مباشرة في تقديم الرعاية الصحية لضمان إمكانية وصول مجموعات معينة من السكان إلى الرعاية الصحية، مثل ذوي الدخل المحدود، والأطفال الذين قد لا يتلقون الرعاية الصحية التي يحتاجون إليها<sup>606</sup>.

<sup>605</sup> سعد الركراكي، م س ص 92

<sup>606</sup> التحليل الاقتصادي في الرعاية الصحية انسي ديفلن ، ديفد باركن ؛ ترجمة عبدالمحسن صالح الحيدر ، ت لرياض: معهد الإدارة

العامة تاريخ النشر: 1434 هـ، 2013 م، ص 190

وبين المقاربة الأولى والثانية، تبرز الخصوصية الاقتصادية والاجتماعية للصحة، مما يبرر ضبط المنظومات الصحية، عبر مؤسسات تعمل خارج منطق السوق، وتلعب دورا هاما في توجيه مختلف الفاعلين في المنظومة، وفي إبداع نماذج فعّالة في مجال عرض الخدمات واستهلاك العلاجات<sup>607</sup>.

وعموما، يعدّ تحرير الحماية الاجتماعية، ومنها الرعاية الصحية، وجها واحدا من أوجه الصراع بين الضبط، والسياسة، والسوق. ولايزال هذا النضال يأخذ بعدا أيديولوجيا، لأن من وراء تعزيز إضفاء الطابع الفردي على العلاقات الاجتماعية المصاحبة لأنظمة الضبط الاقتصادي الجديدة، يتم التساؤل عن التضامن الجماعي الذي هو أساس المواطنة وإطار الحماية الجماعية، والتي من خلالها بنيت الحماية الاجتماعية<sup>608</sup>.

#### خاتمة:

إن مسألة الرعاية الصحية تتطلب تجاوز منطق الصراع بين المطالب الاجتماعية والمصالح الاقتصادية، والسعي نحو تحديد رؤية استراتيجية قائمة على إرادة سياسة تستهدف بالأساس الاستجابة لحاجيات وتطلعات الساكنة، في إطار عملية تشاور وتوافق حول نموذج وطني للرعاية الصحية، يعكس التوافق على بنود العقد الاجتماعي بين الدولة وساكنتها في شقه المتعلق بالحقوق في الميدان الصحي.

في أفق تحقيق ذلك، يتوجب أن تتوجه جهود السياسة العمومية أولا نحو الرفع من الشعور بالمسؤولية لدى جميع الفاعلين المتدخلين في مختلف أنواع القرارات ومستوياتها، في الدولة والمجتمع، لتقوية الوظائف الاستراتيجية للتخطيط، والتنسيق، وال ضبط، والمتابعة، وتقويم السياسات العمومية.

واستشرافا لحفظ صحة الساكنة المغربية وتحسينها، وفي ظل تزايد الاحتياجات الصحية للساكنة من جهة، وتنامي الاكراهات الاقتصادية وتقلص الموارد المالية من جهة أخرى، يتطلب بلورة سياسة عمومية، تستطيع توقع الاحتياجات المستقبلية، وتحديد الأولويات لتلبيتها، وتمكين مختلف المتدخلين في المنظومة الصحية من المساهمة في تحقيقها.

<sup>607</sup> سعد الركراكي، م س ص 424

<sup>608</sup> Les politiques sociales et leurs institutions, op.cit p 114

## فصل المقال فيما بين حضور وتغيب الموظف من اتصال

### separation between the absence

### And the presence of the civil servant at work from contact

ابت الشريفة بوعزة

طالب باحث بسلك الدكتوراه (القانون العام والعلوم السياسية)

-جامعة محمد الخامس بالرباط-كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا-

b.aitchrifa@gmail.com

#### تقديم

تشكل ظاهرة هدر الزمن في تدبير العمل الإداري إشكالية حقيقية وتحديا كبيرا يواجه الإدارة العمومية المغربية، وذلك من حيث تأثيره السلبي على السير العادي للمرفق العمومي وعلى صرف النفقات العمومية من جهة ثم على جودة الخدمات العمومية وجهود التنمية من جهة ثانية. ويتمظهر هذا الهدر في عدة عوامل وأسباب تتداخل فيها الجوانب التنظيمية والتدبيرية والتخليقية.

ورغم جهود ومحاولات الإصلاح ذات الطابع الأفقي والقطاعي التي بذلتها الحكومات المتعاقبة لتدارك التأخر المسجل في معالجة أعطاب التدبير العمومي والإدارة العمومية باعتبارها أداة لتحقيق الأهداف الاستراتيجية والسياسات العمومية والبرامج الحكومية فإن الاختلالات التي تعرفها هندسة وتدبير هذه الإصلاحات تحد من نجاعة وفعالية أي إصلاح.

وحيث أن الموارد البشرية تعد من بين أهم مكونات وركائز الإدارة فإن استمرار استقطابها وتدبيرها بالطرق البيروقراطية وبالقواعد النظامية التقليدية، يعد أحد العوامل الأساسية لهدر الزمن الإداري الذي يعكسه تدني مستوى الانضباط والالتزام والأداء المهني لدى الموظف، والذي يتجلى بالخصوص عبر ظاهرتي الحضورية والتغيب عن العمل التي تنفث في مصالح الإدارات العمومية والجماعات الترابية، وانعكست آثارهما السلبية على أداء ومردودية الإدارة وعلى سمعتها وصورتها لدى المرتفق.

وقد فطنت مؤخرا الوزارة الوصية على قطاع الوظيفة العمومية و إصلاح الإدارة إلى تلازم هذين الظاهرتين السلبيتين في منظومة الوظيفة العمومية كشكلين متداخلين من أشكال هدر الزمن

بالإدارة العمومية، وحاولت معالجتهما ضمن الخطة الوطنية لإصلاح الإدارة 2018-2021-2021.609  
فما المقصود إذن بهذين الظاهرتين؟ وما هي نقاط الالتقاء والتباين بينهما؟ وما هي العوامل المغذية  
لاستمرارهما؟

سنحاول ضمن هذا المقال مقارنة هذا الموضوع اعتمادا على منهج التحليل القانوني والمنهج الوصفي  
في قراءة عدة نصوص قانونية ذات صلة بالموضوع لاستكشاف الجوانب الأساسية الظاهرة والخفية  
التي تؤثر معالم الظاهرتين على المستويين القانوني والتدبيرى، وذلك من خلال إلقاء الضوء على  
منظومة الوظيفة العمومية المؤطرة للنشاط الوظيفي ولرخص التغيب عن العمل مجبهة، ولمواجهة  
عوامل هدر وقت العمل الإداري، وكذا تحليل وتقييم اختلالات هذه المنظومة ومحدودية نتائجها.

---

<sup>609</sup> تتضمن الخطة الوطنية لإصلاح الإدارة 2018-2021-2021 مشروعاً من بينها مشروع تدبير الزمن الإداري الذي يدخل ضمن خانة مشاريع التحول التخليقي.

**المبحث الأول: التمييز بين حالة القيام بالعمل والتغيب عن العمل في الوظيفة العمومية المغربية**  
على الرغم من أهمية تحديد مفهومي العمل و الانقطاع عنه في إثبات الحقوق والآثار المترتبة عنهما في تدبير المسارات المهنية لأعوان وموظفي الإدارة من أجرة وترقية و رخص وإجراءات تأديبية ومحاسبية وغيرها، فإن مقتضيات الظهير الشريف رقم 1.58.008 بتاريخ 24 فبراير 1958 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية لم تتطرق لأي تعريف قانوني صريح لماهية القيام بالعمل أو التغيب عن العمل بشقيه المشروع وغير المشروع.

وعليه فإن اقتفاء أثر معنى القيام بالعمل والانقطاع عنه ضمن مقتضيات النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية ونصوصه التطبيقية يمر عبر البحث في الوضعيات القانونية التي يمكن أن يوضع فيها الموظف، وفي رخص التغيب بكافة أصنافها وكذا في الاجراءات المحاسبية والزجرية المتخذة في حق الموظف الذي يتعمد التغيب عن العمل خلال أوقات العمل الإدارية بشكل غير مشروع وغير مبرر.

#### **المطلب الأول: وضعيات وحالات القيام بالعمل**

في باب الوضعيات القانونية للموظف، نص الفصل 38 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية على أن الموظف يكون في وضعية القيام بالوظيفة " إذا كان مرسما في درجة ما ومزاولا بالفعل لمهام إحدى الوظائف المطابقة لها بالإدارة التي عين بها ".

ويستفاد من هذه المقتضيات أنه يتعين على الموظف في الحالة العادية أن يكون مزاولا بالفعل لمهام إحدى الوظائف المطابقة للدرجة التي ينتهي إليها نظاميا بالإدارة الأصلية التي تم توظيفه بها<sup>610</sup>، حتى يتسنى له الاستفادة من كافة حقوقه القانونية المنصوص عليها في الظهير الشريف رقم 1.58.008 سالف الذكر، بما فيها حقه في الأجرة وفي الترقى وفي التقاعد التي يشرع في الاستفادة منها ابتداء من تاريخ التوظيف والتعيين و الالتحاق بالعمل.

ويكون في نفس الوضعية أيضا، حسب مقتضيات نفس الفصل، الموظف "المستفيد من الرخص الإدارية ومن الرخص لأسباب صحية ورخص الولادة<sup>611</sup> والرخصة بدون أجرة، وكذا الموظف

<sup>610</sup> يتم تحديد المهام العامة المسندة للموظفين حسب الهيئات التي ينتمون إليها بموجب الأنظمة الأساسية المحدثة للدرجات المشكلة لهذه الهيئات.

<sup>611</sup> المرسوم رقم 2.99.1219 بتاريخ 10 ماي 2000 المتعلق بالرخص لأسباب صحية ورخصة الولادة

الموضوع رهن إشارة إدارة عمومية غير إدارته أو جماعته الترابية الأصلية أو الموظف في حالة التفرغ النقابي لدى إحدى المنظمات النقابية الأكثر تمثيلاً".

### الفرع الأول: رخص التغيب

أجاز الفصل 38 سالف الذكر للموظف أيضاً الاستفادة من نفس الحقوق في حالة التغيب عن العمل خلال أوقات وأيام العمل الإدارية<sup>612</sup>، بموجب إحدى رخص التغيب المحددة لائحتها في الفصل 39 من نفس القانون، باستثناء رخصة التغيب عن العمل بدون أجره التي تمنح بناء على طلب من الموظف مرة واحدة كل سنتين لمدة شهر واحد يسقط فيها حقه في الأجر، وكذا في حالة رخص المرض التي يتقاضى فيها الموظف المعني نصف أجرته بعد الانتقال إلى المرحلة الثانية من رخصة المرض بأصنافها الثلاث: القصيرة و المتوسطة و الطويلة الأمد، وذلك حسب الشروط القانونية المتعلقة بهذه الأصناف من رخص المرض، علماً أن الموظف المستفيد من رخصة مرض بسبب مرض أو حادثة وقعت له أثناء أو بمناسبة مزاولة عمله أو خلال القيام بتضحية للصالح العام أو لإنقاذ حياة شخص ما فإنه يحتفظ بأجرته كاملة وببإقي حقوقه المقررة قانوناً طيلة مدة الرخصة مهما كانت مدتها وفقاً لمقتضيات الفصل 45 من القانون المذكور.

أما فيما يخص الرخص الاستثنائية أو الإذن بالتغيب، فإن هذا الصنف من الرخص عالجها الفصل 41 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية وأجاز منحها للموظف مع احتفاظه بحقه في الأجره وببإقي الحقوق دون أن تدخل ضمن الرخصة السنوية، وحدد لها أربع فئات من الموظفين التي يمكن أن تستفيد منها: وهي فئة الموظفين المكلفين بنبابة عمومية، وفئة الموظفين

<sup>612</sup> تستند مراقبة الحضور والتغيب عن العمل بالإدارات العمومية إلى مقتضيات المرسوم رقم 2.05.916 المشار إليه أعلاه، كما وقع تغييره وتتميمه، الذي يحدد أيام العمل في خمسة أيام، من يوم الاثنين إلى يوم الجمعة، و ساعات العمل في 36 ساعة ونصف أسبوعياً، من الساعة 8.30 صباحاً إلى غاية الساعة 16.30 بعد الزوال، مع منح نصف ساعة يومية عند منتصف النهار للاستراحة وتناول وجبة الغذاء، وإضافة ساعة يوم الجمعة لأداء صلاة الجمعة، علماً أن مقتضيات المرسوم المذكور خولت لرؤساء الإدارات أن يقرروا، كلما دعت الضرورة إلى ذلك فيما يخص بعض المصالح اللامركزية التابعة لهم، أيام ومواقيت عمل تختلف عن أيام ومواقيت العمل المحددة في هذا المرسوم مع مراعاة مدة العمل الأسبوعية المشار إليها أعلاه.

هذا، وتخضع فئات أخرى من الموظفين والأعوان لمقتضيات نظامية خاصة بهم كالموظفين والأعوان العاملين بمؤسسات التربية والتكوين على سبيل المثال، وذلك اعتباراً لطبيعة الوظائف التي يمارسونها. وحملت التعديلات التي جاء بها المرسوم رقم 2.18.880 الموماً إليه أعلاه مرونة في وقت الدخول إلى أماكن العمل، بعد تثبيت التوقيت الرسمي للمملكة الموافق لتوقيت جرينتش + ساعة (GMT+1)، وذلك بالسماح لرؤساء الإدارات بمنح تسهيلات عند الاقتضاء شريطة احترام عدد ساعات العمل اليومية.

المنتدبين بصفة قانونية لدى منظمات نقابية أو منظمات مهنية أو دولية، وفئة الموظفين الذين يدلون بمبررات عائلية أو أسباب خطيرة واستثنائية ثم الفئة الأخيرة من الموظفين الذين يؤدون فريضة الحج الذين يستفيدون من هذه الرخصة مرة واحدة طيلة حياتهم الإدارية.

وباستثناء مدة الرخصة الممنوحة للفئة الثالثة من الموظفين والمحددة في 10 أيام، فإن المشرع لم يحدد أي سقف لباقي أصناف الرخص الاستثنائية أو الإذن بالتغيب.

وهناك حالات وفترات أخرى من التغيب عن العمل، لم يتطرق إليها المشرع في قانون الوظيفة العمومية، والتي يظل فيها الموظف في وضعية القيام بالوظيفة رغم تغيبه فعليا عنه ، حيث يظل مستفيدا من أجرته الشهرية، وتحسب الفترات المذكورة أيضا في الأقدمية للاستفادة من حقي الترتي والتقاعد وباقي الحقوق التي تتطلب الاستفادة منها التوفر على أقدمية معينة في الإدارة أو في الرتبة أو الدرجة، كأيام الأعياد الوطنية والدينية<sup>613</sup> وعطل نهاية الأسبوع<sup>614</sup> والحالات التي تسمح أو ترخص فيها الإدارة للموظف بمتابعة تكوين أساسي، خارج وضعية الاستيداع(الفصل 58)، أو للاستفادة من تكوين مستمر أو للقيام بمهام خارج إدارة العمل.

#### الفرع الثاني: القيام بالعمل في وضعية الإلحاق ووضعية الجندية 615

رغم أن المشرع ميز وضعية الإلحاق عن وضعية القيام بالوظيفة فإن الموظف في هذه الوضعية يكون أيضا في حالة القيام بوظيفته وعمله لدى الجهة الملحق لديها<sup>616</sup> و يحتفظ بصفته كموظف بحقوقه في الترتي وفي التقاعد بإدارته الأصلية<sup>617</sup> باستثناء أساسي يكمن في تقاضيه

<sup>613</sup>لائحة الأعياد محددة بموجب المرسوم رقم 2.77.169 بتاريخ 28 فبراير 1977 بتحديد لائحة أيام العياد المسموح فيها بالعطلة

بالإدارات العمومية والمؤسسات العمومية والمصالح ذات الامتياز كما تم تغييره وتتميمه.  
<sup>614</sup> لا يدخل يوما السبت والأحد ضمن أيام العمل الفعلية طبقا لمقتضيات المرسوم رقم 2.05.916 الصادر في 20 يوليوز 2005 بتحديد أيام ومواقيت العمل بإدارات الدولة والجماعات المحلية الذي يحدد أيام العمل من يوم الاثنين إلى يوم الجمعة.  
وتبعا للتعديل الذي عرفه الفصل 40 من الظهير الشريف رقم 1.58.008 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية بموجب القانون رقم 50.05 سالف الذكر فإن الرخصة الإدارية السنوية أصبحت محددة في 22 يوم عمل مفتوحة بدلا من مدة شهر المعمول بها سابقا أي لا تدخل فيها أيام السبت والأحد والعطل الرسمية.

<sup>615</sup> خصص النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية لوضعية الإلحاق 8 فصول (من الفصل 47 إلى الفصل 53).

<sup>616</sup> تم تحديد لائحة الجهات التي يمكن أن يلحق لديها الموظف في الفصلين 48 و48 المكرر من الظهير الشريف رقم 1.58.008 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

لأجرته من الجهة الملحق لديها. ويمكنه أيضا الاستفادة من رخص التغيب المسلمة له طبقا للمقتضيات القانونية المعمول بها لدى جهة الإلحاق.

وبالتالي فإن مناط ومعيار التمييز بين وضعيتي القيام بالوظيفة وبين وضعية الإلحاق هو مزاوله العمل بإدارة أو جهة أخرى غير الإدارة الأصلية مع تحمل إدارة الإلحاق لأجرة الموظف المعني، وذلك بخلاف حالي الموظف الموضوع رهن الإشارة أو الموظف المستفيد من التفرغ النقابي الذي يقوم بمهامه ونشاطه لفائدة الجهة الموضوع رهن إشارتها أو المنظمة النقابية المتفرغ لديها، بينما يظل مستفيدا من كافة حقوقه المهنية، بما فيها الحق في الأجرة، بإدارته الأصلية التي تقع عليها مسؤولية تتبع مزاوله الموظف المعني لمهامه بالجهة أو النقابة التي يعمل بها فعليا قصد التأكد من استحقاقه للحقوق المذكورة.

ويعتبر أداء الموظف المدني في وضعية الجندية 618 للخدمة العسكرية المحدثة بموجب القانون 619 كما لو أنه قام بمهامه فعليا بإدارته الأصلية، وذلك من حيث استمراره في الاستفادة من حقوقه في الترقى وفي التقاعد بعد إعادة إدماجه بسلكه الأصلي، بينما يتقاضى أجرته الشهرية طيلة مدة أداء الخدمة العسكرية من ميزانية الدفاع الوطني.

### الفرع الثالث: وضعية التوقف المؤقت عن العمل

يتعين بداية التمييز في هذه الحالة من جهة أولى بين التوقيف عن العمل الصادر بمبادرة من الإدارة في حق الموظف الذي ارتكب هفوة خطيرة تقتضي، في تقديرها، إبعاده عن العمل لمدة لا تتعدى أربعة أشهر أو إلى أن يتم البت نهائيا في حالته تأديبيا في حالة المتابعة الجنائية، وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 73 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، ومن جهة ثانية بين وضعية التوقيف المؤقت أو الاستيداع المحدد في الفصل 54 من نفس النظام. ففي الحالة الأولى يصدر مقرر التوقيف فورا عن الإدارة متى ما تبين لها أن الموظف ارتكب خطأ مهنيا جسيما أو كان محل متابعة

<sup>617</sup> الفصل 47 من الظهير الشريف الموما إليه أعلاه.

<sup>618</sup> الفصل 63 مكرر من الظهير الشريف رقم 1.58.008 سالف الذكر.

<sup>619</sup> المرسوم الملكي رقم 63.138 بتاريخ 9 يونيو 1966 بمثابة قانون يتم بموجبه الظهير الشريف رقم 1.58.008 الصادر في 24 فبراير 1958 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

تم إعادة العمل بالخدمة العسكرية بموجب القانون رقم 44.18 المتعلق بالخدمة العسكرية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.03 بتاريخ 23 يناير 2019 (ج. ر عدد 6746 مكرر بتاريخ 25 يناير 2019)، وتطبيقا لأحكام هذا القانون صدر المرسوم رقم 2.19.46 بتاريخ 19 فبراير 2019 بتحديد كيفية تطبيق القانون المذكور.

جنائية، ويحق للإدارة، وفق منطوق الفصل 73 المذكور، أن تحتفظ للموظف المعني بمرتبته كاملا أو أن تحدد قدر الاقتطاع منه بموجب مقرر 620.

بينما يختلف الأمر في وضعية الاستيداع التي يتوقف فيها الموظف عن مزاولة عمله بإدارته الأصلية، بناء على طلبه أو بشكل حتمي، لمدة أو فترات متجددة قد تتراوح بين سنة وعشر سنوات، حسب الحالة، حيث أن حقوق الموظف المعني في الأجرة والترقي والتقاعد تتوقف كليا، و لا يستأنف الاستفادة من هذه الحقوق إلا بعد إعادة إدماجه في إطاره الأصلي و استئنافه للعمل وفقا للمسطرة المعمول بها في هذا الشأن. والاستثناء الوحيد المقرر على هذه القاعدة هو ذلك المنصوص عليه في الفصل 45 المكرر من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية الذي خول للإدارة صلاحية وضع الموظف الذي لم يستطع لأسباب صحية استئناف عمله بعد انقضاء رخصة المرض قصيرة الأمد أن تجعله في وضعية الاستيداع التلقائي مع الاستفادة من نصف أجرته لمدة ستة أشهر بالإضافة إلى التعويضات العائلية.

وبالتالي فإنه، فيما عدا هذا الاستثناء، فإن القاعدة تقضي بأن الموظف الذي يتوقف عن عمله بموجب وضعية الاستيداع تتوقف فيها أيضا حقوقه المهنية المرتبطة بواجب مزاولة العمل.

### المطلب الثاني: منظومة مواجهة التغيب غير المشروع عن العمل

يعد العنصر البشري المحرك الرئيسي للنشاط الإداري، إذ بفضلته تحقق الإدارة دورها في تنظيم وتديير المرافق العامة وضمان استمراريتها وحسن سيرها، لذا فإن التغيب عن العمل وعدم احترام مواقيت العمل الرسمية يشكل أحد عوائق استمرارية المرفق العمومي ويؤثر سلبا على جودة خدماته. وقد واجه المشرع المغربي ظاهرة التغيب غير المشروع عن العمل بمنظومة قانونية شبه متكاملة تجمع بين الأحكام المحاسبية والتأديبية والتدبيرية.

### الفرع الأول: أحكام الاقتطاع من الأجرة

تفعيلا لقاعدة الأجرة مقابل العمل المنصوص عليها في النظام العام للمحاسبة العمومية صدر القانون رقم 81.12 بشأن الاقتطاعات من رواتب الموظفين وأعوان الدولة والجماعات المحلية

<sup>620</sup> لم تنص مقتضيات الفصل 73 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية على إيقاف أجرة المعني بالأمر، كما يجري العمل به عمليا من طرف العديد من الإدارات، كما لم تقض بإيقاف حقوقه في الترقى وفي التقاعد طيلة مدة توقيفه عن العمل. 621 الفصل 41 من المرسوم الملكي رقم 66-330 بتاريخ 10 محرم 1387 (21 أبريل 1967) بسن نظام عام للمحاسبة العمومية كما وقع تغييره وتتميمه.

المتغيين عن العمل بصفة غير مشروعة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.83.230 بتاريخ 5 أكتوبر 1984<sup>622</sup>. وتطبيقا له صدر المرسوم رقم 2.99.1216 بتاريخ 10 مايو 2000 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق القانون المذكور<sup>623</sup>.

وحددت مقتضيات المرسوم شروط وقدر الاقتطاع من أجور الموظفين والأعوان المتغيين عن العمل بدون ترخيص أو مبرر مقبول، خلال يوم كامل أو فترة منه. وتباشر هذه الاقتطاعات، حسب الحالة على أساس 1/30 أو 1/60 من مبلغ الأجرة الشهرية باستثناء التعويضات العائلية. ويتعين على الإدارة توجيه استفسار كتابي للمعني بالأمر لتوضيح أسباب تغيبه قبل إحالة أمر الاقتطاع على المحاسب العمومي في الحالة التي لم يدل فيها المعني بالأمر بأي مبرر قانوني أو مقبول حول سبب تغيبه عن العمل، علما أن المرسوم لم يحدد أجلا معيناً أو المدة القانونية المطلوبة للإدلاء بالجواب على الاستفسار. و استندت عدة قطاعات وزارية لنفس المقتضيات القانونية و المسطرية المذكورة في لجوئها للاقتطاع من أجور الموظفين المضربين عن العمل، بدعوى أن الإضراب عن العمل لا يعتبر تصرفا مشروعا في غياب صدور القانون التنظيمي المحدد لشروط وكيفيات ممارسة الإضراب الذي يظل حقا دستوريا مع وقف التنفيذ<sup>624</sup>.

### الفرع الثاني: مسطرة ترك الوظيفة

عرف الظهير الشريف رقم 1.58.008 بتاريخ 24 فبراير 1958 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية تعديلا هاما سنة 1997 من خلال إضافة الفصل 75 المكرر المتعلق بمسطرة ترك الوظيفة التي تطبق في حالة انقطاع الموظف بشكل متعمد عن العمل بصفة غير مرخصة أو مبررة. وتضمنت مقتضيات هذا الفصل سلسلة من الاجراءات المترابطة تبدأ بتوجيه إنذار باستئناف العمل داخل أجل 7 أيام ابتداء من تاريخ التوصل بالإنذار، وإذا لم يستأنف المعني بالأمر عمله داخل هذا الأجل يمكن للإدارة أن تلجأ مباشرة إلى عزله من أسلاك الوظيفة العمومية دون ضمانات تأديبية، ويمكن أن تكون هذه العقوبة مصحوبة بالحرمان من الحق في التقاعد. أما إذا لم تستطع الإدارة تبليغ الإنذار فإنها تصدر أمرا بإيقاف أجرته لمدة شهرين حيث يسوغ لها أيضا صلاحية اتخاذ نفس

<sup>622</sup> اصادر في لجريدة الرسمية للمملكة عدد 3764 بتاريخ 19/12/1984، ص(1189)

<sup>623</sup> صادر في الجريدة الرسمية للمملكة عدد 4801 بتاريخ 05 يونيو 2000

<sup>624</sup> أقر الفصل 29 من دستور 2011 الإضراب حقا دستوريا غير أنه أحال تنظيم شروط وكيفية ممارسته على قانون تنظيمي لازال مشروعه قيد المناقشة بالبرلمان إلى غاية كتابة هذه السطور.

العقوبة المذكورة التي تسري ابتداء من تاريخ ترك الوظيفة في حالة عدم استئناف العمل داخل أحد أجل شهرين. ولا يتمتع الموظف في هذه الحالة أيضا بالضمانات التأديبية المقررة في فصول النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية إلا إذا استأنف عمله داخل أجل الشهرين. فلإدارة في هذه الحالة عرض ملفه على المجلس التأديبي قصد اتخاذ إحدى العقوبات المقترحة من طرف هذا الأخير أو تطبيق مسطرة التشديد وفقا لسلم العقوبات المحددة في الفصل 66 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية إذا ارتأت أن العقوبة المقترحة من طرف المجلس التأديبي لا ترقى إلى درجة خطورة الخطأ المرتكب.

الفرع الثالث: الاجراءات التديبرية لتتبع التغبير غير المشروع عن العمل

رغم صرامة المنظومة القانونية المشار إليها سالفا فإن عدم أو سوء تطبيقها من المصالح المختصة بالإدارات العمومية والجماعات الترابية أو نظرا للتستر على حالات التغبير غير المشروع عن العمل ساهم أيضا في استمرار واستفحال هذه الظاهرة. وقد استدعى هذا الواقع البحث عن وسائل تديبرية إضافية للتصدي لكافة أشكال وصور التغبير عن العمل بصفة غير مرخصة وغير مبررة. وتمثلت بالخصوص في إصدار عدة منشور<sup>625</sup> عن الوزارة المكلفة بالوظيفة العمومية وعن الوزارة الأولى سابقا ورناسة الحكومة لاحقا، كان آخرها منشور رئيس الحكومة رقم 26/2012 الصادر بتاريخ 15 نونبر 2012 المتعلق بالتغبير غير المشروع عن العمل.

وتضمن هذا الأخير مجموعة من الإجراءات والتدابير والآليات الوقائية والدورية لتتبع وتقييم مجهودات القطاعات الوزارية في مواجهة التغبير غير المشروع عن العمل بمختلف مصالحها. ومن أهم الإجراءات والآليات الواردة في هذا المنشور إلزام القطاعات الوزارية بإعداد شهادتين جماعيتين في نهاية كل سنة موقع عليها من طرف الرؤساء التسلسليين بمختلف مصالح

<sup>625</sup> نذكر من بين هذه المناشير على الخصوص:

- منشور الوزير الأول رقم 98/41 بتاريخ 22 سنتبر 1998 حول عقلنة تديبر الموارد البشرية بالإدارات العمومية؛
- منشور وزير الوظيفة العمومية والإصلاح الإداري رقم 8/م !! بتاريخ 10 دجنبر 1998 المتعلق بعقلنة تديبر الموارد البشرية بالإدارات العمومية؛
- منشور الوزير المكلف بتحديث القطاعات العامة رقم 4 بتاريخ 19 ماي 2003 المتعلق بالتغبير عن العمل بصفة غير مشروعة؛
- منشور الوزير الأول رقم 2005/8 بتاريخ 11 ماي 2005 بشأن التغبير غير المشروع عن العمل؛
- منشور رئيس الحكومة رقم 26/2012 بتاريخ 15 نونبر 2012 المتعلق بالتغبير غير المشروع عن العمل.

الإدارات العمومية، تتضمن الأولى لائحة الموظفين الذين مارسوا عملهم بشكل منتظم بينما تتضمن الثانية قائمة بأسماء الموظفين الذين تغيبوا خلال السنة المقصودة بصفة غير مشروعة عن العمل مع بيان الإجراءات المتخذة في حقهم عند الاقتضاء. وتعرض الشهاداتتان داخل أجل محدد على الخزينة العامة للمملكة لمقارنتها مع جذاذية الأجور المسوكة لديها. كما أحدث المنشور لجنة ما بين وزارية تعقد اجتماعاتها بالوزارة المكلفة بإصلاح الإدارة وبالوظيفة العمومية لدراسة الحالات المحددة في المنشور وإعداد تقرير سنوي عام يرفع قبل نهاية شهر أكتوبر من كل سنة على رئيس الحكومة بشأن نتائج تطبيق المقترضات القانونية سالفه الذكر و الإجراءات والتدابير المضمنة في المنشور.<sup>626</sup>

### المبحث الثاني: إشكالية الحضورية أو الوجه الآخر للتغيب

إن التغيب عن العمل لا يقل في الواقع سلبية عن إشكالية الحضورية أو الحضور الشكلي غير المنتج للعديد من الموظفين والأعوان الذين يكتفون باحترام مواقيت العمل أو الحضور إلى مكاتبتهم وأماكن عملهم دون تحقيق مردودية في العمل. فرغم التناقض الظاهر في المعنى والمبنى للظاهرتين إلا أنهما يلتقيان في العديد من الأسباب والانعكاسات. وهذا ما حدا ببعض الباحثين المختصين في مجال سوسيولوجيا الشغل<sup>627</sup> إلى وصف ظاهرة الحضورية بكونها الوجه الخفي أو الوجه الآخر للتغيب عن

العمل « le présentisme c'est le visage caché de l'absentéisme »

### المطلب الأول: تجليات وعوامل ظاهرة الحضورية

في انتظار نتائج الدراسة الميدانية المزمع إطلاقها من طرف وزارة الوظيفة العمومية بخصوص الظاهرتين المذكورتين، فإنه يصعب، في الوقت الراهن، تقديم تشخيص دقيق للظاهرة في الوظيفة العمومية المغربية بقدر ما يمكن مقاربتها من زاوية البحث في بعض مؤشرات العامة وتمظهراتها الأساسية على ضوء استنتاجات وملاحظات بعض الدراسات المقارنة القليلة التي بحثت في الظاهرة بمقاولات القطاع الخاص ومحاولة إسقاط بعض جوانبها على واقع القطاع العمومي.

<sup>626</sup> للمزيد من المعلومات يمكن الاطلاع على مضامين المنشور بالموقع الإلكتروني لوزارة إصلاح الإدارة والوظيفة العمومية

www.mmsp.gov.ma

<sup>627</sup> Gosselin, Éric; Lauzier, Martin. Revue Française de Gestion; Paris Vol. 37, N° 211, (Feb 2011)

Éric Gosselin, Martin Lauzier, « Le présentisme, Lorsque la présence n'est pas garante de la performance », Revue Française de gestion, 2011/2 (n° 211), pages 15 à 27.

## الفرع الأول: الحضورية في الدراسات المقارنة

ظهر استعمال مصطلح الحضورية في العقود القليلة الأخيرة في بعض الدراسات الأمريكية والأوروبية الحديثة التي تعنى بالخصوص بالبحث في ظروف وشروط العمل بالمقابلة. وقد ارتبط مدلوله في معظم هذه الدراسات بالحالة الصحية للمستخدم الذي يضطر أو يفضل الحضور إلى عمله رغم تدهور حالته الصحية.

وهذا السلوك الحضورى في نظر عدد من الباحثين والمختصين في مجالي طب الشغل وعلم نفس الشغل لا يخدم مصالح المستخدم والمقابلة على حد سواء انطلاقا من أن تركيزه وانتاجيته ستتخفف أو تنعدم ويكون حضوره جسديا أكثر منه مجديا وهو ما يسمونه تحديدا بالحضورية. بل إن حالته، في نظرهم، يمكن أن تتطور إلى الأسوأ بشكل يؤدي إلى التغيب عن العمل لمدة أطول مما لو استفاد من فترة قصيرة للعلاج ولاسترجاع عافيته. هذا، فضلا عن مخاطر انتقال عدوى المرض إلى زملائه في العمل إذا كان المرض المصاب به من النوع المعدي. ومن ثم فإنهم يعتبرون الحضورية، في ارتباطها بالعامل الصحي، نظريا وعمليا ظاهرة سلبية من حيث مساهمتها في تراجع مردودية العامل، كما أنها تشكل مقدمة ومرحلة تمهيدية لتغيب فعلي عن العمل يصعب التكهن بمدته.

وأغلب الدراسات التي اهتمت بهذا الموضوع وبالبحث في تأثيراته على أداء المقابلة اكتفت بمعالجته من زاوية عامة، ولازالت في بداية الطريق للإحاطة الدقيقة بمكامنه وخباياه.

وبالتالي فإن جهود الباحثين في الموضوع تركز على البحث عن الدوافع الحقيقية التي تدفع العامل إلى الحضور للعمل رغم مرضه أو إلى الاستمرار في العمل بعد انتهاء الوقت القانوني للعمل، علما أن الحضور المبالغ فيه *surprentèisme* يؤثر سلبا على صحته البدنية والنفسية، وعلى مردوديته وانتاجيته على المدى المتوسط والطويل<sup>628</sup>.

---

<sup>628</sup> قد يبدو الأمر غامضا وغير مفهوم أن يستمر العامل في عمله رغم أن ظروفه الصحية لا تسمح له بذلك أو لا تسمح بأداء العمل بشكل فعال.

فالتأب في الحالة العادية أن أغلب العمال لا يذهبون إلى عملهم في مثل هذه الحالات، غير أن عددا متزايدا من العمال لا يخضعون لهذه القاعدة الموضوعية. ومن هنا تأتي أهمية معرفة وفهم الحضورية وأسبابها

وقد اختلفت الدراسات في مقارنة أسباب هذه الظاهرة، وهي على قلتها يكاد نطاقها ومجال بحثها ينحصر في فضاء العمل بالقطاع الخاص.

وفي هذا السياق ينبغي الاعتراف بأن الحضورية ظاهرة معقدة تتداخل فيها العوامل الشخصية المرتبطة بكل مستخدم بالعوامل التنظيمية والتدبيرية والاجتماعية.

فالدراسات القليلة التي بحثت في الموضوع حاولت التمييز بين التبريرات المرتبطة بالحضورية اللاإرادية والأخرى ذات الصلة بالحضورية الإرادية<sup>629</sup>.

فالحضورية اللاإرادية بحسب هذه الدراسات تفيد بأن العامل الذي رغم معاناته من مشاكل صحية يكون في وضعية تضطره إلى الحضور للقيام بعمله رغما عنه إما بالنظر لعدم توفر المقابلة على من يخلفه في عمله أو تجنبا لأي تغيب عن العمل قد يكلفه فقدان منصبه.

وهكذا فإن العامل الذي يكون مثلا في وضعية مادية أو إدارية هشة *Insécurité de l'emploi* يخشى عادة على مستقبله المهني مخافة فقدان وظيفته في حالة تكرار تغيبه عن العمل بسبب صرامة إجراءات مراقبة الحضور ونظام تتبع أداء العمال أو المستخدمين. وفي حالات أخرى يضطر العامل للحضور لمقر العمل نتيجة اقتناعه بأن لا أحد غيره يستطيع القيام بعمله على أحسن وجه، أو أنه يخشى أن يتراكم عليه العمل جراء تغيبه ويواجه ثقل وعناء القيام بالمتأخرات بعد استئناف العمل.

---

<sup>629</sup> Clans D'Hansen, John H. Andersen, « Going ill. to work – Wat personal circonstances, attitudes and work-related factors are associated with sickness presenteeism ? » Revue Social Science and Médecine, volume 67, issue 6, september 2008, p.956-964, [www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii](http://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii)

أما الحضورية الإرادية فهي ترتبط مباشرة بالقرار الشخصي والاختياري للعامل الذي يفضل الحضور لعمله رغم ظروفه الصحية غير الملائمة للعمل. وقد ذهبت عدة آراء ووجهات نظر الباحثين بشأن هذا الصنف من الحضورية إلى تفسير هذا السلوك بإجراءات التحفيز وأساليب الدعم والرعاية والتأثير التي تتبعها القيادة في العمل تجاه مرؤوسيه، وهذه العوامل تؤدي في نظرهم إلى تحفيز وارتفاع درجة التضحية والالتزام المهني لدى العامل وتعبير بالتالي عن وفاء وولاء لقيادته وللمقاولة التي تحتضنه رغم ظروفه الصحية غير الملائمة للقيام بالعمل.

### الفرع الثاني: الحضورية في الوظيفة العمومية المغربية

يندر، إن لم يكن يعدم، أن كانت ظاهرة الحضورية في الوظيفة العمومية المغربية موضوع دراسة علمية تستهدف استجلاء مضمونها واستكشاف أسبابها وأبعادها وتأثيراتها على أداء وخدمات الإدارة العمومية. وهذا على الرغم من أنها تمثل شكلا آخر من أشكال هدر الوقت والكفاءات و الموارد المالية معا، وذلك على النحو الذي يصبح فيه صرف أجره الموظف مجرد ربح وظيفي تتحول معه قاعدة "الأجرة مقابل العمل " إلى مجرد "أجرة مقابل الحضور" بصرف النظر عن مردوديته وانتاجيته، مما يكرس الصورة النمطية المرسومة في ذهن الكثيرين عن الوظيفة العمومية بأنها فضاء للربح و ملجأ لضمان الاستقرار والأمن الوظيفي والراتب الشهري<sup>630</sup>

### المطلب الثاني: أسباب وعوامل الحضورية في الوظيفة العمومية المغربية

إذا كانت الحضورية لأسباب صحية تسود أيضا في قطاع الوظيفة العمومية بالنظر إلى محدودية شروط وظروف العمل بالمرافق العمومية، وضعف إجراءات الصحة والسلامة في ممارسة بعض الوظائف ونقص الاجراءات الوقائية والعلاجية للأمراض وحوادث الشغل، أو نتيجة لضغط المهام مقابل محدودية إمكانية تعويض الموظف أو العون أو المسؤول المعني في بعض الحالات، فإنها تأخذ حجما أكبر في ارتباطها بعوامل وأسباب أخرى كثيرة تتقاطع مع نفس العوامل التي تقف وراء تفشي ظاهرة التغيب غير المشروع عن العمل.

<sup>630</sup> جاء في نص الخطاب الملكي، بمناسبة افتتاح الدورة الأولى للسنة التشريعية الأولى من الولاية التشريعية العاشرة للبرلمان بتاريخ 14

أكتوبر 2016، أن " الإدارة تعاني بالأساس من ثقافة قديمة لدى أغلبية المغاربة. فهي تشكل بالنسبة للعديد منهم مخبأ، يضمن لهم راتبا شهريا، دون محاسبة على المردود الذي يقدمونه "

ويمكن إرجاع تفشي هذه الظاهرة في الوظيفة العمومية المغربية إلى عدة عوامل من أهمها ما هو تدييري وتنظيمي.

الفرع الأول: محدودية العمل بمرجعية الوظائف والكفاءات

أ- إشكالية تدير التوظيف

انتقلت منظومة التوظيف في الوظيفة العمومية المغربية من نظام الازدواجية في التوظيف (توظيف مباشر، التوظيف بالمباراة) إلى نظام تعميم المباراة كطريقة وحيدة لولوج الوظائف العمومية لتكريس مبدأ الاستحقاق والكفاءة كمعيار لاختيار أجود العناصر، وذلك عقب التعديل الذي عرفه الفصل 22 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية<sup>631</sup>، وكذا صدور المرسوم رقم 2.11.621 الصادر في 25 نونبر 2011 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تنظيم مباريات التوظيف في المناصب العمومية. غير أن هذا الانتقال لم تواكبه إجراءات عملية لتحديث أساليب تدير الموارد البشرية بالإدارة العمومية، لاسيما من خلال تبني العمل بمرجعية الوظائف والكفاءات وبآلية التدير التوقي للأعداد والوظائف والكفاءات، حيث ظلت في المقابل الاعتبارات الاجتماعية حاضرة بقوة في اللجوء إلى إحداث مناصب مالية بموجب قوانين المالية للمساهمة في امتصاص البطالة المتفشية في أوساط حاملي الشهادات، وذلك بصرف النظر عن وجود حاجيات حقيقية للتوظيف تبررها وجود فعلي لوظائف شاغرة<sup>632</sup>. وهذا الأمر انعكس سلبا على التوازن المطلوب بين متطلبات شغل الوظائف وبين أعداد وكفاءات الموظفين المطابقة، ومن ثم على إنتاجية الموظف وعلى أدائه، بحيث تكتفي أعداد مهمة منهم بتسجيل حضورها الجسدي بأماكن العمل لتبرير الاستفادة من حقوقهم في الأجرة والترقي المحددة سلفا بنصوص قانونية دون ربطها موضوعيا بالمردودية. ويترتب على هذه الممارسة أن يتطور الأمر تدريجيا إلى سلوكيات عدم احترام أوقات العمل أو إلى التغيب بمرر وبدونه نتيجة الشعور باللامبالاة أو بعدم الحاجة إلى خدماتهم.

<sup>631</sup> تم هذا التعديل بموجب القانون رقم 50.05 بتغيير وتميم الظهير الشريف رقم 008.58.1 الصادر في 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية (الجريدة الرسمية عدد 5944 بتاريخ 15 جمادى بالخرة 1432 (19 ماي 2011).

<sup>632</sup> د. الحسين الرامي "آليات التوظيف في الإدارة العمومية وسؤال النجاعة والفعالية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية،

العدد 105-106، يوليوز – أكتوبر 2012.

## ب- ضبابية واجبات العمل

إذا كان الظهير الشريف رقم 008.58.1 بتاريخ 24 فبراير 1958 يشكل النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، فإنه ركز على الموظف مفهومًا وتوظيفًا وتسييرًا أكثر من تطرقه إلى الوظيفة التي تم توظيفه من أجلها. فلم يكلف المشرع نفسه عناء تحديد مفهومها ومجالاتها وترتيبها وشروط ومتطلبات ممارستها. والأدهى من ذلك أنه لم يحل هذا الأمر على أي جهة أو نص تنظيمي أو تدييري ليتولى ذلك. واكتفت الأنظمة الأساسية التطبيقية للقانون المذكور المحدثة لمختلف هيئات أطر الوظيفة العمومية بالإشارة بشكل عام وفضفاض إلى المهام المسندة للهيئة بصرف النظر عن مستويات الدرجات المكونة لها، وذلك دون تحديد أي طريقة لتوصيف هذه المهام وتصنيفها وترتيبها. فمنظومة الوظيفة العمومية المغربية لازالت خاضعة لنظام تقليدي ومتجاوز في تدبير المسارات المهنية للموظفين يتشكل من قواعد ومعايير نمطية غير منسجمة وغير محفزة على مستويات التوظيف والتقييم والترقية والتأجير وولوج مناصب المسؤولية.

ورغم أن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية عرف أكثر من 13 تعديلا منذ إصداره سنة 1958 كان آخرها تعديلات سنة 2011<sup>633</sup> فإنه لم يتدارك العديد من النقائص والثغرات التي ظل يعاني منها، لا سيما من حيث افتقاره إلى اعتماد آليات وقواعد التدبير الحديث للموارد البشرية التي دخلت نطاق التدبير العمومي منذ سبعينيات القرن الماضي بالخصوص في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة في إطار ما سمي بالتدبير العمومي الحديث NEW PUBLIC MANAGEMENT.

و قد حاولت عدة حكومات في العقدين الأخيرين تدارك الأمر بأن حاولت إدماج الدلائل المرجعية الوظائف والكفاءات في تدبير الموارد البشرية بالإدارة العمومية<sup>634</sup>، إلا أن العديد من المحاولات والمجهودات المبذولة ظلت حبيسة الرفوف ولم تجد طريقها إلى التنزيل على أرض الواقع، هذا فضلا عن أن طبيعة الدلائل المذكورة تقتضي التحيين المستمر تبعا لتطور الوظائف وما يستتبعها من تطوير للكفاءات الموجودة عبر التأطير الداخلي وتخطيط برامج التكوين المستمر من جهة، واستقطاب كفاءات جديدة ملائمة لمواكبة التطور السريع لمحيط الإدارة الداخلي والخارجي عبر آلية التوظيف من جهة ثانية.

<sup>633</sup> القانون رقم 50.05 بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 008.58.1 بتاريخ 24 فبراير 1958 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية (الجريدة الرسمية عدد 5944 بتاريخ 19 ماي 2011).

<sup>634</sup> يمكن مراجعة هذه الدلائل على موقع الوزارة المكلفة بإصلاح الإدارة وبالوظيفة العمومية على موقعها الإلكتروني:

ونتيجة لذلك فإن التيه والغموض ظل سيد الموقف لدى العديد من الموظفين الذين ولجوا سلك الوظيفة العمومية لأول مرة في إدراك الأدوار المنتظرة منهم وطبيعة المهام والوظائف التي سيمارسونها سواء في مرحلة توظيفهم أو بعد تعيينهم في درجة جديدة أو درجة أعلى من درجات الترقى، بل إن الموظف الذي تمت ترقيته كثيرا ما يظل يمارس نفس المهام التي كانت منوطة به قبل الترقى أو تعطى له مهام من نفس المستوى في أحسن الأحوال. وهذا الواقع هو الذي أفقد الترقية هدفها ومضمونها الحقيقي وأصبحت في الغالب مجرد أداة لتحسين الأجر.

وبالتالي فإن الهاجس المسيطر في تسيير شؤون الموظفين، عبر نظام الدرجات والرتب، كان مرتبطا بتحديد وتصفية نقات أجور الموظفين باختلاف هيئاتهم أكثر من ارتباطها بالممارسة الفعلية للوظائف المطابقة لهذه الدرجات.<sup>635</sup>

وقد كرست نصوص المحاسبة العمومية هذا التوجه لاسيما منها القانون رقم 12.81 المتعلق بالاقتطاع من رواتب موظف بسبب التغيب عن العمل بصفة غير مشروعة. وهو ما قد يفهم منه أن الأجرة تمنح للموظف مقابل احترام مواقيت العمل بدلا من أن يكون مركزها القانوني والعملي هو إنجاز العمل والمهام المنوطة بالموظف.<sup>636</sup>

### الفرع الثاني: أزمة التكوين والتقييم

#### أ- التكوين المستمر

يعتبر التكوين المستمر آلية حاسمة لتطوير كفاءات الموظفين خلال مسارهم المهني لمسايرة تطور متطلبات ممارسة الوظائف الموجودة والجديدة والمستقبلية التي ينبغي تلبيتها عبر آلية التدبير التوقعي للوظائف والكفاءات. ويتعذر تفعيل هذه الآلية في غياب وجود هندسة وبرامج محكمة للتكوين

<sup>635</sup> من هنا جاءت تسمية سلاليم الأجور المطابقة للدرجات التي يعين فيها الموظفون (رغم حذف هذه التسمية من الأنظمة الأساسية لأسباب غير مفهومة).

<sup>636</sup> بل إن نصوص الوظيفة العمومية وعلى رأسها النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية استندت إلى مقاييس ومعايير كمية في تعيين وتقييم وترقية وتأجير الموظفين من قبيل الشهادة والدرجة والرتبة وعدد سنوات الأقدمية والأرقام الاستدلالية للأجور، وهي مقاييس لا تسمح بقياس حقيقي وموضوعي لكفاءات وانتاجية وأداء الموظف مقارنة بطبيعة ونوعية وأهمية الوظيفة التي ينبغي ممارستها. فالنص القانوني يحدد بشكل مسبق شروط والترقية والتأجير، بالنظر إلى الانتماء إلى الهيئة والدرجة والرتبة (التدبير الجماعي (gestion de masse)، وذلك بصرف النظر عن أهمية وصعوبة أو خطورة الوظيفة والمهام التي يمارسها الموظف وعن كفاءته ومردديته وأدائه وجدارته (gestion anonyme) )

المستمر بالإدارة تستجيب للحاجيات الحقيقية للموظف وللإدارة، وتخضع لنظام مضبوط للتتبع والتقييم الدوري لاستباق الحاجيات المعبر عنها بكيفية تشاركية من طرف الموظفين ورؤسائهم ومن طرف المصالح المختصة وتقييم أثر التكوين على مردودية وأداء الموظفين المعنيين ومن ثم على أداء المصالح العاملين بها.

ويتعين لهذه الغاية ربط التكوين المستمر كحق وواجب للموظف قصد تطوير وتقوية أداءه والتزامه المهني وترسيخ قيم وثقافة ومبادئ المرفق العمومي وكذا لأجل تمكينه من الاستفادة من حقوقه في الارتقاء المهني والمادي والاجتماعي، وهو ما يفرض على الوزارة الوصية على قطاع الوظيفة العمومية القيام بإعادة النظر في المنظومة الحالية للتكوين المستمر<sup>637</sup> وفق مقاربة تشاركية مع جميع الإدارات العمومية ومع شركائها الاجتماعيين وفي انسجام تام مع متطلبات المراجعة الشاملة للنظام الأساسي العام للوظيفة العمومية التي طال انتظارها.

#### ب- تقييم المردودية

رغم إصلاح نظامي التنقيط والتقييم فإن نفس الانتقادات الموجهة للنظامين ظلت حاضرة في كل الدراسات والتقارير التي تناولت بالتحليل والتقييم منظومة الوظيفة العمومية ذات المسار المهني التي لازالت الوظيفة العمومية المغربية تتبناها بأسلوبها الكلاسيكي رغم مساحيق التجميل التي حاولت بعض الإصلاحات الجزئية إدخالها على النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية وعلى بعض نصوصه التطبيقية التي لم ترق، نصا وممارسة، إلى المأمول منها. فرغم تغيير هامش ومعايير التنقيط وإضفاء طابع المرونة عليه: من 3-1 إلى 20-1 وتوسيع معايير التنقيط من ثلاثة معايير في النظام القديم إلى خمسة ( المردودية، إنجاز مهام الوظيفة، السلوك المهني، القدرة على التنظيم، وعلى البحث والابتكار)، وإدخال عنصر المقابلة لأول مرة في التقييم مرة كل سنتين على الأقل<sup>638</sup>، فإن استمرار الممارسة والثقافة والعقلية القديمة لدى المسؤولين التسلسليين هي التي ظلت سائدة في تنقيط وتقييم وترقية الموظفين، حيث أن معايير الذاتية *La subjectivité* وعلاقة الولاء والثقة والمحابة القائمة بين الرئيس والمرؤوس تبقى طاغية

<sup>637</sup> المرسوم رقم 2.05.1366 صادر في 02 ديسمبر 2005 يتعلق بالتكوين المستمر لفائدة موظفي وأعوان الدولة (الجريدة الرسمية عدد 5386 بتاريخ 12 يناير 2006).

<sup>638</sup> المرسوم رقم 2.05.1367 صادر في 02 ديسمبر 2005 بتحديد مسطرة تنقيط وتقييم موظفي الإدارات العمومية، وتتميمه (الجريدة الرسمية عدد 5379 بتاريخ 19 ديسمبر 2005)

على حساب معايير الموضوعية والاستحقاق Le mérite في التقييم والتحفيز والترقية وولوج مناصب المسؤولية. وهذه العوامل تغذي الشعور بالحييف لدى الموظف الذي يتأثر بهذه الممارسات السلبية بشكل يضعف الالتزام المهني لديه ويؤثر سلبا على مردوديته وانتاجيته.

ولا تلبث هذه المخرجات السلبية لمنظومة التنقيط والتقييم وطرق تدبيرها أن تتطور بالمقابل إلى سلوكيات سلبية من قبيل عدم احترام مواقيت العمل والتغيب المتكرر والمستمر وتزايد ممارسات تقديم الشهادات الطبية بداعي المرض وغيرها من الممارسات التي تساهم في هدر الزمن الإداري.

### خلاصة

إن الرؤية التديبيرة الحديثة تقتضي التركيز والانكباب على إدماج آليات التدبير الحديث للرأسمال البشري بالإدارة العمومية، عبر الانتقال من نظام وممارسة تقوم على تدبير الحضور اليومي للموظف و على نمطية قواعد ومعايير التوظيف والتقييم والتأجير إلى نظام يقوم على تدبير وتطوير الكفاءات والمواهب و تميمين الأداء بناء على مرجعية الوظائف والكفاءات وتقييم مردودية الموظف وترقيته وتحفيزه بالنظر إلى النتائج المحققة والوسائل الموضوعية رهن إشارته، وذلك دون التفريط في ترسيخ رمزية مبادئ وقيم وثقافة المرفق العمومي المرتبطة بالمصلحة العامة وبخدمة المجتمع والمرتفق والتنمية. إن تنزيل هذا التصور لا يضمن فقط تطويق ظاهرة التغيب غير المشروع عن العمل بل إن مفعوله يشمل مختلف مظاهر التغيب عن العمل والحضورية وضعف المردودية..

ومن هذا المنظور، فإنه بات من الضروري التعجيل بمراجعة طرق تدبير العمل الإداري و أساليب وثقافة تسيير شؤون الموظفين المعمول بها في إطار الوظيفة العمومية المغلقة التي تبنها المغرب منذ ما يزيد عن 60 سنة والتي ظلت عصبية على التفاعل مع تقنيات وطرق التدبير العمومي الحديث الذي ظهر منذ سبعينيات القرن الماضي، وذلك في اتجاه التركيز على آليات العمل بالأهداف، وفقا لمنهجية وثقافة تعاقدية بين الرئيس والمرؤوس تجمع بين مؤشرات نجاعة الأداء ومبادئ الحكامة الجيدة وترتكز على قيم وأخلاقيات المرفق العمومي. ولعل هذا هو السبيل المؤدي إلى إدراك نجاعة أداء الإدارة العمومية وتجويد خدماتها وجعل المواطن في قلب اهتماماتها جنبا إلى جنب مع طموحات بناء النموذج التنموي الوطني المنشود المتوازن اجتماعيا و مجاليا.

## نشوز الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959

### النافذ

أ. عبد الجبار عبد الواحد صالح العبيدي

(أستاذ الشريعة الإسلامية/ قسم الدراسات الإسلامية/ كلية الحكمة الجامعة)

م.م. محمد فائق الشماع

(مدرس مساعد/ماجستير قانون خاص/ قسم القانون/ كلية الحكمة الجامعة)

### الملخص

يدور موضوع البحث حول: تحديد معنى النشوز في اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني، ومظاهره في الشريعة والقانون العراقي، حيث يعد نشوز الزوجة من القضايا الحساسة التي تهدم كيان الأسرة والتي انتشرت في مجتمعاتنا، يعالج هذا البحث قضية اجتماعية هامة، تعاني منها كثير من الأسر، وهذا نظرًا للجهد بالأحكام الشرعية والقوانين المتعلقة بها، وعدم فهم طبيعة العلاقة بين الزوجين والقصور في وعي دور الأسرة وأهميتها في بناء المجتمع، لذا لا بد من بيان الأحكام الشرعية لهذه القضية (نشوز الزوجة) بذكر آراء الفقهاء واستدلالاتهم في هذه المسألة الحيوية، والمواد القانونية الخاصة بذلك، أما المنهج المتبع فهو منهج وصفي استقرائي، حيث تطرقنا من خلاله لهذا الموضوع بصفة بسيطة وموجزة، ول مقتضيات البحث قمنا بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين بعد المقدمة التي اشتملت على: أهمية الموضوع، أسباب اختياره، منهجه، خطته، وعلى النحو الآتي: المبحث الأول: مفهوم نشوز الزوجة، وفيه مطلبان: الأول: تعريف نشوز الزوجة لغهً والثاني: تعريف نشوز الزوجة اصطلاحًا، وقانونًا، المبحث الثاني: مظاهر نشوز الزوجة في الشريعة والقانون العراقي، واشتمل على ثلاثة مطالب: الأول: مظاهر نشوز الزوجة بالقول من الناحية الفقهية، والثاني: مظاهر نشوز الزوجة، وفيه مطلبان: الأول: تعريف نشوز الزوجة لغهً والثاني: تعريف نشوز الزوجة اصطلاحًا، وقانونًا، المبحث الثاني: مظاهر نشوز الزوجة في الشريعة والقانون العراقي، واشتمل على ثلاثة مطالب: الأول: مظاهر نشوز الزوجة بالقول من الناحية الفقهية، والثاني: مظاهر نشوز الزوجة العملي أو الفعلي من الناحية الفقهية، والمطلب الثالث: مظاهر نشوز الزوجة بالقول أو بالفعل من الناحية القانونية.

وجاءت الخاتمة لتتضمن أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال البحث، ومن ثم ذكرنا ، ومن ثم ذكرنا المصادر والمراجع.

*Summary*

*The wife shouts*

*In Islamic Jurisprudence and the Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959 in force*

The topic of research is determining the meaning of neglect in language and juridical and legal terminology, and its manifestations in Sharia and Iraqi law. Where the rise of the wife is a sensitive issue that destroys the family entity, which spread in our societies. This research addresses the issue of social, due to the ignorance of the legal provisions and the law related to them, and the lack of understanding of the nature of the relationship between spouses and the lack of awareness of the role of the family and its importance in building society. Therefore, it is necessary to indicate the legal provisions of this issue (the wife's desire) to mention the opinions of scholars this approach is an inductive descriptive approach, in which I dealt with this subject in a simple and concise manner. For the purposes of the research, I divided this research into two papers after the introduction, which included the importance of the topic, the reasons for choosing it. Methodology, plan, and as follows: The first topic: the first topic: the concept of the wife's incompetence, which contains two requirements: the first: the definition of the wife's incompetence language and the second the definition of the wife's incomprehension: convention, and law. The second topic: the manifestations of the wife's incompetence in Sharia and Iraqi law, and included three Stretch Pulp: The first manifestations of recalcitrance by saying the wife of the jurisprudential, and the second: practical aspects of recalcitrance or the actual wife of the jurisprudential, and the third requirement: manifestations of recalcitrance by saying the wife Aopalf legally.

The conclusion came to include the most important findings reached through research, and then mentioned sources and referenc

## مقدمة

الحمد لله الذي أباح النكاح وحرم السفاح، وأباح لهذه الأمة ما لم يكن لغيرها بياح، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا رسول الله محمد بن عبد الله، النبي الصادق الوعد الأمين، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحابته الغر الميامين، وكل من سار على هديه، ونصر سنته، إلى يوم الدين.

أما بعد :

فإن الله شرع الزواج وأباحه لبناء الأسرة التي قوامها الرحمة والمودة، قال تعالى: ( وَ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا لَهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ )<sup>(639)</sup>، والأسرة أساس المجتمع في الشريعة الإسلامية وقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 النافذ، واذا تفككت تفكك المجتمع كله وخرج عن المنهج الرباني الذي أراده الله له، لذا فقد نظم الإسلام الحياة الزوجية تنظيمًا لا يجاريه تنظيم، وأرشد إلى كل ما يصلحها، وجعل لكل من الزوجين دوراً ووظيفة يؤديها، وعندما تختلط الأدوار، ويخرج كل واحد منهما عن وظيفته ودوره ليؤدي وظيفة الأخر، وهو غير مهياً لهذه الوظيفة يصيب هذه الاسرة الإرباك والتعطيل والخراب. فيؤدي ذلك إلى وقوع الفرقة بين الزوجين، وتشريد أطفالهم.

أهمية الموضوع : إن موضوعنا الموسوم (نشوز الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 النافذ) يعد من القضايا الحساسة التي تهدم كيان الأسرة والتي انتشرت في مجتمعاتنا، يعالج هذا البحث قضية إجتماعية هامة، تعاني منها كثير من الأسر، وهذا نظراً للجهل بالأحكام الشرعية المتعلقة بها، وعدم فهم طبيعة العلاقة بين الزوجين والقصور في وعي دور الأسرة وأهميتها في بناء المجتمع، لذا لا بد من بيان الأحكام الشرعية لهذه القضية (نشوز الزوجة) بذكر آراء الفقهاء واستدلالاتهم في هذه المسألة الحيوية، وبيان رأي المشرع العراقي في المسألة.

أسباب اختيار الموضوع : لاختيار موضوع نشوز الزوجة أسباب كثيرة أهمها :

1. أهمية الأسرة في بناء المجتمع، وتكوين نسيجه المترابط، ومساهمة في بيان جانب مهم من أحكامه الشرعية، المنظمة للعلاقات الأسرية فيه.
2. نشوز الزوجة له أثر كبير في زعزعة كيان الأسرة، وربما هدمه، لذا كان لا بد من تسليط الضوء عليه، بياناً وأحكاماً.
3. إن هذه الدراسة في الشريعة والقانون تضع بين يدي الأسرة المسلمة علامات واضحة، وخطوطاً عريضة للعلاقة بين الزوجين، كما إنها ترسم لهم أهم الأسس السليمة لبناء علاقة زوجية متينة، قائمة على المحبة، والمودة والمسؤولية، والاحترام المتبادل.
4. ادعو اخوتي الباحثين لتناول هذه المسألة من الناحية الفقهية والقانون المقارن، تأصيلاً، بشكل شامل ومعمق.
5. ولعله يكون خطوة مباركة على طريق بناء البيوت السعيدة، حتى تكون عامرة بالحب والخير والحنان.

(1) الروم: ٢١.

منهج البحث: أما المنهج المتبع فهو منهج وصفي استقرائي، بحيث تطرقنا من خلاله لهذا الموضوع بصفة بسيطة وموجزة، وذلك من خلال عرض آراء ومذاهب الفقهاء وبيان أدلتهم والمقارنة مع قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 النافذ.

خطة البحث: لمقتضيات البحث قمنا بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين بعد المقدمة التي اشتملت على: أهمية الموضوع، أسباب اختياره، منهجه، خطته، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم نشوز الزوجة، وفيه مطلبان: الأول: تعريف نشوز الزوجة لغةً والثاني: تعريف نشوز الزوجة اصطلاحاً، وقانوناً، المبحث الثاني: مظاهر نشوز الزوجة في الشريعة والقانون العراقي، واشتمل على ثلاثة مطالب: الأول: مظاهر نشوز الزوجة بالقول من الناحية الفقهية، والثاني: مظاهر نشوز الزوجة العملي أو الفعلي من الناحية الفقهية، المطلب الثالث: مظاهر نشوز الزوجة بالقول أو بالفعل من الناحية القانونية.

وجاءت الخاتمة لتتضمن أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال البحث، ومن ثم ذكرنا المصادر والمراجع. والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله وسلم على رسول الله، وآله الطيبين الطاهرين وصحبه، ومن وآله، واتبع هداة.

## المبحث الأول: مفهوم نشوز الزوجة

إن نشوز المرأة هو امتناعها، من أداء حق الزوج أو عصيانه أو إساءة العشرة، فكل امرأة صدر منها هذا السلوك أو تخلقت به ، فهي امرأة ناشز في نظر الشرع والقانون:

### المطلب الأول: تعريف نشوز الزوجة لغة:

نشز: النَّشَزُ وَالنَّشْرُ: الارتفاع مِنَ الْأَرْضِ، وَهُوَ أَيْضاً مَا ارْتَفَعَ عَنِ الْوَادِي إِلَى الْأَرْضِ، وَالْجَمْعُ أَنْشَارٌ وَنُشُورٌ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: جَمَعَ النَّشْرُ نُشُورًا، وَجَمَعَ النَّشْرُ أَنْشَارًا وَنَشَارًا مِثْلَ جَبَلٍ وَأَجْبَالٍ وَجِبَالٍ. وَالنَّشَارُ، بِالْفَتْحِ: كَالنَّشْرِ. وَنَشَرَ يَنْشُرُ نُشُورًا: أَشْرَفَ عَلَى نَشْرٍ مِنَ الْأَرْضِ، وَهُوَ مَا ارْتَفَعَ وَظَهَرَ، نَشَرَتِ الْمَرْأَةُ بَرُوجَهَا، وَعَلَى وَرَجِهَا: تَنْشَرُ وَتَنْشُرُ نُشُورًا، وَهِيَ نَاشِرٌ: اسْتَعْصَتْ عَلَى زَوْجِهَا وَارْتَفَعَتْ عَلَيْهِ وَأَبْغَضَتْهُ، وَخَرَجَتْ عَنِ طَاعَتِهِ، وَفَرَكْتَهُ، وَنَشَرَ بَعْضُهَا عَلَيْهَا يَنْشُرُ نُشُورًا: ضَرَبَهَا وَجَفَّاهَا وَأَصْرَبَهَا، وَاسْتَعْصَى وَأَسَاءَ الْعِشْرَةَ، وَقَدْ تَكَرَّرَ ذِكْرُ النُّشُورِ فِي الْقُرْآنِ وَالْأَحَادِيثِ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: وَهُوَ كِرَاهَةُ كَلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ، وَسُوءُ عِشْرَتِهِ لَهُ، وَاشْتِقَاقُهُ مِنَ النَّشْرِ، وَهُوَ مَا ارْتَفَعَ مِنَ الْأَرْضِ<sup>(640)</sup>، وَفِي التَّنْزِيلِ، قَوْلُهُ تَعَالَى:

(وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُورَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا

إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا)<sup>(641)</sup>، يعني تعلمون عصيانهن واستلعاهن، وارتفاعهن عن فُرُشهم بالمعصية منهن، والخلاف عليهم فيما لزمهن طاعتهم فيه، بغضاً منهن وإعراضاً عنهم<sup>(642)</sup>.

وَالصَّرْبُ فِي هَذِهِ الْآيَةِ هُوَ صَرْبُ الْأَدَبِ غَيْرِ الْمُبْرَحِ، وَهُوَ الَّذِي لَا يَكْسِرُ عَظْمًا وَلَا يَشِينُ جَارِحَةً كَاللَّكْرَةِ وَنَحْوِهَا، فَإِنَّ الْمُقْصُودَ مِنْهُ الصَّلَاحَ لَا غَيْرَ. فَلَا جَرَمَ إِذَا أَدَّى إِلَى الْهَلَاكِ وَجَبَ الصَّمَانُ<sup>(643)</sup>.

<sup>1</sup> كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: 170هـ)، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، 232/6، المفردات في غريب القرآن، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (المتوفى: 502هـ)، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، ط/1، 1412 هـ، ص706 ، لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، دار صادر - بيروت، ط/3، 1414 هـ، 417/5، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الجموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ)، المكتبة العلمية - بيروت، 605/2. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، 15/354 ، معجم اللغة العربية المعاصرة، د أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: 1424هـ) بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، ط/1، 1429 هـ - 2008 م، 3/2213.

<sup>2</sup> النساء: من الآية: ٣٤

<sup>3</sup> تفسير مقاتل بن سليمان، أبو الحسن مقاتل بن سليمان بن بشير الأزدي البلخي (المتوفى: 150هـ)، تحقيق: عبد الله محمود شحاته، دار إحياء التراث - بيروت، ط/1، 1423 هـ، 371/1 ، جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: 310هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1420 هـ - 2000 م، 8/299.

<sup>4</sup> الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى : 671هـ)، تحقيق : أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط/2، 1384هـ - 1964 م، 5/172.

المطلب الثاني: تعريف نشوز الزوجة في الاصطلاح الفقهي ، والقانوني:

أولاً: تعريف نشوز الزوجة في الاصطلاح الفقهي: عَرَفَ الفقهاء نشوز الزوجة بتعريفات كثيرة و متقاربة، تدور كلها في محور واحد، و هو الخروج عن الطاعة الواجبة عليها لزوجها، وكراهة كل واحد من الزوجين صاحبه وسوء عشرته<sup>(644)</sup> ومن هذه التعريفات :

1. من أقوال فقهاء الحنفية: ذهبت الحنفية إلى أن النُّشُوزُ فِي الْبَيْتِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا مِنَ الرَّوْحِ بِغَيْرِ حَقِّ خَارِجَةٍ مِنْ مَنْزِلِهِ بِأَنْ حَرَجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَغَابَتْ أَوْ سَافَرَتْ<sup>(645)</sup> ، فَمَنْعَهَا زَوْجَهَا عَنِ الدُّخُولِ عَلَيْهَا، وَهُوَ يَسْكُنُ مَعَهَا فِي بَيْتِهَا نُشُوزًا، لِأَنَّهَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ بِغَيْرِ حَقِّ<sup>(646)</sup> ، وَالنُّشُوزُ يَكُونُ مِنَ الزَّوْجَيْنِ وَهِيَ كِرَاهَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ<sup>(647)</sup> ، فَالنُّشُوزُ خُرُوجُهَا مِنْ بَيْتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ بِغَيْرِ حَقِّ فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ سَاكِنًا فِي بَيْتِهَا فَمَنْعَتْهُ مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا كَانَتْ نَاشِزَةً<sup>(648)</sup> ، و بمعناه العام هو كراهية كل من الزوجين لصاحبه<sup>(649)</sup> وعرفه صاحب الدر المختار بأنه " خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق"<sup>(650)</sup> ، وهذا التعريف غير جامع لمظاهر النشوز، بل اقتصر على مظهر واحد من مظاهر النشوز، و هو خروجها من بيت زوجها بغير حق، ولم يذكر بقية المظاهر.

2. من أقوال فقهاء المالكية:قالت المالكية : النُّشُوزُ وَمَنْعُ الْوَطْءِ وَالِاسْتِمْتَاعُ نُشُوزًا، وَالْخُرُوجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نُشُوزٌ<sup>(651)</sup> ، وأضاف بعضهم إن النُّشُوزُ هُوَ الْخُرُوجُ عَنِ الطَّاعَةِ الْوَاجِبَةِ كَأَنَّ مَنْعَتْهُ الْإِسْتِمْتَاعَ بِهَا أَوْ خَرَجَتْ بِلا إِذْنٍ لِمَجَلِّ تَعَلَّمَ أَنَّهُ لَا يَأْتِدُنْ فِيهِ أَوْ تَرَكَتْ حُقُوقَ اللَّهِ تَعَالَى كَالْغَسْلِ أَوْ الصَّلَاةِ وَمِنْهُ إِغْلَاقُ الْبَابِ دُونَهُ<sup>(652)</sup>.

<sup>5</sup> المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: 884هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/1، 1418 هـ - 1997 م، 263/6، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحبياني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 1243هـ)، المكتب الإسلامي، ط/2، 1415 هـ - 1994م، 286/5، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن الخضبر بن محمد، أبو البركات، مجد الدين (المتوفى: 652هـ)، مكتبة المعارف-الرياض، ط/2، 1404هـ-1984م 2/ 44.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، دار الكتب العلمية، ط/2، 1406هـ-1986م، 22/4.

<sup>2</sup> تبين الحقائق شرح كز الدقائق وحاشية الشُّلْبِيّ، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشُّلْبِيّ (المتوفى: 1021 هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط/1، 1313 هـ، 221/6.

<sup>3</sup> العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى: 786هـ)، دار الفكر، (د.ط.د.ت)، 215/4.

<sup>4</sup> الجوهرة النيرة، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزُّبَيْدِيّ اليميني الحنفي (المتوفى: 800هـ)، المطبعة الخيرية، ط/1، 1322هـ، 84/2 وما بعدها.

<sup>5</sup> البحر الرائق شرح كز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138 هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط/2، (د.ت)، 82/4.

<sup>6</sup> الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد الجصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي (المتوفى: 1088هـ) تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية ، ط/1، 1423هـ-2002م، 576/2.

<sup>7</sup> التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ) ، دار الكتب العلمية، ط/1، 1416هـ-1994م، 551/5.

3. من أقوال فقهاء الشافعية : ذهب الشافعية إلى القول: إن الناشئة هي المانعة حقاً لزوجها، والخارجة عن طاعته وإن تحقق العدوان منها، فهو النشوز<sup>(653)</sup>، والنشوز مصدر نشز وبابه فعد وضرب، ونشزت المرأة من زوجها عصته وامتنعت عليه، ونشز الرجل من امرأته تركها وجفائها<sup>(654)</sup>.
4. من أقوال فقهاء المذهب الحنبلي: ذهبت الحنابلة إلى أن نشوز المرأة، هو معصيتها زوجها فيما يجب له عليها من حقوق النكاح، فمتى ظهر منها أمارات النشوز، مثل أن يدعوها فلا تجيبه، أو تجيبه مكرهة متبرمة<sup>(655)</sup>، مَعْنَى النُّشُوزِ عِنْدَهُمْ هِيَ مَعْصِيَةُ الرَّوْجِ فِيمَا فَرَضَ اللَّهُ عَلَيْهَا مِنْ طَاعَتِهِ، مَاخُودٌ مِنَ النَّشْرِ، وَهُوَ الإِزْتِمَاعُ، فَكَأَنَّهَا إِزْتَفَعَتْ وَتَعَالَتْ عَمَّا فَرَضَ اللَّهُ عَلَيْهَا مِنْ طَاعَتِهِ، فَمَتَى ظَهَرَتْ مِنْهَا أَمَارَاتُ النَّشُوزِ، مِثْلُ أَنْ تَنْتَاقِلَ وَتُدَافِعَ إِذَا دَعَاها، وَلَا تَصْبِرَ إِلَيْهِ إِلَّا بِتَكْرِهِ وَدَمْدَمَةٍ<sup>(656)</sup>.
5. من أقوال الظاهرية: عرّفت الظاهرية النُّشُوزَ، بأن تُظْهِرَ الزوجة لزوجها البُغْضَاءَ، وتُسيءَ عِشْرَتَهُ وَتَعْصِي أَمْرَهُ<sup>(657)</sup>.
6. من أقوال فقهاء الإمامية: عرّفت الإمامية النشوز بأنه: ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له، فمتى ظهر من المرأة أمارة العصيان وعظها، فإن لم ينجع هجرها في المضجع<sup>(658)</sup> وهذا يعني أن نشوز الزوجة يتحقق بخروجها عن طاعة الزوج الواجبة عليها، وذلك بعدم تمكنه مما يستحقه من الاستمتاع بها،

<sup>8</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، دار الفكر، (د.ط.د.ت)، 343/2، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسعى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، دار المعارف، (د.ط.د.ت)، 511/2.

<sup>9</sup> نهاية المطالب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، حققه وصنعه فهارسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، ط/1، 1428هـ-2007م، 280/13، 544/15، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م، 7/205.

<sup>10</sup> المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي))، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار الفكر، 16/445.

<sup>11</sup> الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1414 هـ - 1994 م، 92/3 وما بعدها، العدة شرح العمدة، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى: 624هـ)، دار الحديث، القاهرة، (د.ط) 1424هـ-2003 م، ص436.

<sup>12</sup> المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، مكتبة القاهرة، (د.ط.د.ت)، 318/7.

<sup>1</sup> المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، دار الفكر – بيروت، (د.ط.د.ت)، 523/9.

<sup>2</sup> المختصر النافع في فقه الإمامية، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، منشورات: قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة، ط/2، ١٤٠٢، ص 190.

ويدخل في ذلك عدم إزالة المنقرات المضادة للتمتع والالتذاذ منها، بل وترك التنظيف والتزيين مع اقتضاء الزوج لها، وكذا بخروجها من بيتها من دون إذنه، ولا يتحقق بترك طاعته فيما ليس واجباً عليها كخدمة البيت ونحوها.<sup>(659)</sup>

وبالتأمل في هذه التعريفات يمكن أن نُعرّف نشوز المرأة بأنه: (عصيان المرأة زوجها فيما يجب له عليها من حقوق بغير عذر)، وبمعنى آخر: خروج المرأة عن طاعة زوجها؛ لامتناعها عن أداء الحقوق المقررة له عليها شرعاً، ونفورها منه، وإنما سميت هذه المرأة ناشزاً؛ لأنها ارتفعت عن طاعة الزوج، وتعالّت عليه بما يجب عليها الخضوع فيه شرعاً لزوجها فمتى ظهر منها أمارات النشوز والتي تشمل كل سوء عشرة بينها وبين زوجها (والله تعالى أعلم).

ثانياً : تعريف نشوز الزوجة في الاصطلاح القانوني: لم يرد في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 النافذ تعريف محدد وواضح للنشوز، إلا أن القانون المذكور لم يغفل هذا المصطلح المهم في الحياة الزوجية، إذ تناوله في عدّة فقرات ومواد مختلفة لأهميته ومحاولة منه لإيجاد الحلول الناجعة في حالة وقوعه بين الزوجين، وعلى الرغم من أن القانون العراقي خلا من تحديد معنى النشوز إلا أن ذلك لم يمنع بعض القوانين العربية كقانون الأحوال الشخصية السوري من بيان المقصود بالزوجة الناشز إذ نصت المادة(75) منه على ان الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول الى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر.<sup>(660)</sup>

وكذا لم يعرف القانون التونسي في صلب مدونة الأحوال الشخصية مفهوم النشوز إلا أن الفقه استقر على اعتبار أن المرأة الناشز هي تلك التي غادرت محل الزوجية بمحض إرادتها، و امتنعت عن القيام بواجباتها الزوجية بالرغم من التنبيه عليها من قبل الزوج بالرجوع إلى محل الزوجية وامتناعها عن ذلك إلا إذا أثبتت أن بقائها بمحل الزوجية برفقة زوجها من شأنه أن يشكل خطراً يلحق ضرراً بها نتيجة الاعتداء عليها بالعنف مثلاً.<sup>(661)</sup>

أما قانون الأحوال الشخصية المصري لسنة 2000 في الفقرة الثانية من المادة السادسة المضافة بالاقترح بمشروع قانون امتناع طاعة الزوجة زوجها دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الامتناع وكذلك تعتبر ممتنعة بغير حق إذا لم تعد لمزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر، وعلى الزوج أن يبين في هذا الاعلان عنوان المسكن، وأجاز النص للزوجة الاعتراض، وأوجب عليها أن تبين في صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التي تستند إليها في الامتناع عن طاعة الزوج وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ الإعلان.<sup>(662)</sup>

<sup>3</sup> منهاج الصالحين ، السيد علي الحسيني السيستاني ، مكتب آية الله العظمى السيد السيستاني - قم ، ط/1، 1416 ، 3 / 106 ، مسألة (350).

<sup>4</sup> الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، فاروق عبدالله كريم، جامعة السليمانية، 2004م، ص 145.

<sup>5</sup> دراسة مقارنة لمفهوم النشوز وفق أحكام الشرع الإسلامي و التشريع المقارن، إنعام عطية السلطاني، (د.ط.د.ت)، ص 3 وما بعدها.

<sup>6</sup> المرجع السابق، ص 7 وما بعدها.

## المبحث الثاني: مظاهر نشوز الزوجة في الشريعة والقانون العراقي

إن مجرد المعرفة والوعي بالحقوق لا يمنع من تجاوزها، و التعدي عليها لدوافع وعوامل مختلفة، قد تغري الزوجة وتجعلها تنتهك حق الزوج المقدس، ألا وهو حق الطاعة، وعليه ما يمكن أن يأخذ عدة مظاهر بموجها تعدّ الزوجة ناشزاً، لذلك قد تكون مظاهر النشوز بالقول أو تكون بالفعل، وعليه سوف نتناول هذه المظاهر من الناحية الفقهية، والناحية القانونية، على النحو التالي:

المطلب الأول: مظاهر نشوز الزوجة بالقول من الناحية الفقهية:

لمظاهر نشوز الزوجة بالقول عدة صور أبرزها:

1. أن تتعاد حسن الكلام وسرعة تليته إذا دعاها، فتغبر ذلك فتكلمه بكلام خشن و يدعوها فلا تجيبه أو تجيبه ولكن على ضجر وتكلف واستهتار، أو تتماطل في إجابته، أو ترفع صوتها عليه بغير المعتاد وهي مستكربة. (663)
2. قد تتناول عليه ( الزوج ) بالسبّ و الشتم واللعن و القذف، أو تعيره بعبء فيه حسياً كان أو معنوياً. (664)
3. أن تتناول بلسانها على أقاربه و أسرته لغير سبب، أو تهتم الزوجة زوجها بكلام ملفق تريد فضحه وتسبب إحراجها، أو أن تطلب منه الطلاق من غير بأس، أو تدعيه عليه ظلماً، أو تطلب منه أن يخالعا ونحو ذلك فتعد ناشزاً. (665)

المطلب الثاني: مظاهر نشوز الزوجة العملي أو الفعلي من الناحية الفقهية:

يمكن أن يكون نشوز الزوجة ناتجاً عن عدة مظاهر تصدر منها ومن تصرفاتها، تجعلها ناشزاً أبرزها:

1. امتناع الزوجة من تمكين زوجها تمكيناً كاملاً بغير حقٍ أو عذرٍ شرعي: من حق الزوج على زوجته الاستمتاع بها، وذلك بموجب عقد النكاح و بالتالي فإنها إن امتنعت عن تمكين الزوج من هذا الحق، بدون عذر شرعي، فقد اختلف الفقهاء في الحكم عليها بالنشوز في مذهبين:
- المذهب الأول: يرى أنصار هذا المذهب أنّ الزوجة إذا امتنعت عن تمكين زوجها منها دون عذرٍ شرعي كأن تمنعه الوطاء، أو لم تبت معه في فراشه، فإنها تكون ناشزة و هذا ما ذهب إليه كل من المالكية بقولهم أن الزوجة تكون

<sup>1</sup> تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، القاضي زكريا بن محمد الأنصاري ( المتوفى : 926هـ) خرج احاديثه وعلق عليه : أبو عبد الرحمن صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 141هـ-1997م، ص218.

<sup>2</sup> فتح الباري شرح صحيح البخاري، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، دار المعرفة - بيروت، 1379، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، 9/ 294 وما بعدها، المغني لابن قدامة، 7/ 611، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الهوتى الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، عالم الكتب، ط/1، 1414هـ-1993م، 54/3.

<sup>3</sup> النشوز ضوابطه، حالاته، أسبابه، طرق الوقاية منه، وسائل علاجه في ضوء القرآن والسنة، صالح بن غانم السدلان ط4، دار بلنسية للنشر والتوزيع، السعودية، ط/4، 1994، ص24 وما بعدها.

ناشراً، إذا خرجت عن طاعة الزوج بمنعها التمتع بها أو خروجها بلا إذنه لمكان لا يجب خروجها له، أو تركت حقوق الله تعالى كالطهارة والصلاة، أو أغلقت الباب دونه، أو خانته في نفسها أو ماله<sup>(666)</sup>. كما يرى الشافعية أن النشوز أن لا تمكن الرَّوْجَ وتُعصي عَلَيْهِ فِي الْإِمْتِنَاعِ عَصِيَانَا خَارِجًا عَنْ حَدِّ الدَّلَالِ، بِأَنَّ كَانَ بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُ لِلرَّوْجِ حَمَلَهَا عَلَى الطَّاعَةِ إِلَّا بِتَعَبٍ<sup>(667)</sup>، وما ذهب إليه الحنابلة بقولهم لا نفقة للناشز لأنها مقابل التمكين وقد أزل، أو سافرت بغير إذنه أو لم تمكنه من الوطاء أو مكنته من دون بقية الاستمتاع<sup>(668)</sup>.

المذهب الثاني: يذهب أنصاره أن الزوجة إذا امتنعت من تمكين زوجها منها لا تعتبر ناشزة إذا كان الامتناع في منزله، أما إذا كان الامتناع في منزلها هي تكون ناشزة، وهذا ما ذهب إليه الحنفية<sup>(669)</sup>، وعللوا ذلك لكونها ناشزة إذا كان الامتناع في منزلها، لأن حياءها في منزلها أمر مستبعد، بخلاف منزلها<sup>(670)</sup>.

2. امتناع الزوجة من السفر مع زوجها أو الانتقال معه إلى مسكن آخر بغير وجه حق: يعد امتناع الزوجة من السفر مع زوجها، أو الانتقال معه إلى مسكن آخر بغير حق مظهرًا من مظاهر نشوز الزوجة، وهذا إذا توفرت شروط لا يجب الامتناع، كأن يكون زوجها قد وفاها مهرها العاجل، أو كان مؤجلاً، أو رفضت البقاء معه في مسكنه رغم توفر الشروط الشرعية فيه، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: يرى أنصاره أن الزوجة إذا تحلّت بشروط الامتناع فأنها تعتبر ناشزة، وهذا ما ذهب إليه الفقهاء من الحنفية والمالكية بقولهم أن من النشوز عدم طاعة الزوجة لزوجها الامتناع من السفر أو الانتقال إلى المسكن الجديد وَقَدْ أَوْفَاهَا مَهْرَهَا يَعْتَبَرُ خَرُوجًا عَنْ طَاعَةِ الزَّوْجَةِ لزوجها وتعد الزوجة بذلك ناشراً<sup>(671)</sup>، الشافعية بقولهم أنّ على الزوجة الانتقال إلى حيث يريد الزوج، ونصوا على أن من النشوز امتناع الزوجة عن السفر معه بشرط أمن الطريق، ويعني أمن الطريق السلام في السفر، وعدم المشقة التي لا تحتمل<sup>(672)</sup>. كما نص فقهاء الحنابلة على اعتبار امتناع الزوجة عن السفر مع زوجها نشوزاً، إذا أوفاهها مهرها ولم تشتط عليه البقاء في بلد<sup>(673)</sup>. وما ذهب إليه

<sup>4</sup> الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسعى أقرب المسالك لمُنَهَبِ الْأُمَامِ مَالِكِ)، 511/2.

<sup>1</sup> الوسيط في المذهب، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام – القاهرة، ط1، 1417، 305/5.

<sup>2</sup> الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: 682هـ)، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، (د.ط. دت) 260/9.

<sup>3</sup> المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (المتوفى: 616هـ)، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، 1424 هـ - 2004 م، 536/3، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 52/3، البحر الرائق لابن نجيم، 304/4.

<sup>4</sup> نشوز الزوجة - أسبابه وعلاجه، علي محمد علي قاسم، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003 م، ص 88 وما بعدها.

<sup>5</sup> الميسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، دار المعرفة – بيروت، (د.ط) 1414 هـ - 1993 م، 5/186، الشرح الصغير للدردير، 511/2.

<sup>6</sup> الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، 1419 هـ - 1999 م، 590/9، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ). المطبعة الميمنية، (د.ط. دت)، 223/4.

<sup>7</sup> المغني لابن قدامة، 236/8.

المتقدمون من الحنفية بقولهم على الزوج أن يسافر بزوجه وليس لها الامتناع عن السفر ما دامت قد أخذت صداقها والآ اعتبر ناشزة وسقطت نفقتها، كذلك إذا رفضت البقاء معه في محل عمله فأبها تعد ناشزة.<sup>(674)</sup>

المذهب الثاني: يرى أنصاره أنه إذا امتنعت الزوجة عن السفر مع زوجها حتى مسافة القصر فأكثر، فأبها لا تعد ناشزة، أما دون مسافة القصر فأبها تعتبر ناشزة، وهذا ما ذهب إليه المتأخرون من فقهاء الحنفية، وقد ذكروا أن مسافة السفر الطويل لا تقل مدته عن مسيرة ثلاثة أيام بسير الإبل أو مشي الأقدام.<sup>(675)</sup>

من خلال ما تقدم فإن الأمر في تقدير سفر الزوج بزوجه أو الانتقال بها إلى مسكن آخر، متروك لتقدير القاضي بحسب الظروف و الأحوال، فقد يكون غرض الزوج من واره السفر بزوجه هو الإضرار بها، والقاضي في هذه الأحوال لا يحكم بنشوزها، أما إذا كان السفر وليد الظروف ومتطلبات الحياة، وكان في مكان يؤمن عليها من الفتنة، فإن امتنعت في مثل هذه الأحوال يحكم القاضي بنشوزها، ولا شك أن الزوج أمين عليها في مثل هذه الظروف.<sup>(676)</sup>

3. خروج الزوجة من بيت زوجها دون إذنه: أوجب الإسلام على الزوجة ألا تخرج من بيت زوجها دون إذنه، قياماً بواجب الطاعة فإن خرجت بغير إذن زوجها كانت ناشزة، وذكر الفقهاء أن الزوجة بخروجها دون إذن من الزوج أو عذر شرعي تصبح ناشزة، لتعدّيها على حقوق الطاعة الواجبة عليها، وتفويت حقه الثابت عليها في الاحتباس على ما يقتضيه عقد النكاح، لكن خروج الزوجة دون إذن الزوج له صورتان:

الأولى: خروج الزوجة من البيت دون إذن زوجها بغير عذر مشروع: نص عليه فقهاء الحنفية أن خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق يعد نشوزاً منها<sup>(677)</sup>، وذهب فقهاء المالكية إلى أن الزوجة تسقط نفقتها بالنشوز وهو منع الوطاء والخروج بغير إذنه والامتناع من الدخول بغير عذر<sup>(678)</sup>، وجاء في فقه الشافعية أنّ الزوجة تكون ناشزة إذا خرجت من بيته \_ الزوج \_ أي من محل رضي بإقامتها به ولو بيته أو بيت أبيها، وإن كان غائباً بلا إذن منه<sup>(679)</sup>، ويرى فقهاء الحنابلة أن للزوج \_ الزوجة \_ الخروج من منزله، فإن مرض بعض محارمها أو مات استحب له أن يأذن لها في الخروج إليه<sup>(680)</sup>. واستدلوا بقوله تعالى: ( وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى )<sup>(681)</sup>.

الثانية: خروج الزوجة من بيت زوجها دون إذن زوجها لعذر مشروع: إن خروج الزوجة من البيت دون إذن زوجها لعذر مشروع لا يعد من باب النشوز، ولا تكون الزوجة في هذه الحالة ناشزة، ومن الأمثلة التي يمكن اعتبارها أعتاراً مشروعة: أن يشرف البيت أو بعضه على التهدم ، فيتطلب هذا أن تخرج دون إذن زوجها مصداق قوله تعالى: (

<sup>8</sup> بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ، 129/4.

<sup>9</sup> مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي المدعو بشيخي زاده (المتوفى 1078هـ)، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ-1998م، 239/1.

<sup>1</sup> ينظر: نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه، علي محمد، ص 87.

<sup>2</sup> ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الحصكفي، 2/576.

<sup>3</sup> أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (المتوفى: 1397 هـ) (دار الفكر، بيروت – لبنان، ط2، (د.ت)، 1/131.

<sup>4</sup> نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني، 13/253.

<sup>5</sup> المغني لابن قدامة، 107/1.

<sup>6</sup> الأحزاب: من الآية: ٣٣.

وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ<sup>(682)</sup> ، وإذا أُكْرِهَتْ عَلَى الْخُرُوجِ ظُلْمًا أَوْ خَافَتْ عَلَى نَفْسِهَا أَوْ مَالِهَا مِنْ فَاسِقٍ أَوْ سَارِقٍ، وإذا خرجت لقضاء حوائجها المعتادة، ولا تنحصر حالات الخروج دون إذن الزوج لعذر مشروع في هذه الحالات، لكنها أمثلة تقاس عليها حالات أخرى مستجدة في كل زمان ومكان ، ما دامت تدور في دائرة الحاجيات التي جري العرف بالإذن في خروج الزوجة لتحصيلها والتي منها:

1- خروج الزوجة لزيارة والديها: اختلف الفقهاء في زيارة الزوجة لوالديها خاصة، هل للزوج أن يمنعها من ذلك؟ وهل يلزمها طاعته؟ فذهب الحنفية والمالكية إلى أنه ليس له أن يمنعها من ذلك. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه له أن يمنعها، ويلزمها طاعته، فلا تخرج إليهما إلا بإذنه، لكن ليس له أن يمنعها من كلامهما ولا من زيارتهما لها، إلا أن يخشى ضرراً بزيارتهما، فيمنعها دفعاً للضرر.

ويرى فقهاء الحنفية أنه لو كان أبوها زمناً مثلاً وهو محتاج إلى خدمتها والزوجة يمنعهما من تعاهده فعلهما أن تُغَضِبَهُ مُسْلِمًا كَانَ الْأَبُ أَوْ كَافِرًا<sup>(683)</sup>. وقد استفيد مما ذكرناه أن لها الخروج إلى زيارة الأبوين والمحارم، فعلى الصحيح المقتضى به: تخرج للوالدين في كل جمعة بإذنه وبغير إذنه، ولزيارة المحارم في كل سنة مرة بإذنه وبغير إذنه<sup>(684)</sup>. وورد ذلك عند المالكية قولهم: لَيْسَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهُ مِنَ الْخُرُوجِ لِذَارِ أَبِيهَا وَأَخِيهَا وَيُقْضَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَالْخِلَافُ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ هُوَ لِلشَّابَةِ الْمَأْمُونَةِ، وَأَمَّا الْمُتَجَالَةُ<sup>(685)</sup> فَلَا خِلَافَ أَنَّهُ يُقْضَى لَهَا بِزِيَارَةِ أَبِيهَا وَأَخِيهَا، وَأَمَّا الشَّابَةُ غَيْرُ الْمَأْمُونَةِ فَلَا يُقْضَى لَهَا بِالْخُرُوجِ<sup>(686)</sup>، واستدلوا لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: (وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍّ وَلَا تَهْزُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا) وَأَخْفِضْ

لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِيلِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيْتَانِي صَغِيرًا<sup>(687)</sup> ، وذهبت الشافعية إلى أنه له أن يمنعها، ويلزمها طاعته وقالوا: وَإِذَا اضْطُرَّتْ امْرَأَةٌ لِلْخُرُوجِ لِزِيَارَةِ وَالِدٍ أَوْ حَمَامٍ حَرَجَتْ بِإِذْنِ زَوْجِهَا غَيْرَ مُتَمَهِّجَةٍ فِي مَلْحَقَةٍ وَتِيَابٍ بَدَلَةٍ وَتَغْضُ طَرْفَهَا فِي مَشِيَّتِهَا وَلَا تَنْظُرُ يَمِينًا وَلَا شِمَالًا وَالْأَكَانْتُ عَاصِيَةٌ<sup>(688)</sup>. وقالوا: وَلِلزَّوْجِ مَنَعُ زَوْجَتِهِ مِنْ

<sup>7</sup> البقرة من الآية: ١٩٥.

<sup>8</sup> فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ)، دار الفكر، (د.ط.د.ت)، 4/398.

<sup>9</sup> البحر الرائق، 4/212.

<sup>10</sup> الْمُتَجَالَةُ: هي العجوز الفانية التي لا إرب للرجال فيها، وقيل: هي التي أبرزت وجهها من الكبر، وهو من التجلي: أي الظهور. لفواكه الدواني

على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى:

1126هـ)، دار الفكر، (د.ط) 1415هـ-1995م، 2/327، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت،

دار السلاسل – الكويت، ط2/1427هـ، 29/294، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم، دار

الفضيلة، (د.ط.د.ت)، 3/207.

<sup>1</sup> التاج والإكليل لمختصر خليل، 5/548.

<sup>2</sup> الإسراء: ٢٣ – ٢٤.

<sup>3</sup> الزواجر عن اقتراف الكبائر، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس

(المتوفى: 974هـ)، دار الفكر، ط1/1407هـ-1987م، 2/78.

عِبَادَةَ أَبْوَيْهَا وَمِنْ شُهُودِ جَنَائِزِهِمَا وَجَنَازَةَ وَلَدَيْهَا وَالْأَوْلَى خِلَافَهُ<sup>(689)</sup> ، ويرى الحنابلة في امرأة لها زَوْجٌ وَأُمٌّ مَرِيضَةٌ: طَاعَةُ زَوْجِهَا أَوْجِبُ عَلَيَّهَا مِنْ أَمْرِهَا إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهَا<sup>(690)</sup> وورد في الإنصاف لَا يَلْزَمُهَا طَاعَةُ أَبْوَيْهَا فِي فِرَاقِ زَوْجِهَا، وَلَا زِيَارَةَ وَنَحْوَهَا. بَلْ طَاعَةُ زَوْجِهَا أَحَقُّ<sup>(691)</sup> ،

واستدلوا لقولهم هذا بقوله تعالى: ( فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ )<sup>(692)</sup> ، ومن السنّة قوله P: "أَيْمًا امْرَأَةٌ مَاتَتْ وَزَوْجُهَا عَنْهَا رَاضٍ دَخَلَتْ الْجَنَّةَ"<sup>(693)</sup> .

2- استئذان الزوجة لزوجها للخروج إلى المسجد: يرى فقهاء المالكية والشافعية و الحنابلة أن خروج الزوجة إلى المسجد للصلاة أو مجالس العلم منوط بإذن زوجها، ويستحب له أن يأذن لها بالخروج إذا استأذنته وذلك إذا أمن عليها الفتنة والمفسدة، فإن خرجت بلا إذنه صارت ناشزة، بخلاف ما ذهب إليه الظاهرية بأنه لا يحق للزوج منع زوجته من الخروج إلى المسجد إذا طلبت منه ذلك وعرف أنها تريد الصلاة، ما دامت ملتزمة بالأداب الشرعية بأن لا تكون متطيبة ولا متزينة ولا مختلطة بالرجال.<sup>(694)</sup>

ومن هذا يتبين أن للفقهاء في هذه المسألة رأيان:

الأول: لجمهور الفقهاء، من المالكية والشافعية والحنابلة، حيث يرون: أن خروج الزوجة إلى المسجد للصلاة أو مجالس العلم شرط بإذن زوجها<sup>(695)</sup> ، ويستحب له أن يأذن لها بالخروج إذا أمنت الفتنة ، أما إن منعها من الخروج إلى المسجد مع أمن الفتنة والمفسدة، لم يحرم عليه ذلك، فإن خرجت بدون إذنه صارت ناشزة<sup>(696)</sup> ، وقد علل

<sup>4</sup> أسى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، دار الكتاب الإسلامي، (د.ط، د.ت) 239/3.

<sup>5</sup> دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، الهوتى، 47/3.

<sup>6</sup> الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، دار إحياء التراث العربي، ط2، (د.ت) ، 362/8.

<sup>7</sup> النساء: من الآية: ٣٤.

<sup>8</sup> الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: 235هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد – الرياض، 1409، برقم (17123) 557/3، سنن ابن ماجة، ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: 273هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، كِتَابُ الْبَيْكَاكِ، بَابُ حَقِّ الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ ، برقم (1854) 595/1، الجامع الكبير - سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سَوْرَةَ بن موسى بن الضحّاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي – بيروت، 1998 م ، أبواب الرِّضَاعِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، بَابُ مَا جَاءَ فِي حَقِّ الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ، برقم (1161) 457/2، وقال: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ.

<sup>9</sup> المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط2، ، 1392، 161/4.

<sup>10</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 336/1 الشرح الصغير على أقرب المسالك، 447/1، الحاوي الكبير، 445/11، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الهوتى الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، دار الكتب العلمية، 456/1، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامزي ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: 763هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424 هـ- 2003 م، 534/1.

<sup>11</sup> المجموع شرح المذهب، 19/4.

الشافعية هذا الرأي: عدم حرمة المنع مع عدم الفتنة فقالوا: إن النهي الوارد عن منعهن من المساجد ، بأنه نهي تنزيه، وأن حق الزوج في بقاء زوجته في البيت واجب عليها فلا تركه، ولا تفرط فيه، من أجل قضية الجماعة.<sup>(697)</sup>

الرأي الثاني: يرى أنصاره أنه لا حق للزوج في منع زوجته من الخروج إلى المسجد لحضور صلاة الجماعة إذا طلبت منه ذلك، ما دامت ملتزمة بالأداب الشرعية بأن لا تكون متطيبة ولا متزينة، ولا ترتدي ثياباً تخدش الحياء، ولا مختلطة بالرجال، وأمن عليها من الفتنة، وهذا ما ذهب إليه الظاهرية<sup>(698)</sup> وهو ما يفيد كلام ابن رشد في المرأة المتجالة (التي لا رغبة للرجال فيها).<sup>(699)</sup>

واستدلوا على ذلك بعموم الأحاديث الدالة على عدم منع النساء من المساجد، منها: " لَا تَمْنَعُوا نِسَاءَكُمْ الْمَسَاجِدَ إِذَا اسْتَأْذَنَكُمْ إِلَيْهَا".<sup>(700)</sup>

وجه الدلالة: ظاهر هذا الحديث يدل على أنه لا يحق للزوج منع زوجته من الخروج إلى المسجد، إذا رغبت في ذلك، والسبب: تأكيد حق الزوج في الطاعة، وعدم إغراء الزوجة بمعصية، حيث إن الخروج إلى المسجد أمر مباح من حيث الأصل وطاعة الزوج واجبة، فلا نترك الواجب من أجل المباح. والأحاديث التي استدلت بها المعارضون قابلة للتأويل، وذلك من أربعة أوجه أُرْبَعَةٌ أُجُوبَةٌ: أَحَدُهَا: أَنَّهُ زَادَ الْخَلِيَّاتِ مِنَ الْأَزْوَاجِ اللَّاتِي يُمْكِنُ تَصَرُّفَ أَنْفُسِهِنَّ . وَالثَّانِي: أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَسَاجِدِ الْحَجِّ الَّذِي لَيْسَ لِلزَّوْجِ مَنَعُهَا مِنْ فَرَضِهِ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ . وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُ مَخْصُوصٌ فِي زَمَانِهِ لِمَا وَجَبَ مِنْ تَبْلِيغِ الرِّسَالَةِ إِلَيْهِنَّ ، ثُمَّ زَالَ الْمُعْتَى فَرَأَى التَّمَكِينُ وَالرَّايِغُ : أَنَّهُ مَدْسُوحٌ بِمَا وَرَدَ مِنْ لُزُومِ الْحِجَابِ<sup>(701)</sup>

إن خروج المرأة إلى العمل من أجل الاكتساب: الأصل هو قرار الزوجة في بيت الزوجية، ورعايتها لشؤون بيتها وزوجها، حتى إن الفقهاء أجمعوا على حق الزوج في منع زوجته من العمل سواء بأجر أو بغير أجر، ما دام الزوج يقوم بكفالتها فليس للمرأة حق في العمل دون إذن الزوج؛ لأن حقه واجب، فلا يجوز تركه لما ليس بواجب، لذلك لا يباح لها الخروج للعمل إلا بإذن من الزوج، أو في حالة إعساره أو عدم قيامه بالإنفاق عليها فتخرج عندئذٍ للضرورة<sup>(702)</sup>، وذكر فقهاء الحنفية: إن له أن يمنعها من الغزل وكل عمل، ولو قابلة ومغسلة<sup>(703)</sup> ثم قالوا: وأنت خير بأنه إذا كان له منعها من ذلك، فإن عصته وخرجت بلا إذنه كانت ناشزة ما دامت خارجة، وإن لم يمنعها لم

<sup>1</sup> ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم ، 162/4.

<sup>2</sup> المحلى بالآثار، ابن حزم الأندلسي الظاهري ، 433/3.

<sup>3</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، 36/1.

<sup>4</sup> المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، (د.ط.د.ت)، كتاب الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنه، وأنها لا تخرج مطيبة، برقم 327/1(442).

<sup>5</sup> الحاوي الكبير، الماوردى، 1387/9.

<sup>6</sup> ينظر: المصادر في الفقرة (3) خروج المرأة من بيت زوجها دون إذنه.

<sup>7</sup> البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ابن نجيم، 212/4، رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، دار الفكر - بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م، 603/3.

تكن ناشزة<sup>(704)</sup>، و صرح السرخسي: بأن المرأة مأمورة بالقرار في البيت، ممنوعة من الخروج، وبالنساء عجز ظاهر، وفي أمرها بالاكْتساب فتنة<sup>(705)</sup>.

ويلاحظ من أقوال الفقهاء: أنهم لم يفرقوا بين عمل وعمل لاعتبار الزوجة ناشزة -عند خروجها إليه-، ما دام الزوج لم يأذن لها بالخروج، حتى لو كان من الأعمال الضرورية للمجتمع، كأن تكون طبية أو قابلة، ونحو ذلك من الأعمال المعتبرة من فروض الكفاية، لأن حق الزوج فرض عين، وهو مقدم على فرض الكفاية<sup>(706)</sup>، إضافة لما سبق، فإن نفقة الزوجة واجبة على زوجها، ولا حاجة لخروجها من أجل الاكْتساب؛ لأنها بذلك تفوت حق الزوج في الاحتباس والتسليم التام،<sup>(707)</sup> أما إذا لم ينفق عليها، فلها أن تخرج لتحصيل النفقة بكسب، أو تجارة، أو سؤال، والزوج لا حق له في منعها من ذلك، وفي رواية للشافعية: أنه لو أمكنها الإنفاق من مالها، أو كسب في بيته امتنع عليها الخروج<sup>(708)</sup>.

وبالنسبة للأعمال المنزلية: كالنسيج والخياطة وغيرها من الأعمال التي يمكن للمرأة مزاولتها في البيت، فليس للزوج منع زوجته من القيام بها، ما دام أنها لا تتناقى مع قيامها بحقوق الزوجية، أو تضعفها، أو تؤثر في جمالها، فإذا كانت كذلك فله منعها، فإن عصته وخالفته أمره فله تأديبها، غير أنه لا يحكم بنشوزها، جاء في حاشية ابن عابدين: "والذي ينبغي تحريره: أن يكون له منعها من كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه، أو ضرره، أو إلى خروجها من بيته، أما العمل الذي لا ضرر فيه فلا وجه لمنعها عنه، خصوصاً في حال غيبته من بيته، فإن ترك المرأة بلا عمل في بيتها يؤدي إلى وساوس النفس والشيطان، أو الانشغال بما لا يعني مع الأجانب والجيران."<sup>(709)</sup>

وسفر الزوجة دون إذن زوجها: اتفق الفقهاء على أن الزوجة إذا سافرت بإذن زوجها، فإنها لا تكون ناشزة، بشرط أن يكون سفرها مع زوجها، أو مع ذي محرم، وذلك لما روى أبو هريرة<sup>(710)</sup> أنه قال: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: "لَا يَجَلُ لِامْرَأَةٍ تَوْمُنٌ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُسَافِرَ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لَيْسَ مَعَهَا حُرْمَةٌ"<sup>(710)</sup>، أما سفرها بإذن زوجها مع غير ذي محرم، فلا تكون ناشزة بذلك، وإنما تكون أئمة لمخالفتها هذا الحديث الشريف، وكذلك لا خلاف بين الفقهاء - أيضاً- في اعتبار الزوجة ناشزة إذا سافرت دون إذن زوجها لحاجة نفسها، أو لحاجة غيرها شرط أن يكون قد أعطاها معجل مهرها<sup>(711)</sup> وذلك لخروجها عن قبضته وطاعته، وتفويتها التمكين لحظ نفسها، وقضاء حاجتها، وهي

<sup>8</sup> البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ابن نجيم، 232/4، رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، 577/3.

<sup>9</sup> المبسوط، 185/5.

<sup>10</sup> رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، 577/3.

<sup>10</sup> المصدر السابق نفسه.

<sup>1</sup> مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1415هـ-1994م، 181/5، المجموع شرح المهذب، 407/16.

<sup>2</sup> رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، 603/3.

<sup>3</sup> الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه = صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط/1422، 1هـ، كِتَابُ الْجُمُعَةِ، بَابُ: فِي كَيْفِ يَقْضَى الصَّلَاةَ بِرَقْمٍ (1088) 43/2، وفي رواية مسلم: "لَا يَجَلُ لِامْرَأَةٍ تَوْمُنٌ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، تُسَافِرُ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ عَلَيْهَا" كِتَابُ الْحَجِّ، بَابُ سَفَرِ الْمَرْأَةِ مَعَ مَحْرَمٍ إِلَى حَجٍّ وَغَيْرِهِ، برقم (1339) 977/2.

<sup>4</sup> فتح القدير لابن الهمام، 324/3.

في سفرها أئمة، وصارت أسوأ حالاً من المقيمة الناشئة، ولا يصح أن يقع ذلك منها إلا بإذنه<sup>(712)</sup>، ولكن الخلاف ومحل النزاع بين الفقهاء في مدى اعتبار الزوجة ناشئة عند سفرها إلى الحج أو العمرة الواجبة بغير إذن زوجها، وذلك على مذهبين:

المذهب الأول: يرى أنصاره أن الزوجة إذا سافرت إلى الحج أو العمرة الواجبة بغير إذن زوجها، فإنها تعد ناشئة، وكذلك إذا أحرمت بحج أو عمرة بغير إذنه، سواء كان الإحرام بواجب أو تطوع، وصارت بالإحرام في حكم الناشئة، ما لم يملك زوجها تحليلها من هذا الإحرام، فإن ملكه لم يكن إحرامها -حيثنذ- نشوؤاً؛ لأنها في قبضته وهو قادر على التحليل والاستمتاع، فإذا لم يفعل، كان هو المفوت لحق نفسه، وهذا ما ذهب إليه الإمام محمد بن الحسن من الحنفية<sup>(713)</sup>، والشافعية<sup>(714)</sup>.

وجه قولهم: أن التسليم الواجب عليها لزوجها قد فات بأمري من قبلها وهو خروجها، ولأنه إن كان حجها تطوعاً، فقد منعت حق الزوج عليها بما ليس واجباً عليها، وإن كان حجها لأداء الفريضة فقد منعت حق الزوج عليها وهو على الفور، والحج واجب على التراخي عند الشافعية<sup>(715)</sup>.

المذهب الثاني<sup>(716)</sup>:

يرى أنصاره أن الزوجة إذا سافرت بدون إذن زوجها للحج أو العمرة الواجبة، فلا تعتبر ناشئة، أما إذا سافرت لأداء حج تطوع، أو نذر مطلق بدون إذن زوجها، فإنها تكون ناشئة.

وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية والحنابلة والظاهرية. واستدلوا لذلك: بأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع، فكان كصيام شهر رمضان، إذ إنها معذورة في ذلك، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، أما حال سفرها لأداء تطوع، أو نذر مطلق، فإنها فوتت على الزوج حقه في الاستمتاع بها لحق نفسها، إلا أن يكون الزوج مسافراً معها متمكناً من الاستمتاع بها<sup>(717)</sup>.

المطلب الثالث: مظاهر نشوز الزوجة بالقول وبالفعل من الناحية القانونية:

هذه الظاهرة عالجها المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 النافذ ويمكن حصر هذه المظاهر في النقاط الآتية:

1. امتناع الزوجة من الانتقال إلى بيت زوجها إذا طلبها لذلك بعد العقد، إلا إذا كان لها عذر مشروع<sup>(718)</sup>، تطرق المشرع العراقي إلى هذه النقطة في المادة (23) واشترط أن يكون هناك عقد صحيح بين الزوجين، فبدونه لا يمكن القول بأن هناك نشوز باعتبار أن النشوز لا يمكن تصوره إلا بين الزوجين، هذا من جهة، ومن جهة ثانية

<sup>5</sup> الحاوي الكبير للماوردي، 438/11.

<sup>6</sup> بدائع الصنائع، الكاساني، 136/5.

<sup>7</sup> مغني المحتاج، الشربيني، 171/5، الحاوي الكبير للماوردي، 442/11.

<sup>8</sup> المجموع شرح المذهب، 243/18.

<sup>9</sup> بدائع الصنائع، الكاساني، 136/5، كشاف القناع، الهوتي، 474/5، المحلى لابن حزم، 19/5.

<sup>1</sup> شرح منتهى الإرادات، 251/3، كشاف القناع، الهوتي، 474/5.

<sup>2</sup> الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، د. أحمد عبيد الكبيسي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1991م، ص

بالاستناد إلى المادة المذكورة لا يمكن اعتبار الزوجة ناشزة بمجرد وجود عقد صحيح إذا كانت مقيمة في بيت أهلها، إذ اشترطت هذه المادة مطالبة الزوج لزوجه بالانتقال إلى بيت الزوجية. وفي حالة عدم انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية لا يمكن اعتبارها ناشزاً بشكل مطلق، فقد تكون محقة في عدم انتقالها وهذا ما ذكرته المادة في نهاية فقرتها الأولى لاعتبارها ناشزاً الفقرة (1) من المادة (23) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (188) لسنة 1959 النافذ " تجب النفقة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طلبها الزوج بالانتقال إلى بيته فامتنعت بغير حق "

كما يلاحظ على المادة المذكورة أنها لم تحصر الحالات التي تكون الزوجة فيها على حق وذلك لأنه لا يمكن حصر هذه الحالات والموضوع متروك تقديره للقضاء، وفي الفقرة الثانية من المادة المذكورة عدّ المشرع العراقي امتناع الزوجة من الانتقال إلى بيت الزوجية بحق مادام الزوج لم يدفع لها معجل مهرها أو لم ينفق عليها (الفقرة (2) من المادة (23) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (188) لسنة 1959 النافذ" يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع لها معجل مهرها أو لم ينفق عليها"، واستناداً لذلك لا يحق للزوجة الامتناع من الانتقال إلى بيت الزوج بحجة عدم قيام الزوج بدفع مهرها المؤجل.

2. إذا خرجت من بيت الزوجية بدون مبرر شرعي، وبدون اذن الزوج، أو بدون رضاه، وترفض العودة إليه، وكذلك الحال إذا كانت الزوجة صاحبة حرفة أو عمل تمارسه دون إذن الزوج.<sup>(719)</sup>

3. إذا كان الزوج يقيم مع زوجته في بيتها وبإذنها ثم منعه من الدخول دون أن تطلب منه الانتقال إلى مسكن آخر يوفره الزوج، في هذه الحالة يجب أن تكون إقامة سابقة للزوجين في البيت الذي تملكه الزوجة وبعد ذلك تمنع الزوجة دخول زوجها إليه دون أن تطلب من الزوج الانتقال إلى بيت آخر، وتترك فرصة للبحث عن منزل بديل؛ لأن منعها له من غير ذلك الطلب والإهمال خروج من طاعته، فتكون ناشزاً أيضاً، أما إذا منعه بعد أن سألته الانتقال وأمهله مدة كافية للبحث، فإن ذلك لا يعد امتناعاً من الاحتباس فتكون لها النفقة، وإن عد امتناعها فهو امتناع بحق<sup>(720)</sup>.

4. إذا امتنعت الزوجة عن السفر مع زوجها بدون عذر شرعي، لقد عدّت الفقرة (ج) من البند (1) من المادة (25) امتناع الزوجة عن السفر مع زوجها سبباً من أسباب نشوز الزوجة، ورغم أن هذه الفقرة أطلقت كلمة السفر دون أن تحدد السفر داخل القطر أو خارجه، إلا أن بعض الفقهاء اعتبروا أن المشرع قصد السفر داخل القطر باعتبار أن القانون لا يلزم الزوجة بالسفر مع زوجها خارج القطر، بالإضافة إلى ذلك أن بعض الفقهاء يرى أنه ليس للزوج أن يسافر بزوجه مسافات بعيدة، وواضح أن رأي هؤلاء الفقهاء هذا قائم على أساس المشقة التي تعانيها الزوجة من السفر الطويل سابقاً، لكن هذا الرأي لا يستقيم مع ثورة المواصلات الحاصلة في العصر الحديث<sup>(721)</sup>. ولعلّ أصحّ الأقوال أن للزوج أن ينقل زوجته إلى أي بلدٍ سواء أكان قريباً أو بعيداً متى كان مأموناً على

<sup>3</sup> الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، د. أحمد عبید الكبيسي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1991م، ص 106.

<sup>4</sup> الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957م، ص 238.

<sup>1</sup> الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، د. أحمد عبید الكبيسي، ص 107.

نفسها وعلى مالها. (722)

وواضح أن كل حالة من الأحوال المذكورة مقيدة بقيد استمرار النفقة عند انتقاله فالخروج من البيت بدون إذن الزوج لا يسقط النفقة إذا كان للخروج ما يبرره كأن تذهب الزوجة لزيارة أحد أبويها لمرضه (723).

## الخاتمة

الحمد لله في البدء والختم والصلاة والسلام على خير الأنام وعلى آله وصحبه الكرام بعد دراستنا لموضوع نشوز الزوجة الذي هو عصبان المرأة زوجها فيما يجب له عليها من حقوق بغير عذر، والنشوز بمعناه العام، هو: كراهية كل من الزوجين لصاحبه لاعتبارات مخصوصة وحسب اتفاق جمهور الفقهاء، وعليه يمكن إجمال أهم نتائج بحثنا فيما يلي:

1. الأصل في العلاقة الزوجية أنها قائمة على أساس المحبة، والمودة، والتعاون، والتسامح، فمهما طرأ عليها من خلاف فلا بد من بذل الجهد لحلّه بناءً على أصل العلاقة الزوجية وما يسودها من حب واحترام متبادل.
  2. النشوز ظاهرة اجتماعية خطيرة تناولتها الشريعة الإسلامية من خلال النصوص القرآنية، والأحاديث النبوية حيث بين الفقهاء من خلال اجتهاداتهم الأفعال التي من خلالها تكون الزوجة ناشزاً.
  3. النشوز من قبيل الزوجة قد يكون بالقول فقط، أو بالفعل فقط، وقد يكون بهما معاً.
  4. من حالات نشوز الزوجة التي ذكرها الفقهاء: امتناع الزوجة من تمكين زوجها تمكيناً كاملاً بغير وجه حق، أو بغير عذر شرعي، امتناعها من الزفاف، أو الدخول إلى منزلها، دون عذر شرعي، بعد استيفائها مهرها، امتناعها عن السفر مع زوجها، أو الانتقال معه إلى مسكن آخر بغير وجه حق، خروجها من بيت زوجها دون إذنه بغير عذر شرعي، ويلحق بذلك سفرها دون إذن الزوج لحاجة نفسها، أو لحاجة غيرها.
  5. النشوز والشقاق ليس معركة بين الزوج وزوجته فحسب، بل يمتد أثره ويلوح خطره على المجتمع كل فهدد أمنه، ويزعزع استقراره.
  6. إن الإسلام عالج النشوز إذا كان من الزوجة بطرق حسنة تبدأ بالموعظة الحسنة، ثم الهجر في المضجع، ثم الضرب غير المبرح، ثم إقامة الحكمين، فإذا استحكمت الخلاف بين الزوجين، واتسعت هوة الشقاق بينهما، ونفذت وسائل الصلح، والحكمين، كان لابد من التفريق بينهما، ولا يجوز تعليق الزوجة الناشز، أي: عضلها بحال من الأحوال فبدأ العلاج بالأسهل والأرفق، فإذا لم يجد ترقى إلى ما هو أصعب منه وأكثر شدة، فالإسلام يريد علاج المشكلة بأيسر ما يمكن، فالهدف الإصلاح، وليس التعنيف.
- هذا جهد المتواضع فإن وفقنا للصواب بفضل الله تعالى وكرمه وإن جانبنا ما نصبو إليه فمن أنفسنا ونستغفر الله ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه أجمعين.

<sup>2</sup> أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الكويت، ط/2، 1990م، ص108.

<sup>3</sup> الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، فاروق عبدالله كريم، ص149.

## بعض مظاهر حماية الاقلية في شركة المساهمة قراءة في المادة 157 من قانون شركات المساهمة

أمينة غميرة  
دكتوراه في الحقوق

لقد حاول المشرع المغربي من خلال تقويته ودعمه لممارسة الأقلية لحقوقها وتشجيعها على ذلك أن يضع توازنا جديدا بين مختلف مجموعات المساهمين، حتى لا تبقى الأقلية خاضعة لتحكم وتجاوزات قانون الأغلبية، ولم يعد من الممكن التسليم بالسيادة المطلقة والصارمة للأغلبية في الجمعيات العمومية، وإنكار مصالح الأقلية لإرضاء مصلحة العدد الأكبر، بل أصبحت الأقلية تتوفر على مجموعة من الوسائل تستطيع من خلالها الدفاع عن مصالحها وأيضاً عن المصلحة الاجتماعية. وهكذا فإن ما تتمتع به الأقلية من حقوق إنما يندرج من جهة في كونها مساهم كباقي المساهمين لها نفس حقوقهم المرتبطة بصفة المساهم، ومن جهة أخرى فقد منحها المشرع عددا من الحقوق تمارس من خلالها دورا وظيفيا تسعى في إطارها إلى المشاركة أكثر في تكوين إرادة الشركة، وأيضاً من أجل محاربة التعسفات بكل أشكالها المرتكبة من طرف أصحاب السلطة الذين يمكنهم أن يستعملوا صلاحياتهم من أجل تلبية مصالحهم الخاصة وليس مصلحة مجموع المساهمين.

وفي هذا الإطار تم الاعتراف للأقلية بمجموعة من الحقوق 724 حتى تقوم هذه الأخيرة بتحديد وتصحيح خط سير عمل الشركة أو أن تسعى إلى التصدي للاخلالات المرتكبة من طرف الأغلبية أو غيرها كمرابي الحسابات، على أن تصب الحقوق والصلاحيات كلها في دائرة المصلحة الاجتماعية .

ومن ضمن أهم الحقوق التي أوجدها المشرع لحماية المساهمين خاصة الاقلية حقهم في الإعلام، ويتمثل في إعطاء المساهمين المعلومات الضرورية التي تمكنهم من مراقبة الأجهزة المكلفة بالتسيير بشكل فعال. ولتقوية هذا الحق في الإعلام أحدث المشرع المغربي -وعلى غرار نظيره الفرنسي- آلية مهمة وهي خبرة التسيير التي يعتبرها بعض الفقه 725 من بين الحقوق الدفاعية المقررة لفائدة المساهم يستطيع من خلالها حماية مصالحه أكثر من كونها آلية أو حقا من حقوق المساهمة داخل الشركة.

وللاستفادة من هذه الآلية وضع المشرع المغربي من خلال المادة 157 من قانون شركات المساهمة 726 شروطا لا يمكن قبول طلب تعيين خبير التسيير إلا إذا استجمعها، منها ما يتعلق بالمساهمين (امتلاك الطالب

---

724- من ضمن هذه الحقوق نذكر على سبيل المثال: طلب تعيين مسير مؤقت، طلب تجريح المساهمين لمراقب الحسابات، إمكانية استدعاء الجمعية العامة للانعقاد، طلب إدراج مشاريع قرارات، طلب تأجيل انعقاد الجمعية العامة.

725 - J. Branchut, les abus de minorité dans les sociétés anonymes, thèse Paris 1974, p.28.

726 - المادة 157 ق.ش.م.م "يسوغ لمساهم أو عدة مساهمين يمثلون ما لا يقل عن عشر رأسمال الشركة رفع طلب لرئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات بتعيين خبير أو عدة خبراء مكلفين بتقديم تقرير عن عملية أو عدة عمليات تتعلق بالتسيير. إذا تمت الاستجابة لهذا الطلب، حدد الأمر الاستعجالي نطاق مهمة الخبير وسلطاته، على أن يتم استدعاء الممثلين القانونيين للشركة إلى الجلسة استدعاء قانونيا.

لعشر رأسمال الشركة) وأخرى تتعلق بالطلب (أن يتعلق هذا الأخير بعملية أو عدة عمليات تسيير)، ولذلك سوف نتطرق إلى كل شرط من هذه الشروط.

### المطلب الأول : امتلاك طالب خبرة التسيير لعشر رأسمال الشركة.

تنص المادة 157 ق.ش.م.م على أنه " يسوغ لمساهم أو عدة مساهمين يمثلون ما لا يقل عن عشر رأس المال ...رفع طلب لرئيس المحكمة". يظهر من هذه المادة أن المشرع علق قبول طلب تعيين خبير التسيير الذي يتقدم به مساهم أو عدة مساهمين على أن يكون هذا الطالب متوفرا على 10 % من الرأسمال الاجتماعي للشركة 727، وبالتالي فإن المساهم الذي لا يتوفر على هذا النصاب لن تتم الاستجابة لطلبه، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في عدة مناسبات بشأن طلبات مقدمة من قبل مساهمين لا يتوفرون على الحد الأدنى الذي تقتضيه المادة 226 من قانون 1966 المتعلق بالشركات 728، وأكده أيضا القضاء المغربي حيث رفضت المحكمة التجارية بالدار البيضاء في أمر استعجالي صادر عنها بتاريخ 9 مارس 1999 729 طلب خبرة التسيير مقدم من مساهم لا يتوفر على هذا النصاب المالي، وبهذا الصدد جاء في إحدى حيثيات هذا الأمر : " وحيث إن المدعية تتوفر على 517 سهم من 6000 وأن ذلك لا يشكل عشر رأس المال ...".

هذا، وإذا كان المشرع كما قلنا يتطلب لقبول طلب تعيين خبير تسيير ضرورة توفر الطالب على عشر رأس مال الشركة، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه بهذا الصدد هو معرفة ما إذا كان القاضي ملزما بالأمر بها بمجرد تحقق هذا النصاب لدى الطالب ؟.

يبدو أن المشرع كان صريحا وواضحا حول هذه النقطة، حيث خول لرئيس المحكمة المقدم إليه الطلب (رئيس المحكمة التجارية) سلطة تقديرية واسعة في مجال الأمر بالخبرة، وهذا ما يستشف بوضوح من خلال مطلع الفقرة الثانية من المادة 157 من قانون شركات المساهمة المغربي التي جاء فيها "إذا تمت الاستجابة لهذا الطلب..".

---

يحدد الأمر الاستعجالي كذلك إن اقتضى الحال، أتعاب الخبير أو الخبراء بصورة مؤقتة، ولا يتم أداء الأتعاب إلا عند انتهاء مهمة الخبراء إما من طرف الشركة أو من طرف المساهمين الذين طلبوا إجراء الخبرة إذا تبين أن للطلب طابعا تعسفيا وأنه يهدف إلى الإضرار بالشركة.

يوجه هذا التقرير إلى مقدم الطلب وإلى مجلس الإدارة أو الإدارة الجماعية ومجلس الرقابة وكذلك إلى مراقب أو مراقبي الحسابات. و يجب أن يوضع رهن إشارة المساهمين بمناسبة الجمعية العامة المقبلة ويكون مرفقا بتقرير مراقب أو مراقبي الحسابات". 727- تجدر الإشارة أن هذه القاعدة تعتبر قاعدة أمرة وبالتالي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، وهذا ما أكده القضاء في فرنسا، حيث نقضت محكمة النقض طلب تعيين خبير المقدم من قبل مساهم لا يتوفر على الأقل على عشر رأسمال الشركة.

L'action en désignation de l'expert n'est ouverte qu'aux associés ou actionnaires qui justifient de la détention d'un pourcentage minimal de capital social. Cette condition est impérative et la demande qui n'y satisfait pas doit être repoussée.

Cass.com 12 janv 1976, www.courdecassation.fr/publication-26/rapport-annuel-36

728 - Cass.com 12 janvier 1976, Rev.soc 1976, p.330, note Ph.Merle.

729 - أمر استعجالي رقم 99/408 صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 9-03-99 في الملف عدد 99/103 غير منشور.

إذ تنفيذ هذه العبارة بما لا يدع أي مجال للشك الطابع الاختياري للأمر بخبرة التسيير<sup>730</sup>. وقد أكد القضاء الفرنسي هذا المنحى في وقت مبكر بمناسبة تطبيقه للمادة 226، حيث جاء في أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بباريس ما يلي: "يبقى لقاضي الأمور المستعجلة إمكانية قبول أو رفض الخبرة الواردة في المادة 226، وأن تمسك المدعين بأهم يتوفرون على أسهم تمثل ما لا يقل عن عشر رأسمال الشركة لا يعتبر شرطا ضروريا وكافيا للأمر بالخبرة، بل فقط شرطا لقبول طلبهم"<sup>731</sup>. وبطبيعة الحال يجب تقدير شرط امتلاك عشر رأس المال في وقت أو عند تقديم طلب تعيين الخبير، وبالتالي فإن التطورات اللاحقة التي تؤثر في مركز الطالب لا يكون لها أي تأثير على صحة الدعوى ولا على تنفيذ الأمر بتعيين الخبير<sup>732</sup>. وعليه إذا كان الطالب يوم البث في طلبه من طرف القاضي قد قام بتفويت كل أو جزء من أسهمه فإن طلبه يبقى مقبولا<sup>733</sup>، وبالتالي فإن فقدان صفة المساهم أثناء سريان مسطرة خبرة التسيير لن يؤثر في صحة الطلب ولا في استمراريته، ويجد هذا الموقف سنداه في أن الغاية من خبرة التسيير هي حماية مصلحة الشركة وإقامة الدليل على وجود خطأ في التسيير وهي بذلك تتجاوز المصلحة الخاصة لطالب الخبرة. وإذا كان تقدير النصاب المالي الذي يتطلبه المشرع لطلب خبرة التسيير -كما رأينا- يجب أن يتم عند تقديم الطلب، فإن التساؤل يطرح حول ما إذا كان للمساهم الذي لم يقم بتحرير أسهمه بالكامل حق طلب خبرة التسيير<sup>734</sup>.

في هذا الإطار سبق لمحكمة الاستئناف بباريس في قرار لها صادر بتاريخ 24 ماي 1974 أن رفضت طلب تعيين خبير التسيير تطبيقا للمادة 226 الذي تقدم به مساهم يتوفر على أكثر من 10% من رأس المال ولكنه لم يقم بتحرير الأسهم المتبقية بعد توجيه إنذار إليه بذلك من طرف المجلس الإداري، مبررة ذلك بأن المساهمين اللذين لم يوفيا بالتزامتهما تجاه الشركة، يفقدان صفة الادعاء وتصبح حقوقهما كمساهمين معلقة<sup>735</sup>. وقد سائر بعض الفقه هذا الموقف معتبرا أنه لا يحق لمن لم يوف بالتزامه بإكمال تحرير أسهمه طلب خبرة التسيير، لكون ذلك يعد أكثر إنصافا وأقرب إلى تحقيق المساواة في ممارسة الصلاحيات والحقوق

730 - انظر أيضا، L.Boy, Réflexions sur le sort de l'expertise de minorité, D. 1980, chr p.85

731 - T.com.Paris (réf), 11 déc 1970, Rev.soc 1971, p 199, note Hémar.

732 - C.A, Versailles 11 mars 1999, D.1999, IR 132; D.affaires 1999, p.721, obs Y.Guyon.

733 - انظر خلاف هذا الرأي قرار محكمة الاستئناف بباريس الصادر بتاريخ 5 يناير 1978 الذي أكد على إمكانية إلغاء الأمر بالخبرة في الحالة التي يفقد فيها الطالب صفته كمساهم نتيجة تفويت أسهمه إذا طلبت ذلك الشركة أو المساهمون، وقد لقي هذا القرار انتقادا شديدا من قبل الفقه، انظر بهذا الصدد على الخصوص،

M.Guilberteau, note sous C.A Paris 5 Janv 1978, Rev.soc 1978, p.742.

حيث اعتبر Guilberteau أن الطابع الأصلي لخبرة التسيير لا يسمح بوقف الخبرة، بل يتعين على الشركة أن توجه مذكرة إلى الخبير تشرح فيها الوضعية الجديدة التي ترتبت عن تفويت الأسهم.

734 - المادة 21 قانون شركات المساهمة "... يجب أن تحرر الأسهم الممثلة للحصص النقدية بما لا يقل عن الربع من قيمتها الإسمية. ويتم تحرير الباقي في دفعة واحدة أو عدة دفعات حسب قرار يتخذه مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية داخل أجل لا يتجاوز ثلاث سنوات ابتداء من تقييد الشركة في السجل التجاري..."

735 - C.A.Paris 24 mai 1974, Rev.Soc 1975, p.101, note J.Hémar; Gaz.Pal 1972, 2.800.

الخاصة736.

إلا أن غالبية الفقه لم تستغ مثل هذا الرأي، حيث اعتبر J.Hémard أنه إذا كان المساهم الذي لم يحرر ما تبقى من قيمة الأسهم المكتتب فيها مخطئا بتصرفه هذا، فإنه لا يجب مع ذلك أن نتجاهل أن تردده في تحريرها قد يكون بسبب ارتياحه في بعض عمليات التسيير، وفي هذه الحالة فإن اللجوء إلى خبرة التسيير سيكون أمرا ذا فائدة وفعالية737.

فالمحكمة لم تأخذ بعين الاعتبار أن امتناع المساهم عن أداء قيمة الأسهم المتبقية قد يرجع إلى الارتياح الذي انتابه حول تسيير الشركة، ولذلك يجب عدم حرمانه من وسيلة تحقق حماية أكيدة له. وقريبا من هذا الرأي ما ذهب إليه ذ. A.Viandier الذي اعتبر أن موقف محكمة استئناف باريس هو تجاوز لمضمون المادة 283 من قانون الشركات738 على اعتبار أن مقتضيات هذه المادة الأخيرة ذات طبيعة خاصة وبالتالي لا يجب التوسع في تفسيرها، بحيث يكون من اللازم أن تبقى محصورة في الجزاءات الواردة في هذا النص ولا يسوغ تمديدها إلى باقي الحقوق المقررة للمساهم، إذ لو كان المشرع يريد ذلك لنص على أن عدم تحرير الأسهم يؤدي إلى تعليق كافة الحقوق المرتبطة بصفة المساهم739.

ولعل وجهة هذه الانتقادات هي التي دفعت محكمة Lyon إلى قبول طلب تعيين خبير التسيير الذي تقدم به مساهم لم يقيم بتحرير أسهمه بالكامل، وذهبت إلى أنه ليس هناك أي مقتضى قانوني يخضع تطبيق هذه المادة (أي المادة 226 من قانون 1966) إلى تحرير كل الأسهم، وبالتالي فإن المساهم الذي يتوفر على 25% من رأس المال والذي لم يحرر كل أسهمه يكون طلبه بتعيين خبير التسيير مقبولا740.

هذا ولما كان طلب تعيين خبير يرجع -كما قلنا- إلى المساهم أو المساهمين الذين يمثلون 10% من رأسمال الشركة، فإنه في حالة تجزئة ملكية الأسهم بين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع، يثار التساؤل حول صاحب هذا الحق في الطلب؟.

إن ربط المادة 157 من قانون شركات المساهمة بقبول الطلب بملكية نسبة معينة من رأسمال الشركة (10%) يجعل حق طلب الخبرة يكون للمالك الرقبة، مادام أنه هو الوحيد الذي له صفة شريك ويملك حصة رأس المال741.

736 - عبد الوهاب المريني، سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص كلية الحقوق - أكادال - الرباط، السنة الجامعية 1996-1997، ص.460.

737 - J.Hémard, note sous CA.Paris 24 mai 1974, Rev.soc 1975, p.101.

738 - حاليا المادة 228-30 من القانون التجاري الفرنسي والتي تقابلها المادة 278 من قانون 95-17 المغربي، وقد اقتضت هذه المادة على جزاءين يلحقان المساهم الذي لم يقيم بتحرير باقي قيمة أسهمه خلال ثلاثة سنوات من تأسيس الشركة وهما :  
- منعه من الحضور والتصويت داخل الجمعيات العامة للمساهمين.

- تعليق حقه في الأرباح والحق في أفضلية الاكتتاب في زيادة رأس المال الناشئان عن هذه الأسهم،(انظر المادة 278 ق.ش.م.م).

739 - A.Viandier, la notion d'associé, Bibl. dr. priv. T.156, LGDJ 1978, p.184.

740 - Lyon 16 janvier 1998, JCP 1999, IV, 1440

- وبالتالي لا يمكن قبول ربط هذا الحق، وكما تفعل بعض القرارات القضائية الفرنسية بممارسة الحق في التصويت، حيث تذهب 741 إلى أنه، وبالاتفاق على توزيع الاختصاص المقرر قانونا بين هذين الطرفين، صاحب الرقبة وصاحب الحق في الانتفاع في مجال

أما بالنسبة للأسهم المشاعة وما دام أن مجموع المالكين على الشياح يحملون صفة مساهم 742، فإنه يكون لهم الحق في طلب الخبرة إذا بلغوا النصاب المطلوب الذي يسمح بتقديم هذا الطلب.

وفي هذا الإطار إذا كانت حالة ملكية الشريك المشتاع لحصصة في الأسهم المشاعة 743 تعادل النصاب

المالي اللازم لطلب الخبرة لا تثير أي إشكال، حيث يكون له حق طلب الخبرة بمفرده لما يقره قانون الالتزامات والعقود من حق كل شريك مشتاع في ممارسة كافة حقوقه على حصته (المادة 962 ق.ل.ع)، فإن الإشكال يطرح في الحالة التي لا يبلغ فيها الشريك المشتاع هذا النصاب ويرغب في طلب خبرة التسيير بالاستناد إلى كافة حصص الأسهم المشاعة، فهل يكون له الحق في ذلك؟ 744.

في هذا المجال وتطبيقا لمبدأ عدم تجزئة الأسهم (Le principe de l'indivisibilité des titres) الذي تقرره

المادة 226 من قانون الشركات الفرنسي، فإنه لا يمكن لمالك الأسهم على الشياح أن يرفع الطلب بشكل منفرد

ويحصل بالتالي على تعيين خبير التسيير طبقا للمادة 226 بدون أن يكون قد سبق له الحصول على موافقة باقي المساهمين 745.

وخلافا لهذا الرأي ذهب A.Viandier إلى اعتبار دعوى خبرة التسيير إجراء من الإجراءات التي ترمي إلى

حفظ الحقوق المرتبطة بالأسهم، وبذلك اعترف للشريك المشتاع بالحق في الادعاء باسم مجموع الشركاء المشتاعين مستندا إلى كل حصص الأسهم المشاعة 746.

هذا ولما كان المشرع قد ربط قبول طلب تعيين خبير التسيير بضرورة توفر الطالب على نصاب مالي معين

(10 % من رأس المال)، فإنه يترتب على ذلك استبعاد بعض المساهمين عن طلب هذه الخبرة كما هو حال حاملي

شهادات حق التصويت وأصحاب أسهم الانتفاع.

---

التصويت، يمكن الأخذ بذات التصور في إطار خبرة التسيير، بحيث يكون طلب الخبرة لمالك الرقبة إذا كان تقرير الخبرة سيوجه إلى (CA Aix en Provence) الجمعية العامة غير العادية، وإلى المنتفع إذا كان هذا التقرير سيوجه إلى الجمعية العامة العادية. (27 mai 1988, JCP1988, éd. E II n° 15562)

742 - Cass.com 6 fév. 1980, Rev.Soc 1980, p.521, note A.Viandier.

743 - نظم المشرع في قانون 17-95 ممارسة عدد من الحقوق المتعلقة بالأسهم المشاعة، حيث أنه اعترف لكل واحد من الشركاء على الشياح بحق الاطلاع على وثائق الشركة (م/150 ق.ش.م.م)، كما أجاز لواحد من المشتاعين أو وكيل واحد عنهم تمثيل المشتركين في ملكية الأسهم المشاعة في الجمعيات العامة (م/129 ق.ش.م.م). وخارج هذه القواعد تظل الحقوق الأخرى خاضعة في ممارستها لقانون الالتزامات والعقود (المواد 960 إلى 981).

744 - وبإسقاط القواعد المنظمة للشياح على خبرة التسيير، فإنه يلاحظ أن هذه الخبرة لا تغير من طبيعة الأسهم، وبذلك فهي لا تحدث أي تجديد فيها، كما أن هذه الخبرة لا تنقل ملكية هذه الأسهم ولا تمس جوهرها، ولذلك فهي لا تعتبر من أعمال التصرف، ولذلك نقف أمام خيارين وهما:

إما اعتبار خبرة التسيير عملا من أعمال حفظ الأسهم المشاعة، وبالتالي تخويل كل مساهم مشتاع حق طلب هذه الخبرة مع الأخذ بعين الاعتبار مجموع الأسهم المشاعة، وإما أن نعتبرها من أعمال الإدارة، ويترتب على ذلك ضرورة موافقة أكثرية الشركاء الذين يملكون  $\frac{1}{4}$  المال الشائع حتى يكون طلب الخبرة مقبولا. بهذا الصدد انظر هشام بوحلقة، م.س، ص.36.

745 - C.A Aix en Provence, 29 avr 1980, D.1983, IR, 69, obs. Bouquet.

746 - A.Viandier, la notion d'associé, Bibl. dr. priv. T.156, LGDJ 1978, p.233.

ذلك أنه إذا كان حاملو شهادات حق التصويت يتمتعون بكافة الحقوق غير المالية، من اطلاق على الوثائق (المادة 2/150 ق.ش.م.م) والمشاركة في الجمعية العامة والتصويت فيها، فإن عدم تمثيل هذه الشهادات لأية نسبة في رأس المال الاجتماعي 747، يجعل أصحابها لا يتوفرون على حق طلب خبرة التسيير. وهو الشأن أيضا بالنسبة لأصحاب أسهم الانتفاع أي المساهمين الذين استهلكت القيمة الاسمية لأسهمهم بالكامل، فهذا النوع من الأسهم يخول ذات الحقوق التي تقرها أسهم رأس المال باستثناء الحق في الربح الأول واسترجاع القيمة الاسمية للأسهم، وبذلك لا يكون لأصحاب أسهم الانتفاع الحق في رفع طلب تعيين خبير التسيير لعدم توفرهم على تمثيلية على مستوى رأسمال الشركة الذي يعتبر شرطا أساسيا لقبول الطلب 748. أما بالنسبة لحاملي الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت، فإنه يظهر من خلال المادة 3/263 من قانون شركات المساهمة التي تنص على أنه: "يستفيد أصحاب الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت من الحقوق المعترف بها للمساهمين الآخرين باستثناء حقي المشاركة والتصويت في الجمعيات العامة للمساهمين اللذين لا ينشأن عن امتلاك هذه الأسهم"، أن هؤلاء المساهمين يستفيدون من كافة الحقوق المقررة لباقي المساهمين باستثناء حقين: حق المشاركة في الجمعية العامة وحق التصويت في الجمعية العامة. ونظرا للطابع الإعلامي التكميلي لخبرة التسيير أي بوصفها إجراء يكمل نقصا في إعلام المساهم المقبل على حضور اجتماع الجمعية العامة، ولكون أصحاب هذا النوع من الأسهم لا يحق لهم المشاركة في الجمعية والتصويت، فقد ذهب ذ. عبد الوهاب المريني إلى عدم منح هؤلاء المساهمين الحق في طلب خبرة التسيير 749، وخلافا لهذا الرأي اعترف ذ. Y.Guyon لحاملي هذه الأسهم بحق طلب خبرة التسيير على اعتبار أن الحقوق التي حرم منها المساهم تمارس داخل الجمعية العامة في حين أن حق طلب الخبرة يمارس خارجها 750، وهو الرأي الصائب في نظرنا.

وفيما يخص حاملي شهادات الاستثمار، فالملاحظ من خلال المادة 288 ق.ش.م.م التي تنص على أنه "يمكن لحاملي شهادات الاستثمار الاطلاع على وثائق الشركة وفق نفس الشروط المفروضة على المساهمين"، أن المشرع منح لهؤلاء المساهمين حق الاطلاع الذي يعد حقا غير مالي، وبذلك فهو يلتقي بخبرة التسيير التي تعتبر أداة إعلام وإطلاع، وهو ما دفع ذ. عبد الوهاب المريني إلى القول بأحقية أصحاب هذه الشهادات برفع طلب خبرة التسيير 751.

747 - B.Bouloc, les nouvelles valeurs mobilières : les certificats d'investissements et les titres de participations, Rev.soc 1989, p.522.

748 - هشام بوخلفة، م.س.ص.33.

749 - عبد الوهاب المريني، م.س، ص 462.

Y.Guyon, J.CI, n°16.-750

وفي نفس الاتجاه يقول هشام بوخلفة: "وفي اعتقادنا أنه ينبغي أن نخول لحاملي الأسهم ذات الأولوية في الأرباح حق طلب خبرة التسيير، وذلك ليكون لهذه الفئة من المساهمين آلية الدفاع عن أموالهم، وحتى يوصلوا بشكل غير مباشر صوتهم إلى باقي المساهمين عبر الجمعية العامة ويثيروا انتباههم إلى الأمور التي تنتاب شكوكهم، وهذا ما ينعكس بشكل إيجابي على عموم المصلحة الجماعية للمساهمين"، هشام بوخلفة، خبرة التسيير، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، الرباط 1999، ص.32-33.

751 - عبد الوهاب المريني، م.س، ص 463.

وعلى كل حال فإنه يظهر من المادة 157 ق.ش.م.م أنها تربط قبول طلب تعيين خبير التسيير بشرط أساسي وهو ضرورة أن يكون الطالب يتوفر على 10 % من رأسمال الشركة، وينص المشرع على هذه النسبة، فقد أراد أن يضفي الطابع الجدي على طلب خبرة التسيير وأن يضمن استقرار الشركة حتى لا تكون هذه الأخيرة مهددة بالاضطراب في كل لحظة من قبل مساهمين ليست لهم إلا تمثيلية ضعيفة في الشركة 752 ولا يوجد بينهم وبين الشركة أي ارتباط فعلي 753.

ومع ذلك فإن هذه النسبة تبقى مرتفعة وتعتبر في كثير من الأحيان عائقا أمام اعتماد الأقلية على هذه التقنية قصد الحصول على المعلومات الكافية لإثبات سوء التسيير أو تعسف الأغلبية لاسيما في الشركات الكبرى التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها، حيث أن الأغلبية بدورها قد لا تتوفر على هذه النسبة نظرا لتشتت الأسهم وتوزيعها بين عدد كبير من المساهمين لا يعرف بعضهم البعض الآخر، وهو ما يعتبر حاجزا كبيرا أمام تحريك هذه الدعوى في هذا النوع من الشركات، مما يحصر نطاق خبرة التسيير في الغالب في الشركات الصغرى والمتوسطة 754.

وبالتالي إذا كانت هذه النسبة مقبولة في هذا النوع الأخير من الشركات وذلك لإضفاء نوع من الجدية على الجهة التي تتقدم بهذا الطلب، فإنه بالنسبة للشركات الكبرى فإن هذا النصاب المالي يشل خبرة التسيير نظرا لكون أسهم هذا النوع من الشركات تعرف تشتتا بين الجمهور مما يتعذر معه جمع النسبة المطلوبة قانونا 755. وهكذا يظهر أن تفعيل خبرة التسيير يقتضي في كثير من الأحيان اجتماع المساهمين فيما بينهم لبلوغ هذا النصاب المالي اللازم لطلب خبرة التسيير، وذلك أمر ممكن مادام أن المادة 157 ق.ش.م.م استعملت عبارة "يسوغ لمساهم أو عدة مساهمين" 756.

إلا أن التساؤل أثير حول ما إذا كان بإمكان الأقلية أن تجتمع في إطار هيئة معينة (جمعية أو نقابة مثلا) أو في إطار ما يسمى بجمعية المساهمين (Association des actionnaires) للدفاع عن مصالحها وأن تتقدم عند الاقتضاء بطلب تعيين خبير ؟

وبعبارة أخرى هل يمكن لجمعية مؤسسة في إطار قانون 1958 المتعلق بتأسيس الجمعيات 757 تضم مساهمين يمثلون ما لا يقل عن عشر رأسمال الشركة أن تطلب خبرة التسيير حتى ولو لم تكن هي (أي هذه الجمعية) نفسها مساهما في هذه الشركة ؟

752 - D.Schmidt, op.cit, p.6.

753- R.Contin, H.Hovasse, art préc, p.76..

754 - C.Bourgoux, la publicité des informations concernant les S.A, thèse Nancy II, 1976, n 154 ; L.Boy, réflexions sur le sort de l'expertise de minorité, D.1980, chr.79, n 23.

هشام بوخلفة، خبرة التسيير، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، الرباط 1999، ص 41-42 : انظر أيضا الحسين أمانر، التعسف في استعمال حق التصويت داخل الجموع العامة لشركات المساهمة، أطروحة، مراكش، 2001، ص. 280.

755- هشام بوخلفة، م.س، ص 41 و 42.

756- وبالتالي يكون بإمكان مجموعة من المساهمين تتوفر على 10 % من رأس مال الشركة أن تقدم طلبا إلى رئيس المحكمة باسمهم ووصفهم يكون محله تعيين خبير التسيير.

لقد عرضت هذه المسألة على القضاء الفرنسي، حيث ردت محكمة النقض قرارا لمحكمة الاستئناف التي قبلت هذا الطلب، وفي هذه الإطوار ذهبت محكمة النقض في قرار – مبدئي – لها صادر بتاريخ 10 ديسمبر 1973 إلى أنه: "يكون للمساهمين وحدهم الصفة لطلب تعيين خبير التسيير تحت مسؤوليتهم، وتكون محكمة الاستئناف التي قبلت طلبا مقديما من جمعية قد طبقت نص المادة 226 تطبيقا خاطئا"758.

فبالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية، فإن المساهمين هم فقط الذين لهم الصفة للدفاع عن حقوقهم بشكل لا يمكن معه في غياب نص قانوني إسناد ممارستها للغير، فهم يملكون فقط الاجتماع فيما بينهم إن اقتضى الحال والتحرك جماعة كل واحد باسمه الخاص في الحالة التي يستلزم فيها المشروع امتلاك نسبة معينة من رأس المال من قبل الطالبين759.

وهذا القرار يجد تبريره من الزاويتين اللتين تم النظر من خلالهما إلى هذه الواقعة760.

فمن زاوية كون الجمعية وكيل عن المساهمين، فإن طلب الخبرة الموجه من قبلها يواجه بحاجز مسطري يكمن في القاعدة القانونية التي تقضي بأنه "لا يجوز لأحد أن يتقاضى بوكيل إلا المالك" (nul ne peut plaider par procureur). وبذلك لا يمكن للجمعية أن تكون وكيلة عن المساهمين أمام القضاء في طلب خبرة التسيير761.

ومن زاوية أن الجمعية لها صلاحية الادعاء، فإنها تواجه بحاجز جوهري يتمثل في أنه داخل الجمعية لا ينقل المساهمون ملكية أسهمهم إليها، وبذلك فهي لا تحمل صفة مساهم التي تعتبر شرطا أساسيا لطلب خبرة التسيير.

وقد انتقد البعض هذا التوجه القضائي، وفي هذا الإطوار ذهب J.-P.Sortais إلى أن تجمع المساهمين الذي اتخذ شكل جمعية يقوم على فكرة أساسية – أغفلها هذا القرار – تكمن في أن هذا التجمع يمكنه أن يقوم جماعة تحت غطاء هذه الجمعية بما يمكن لكل واحد من أعضائها القيام به بمفرده، وهذا يعني أن حق الادعاء الذي تملكه الجمعية يفسر عبر نقل المساهمين لحقهم في الادعاء إلى هذه الجمعية762، إلى جانب أنه أغفل الأهمية العملية لهذا التجمع من حيث كونه يسهل جمع النصاب المالي اللازم لطلب الخبرة، كما يسهل ممارسة

757 - ظهير شريف رقم 1.58.376 صادر في 3 جمادى الأولى 1378 (15 نونبر 1958) بتنظيم حق تأسيس الجمعيات.

Cass.com 10 déc 1973, Rev.soc 1974, p.336, note J.-P.Sortais.-758

وفي هذه الواقعة لم يعط المساهمون للجمعية وكالة لرفع الدعوى باسمهم – وإن كان الأمر لن تكون له أية فائدة-، فهذه الأخيرة ادعت بأنها رفعت الدعوى باسمها مادام أن المساهمين – بحسبها- نقلوا إليها حق رفع الدعوى الذي يتوفر لأعضائها بواسطة المادة 226، وإذا كان القضاء قد ظهر في وقت من الأوقات مؤيدا للدعوى الفردية الممارسة جماعيا عندما تريد الجمعية أن تمارس جماعيا الدعوى التي يكون بإمكان كل واحد من أعضائها أن يمارسها بصفة فردية، فإنه أصبح اليوم أكثر تحفظا. " فالاعتراف بدعوى من هذا النوع فيه نوع من الجرأة نظرا لما يحتويه مثل هذا الحل من مخالفة القانون، حيث يظهر أنه من الصعب الاعتراف بأن المساهم يقوم بنقل حقه إلى المجموعة بدون أن يفقد مع ذلك الحق في الممارسة. L.Boy.art.préc. n 25.

759- الحسين أمانار، م، س، ص. 281.

760- هشام بوخلفة، م، س، ص. 37.

761 - Y.Chartier, J.Mestre, les grandes décisions de la jurisprudence, les sociétés, Thémis, éd. PUF 1988, p.247.

762 - J.-P.Sortais, note cass.com 10 déc 1973, Rev. Soc 1974, p.342.

الدعوى 763، وهذا ما حدا ببعض الفقه الفرنسي إلى المناداة بضرورة الاعتراف القانوني بالمجموعات ذات المصالح (Groupes d'intérêt) 764 .

ولقد كان لهذا التوجه الفقهي أثره على المشرع الفرنسي الذي شعر بالحاجة إلى تفعيل مؤسسة خبرة التسيير، وذلك بالسماح للمساهمين بالتجمع في أي شكل كان، حيث أدخل تعديلا بمقتضى قانون 1 مارس 1984 على المادة 226 التي أصبحت تنص على أنه: "لمساهم أو عدة مساهمين يمثلون عشر رأس المال على الأقل سواء فرادى أو مجتمعين في أي شكل كان، رفع دعوى طلب تعيين خبير..." 765.

وقد سار القانون رقم 2001-420 الصادر بتاريخ 15 ماي 2001 المتعلق بالتنظيم الاقتصادي الجديد (NRE) في نفس الاتجاه، حيث أصبحت المادة 225-231 من مدونة التجارة (التي نسخت المادة 226) تنص على ما يلي: "يمكن لجمعية تستجيب للشروط المحددة في المادة 225-120 وأيضا لمساهم أو عدة مساهمين يمثلون ما لا يقل عن 5% من رأس المال، سواء فرادى أو مجتمعين في أي شكل كان أن يوجهوا أسئلة كتابية إلى رئيس مجلس الإدارة أو المجلس الجماعي حول عملية أو عدة عمليات تسيير الشركة، وأيضا، وعند الاقتضاء، الشركات التي تمارس عليها رقابة بالمعنى الوارد في المادة 233-3، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب تقدير الطلب بالنظر إلى مصلحة المجموعة، ويجب توجيه الجواب إلى مراقب الحسابات.

في حالة عدم الجواب خلال أجل شهر أو في الحالة التي تكون فيها عناصر الجواب غير كافية، فإنه يمكن لهؤلاء المساهمين أن يطلبوا بشكل استعجالي تعيين خبير أو عدة خبراء لتقديم تقرير بشأن عملية أو عدة عمليات تسيير...".

وبهذا أصبح لأقلية المساهمين في فرنسا حق التجمع في إطار أي شكل كان سواء في إطار جمعية أو نقابة أو غيرها وذلك للدفاع عن حقوقهم عموما، وفي هذا الإطار أصبح بإمكان هذا التجمع أن يطلب من رئيس المحكمة التجارية تعيين خبير تسيير في كل مرة تكون هناك شكوك جدية حول سوء التسيير ليقوم بتسليط الضوء حول عملية أو عدة عمليات تسيير محددة، وهذا بصريح النص القانوني.

وأكثر من ذلك فإن هاجس تفعيل هذه المؤسسة وشعورا بأهميتها نظرا لما تقدمه من معلومات موضوعية، دفع المشرع الفرنسي إلى خفض النسبة المتطلبه لرفع هذا الطلب (أي طلب تعيين خبير التسيير)، حيث انتقلت بمقتضى قانون 15 ماي 2001 السالف الذكر من 10% إلى 5% من رأسمال الشركة كما يظهر من المادة 225-231.

وعلى كل حال فإن عدم نص المادة 157 ق.ش.م على حق جمعيات المساهمين صراحة في طلب تعيين خبير التسيير كما هو الحال في فرنسا يجعل طلب هذه الجمعية غير مقبول حتى ولو كان المساهمون الأعضاء فيها يتوفرون على النصاب المالي المتطلب قانونا لرفع هذه الدعوى، ويكون عليهم في هذه الحالة أن يعينوا ممثلا عنهم

763 - Y.Chartier, obs sous cass.com 10 déc 1974, JCP, éd, 1974, II, 17805.

764 - R.Contin et H.Hovasse, l'expertise de minorité dans les sociétés par actions, D.1971 chr. p.76.

765 - بهذا الصدد انظر المادة 1/82 من قانون رقم 96-5 المتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة التي تنص على أنه: "يمكن لواحد أو أكثر من الشركاء المالكين لربع رأسمال الشركة على الأقل، سواء فرادى أو مجتمعين في أي شكل كان أن يطلبوا من رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات تعيين واحد أو أكثر من الخبراء لتقديم تقرير بشأن عملية أو أكثر من عمليات التسيير".

يقوم برفع الدعوى باسمهم لأن الجمعية ليست لها الصفة في رفع دعوى خبرة التسيير، فهي ليست مساهما، كما أن المساهمين لم ينقلوا إليها ملكية أسهمهم التي يحتفظون بملكيتها 766، فطلب تعيين خبير التسيير حق مرتبط بملكية نسبة معينة من رأسمال الشركة، ولا يمكن فصله عنها 767، حددتها المادة 157 ق.ش.م.م فيما لا يقل عن عشر رأس المال والتي نرى ضرورة تخفيضه إلى 5% لإعطاء هذه المؤسسة فعالية أكبر. وبالإضافة إلى ضرورة امتلاك الطالب لهذا النصاب المالي حتى يكون طلبه بتعيين خبير التسيير مقبولا، فإنه يكون من اللازم أن ينصب هذا الطلب على عملية أو عدة عمليات تسيير محددة كما سوف نرى في المطلب الموالي.

### المطلب الثاني : يجب أن ينصب الطلب على عملية أو عدة عمليات تسيير محددة.

تنص المادة 157 من قانون شركات المساهمة على أنه: "يسوغ لمساهم أو عدة مساهمين يمثلون مالا يقل عن عشر رأسمال الشركة رفع طلب لرئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات بتعيين خبير أو عدة خبراء مكلفين بتقديم تقرير عن عملية أو عدة عمليات تتعلق بالتسيير".

وقد أعطى القضاء الفرنسي لعبارة "عملية أو عدة عمليات تسيير" تفسيرا ضيقا في مناسبات عدة وذلك باعتماده لمفهوم عضوي أو شكلي لعملية التسيير، وبالتالي فإن خبرة التسيير لا يمكن أن تنصب طبقا لهذا المفهوم إلا على التصرفات والعمليات الصادرة عن أجهزة التسيير أي تلك التي ترجع إلى اختصاص أجهزة الإدارة والتسيير (مجلس الإدارة ومجلس الإدارة الجماعية أو رئيس هذين المجلسين)، مستبعدا بذلك تلك التي تدخل في اختصاص الجمعية العامة للمساهمين 768.

وهذا المفهوم العضوي يشكل فائدة تتمثل في وضوح أعمال التسيير، حيث يتم تحديد هذه الأخيرة بالنظر إلى الجهاز الذي تصدر عنه، إذ من المعلوم أن تنظيم الشركة يقوم على التمييز بين أجهزة الإدارة والتسيير (الرئيس، المدير العام، مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعي) من جهة ومن جهة أخرى أجهزة المراقبة والتداول المتمثلة في الجمعيات العامة للمساهمين.

وفي هذا الإطار لا يمكن قبول طلب خبرة التسيير إلا إذا كان موضوعها الأعمال أو التصرفات الصادرة عن أجهزة التسيير، وبالمقابل لن يقبل الطلب إذا وجه تجاه أو ضد القرارات المتخذة من طرف الجمعية العامة، وقد سارت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه في العديد من قراراتها 769، ومع ذلك فإن هذا التضييق من

766 - الحسين أمنا، م س، ص. 281.

767 - D. Schmidt, les droit de la minorité dans la S.A, op.cit, p.225.

768 - انظر مثلا حكم صادر عن محكمة باريس الذي جاء فيه: "إن خبرة التسيير المنصوص عليها في المادة 226 لا تهم إلا التصرفات (les actes) المنجزة من طرف المسيرين دون القرارات المتخذة من طرف الجمعية العامة للمساهمين، التي لا تعتبر جهاز تسيير.

Paris 8 nov 1991, D.1991, 295.

769- في هذا الاتجاه انظر،

Cass.com 30 mai 1989, Rev soc 1989, p.641 ; Rev soc 1992, p.510, note M.Marteau-petit ; cass com 12 Janv 1993, D.1993, J, p.139, note Th.Bonneau.

مفهوم عملية التسيير يقلص من الفائدة العملية لخبرة التسيير 770 ويحد من مداها باعتبارها تقنية وقائية من تعسف الأغلبية وأداة للتحقق من مطابقة العملية للمصلحة الاجتماعية، وبالتالي يتم إفراغ خبرة التسيير من جزء من فائدتها، ولذلك لقي هذا المفهوم معارضة شديدة من جانب غالبية الفقه 771 على اعتبار أنه يأخذ بتفسير حرفي لمفهوم "عملية التسيير"، وأن هذا التقليل بالإضافة إلى أنه يحد من نجاعة خبرة التسيير فهو لا يرتكز على أي أساس صحيح مادام أن المشرع نفسه لم يقيم بهذا التقليل في المادة 226 إذ وردت عبارة التسيير عامة 772، كما أن المشرع عموماً لم يعد يركز سلطات التسيير على مستوى مجلس الإدارة وحده. فعلى الرغم من قاعدة فصل السلط، فإنه مع ذلك تبقى أجهزة الشركة أجهزة تسيير بصور مختلفة 773، ولذلك نجد Badinter يعرف عملية التسيير (acte de gestion) بأنها "مجموع التصرفات أو العمليات الضرورية والمفيدة لتحقيق الغرض الاجتماعي" 774، أي جميع القرارات التي يتخذها المساهمون أيا كان موقعهم داخل الشركة والمتعلقة بالنشاط الاقتصادي للشركة 775.

وفي هذا الإطار سبق لمحكمة استئناف Orléans 776 أن ذهبت إلى أنه يجب أن يكون للخبير "إمكانية إعطاء رأيه حول كل أعمال التسيير المنتقدة والتي لم يحدد القانون عددها ولا طبيعتها، ولا يكون على المدعين إلا الالتزام بتحديثها 777.

وقد تمخض عن هذه الانتقادات إيجاد مقاربة جديدة لمفهوم "عملية التسيير" تقوم على أساس مفهوم مادي 778، وذلك بتحديد عملية التسيير لا بحسب الجهاز الذي تصدر عنه بل تبعاً لغرضها 779 وبالاستناد إلى الغاية التي توخاها المشرع من خبرة التسيير، فإذا كان للمساهمين حق طلب الخبرة بالنسبة لتصرف خاص بالتسيير مهما كان بسيطاً، فإن الأجدى أن يكون لهم نفس الحق بالنسبة للتصرفات التي من شأنها أن تخلق

770 - J.-J. Burat, Nature juridique de l'action de l'article 226, D. 1973, J, 339.

771 - V. par ex M. Jeantin, note sous cass com 19 nov 1991, JCP 1992, éd E, p. 40 ; L. Boy, art. préc, p. 84.

772 - V. D. Vidal, droit des sociétés, LGDJ, 1993, p. 355, n 751.

773 - هشام بوخلفة، م.س. ص 49؛ أيضاً الحسين أمانر، م.س. ص. 287؛ M. Jeantin, note préc, p. 39.

774 - R. Badinter, les pouvoirs du président directeur général de la S.A de type classique après la réforme du droit de sociétés commerciales, D. 1969, chr. p. 185 et s.

775 - ولذلك نجد الحسين أمانر يقول في هذا الإطار "وعليه فإن اعتبار مجلس الإدارة ورئيسه فقط هيأت تسيير دون المجموع العامة للمساهمين يعتبر تحكيمياً، إذ من غير الممكن القول بأن الجمعية العامة ليست لها سلطة تسيير، بل إن ذلك هو الذي أسقط القضاء الفرنسي أحيانا في تناقض حيث يعطي وصف عملية تسيير وأحيانا يرفضها لنفس العملية كما هو الشأن بالنسبة لتحديد مكافآت المسيرين؛ حيث ذهبت محكمة النقض في إحدى قراراتها، Bull. Joly, août-sept 1989, p. 715, (cass com 30 mai 1989, note P. Le Cannu)، إلى أن تحديد مكافأة المسير لا يعتبر عملية من عمليات التسيير القابلة لأن تكون محل الخبرة بمبادرة من الأقلية متى قامت بذلك الجمعية العامة، وبالمقابل فإنه تعتبر عملية تسيير بمفهوم المادة 226 إذا قام به المسير دون تصويت الجمعية العامة، والحال أن نفس العملية إما أن تعتبر عملية تسيير أو لا تعتبر كذلك بالمرّة"، الحسين أمانر، م.س. ص. 289.

776 - Orléans 22 nov 1971, JCP 1972, II, 15154, note Y. Guyon .

777 - L. Boy, art. préc, n° 38.

778 - M. Marteau-petit, note sous cass com 19 nov 1991, Rev soc 1992, p. 513.

779 - Ch. Gavalda, note sous CA paris 1 déc 1992, D. 1993, J, p. 305

مخاطر على مستقبل الشركة780.

ومن ثمة فإن استبعاد التصرفات التي تدخل في اختصاص الجمعية العامة للمساهمين يوقعنا في نتائج متناقضة، بحيث قد تكون تصرفات التسيير الصادرة عن أجهزة الإدارة محل خبرة التسيير، في حين أن التصرفات التي تهدد الاتفاق الاجتماعي في ذاته والتي تصدر عن الجمعية العامة قد لا تكون موضوع هذا الإجراء. ولقد كانت لهذه النظرة الجديدة لمفهوم "عملية التسيير" أثرها على التوجه القضائي الفرنسي، فمحكمة النقض وإن بقيت وفية للمعيار الشكلي في تحديدها لمفهوم "عملية تسيير"، فإنها لطفت من هذا المبدأ بحيث أصبحت تميز بين: القرارات التي تكون الجمعية العامة هي الوحيدة المختصة بها، وبذلك فهي لا تعتبر تصرفات تسيير، ولا مجال لطلب الخبرة بشأنها؛ والتصرفات التي تصدر في المجلس الإداري وتعرض لاحقا على الجمعية العامة للنظر في نتائجها، وهي تصرفات يمكن أن تكون موضوع طلب خبرة تسيير781.

وهكذا لم يعد القضاء يرفض طلب خبرة التسيير إلا عندما يتعلق الأمر بقرارات تدخل في الاختصاص المحض للجمعية العامة، وبالتالي فإن مجرد إخضاع قرار تسيير لتصويت الجمعية العامة لم يعد يترتب عنه منع أو رفض طلب الخبرة بشأنها، مادام أن الجمعية العامة تكتفي باستجلاء النتائج التي قد تترتب عن عملية مقررة من قبل جهاز آخر في حدود اختصاصها782.

هذا وإذا كان محل أو موضوع خبرة التسيير وكما تنص على ذلك المادة 157 ق.ش.م. هو "عملية أو عدة عمليات تسيير"، فإنه ومع ذلك لا يجب أن ينصب طلب الخبرة على مجموع عمليات تسيير الشركة783، بل يجب أن يكون الطلب دقيقا784 وأن يهم عملية أو عدة عمليات تسيير محددة، ولذلك نقضت محكمة النقض الفرنسية حكما أمر بخبرة تسيير تقع على مجموع عمليات التسيير داخل الشركة، حيث أشارت هذه المحكمة إلى

---

780 - M.Jeantin, note préc, p. 39.

781 - Th.Bonneau, note sous cass com 12 janv 1993, D1993, J, p140.

782 - V. P.Le cannu, Droit des sociétés, 2ème éd Montchrestien 2003, n°879, p.562.

وقد سار قضاء الموضوع إلى أبعد من ذلك، حيث قبلت محكمة استئناف Versailles طلب خبرة التسيير بشأن اتفاق أبرم بين الشركة وأحد مسيريها والذي صادقت عليه الجمعية العامة. وعلت المحكمة موقفها هذا بأنه يمكن للجمعية العامة إنجاز تصرفات تسيير بشكل استثنائي عندما تتعلق التصرفات بعلاقة الشركة بالأغيار.

C.A.Versailles 27 fév 1997, Rev.soc 1997, p.642 ;

في نفس الاتجاه ذهبت محكمة استئناف باريس في قرار لها بتاريخ 20 ماي 1998 إلى أنه إذا كانت الجمعية العامة تضطلع بشكل عام باتخاذ قرارات تهم السير الداخلي للشركة والتي لا تعتبر تصرفات تسيير، فإنه بالمقابل للجمعية العامة اختصاص عام، حيث يمكنها أن تنجز تصرفات تسيير وذلك عندما تهم قراراتها علاقة الشركة بالأغيار.

C.A paris 20 mai 1998, Rev.soc 1998, p.630, obs Y.Guyon.

783 - Rennes 22 mai 1973, Gaz.Pal 1973, 2, 700, note Peisse ; cass com 25 mars 1974, D.1974, Somm.100 ; JCP 1974, II, 17853, note Chartier ; Rev.soc 1975, p.98 note Hemard ; cass.com 15 juill. 1988, RTD.com 1988, p.75; Paris 3 mars 1995, JCP 1995, éd E, I, 475, n 5, obs Viandier et Caussain.

784 - ولا يجب أن يكون طلب خبرة التسيير محررا بصيغة عامة وغير دقيقة، انظر Paris 16 fév 1982, Rev Soc 1982, p. 848, note Guyénot.

أنه لا يمكن للمساهمين -وتحت ستار طلب الخبرة- أن يعملوا من جديد على فحص ومراقبة مجموع عمليات التسيير للسنوات الخمس الأخيرة<sup>785</sup>.

وقد سار القضاء المغربي أيضا في هذا الاتجاه، حيث أكدت المحكمة التجارية بالبيضاء في أمر صادر عن رئيسها بصفته قاضيا للمستعجلات بتاريخ 9 مارس 1999 بأن "الطلب ينبغي أن ينصب على عملية أو عدة عمليات تسيير وأن تكون هذه العمليات محددة لا أن ينصب طلب الخبرة على مجموع عمليات التسيير منذ إنشاء الشركة"<sup>786</sup>.

وقد انتقد جانب من الفقه الفرنسي التقييد الذي جاء به النص الذي حصر مهمة الخبير في "عملية أو عدة عمليات تسيير"، حيث يكون من الصعب أن نتصور تسيير الشركة كمجموعة من الأعمال أو التصرفات المنعزلة والمتفرقة، فالتسيير هو سلسلة من الأعمال أو التصرفات التي ترتبط ارتباطا وثيقا بعضها ببعض، وبالتالي فإن تقدير الفائدة التي تمثلها هذه العملية أو تلك بالنسبة للشركة يقتضي من الخبير وضعها في نطاق السياسة العامة للشركة<sup>787</sup>.

وهذا المفهوم الموسع يساهم في توسيع مجال أبحاث الخبير وبالتالي يشكل ضمانا أكثر فعالية لمصالح الأقلية، وفي هذا الإطار ذهبت محكمة استئناف Orléans إلى أن "دفاع مساهمي الأقلية على مصالحهم الخاصة أو مصالح الشركة... كما نصت عليها المادة 226، لا يمكن أن يكون فعالا إلا إذا كان بإمكان الخبير أن يعطي رأيه حول كل عمليات التسيير محل النزاع والتي لم يحدد القانون لا عددها ولا طبيعتها"<sup>788</sup>، ويسير ذ.L.Boy في هذا الاتجاه قائلا: "إن إعادة وضع العملية في الإطار العام لسياسة الشركة يؤدي بالضرورة إلى تكوين رأي حول ملاءمة هذه الأخيرة، ومصطلح ملاءمة هو مصطلح جد مرن، ويوجد في قلب النقاش الذي يحرك الفقه والقضاء حول المعنى الذي يجب إعطاؤه للمادة 226 وعلى العموم دور المحاكم في حياة الشركة"<sup>789</sup>.

وكيفما كان الحال، فإنه لا يمكن لخبرة التسيير أن تمتد حتى تشكل عرقلة لعمل أجهزة التسيير ومساسا بمصلحة الشركة نفسها، مما يخرجها عن الغاية التي وضعت من أجلها والمتمثلة في إعطاء مساهمي الأقلية معلومات تكميلية حول عملية أو عدة عمليات تسيير محددة<sup>790</sup>، تفاديا للمساس بمصالحهم والمصلحة الاجتماعية في حالة سوء التدبير.

785 - Cass.com 25 mars 1974, www.legifrance.gouv.fr ; Rev.soc 1975, p.98, note J.Hémar.

786 - الأمر الاستعجالي رقم 99-408 الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالبيضاء بتاريخ 9 مارس 1999، ملف عدد 99/1/103 غير منشور.

787 - L.Boy, art préc, n 54, p87.

788 - C.A.Orleans 22 nov 1971, JCP 1972, II, 17154, note Y.Guyon ; Rev.Soc 1973, p.130, note Hémar.

789 - L.Boy, art préc, p.87.

790 - V. Rouen 16 avr 1992, RJDA 1993, n° 229.

حيث ذهبت محكمة النقض في هذا القرار إلى أنه "يجب استبعاد طلب خبرة التسيير المقدم، مادام أن الأسئلة المقدمة من قبل الطالب تسعى في الحقيقة إلى نقد منهجي (une critique systématique) للتسيير الذي يضطلع به المسيريون الجدد وأن المؤاخذات المثارة والتي لها طابع عام، تبدو خالية من الجديد".

ولذلك فإن القضاء غالبا ما يرفض قبول طلب تعيين خبير التسيير الصادر عن الأقلية إذا كان هذا الطلب لا يكتسي طابع الجدية. ويتم استنتاج طابع الجدية من خلال تقديم الطالب "لقرائن على عدم سلامة عملية أو عدة عمليات تسيير محددة" 791، وبصيغة أخرى يجب على الطالب أن يقدم للقاضي أدلة أو مؤشرات تجعله يتشكك في وجود خلل، لكن هذه القرائن يجب أن تقف في حدود الشكوك التي تكون للمساهمين بهذا الصدد، وألا تصل إلى حد تقديم أدلة كاملة 792، إذ أن هذا هو محل الخبرة وموضوعها، فخبرة التسيير هي التي سوف تدعم هذه الشكوك التي تنتاب الأقلية أو تفندوها بعد قيام الخبير بالأبحاث الضرورية بشأن العملية أو العمليات المنتقدة وتقديم تقرير يضمه رأيه الفني حولها.

ويتم إثبات هذا الطابع الجدي أيضا من خلال تقديم قرائن على وجود خطر يهدد مصلحة الشركة 793. وهكذا فإنه يكون على مساهمي الأقلية طالبي الخبرة - وكما سبق لمحكمة باريس أن أكدت - أن يقدموا قرائن كافية من شأنها إثبات فائدة هذه الخبرة 794، ولذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 22 مارس 1988 إلى أن المحكمة المرفوع إليها طلب خبرة التسيير لا تكون ملزمة بالأمر بها، إلا إذا تضمن هذا الطلب قرائن أو مؤشرات على عدم سلامة عملية أو عدة عمليات تسيير محددة 795.

والقاضي الذي يرفع إليه الطلب لا يكون عليه أن يناقش مدى صحة تلك القرائن أو المؤشرات المتعلقة بعدم سلامة العملية أو العمليات المنتقدة ولا تفنيدها بل ولا حتى تكييفها، ولذلك نقضت محكمة النقض قرارا لمحكمة استئناف Rouen أبدت فيه رأيها حول عمليات التسيير والتطور المالي للشركة، في حين أن موضوع الطلب المقدم كان هو تعيين خبير يضطلع بمهمة تقديم تقرير يتعلق بهذه العمليات 796.

فالشركة هي شأن المساهمين، و ينحصر دور القاضي في قبول طلب الخبرة إذا استجمع الشروط التي سبق لنا دراستها بأن كان الطالب يمتلك عشر أسهم الشركة وأن ينصب طلبه على عملية أو عدة عمليات تسيير محددة، على أن يكون هذا الطلب ذو طابع جدي يسعى من خلاله إلى الكشف عن سوء تسيير من قبل الأغلبية يضر بمصلحة الأقلية وعموما بمصلحة الشركة.

---

791 - « des présomptions d'irrégularités affectant une ou plusieurs opérations de gestion déterminées », cass.com 22 mars 1988, Rev.Soc1988, p.227.

792 - Cass.com 10 fév 1998, RTD.com 1985, p.427, note D.Hérail de Brais.

793 - Cass.com 10 fév 1998, RTD.com 1998, p.348 et 370 ; Paris 16 nov.1995, Rev.soc 1996, p.120.

794 - Paris 4 mars 1994, D.1994, IR, 97.

795 - Cass.com 22 mars 1988, Rév.soc 1988, p 227.

796 - Cass.com 7 déc 1983, Rév.soc 1985, p 427, note Dhérail de Brisis.

## ضمانات استقلالية للمجلس الوطني لحقوق الانسان على ضوء القانون 15-76 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس .

المهدي بوكيو

باحث في سلك الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية بسلا

### المقدمة:

تستوجب مبادئ باريس توفر المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان على موارد كافية تكفل لها الاستقلالية التامة عن باقي الهيئات والمؤسسات الأخرى، والاستقلال هو ما يميز هذه المؤسسات عن مختلف الهيئات الحكومية، إلا أنه لا يعني انعدام أي رابط أو صلة بينها وبين الدولة وهذا ما يميزها عن باقي هيئات المجتمع المدني. والاستقلالية معيار أساسي لنجاح المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان إلا أنه الأصعب في التحقيق، إذ أن ميزانية المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان تتلقاها من طرف الدولة ما يطرح عدة إشكالات، فكيف لها أن تكون مستقلة خصوصا في البلدان التي تنتهك فيها حكومتها حقوق الإنسان، إلا أن هذه الحكومات نجدها تمول مؤسسات أخرى مستقلة منها المحاكم والمراجعون العامون للحسابات، وبما أن هذه المؤسسات مستقلة في معظم الدول فإن مسألة تمويل الدولة للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان لا تتنافى مع استقلالية هذه الأخيرة.<sup>797</sup>

ومما لا شك فيه أن المؤسسة الوطنية الناجعة هي التي تتمتع بحرية التحرك، بعيدا عن ضغوطات الحكومة، دون أن يعني ذلك غيابا كاملا للعلاقات مع الدولة، فالقانون هو الذي ينظم عمل المؤسسة الوطنية، ونطاق عملها وعلاقاتها مع الدولة، بل ويمنحها الحصول على مساعدة الشركاء، ولا سيما السلطات العمومية، وحتى تتسم المؤسسة الوطنية بالاستقلال المالي فإنه يستلزم عليها أن تكون ميزانيتها متميزة عن ميزانية باقي فروع السلطات والأجهزة الأخرى، وعلاوة على ذلك فإن من عناصر الاستقلالية تحديد المؤسسة الوطنية لنظام طريقة تعيين الأعضاء، ومميزات الاختيار، ومدة التعيين واحتمال

<sup>797</sup> مكتب الأمم المتحدة، مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان التاريخ والمبادئ والأدوار

والمسؤوليات، سلسلة التمرين المبني، العدد 4، نيويورك وجنيف، 2010، ص 47.

تجديدها، والاقالة، والامتيازات والحصانة، 798 فكل هذه العناصر وغيرها يمكن أن تشكل ضمانات ضرورية لاستقلال المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان.

ويتطلب في المؤسسة الوطنية أن تكون منشأة بموجب القانون، ويحدد القانون التأسيسي للمؤسسة الوطنية صلتها بالدولة كما يحدد الحدود التي تمارس المؤسسة الوطنية عملها في إطارها وجميع المؤسسات هي مفيدة بالضرورة بروابطها مع الدولة وباختصاصاتها التشريعية، وتتجلى فعالية المؤسسة الوطنية في أن تستطيع التصرف مستقلة عن الحكومة وجميع الهيئات والكيانات الأخرى، التي قد تكون في وضع تستطيع من خلال أن تؤثر على عمل المؤسسة، وحصول المؤسسة الوطنية على قدر من الاستقلال في العمل هو أمر يميزها بحد ذاته عن الآليات الحكومية المعنية بموضوع حقوق الإنسان. ومن ناحية أخرى فإن استقلال المؤسسة الوطنية لا يعني أبدا عدم وجود أي رابط لها بالدولة، كما سبق الذكر. ويمكن اعتبار أن هناك حقائق أخرى تمنع الاستقلال التام منها الالتزامات بتقديم التقارير وعدم التمتع باستقلال مالي كامل، وفي الواقع فإن هذه الأسس التشريعية المنظمة للمؤسسة الوطنية وكذا القيود المصاحبة لها، هي التي تجعلها في وضع يميزها عن المنظمات غير الحكومية، ومن ثم فإن الصلة بين الاستقلال المالي والاستقلال القانوني هي صلة قوية، فالمؤسسة الوطنية التي لا تتمتع بالاستقلال المالي ستكون تابعة لأحد القطاعات الحكومية مما يفقدها الاستقلالية. وينبغي حينها أمكن، تحديد مصادر وطبيعة تمويل المؤسسة الوطنية في قانونها المنظم، وينبغي لدى صياغة هذه الأحكام ضمان قدرة المؤسسة ماليا على أداء وظائفها الأساسية. ومن ثم ستمتع المؤسسة الوطنية في أحسن الأحوال، بقدر معين من الاستقلال الذي ينبغي دراسة آثاره من خلال السياق العام القائم.

#### المطلب الأول: الاستقلال القانوني.

نصت مبادئ باريس المتعلقة بمركز المؤسسات الوطنية على أن تكون المؤسسة الوطنية ولاية واسعة قدر الإمكان ومنصوص عليها صراحة في أحد النصوص الدستورية أو التشريعية التي تحدد تشكيلها ونطاق اختصاصها. وبالنسبة للمجلس الوطني فقد تم إحداثه بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.19 الصادر في 25 ربيع الأول 1432 الموافق لفتح مارس 2011، كما تم التنصيب عليه في الدستور في الفصل 161 باعتباره كمؤسسة دستورية مهمتها حماية حقوق الإنسان والنهوض بها، ونجد هنا أن النص الدستوري

<sup>798</sup> Institutions nationales de protection et de promotion des droits de l'homme, manuel sur la création et le renforcement d'institutions nationales efficaces pour les droits de l'homme, Genève, 1993, page 26.

والقانوني المحدث للمجلس يعتبره شخصية اعتبارية يسمح له باتخاذ قراراته بشكل مستقل، ويقوم بأداء وظائفه بدون أي تدخل من أي فرع من الحكومة أو أي هيئة عامة أو خاصة، وبوضعه كمؤسسة دستورية مستقلة فهي ليست تابعة إداريا لأي قطاع وزاري أو حكومي، ولها الاستقلال الإداري في تدبير شؤونها اليومية باستقلال تام عن أي جهة أخرى وكذا القدرة على وضع أنظمتها الداخلية وإصدار التقارير والتوصيات بشكل مستقل كما سنرى:  
أولا: الطبيعة الدستورية والقانونية.

نص الفصل 161 من الدستور، وكذلك المادة 2 من القانون 76.15 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس، على أن المجلس الوطني لحقوق الإنسان مؤسسة وطنية متعددة ومستقلة، تتولى مهمة النظر في جميع القضايا التي تتعلق بالدفاع عن حقوق الإنسان والحريات وحمايتها، وضمان ممارستها، والنهوض بها وصيانة كرامة وحقوق وحريات المواطنين أفرادا وجماعات في حرص تام على احترام المرجعيات الوطنية والكونية في هذا المجال.

كما نصت المادة 3 من نفس القانون على أن المجلس يعتبر شخصا اعتباريا من أشخاص القانون العام، ويتمتع بهذه الصفة بكامل الأهلية القانونية وبالاستقلال الإداري والمالي، وتسري عليه أحكام القانون المنشأ له، والنصوص المتخذة لتطبيقه طبقا للدستور والمبادئ التي تنظم المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان لا سيما مبادئ باريس، ومبادئ بلغراد المتعلقة بالعلاقة بين المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان والبرلمانات.

وبهذا نجد القانون المنشئ والمنظم للمجلس يعتبر عنصرا حاسما في تأمين استقلاله القانوني، لا سيما استقلاله عن الحكومة، ويضع المجلس في الوضع الأمثل، بمنح المجلس شخصية قانونية منفصلة وميزة ذات طبيعة تسمح له بممارسة سلطته صنع القرارات على نحو مستقل. وهذا المركز القانوني المستقل للمجلس يكفي لتمكينه من أداء وظيفته بدون تدخل من أي جهاز حكومي أو من أي هيئة كيفما كانت، ويمكن تحقيق ذلك الاستقلال بأن يكون المجلس مسؤولا مباشرة أمام البرلمان والمملك كما سنرى لاحقا.  
ثانيا: الاستقلال الإداري.

يتجلى الاستقلال الإداري في قدرة المؤسسة الوطنية على إدارة شؤونها اليومية على نحو مستقل عن أي فرد أو منظمة أو إدارة أو سلطة. والمؤسسة الوطنية الفعالة تضع نظمها الداخلية الخاصة، ولا تخضع هذه النظم لأي تعديل خارجي، كما لا تخضع توصياتها أو تقاريرها أو قراراتها للمراجعة من قبل سلطة أو هيئة أخرى باستثناء ما يكون منصوص عليه في قانون الانشاء. وبالنسبة للمجلس الوطني فقد حدد

القانون المتعلق بإعادة تنظيمه(2018)، صلاحية إعداد النظام الداخلي للمجلس وأعطائها حصرا لرئيس المجلس الذي يعد النظام الداخلي ويعرضه على الجمعية العامة لدراسته والمصادقة عليه، وذلك عكس ما كان عليه القانون السابق المحدث للمجلس الذي نص في المادة 45 على ربط مسألة نفاذ مشروع النظام الداخلي، وكذا تعديله بمصادقة الملك عليه، وهو ما اعتبره البعض تضيق على حرية المجلس في وضع نظامه الداخلي.799

وتشير إلى امتلاك السلطة القانونية لإجبار الآخرين على التعاون، وعلى وجه خاص الإدارات الحكومية، هو شرط أساسي آخر للاستقلال الإداري الكامل للمؤسسة الوطنية التي تمتلك سلطة التحقيق في الشكايات، ويكون في هذه الحالة القانون التأسيسي للمؤسسة الوطنية مفيدا لتحديد الظروف التي يمكن فيها إجبار الهيئات الحكومية على التعاون مع المؤسسة. وعلى سبيل المثال، يمكن أن ينص القانون على أنه ينبغي لجميع الموظفين والمسؤولين والسلطات العمومية تسهيل عمل المؤسسة، بما في ذلك الرد على طلباتها للحصول على معلومات ومساعدتها في التحقيقات.

وتمثل هذه السلطة القانونية في قدرة المؤسسة الوطنية على أداء عمل معين أو على تكليف فرد أو هيئة أخرى بأدائه وينبغي أن تكون السلطة قابلة للتنفيذ، ومن ثم فإن سلطات المؤسسة الوطنية ينبغي أن تكون محددة بموجب قانون وتتضمن فرض عقوبات قانونية أو إدارية في حالات المس باستقلالية المؤسسات الوطنية في ممارسة سلطاتها، هذا ما نراه بالنسبة للمجلس الوطني لحقوق الإنسان في القانون المتعلق بإعادة تنظيمه، الذي تضمن في المادة 5 على أن تكون كل عرقلة لمهام المجلس أو اعتراض عليها عند قيامه بأعماله، من قبل مسؤول أو موظف أو أي شخص آخر في خدمة الإدارة، دون مراعاة للمقتضيات القانونية الجاري العمل بها، موضوع تقرير للمجلس يحال إلى السلطات المعنية قصد اتخاذ التدابير اللازمة.

ثالثا: طبيعة وحدود مسؤولية المجلس الوطني.

إن المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان ليست غاية في حد ذاتها، وستكون قوية أو متواضعة وفقا لإنجازاتها فقط. وتتطلب الفاعلية المؤسسية وضع نظام المساءلة على أساس أهداف محددة يمكن التحقق منها. والمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان وفقا لأساسها التشريعي، مسؤولة قانونيا وماليا أمام الدولة أو البرلمان، ونجد أنه عادة ما ينفذ الجانب المتعلق بالمساءلة من خلال التقارير الإلزامية. فالمؤسسات الوطنية يطلب منها على وجه عام تقديم تقارير تفصيلية عن أنشطتها على البرلمان للنظر فيها. وينبغي

<sup>799</sup> عبد العالي حامي الدين، المجلس الوطني لحقوق الإنسان ومبادئ باريس، 9 أكتوبر 2011، موقع جريدة هسبريس.

للمؤسسة الوطنية أن تكون مسؤولة أيضا بصفة مباشرة أمام العملاء، أي الجماهير المستفيدة منها والتي أنشئت من أجل مساعدتهم وحمايتهم. ويمكن تحقيق المساءلة أمام الجمهور بعدد من الطرق منها على سبيل المثال، إلزام المؤسسة الوطنية بإجراء تقييمات علنية لأنشطتها وتقديم تقارير عن نتائج التي أنجزتها. وينبغي بالطبع إخضاع جميع التقارير الرسمية للمؤسسة للتدقيق والتعليق على نحو علني، وعندما تشجع المؤسسة الوطنية على إجراء مناقشة علنية فإنها، تخلق باعثةا على التفوق الداخلي كما تضمن أن يكون الجمهور على علم بأنشطة المؤسسة وبمعايير الإنجاز الموضوعة، والشفافية من خلال تعميم المنشورات والتقارير، وكل هذا سيؤدي لا محال إلى تعزيز المصادقية الخارجية للمؤسسة، ونظرا للصلة الأساسية لكل هذه الالتزامات بالمساءلة فإنه ينبغي أن ينص عليها صراحة في القانون التأسيسي للمؤسسة الذي ينبغي أن ينص بأكبر قدر ممكن من التفصيل على النقاط التالية:

• تواتر إعداد التقارير عن حالة حقوق الإنسان.

بالنسبة للمجلس الوطني فإن المادة 5 من الفصل الأول من الظهير الشريف رقم 1.18.17، 800 الخاص باختصاص المجلس في مجال حماية حقوق الإنسان قد نصت على أن المجلس ينجز تقارير تضم خلاصات ونتائج، الرصد أو التحقيقات أو الحريات التي يقوم بها ويرفعها إلى الجهات المختصة مشفوعة بتوصيات. أما المادة 11 من نفس الظهير فقد مكنت المجلس من اختصاص نوعي وهو مراقبة أماكن الاعتقال والمؤسسات الحبسية ومراكز الطفولة ومراكز الأمراض العقلية، وعليه يتوجب إعداد تقارير دقيقة بهذا الشأن تتضمن ملاحظات وتوصيات يتم رفعها إلى الجهة المختصة.

أما المادة 35 فقد نصت على أن المجلس يرفع اقتراحات وتقارير خاصة وموضوعاتية إلى جلالة الملك في كل ما يمكن أن يسهم في حماية حقوق الإنسان والنهوض بها، وكذلك يرفع تقريرا سنويا إلى جلالة الملك عن حالة حقوق الإنسان، وأصبح يتم إطلاع الرأي العام على هذه التقارير عن طريقة نشرها في الجريدة الرسمية، كما أن رئيس المجلس يقدم عرضا تركيبيا أمام البرلمان يتضمن تقريرا عن أعماله وكذلك طبقا لأحكام الفصل 161 من الدستور. والجدير بالذكر أن الظهير الشريف لم يربط مسألة إطلاع الرأي العام على مضمون التقرير بموافقة الملك كما كان عليه الحال بالنسبة للظهير المغير لنظام المجلس الاستشاري في مادته العاشرة.

• إمكانية تقديم التقارير في مواضيع محددة وتقارير خاصة.

أنظر الظهير الشريف رقم 1.18.17 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس الوطني لحقوق الإنسان، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 6652<sup>800</sup> بتاريخ 1 مارس 2018.

بالنسبة لهذه الامكانية فقد وردت في المادة 35 الفقرة الأولى من الظهير الشريف 1.18.17، حيث أن المجلس يرفع لجلالة الملك تقارير خاصة وموضوعاتية في كل ما يساهم في حماية حقوق الإنسان والدفاع عنها على نحو أفضل، إضافة إلى أن المادتين 5 و 11 منه أتاحت إمكانية إصدار تقارير موضوعاتية عن حالة حقوق الإنسان الخاصة بفئة معينة (السجون، الصحة العقلية...).

• حق مخاطبة الرأي العام مباشرة.

نصت مبادئ باريس 1993 المتعلقة بالمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، في الفقرة (ج) بشأن طرق العمل، أنه ينبغي للمؤسسة الوطنية في إطار عملها أن تخاطب الرأي العام مباشرة أو من خلال أي جهاز صحفي لا سيما لنشر آرائها وتوصياتها على الكافة. بالنسبة للمجلس فإنه وكما كان عليه الأمر في الظهير المحدث أو في الظهير الخاص بإعادة هيكلة المجلس الاستشاري، إنه لا يوجد نص صريح يعطي الحق للمجلس في مخاطبة الرأي العام مباشرة أو من خلال أي جهاز صحافي.

• حق نشر آرائه وتوصياته على العموم.

وفي هذا الشأن فقد أتاحت المادة 35 من الظهير الشريف 1.18.17 للمجلس إمكانية نشر آرائه وتوصياته المتضمنة في التقارير السنوية أو الموضوعاتية في الجريدة الرسمية وإطلاع الرأي العام عليها من دون أن يقتصر الأمر بموافقة الملك على ذلك، كما كان عليه الحال بالنسبة للمادة 10 في الظهير الخاص بإعادة هيكلة المجلس الاستشاري غير أنه من الناحية التراتبية تأتي مسألة النشر في الجريدة الرسمية وإطلاع الرأي العام على مضمونها يأتي بعد إطلاع الملك عليها مما يمكن فهمه أو تأويله على أنه تقييد لهذه الحرية.

### المطلب الثاني: الاستقلال المالي

تنص مبادئ باريس على أن تتكفل الدولة بتوفير الموارد للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، لكي يكون لها موظفوها الخاصون ومبانيها الخاصة. 801

<sup>801</sup> مبادئ باريس، الفقرة الثانية الواردة ضمن التكوين والضمانات الاستقلالية: ينبغي أن تتوفر لذا المؤسسة الوطنية الهياكل الأساسية المناسبة لسلامة سير أنشطتها، وبصفة خاصة الأموال الكافية لذلك وينبغي أن يكون الغرض من هذه الأموال هو تمكينها من تدبير موظفيها وأماكن عملها لتكون مستقلة عن الحكومة وغير خاضعة لمراقبة مالية قد تمس استقلالها.

وتعتبر الاستقلالية المالية أمرا حاسما، فأية مؤسسة ليس لها السيطرة على مواردها أو على كيفية استخدامها لا يمكن أن تكون مستقلة، وتحدد الملاحظات العامة للجنة الفرعية 802 على أن يتوفر التمويل الكافي من جانب الدولة، وينبغي أن يشمل كحد أدنى ما يلي:

- تخصيص أموال لأماكن الإيواء الكافية، على الأقل لمكتبها الرئيسي؛
- المرتبات والاستحقاقات الممنوحة لموظفيها، المماثلة لمرتبات وشروط الخدمة العامة؛
- أجر الموظفين (حسب الاقتضاء)؛
- إنشاء نظم اتصالات، بما في ذلك الهاتف والانترنت.

وينبغي أن يكفل التمويل الكافي، بدرجة معقولة، إعمال الأداء التدريجي والتقدمي لتحسين عمل المؤسسة والوفاء بولايتها. ولا ينبغي التمويل من مصادر خارجية مثل "الشركاء في التنمية"، أن يشكل التمويل الأساسي للمؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان، نظرا لأنه من مسؤولية الدولة تأمين ميزانية دنيا للأنشطة بغية السماح لها بالعمل في سبيل الوفاء بولايتها. وينبغي أن تكون النظم المالية من النوع بحيث تتمتع المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان بالاستقلال المالي الكامل. وهذا ينبغي أن يكون بندا مستقلا في الميزانية وتوفر للمؤسسة إدارة وسيطرة مطلقة عليه. 803

أولا: الميزانية المستقلة.

بحسب المادة 3 من الظهير الشريف رقم 1.18.17، 804 فإن المجلس يعتبر شخصا اعتباريا من أشخاص القانون العام ويتمتع بالاستقلال المالي. وكذلك بحسب المادة 58 من نفس الظهير، فإن رئيس المجلس هو من يعد ميزانية المجلس باتفاق مع السلطة الحكومية المكلفة بالمالية، وتسجل الاعتمادات المالية المرصودة للمجلس في الميزانية العامة للدولة تحت فصل يحمل عنوان "المجلس الوطني لحقوق الإنسان"، وهو خلاف لما كان عليه الأمر بالنسبة للمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان الذي كانت ميزانيته ترتبط بميزانية البلاط الملكي. وهو ما يعتبر أنداك نوعا من الاستقلالية إذ أنشئ المجلس الاستشاري قبل وجود مبادئ

<sup>802</sup> اللجنة الفرعية المعنية بالاعتماد تعني اللجنة الفرعية المنشأة بموجب النظام الداخلي "لجنة التنسيق الدولية للمؤسسات الوطنية لتعزيز حماية حقوق الإنسان"، المشار إليها باللجنة الفرعية بالاعتماد التابعة للجنة التنسيق الدولية للمؤسسات الوطنية في قرار لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان 74/2005 باعتبارها السلطة لاعتماد المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، تحت إشراف مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، وتمنح ولايتها لها بموجب النظام الداخلي للجنة الفرعية المعنية بالاعتماد التابعة للجنة التنسيق الدولية ووفقا له.

<sup>803</sup> الفقرة 2-6 من الملاحظات العامة للجنة الفرعية المعنية بالاعتماد.

<sup>804</sup> الظهير الشريف المتعلق بإعادة تنظيم المجلس الوطني لحقوق الإنسان، 22 فبراير 2018.

باريس، وهنا لابد من إبراز أن الرغبة الملكية في وجود استقلالية للمجلس جعلته يصير من خلال خطابه: "وحتى لا يكون عليكم أي ضغط مادي فقد قررنا أن تكون مصاريفكم وتعويضاتكم... مرتبطة من الآن بمصالح القصر الملكي وليس بوزارة من الوزارات، حتى تبقى هذه الأصرة ولو كانت إدارية، صلة من وصل أخرى بيبي وبينكم".<sup>805</sup>

#### 1- فصل ميزانية المجلس عن ميزانية الدولة:

لا يمكن القبول بربط ميزانية أية مؤسسة وطنية بميزانية وزارة حكومية، وحتى لو لم يكن هناك تداخل فعلي، فإنه قد يعطى انطباع بعدم وجود استقلالية، وهذا ما ينطبق بصفة خاصة إذا استمع المجلس إلى الشكاوى، نظراً لأن الصلة المالية قد تثير شكلاً حقيقياً أو ظاهرياً لتضارب المصلحة، وهذا ما دفع المشرع إلى تخصيص فصل خاص بالمجلس في الميزانية العامة للدولة،<sup>806</sup> وحدد تفاصيل هذه الميزانية الخاصة بالمجلس في كل ما يتعلق بالموارد والتنفقات.

#### 2- القدرة المالية للمجلس.

من الضروري للمؤسسات الوطنية بصرف النظر عن المهام المحددة لها، أن تحتاج إلى بعض المتطلبات الأساسية مثل الموظفين والمباني التي ينبغي توفرها حتى قبل أن تبدأ عملها، وبالتالي فإن الموارد الكافية والتمويل الملائم شرطان أساسيان لفعاليت المؤسسة، وعدم كفاية التمويل يهدد الفعالية ويضر حتى بمصداقية المؤسسة، بل يمكن أن يدفع بالتساؤل عن سبب دفع الدولة إلى إنشاء هذه المؤسسة ثم لا توفر لها قدرًا ملائمًا من التمويل والموظفين، وهذا يمكن أن يضر بصورة المؤسسة كهيئة مستقلة وفعالة. كما أنه ليس من المرجح أن تعمل المؤسسة بعدد زائد عن الحد من الموظفين أو بميزانية مريحة ذات فائض. ولهذه الأسباب ينبغي للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان استحداث طرق لإدارة الموارد المالية. ثم إن الإدارة الفعالة للموارد تتطلب تحديداً دقيقاً للأولويات والامتثال لخطة ثابتة ومعتمدة في الميزانية، بحيث تستطيع المؤسسات الوطنية تنمية اتصالات وعلاقات مفيدة للحصول على الدعم والإعانات المالية.<sup>807</sup> وقد أتاح القانون،<sup>808</sup> للمجلس إمكانية الحصول على الامدادات المالية من مصادر غير الدولة كالحصول على الهبات والوصايا والإعانات المالية المقدمة من لدن هيئة عامة أو خاصة وطنية

<sup>805</sup> الخطاب الملكي بمناسبة إنشاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان في 8 ماي 1990.

<sup>806</sup> المادة 58 من الظهير الشريف رقم 1.18.17.

<sup>807</sup> مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، مركز حقوق الإنسان بجنيف، العدد رقم 4 من سلسلة التدريب المهني، الأمم المتحدة، 1995، ص 52-53.

<sup>808</sup> القانون رقم 15-76 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس الوطني لحقوق الإنسان 2018.

كانت أو أجنبية أو منظمة دولية حكومية أو غير حكومية، شريطة ألا يؤثر ذلك في عمل المجلس، وهذا يكون قد نص القانون بشكل صريح على استقلال المجلس في تدبير شؤونه المالية وبناء قدراته المالية من المداويل المتأتية من ممتلكاته والعائدات المتأتية من نشاطه.

ثانيا: أثر استقلالية مقر المستقل.

تعتبر الدولة مسؤولة عن كفالة توافر مباني مناسبة للمجلس ولجانه الجهوية وقد أقر الظهير الشريف

1.18.17 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس الوطني لحقوق الإنسان في المادة الثالثة بوجود مقر المجلس

بالرباط، رغم أنه لم يرد في الظهير الشريف 1.11.19 المحدث المجلس الوطني، ما يفيد بأن الهدف من

توفير الإمكانيات المالية للمجلس هو تمكينه من مقر مستقل عن الدولة، وهذا يمكن تفسيره بكون المجلس

الوطني لم ينشئ لأول مرة بل هو وريث المجلس الاستشاري بمعنى أن مسألة المقر لا تطرح مشكلة لدرجة

التنصيب عليه في الظهير الشريف 1.11.19، حيث أنه وبحسب المادة 58 فإن المجلس الوطني يحل محل

المجلس الاستشاري في جميع حقوقه والتزاماته وفي ذلك إشارة ضمنية إلى المقر الذي يملكه المجلس

الاستشاري.809 ونجد نفس الحالة بالنسبة لهيئة حقوق الإنسان التونسية التي حلت محل الهيئة العليا

لحقوق الإنسان والحريات الأساسية في 29 أكتوبر 2018، وأقرت في المادة 57 من القانون الأساسي 810

بإحالة المقر والممتلكات إلى هيئة حقوق الإنسان وتتولى وزارة أملاك الدولة ترميم المقر وتسجيله في

السجل الخاص بالهيئة.

كما نجد حتى في البلدان التي تعاني من قيود مالية شديدة توفر فيها الحكومة إما مباني مكتفية أو أرض

لأجل بناء مقر مناسب ومن الناحية المثالية سوف تمتلك المؤسسات الوطنية مبانيها رغم أن كثير من

المؤسسات تشتغل بمباني بالإيجار، وهي الوضعية الحالية للمقر المركزي للمجلس الوطني إذ يشغل مبنى

الإيجار بعد تغيير مقره السابق، الذي ورثه عن المجلس الاستشاري بدعوى أن المقر لا يتسع لجميع

الموظفين، والرغبة أيضا في تجميع العديد من المصالح الإدارية للمجلس والمديريات التي كانت موزعة على

مكاتب وبنيات بعيدة عن المقر، وتجدر الإشارة إلى أن المقر في الأصل كان قد قرر بخصومه الملك الحسن

الثاني أن يكون ذلك المقر الذي كان مخصصا من قبل لمجلس وزراء العدل العرب، وهو مقر كما وضعه

أحد الأعضاء السابقين، (جمع بين جمال الصورة ورقة العبارة، أنه روعة الفن الإسلامي تتجلى للناظرين

منذ أن تطأ أقدامهم المدخل، وتتابع الأقواس والعمود الجصية في رواق عريض يؤدي إلى قاعة المؤتمرات،

809 المادة 58 من الظهير الشريف 1.11.19 المحدث للمجلس الوطني لحقوق الإنسان.

810 قانون أساسي عدد 51 لسنة 2018 مؤرخ في 29 أكتوبر 2018 متعلق بهيئة حقوق الإنسان.

فيض من زخارف الجص، تحفة من تحف التكوين الفني التقليدي المغربي، إنه مكان للعمل وعقد اللقاءات، لكنه يبعث أيضا على الألفة، فكان المقر في أعلى مستوى هندسة وتخطيطا، وتناسقا بين الحدائث والأصالة). 811 وقد أكدت التعليقات للجنة الفرعية المعنية بالاعتماد في أكتوبر 2008، لتحقيق الاستقلالية على النحو الموضح في مبادئ باريس، ينبغي أن تتصف مباني المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بما يلي:

- تقع بعيدا عن مباني الحكومة؛
- يسهل الوصول إليها، أي من اليسير الدخول إليها وأنها توجد في موقع مركزي؛
- تكون قريبة من النقل العام؛
- يسهل وصول الأشخاص ذوي الإعاقة إليها.

ونجد هذه الشروط متوفرة بالنسبة لمقر المجلس الوطني لحقوق الإنسان. وتجدر الإشارة إلى أنه لا ينبغي أن يكون الموقع في أملاك تثير الشكوك بشأن مصداقية المؤسسة وشاغلي مناصبها، وخصوصا إذا كانت التكاليف عالية وإذا كان من المتصور أنها نخبوية وبعيدة عن المنال وبالنسبة للوقائع الاجتماعية. 812 وتجدر الإشارة أن المجلس الوطني لحقوق الإنسان أصبح له مقرا جديدا بحي الرياض بالرباط.

ثالثا: المراقبة المالية:

بالرجوع إلى الباب السابع المتعلق بالتنظيم الإداري والمالي للمجلس من الظهير 1.18.17، فإننا نستنتج أن المشرع بقدر حرصه على استقلال المجلس الوطني في تدبير موارده المالية وتسييرها بقدر حرصه على أن تخضع ميزانيته لقواعد المحاسبة التي أشار لها فب المادة 60 بأن تنجز العمليات المالية والمحاسبة المتعلقة بميزانية المجلس وفق القواعد المنصوص عليها في التنظيم المالي والمحاسبي الخاص بالمجلس والذي يعده المجلس بتنسيق مع السلطة الحكومية المكلفة بالمالية. كما يتولى محاسب عمومي يعين لدى المجلس بقرار السلطة الحكومية المكلفة بالمالية القيام لدى رئيس المجلس بممارسة الاختصاصات المسندة إلى المحاسبين العموميين بمقتضى النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل. 813 كما أخضع

811 محمد سعيد بناني، المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان ولغته، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1996، ص 106.

812 www.nhri.net تعليقات اللجنة الفرعية المعنية بالاعتماد في أكتوبر 2008، المنشورة بالموقع الإلكتروني.

813 الفقرة 1 و 2 من المادة 60 من الظهير الشريف 1.18.17 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس الوطني لحقوق الإنسان.

المشروع في نفس المادة 60 من الظهير الشريف 1.18.17، ميزانية المجلس لمراقبة المجلس الأعلى للحسابات، وأشار إلى أن تعرض حسابات المجلس كل سنة على نظر لجنة الإفتحاص تتألف من ثلاث خبراء متخصصين في مجال المحاسبة والتدبير المالي وهم مفتش عام للمالية معين بقرار من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالمالية، وقاض بالمجلس الأعلى للحسابات معين بقرار الرئيس الأول للمجلس، وخبير محاسب مقيد بالهيئة الوطنية للخبراء المحاسبين معين بقرار من الرئيس.814 وبالرجوع إلى النظام الداخلي للمجلس فإن المادة 70 نصت على أن المجلس يتولى في نهاية كل سنة مالية إعداد تقرير مالي ويمكن لرئيس المجلس أن يطلب إجراء افتحاص مالي من الجهة المختصة وذلك حسب القوانين الجاري بها العمل.815 والجدير بالذكر أن خضوع المجلس لقواعد المحاسبة الخاصة به ومراقبة المجلس الأعلى للحسابات، لا يشكل أي إعاقة بالنسبة للاستقلال المالي للمجلس بقدر ما يساعد المجلس على حسن تدييره تسيير موارده المالية.

---

<sup>814</sup> الفقرة الخامسة من المادة 60 من الظهير الشريف 1.18.17 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس الوطني لحقوق الإنسان.

<sup>815</sup> المادة 70 من النظام الداخلي للمجلس الوطني لحقوق الإنسان.