



مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN I^{ER}

www.Droitetentreprise.com

جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN I^{ER}



مجلة علمية محكمة تعنى بالدراسات والأبحاث في القانون والأعمال، تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية (جامعة الحسن الأول - سطات)

الإدارة العلمية: الدكتور رياض فخري - المدير المسؤول: الدكتور مصطفى الفوري - إدارة التحرير: الأستاذ محمد أفقيير

مجلة

القانون والأعمال الدولية

العدد 25 - أجنبر 2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تم نشر هذا المؤلف بتمويل من ميزانية
جامعة الحسن الأول بسطات لأجل دعم البحث العلمي

مجلة القانون والأعمال

الإيداع القانوني : ISSN: 2665-7910 - 2019 PE0018

ملف الصحافة : 2017 / 05

الطبع : دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع – الرباط

شارع الحسن الثاني زنقة طونكان عمارة 23، رقم 2، ديور الجامع الرباط المغرب

الهاتف: 05.37.72.58.23

: المحمول: 06.61.10.65.51

الفاكس: 05.37.72.13.32

البريد الإلكتروني: contact@darassalam.ma

الموقع الإلكتروني: www.darassalam.ma

المدير المسؤول : الدكتور مصطفى الفوري

: الهاتف 0662226677

: البريد الإلكتروني Mforki22@gmail.com

جميع الحقوق محفوظة - مجلة القانون والأعمال الدولية 2019 ©



INTERNATIONAL

Scientific Indexing

Fresh Ideas for Growing your Citations

Certificate

This is to certify that **مجلة القانون والأعمال** is indexed in International Scientific Indexing (ISI). The Journal has Impact Factor Value of **0.821** based on International Citation Report (ICR) for the year **2018-19**. The URL for journal on our server is <https://isindexing.com/isi/journaldetails.php?id=8854>

Editor ICR Team
(ISI)

International Scientific Indexing
(ISI)



اللجنة العلمية والاستشارية لمجلة القانون والأعمال الدولية

- د: عبد القادر التعلاتي: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الأول بسطات
- د: عبد الكريم عباد: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الأول بسطات
- د: أبوبكر مهمم: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الأول بسطات
- د: رشيد الطاهر: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الأول بسطات
- د: عز الدين بنستي: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء
- د: فاطمة حداد: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الخامس بسلا
- د: محمد بخنيف: أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
- د: بشرى النية: أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
- د: مهدي منير: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الخامس - السويسي بالرباط
- د: عبد الرحمان الشرقاوي: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الخامس السويسي بالرباط
- د: عبد الرحيم شميعة: أستاذ التعليم العالي جامعة مولاي اسماعيل بمكناس
- د: الحسين بلحساني: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: إدريس الفاخوري: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: أسامة عبد الرحمان: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: بناصر حاجي: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: زينب تاغيا: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: أحمد العلالي: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: نادية قايدي: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: هشام البخفاوي: أستاذ التعليم العالي جامعة ابن زهر بأكادير
- د: عمر السكتاني: أستاذ التعليم العالي جامعة ابن زهر بأكادير
- د: منى كامل تركي: مستشار البحث العلمي بجامعة الحياة الجديدة الالكترونية
- د: حاجة وافي: نائبة رئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مستغانم - الجزائر
- د: كواشي مراد: أستاذ مساعد أ - جامعة عباس لغرور خنشلة الجزائر
- د: بدير يحيى: أستاذ مساعد بالمركز الجامعي عين تموشنت الجزائر
- د: إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب: أستاذ مشارك في القانون الإداري و الدستوري - جامعة شقراء المملكة العربية السعودية



www.Droitetentreprise.com

د: رياض فخري: نائب رئيس جامعة الحسن الأول بسطات
د: طارق مصدق: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الأول بسطات

الإدارة العلمية

د. مصطفى الفوركي: أستاذ زائر بكليات الحقوق

المدير المسؤول

د. محمد أمين اسماعيلي: باحث في مجال العلوم القانونية

نائب المدير المسؤول

هيئة تحرير مجلة القانون والأعمال الدولية

من المغرب

- د. سعد بهتي : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بكلية الشريعة بالسمارة
- د. عالي طوير : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق السويسي الرباط
- د. : يونس الأزرق الحيسوني : دكتور في الحقوق اطار في الوكالة القضائية للمملكة
- د. الحسن اليوسي : دكتور في الحقوق إطار بوزارة الاقتصاد و المالية
- د. أسماء مقاص : دكتور في الحقوق - مسؤولة العلاقات العامة بالمجلة
- د. المهدي بوي : دكتور في الحقوق
- د. إبراهيم اشويعر : دكتور في الحقوق
- د. ياسين الكعيوش : دكتور في الحقوق
- د. محمد الحبيب بداع : باحث في صف الدكتوراه كلية الحقوق بسطات
- د. حيدا عز الدين : اطار بوزارة الاقتصاد و المالية باحث في صف الدكتوراه كلية الحقوق بسطات
- د. هشام بلخنفر : محام بهيئة اكادير - باحث في صف الدكتوراه كلية الحقوق وجدة
- د. محمد أوبالاك : محام بهيئة الرباط
- د. يونس مليح : باحث بصف الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط
- د. عدنان زرزوري : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بمكناس
- د. خالد هيدان : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- د. محمد عبد الجليل الشيخ القاضي : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق السويسي
- د. محمد بومديان : باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق سلا
- د. محمد حفو : باحث في قانون الاعمال
- ذة. وصال الشرقي : باحثة بصف الدكتوراه كلية الحقوق السويسي
- ذة. قمرية قباب : باحثة في صف الدكتوراه جامعة محمد الخامس الرباط
- ذة. حسناء جبران : باحثة في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- ذة. مريم خراج : باحثة بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- ذة. فاطمة أفقيير : محامية متمرنة بهيئة أكادير

من خارج المغرب

- د. محمد يحظيه ولد البكاي : باحث بصف الدكتوراه بجامعة انواكشوط العصرية موريتانيا
ممثل المجلة في موريتانيا
- د. مصطفى رمضان عبد القادر - مدرس مساعد بجامعة دهبك التقنية - معهد ناكري
ممثل المجلة في العراق
- د. زغودي عمر : دكتور في القانون العام الاقتصادي - المركز الجامعي افلو الجزائر
- د. محمد عبد الجليل الشيخ القاضي : باحث بسلك الدكتوراه / أستاذ زائر بكلية الشريعة والقانون
بجامعة العلوم الإسلامية بالعيون-موريتانيا

محتويات العدد

كلمة افتتاحية

10 إدارة مجلة القانون والأعمال الدولية

محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية

الكفالة في القانون المدني القطري: تأمين شخصي لحماية حق الدائن المدني

12 عبدالله عبدالكريم عبدالله

سلطة تدبير جمعيات حماية المستهلك ذات المنفعة العامة من خلال الملحق بالمرسوم رقم 2.12.462 بتاريخ 14 نوفمبر 2012، القاضي بتحديد النظام الأساس النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة

27 المصطفى بوزمان

موقف القانون الدولي من اللجوء البيئي

53 بن عيسى أحمد

الموطن وأثره في أعمال السلطة التشريعية (دراسة في مدى دستورية انعقاد مجلس النواب بمدينة تطرُق)

63 عادل عبد الحفيظ كندير

التحقيق الابتدائي في تقنية الاتصال عن بعد - دراسة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم (35) لسنة 1992، المعدل بالمرسوم بقانون 17 لسنة 2018

71 منى كامل تركي

الحماية الجنائية للأطفال ضحايا الاستغلال في القانون المغربي

87 محمد بلحاج الفحصي

شرعية الدفاع الآلي عن الأموال على ضوء الفقه القضاء

108 عبد الواحد الدافي

العمل لأجل المنفعة العامة كعقوبة بديلة في ضوء مشروع القانون الجنائي

122 ابراهيم اشويعر

تكوين اتفاق التحكيم الداخلي

134 عيمور رشيد - ناصر فتيحة

146	دراسة في المقتضيات الجديدة الضابطة لعمل البنوك الإسلامية في موريتانيا على ضوء التجربة المغربية علي الدوه
159	مسؤولية الصحفي المدنية إثر الاعتداء على الحق في الصورة في القانون الجزائري محمد سليم حمادي - نورة رمدوم
170	المعاملات التجارية الالكترونية و مسألة إثباتها بين التقييد والحرية وفق التشريع الجزائري زهودر كوثر
184	تفاعل المغرب مع الشرعة الدولية لحقوق الإنسان عبد الغني السرار
208	مؤسسة المفوض الملكي بالمحاكم الإدارية يوسف صنبلي
231	إشكالية تنفيذ الأحكام ضد الإدارة الضريبية بين المقتضيات القانونية والعمل القضائي الحسن المير
241	دور الهيئات المتدخلة في سوق الشغل في حماية الأجير المؤقت عبد المنعم ازكاغ
255	تعويضات نظام الضمان الاجتماعي المغربي لطيفة جبران
282	قصور الحماية الإدارية للمجال العمراني أسماء حسيني
288	دور التوقع في تحديد المسؤولية الجنائية عن الخطأ عباس عبد الرزاق السعيدي
323	الغش في مرحلة تنفيذ عقد البيع أحمد خيرى أحمد عواد - سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي
338	النزاعات العقارية الجماعية : الإجراءات والاختصاص زينب عبد الله المصطفى

محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

Péripéties historiques de l'arbitrage

Elkbir MESHALI 351

Douane et commerce électronique

Elfaique Amine 360

La récente loi n°73-17 : un dispositif pro-débiteur mis à l'épreuve ?

Oussama CHEKAUD 382

La démocrature politico-économique : Stratégie endogène du développement de l'Empire du Milieu

NOUR Mohammed Rida 388

La hausse de la dette publique marocaine : Causes et solutions en comparaison avec les économies avancées

ATTAHIR Oussama 397

محور تقارير عن الندوات واللقاءات العلمية

تقرير حول ندوة " دور العدالة في تحسين مناخ الاعمال "

409 عبدالرزاق الإدريسي - زكرياء الشويخي

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

جميع الحقوق محفوظة لمجلة القانون و الأعمال الدولية © 2019

كلمة افتتاحية

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ... وبعد،

تكريسا لأهداف مجلة القانون و الأعمال الدولية كأحد روافد الثقافة القانونية و البحث العلمي في العالم العربي ، نبادر الى تقديم العدد الخامس و العشرون من مجلة القانون و الأعمال الدولية الذي اكتمل بجهود ثلة من خيرة الباحثين العرب ، اللذين حرصوا على تقديم عمل علمي متكامل و رصين أملين أن يثري رصيد المعرفة القانونية لدى القراء و الدارسين الأفاضل.

إن ادارة مجلة القانون و الأعمال الدولية تحرص على استمرار سياستها في السعي إلى أن تبقى مجلة رائدة على المستوى المحلي و الدولي ، وأن تصبح مصنفة ضمن أشهر القواعد العالمية..

وتود ادارة مجلة القانون و الأعمال الدولية من قرائها أن يتفاعلوا معها من خلال موقعها على شبكة الإنترنت و بريدها الإلكتروني بإبداء ملاحظاتهم و تقديم مقترحاتهم التي يرون أنها يمكن لها مردود جيد على تطوير المجلة و الارتقاء بها.

والله ولي التوفيق والنجاح....

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

إدارة مجلة القانون والأعمال الدولية

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}

www.Droitetentreprise.com



محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية

الكفالة في القانون المدني القطري: تأمين شخصي لحماية حق الدائن المدني¹

د. عبدالله عبدالكريم عبدالله

أستاذ القانون المدني، كلية القانون - جامعة قطر

مقدمة

ما فتأت الدول تقدم الضمانات الحمائية لحقوق الدائنين والمدنيين لتعزيز فكرة الائتمان لما لها من اثر بالغ الأهمية في الاقتصاد، فكرس المشرع الوطني فكرة التأمينات لحماية الدائن من خطر عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. ويكاد يجمع الفقه القانوني على عدم كفاية او حتى كفاءة القواعد الحاكمة للضمان العام للدائنين، مما حدا بالمشرع وضع قواعد تقرر ضمانا خاصا للدائنين تقوية للضمانات الحمائية الممنوحة لهم،² في ظل عجز الضمان العام عن تأمين الحماية الفاعلة للدائن.

ويتمثل الضمان الخاص المشار اليه بتأمين يحصل عليه الدائن سواء ارتبط هذا التأمين بشخص يقوم بكفالة حماية حقه تجاه المدين عبر ضمان تنفيذ المدين لالتزامه تحت طائلة قيام الكفيل نفسه بتنفيذ الالتزام في حال عدم قيام المدين الأصلي بالتنفيذ، او ان التأمين يرتبط بعين معينة مملوكة للمدين او لغيره يتعلق بها حق الدائن في حال عدم سداد المدين لدينه.³ وقد خص المشرع القطري الكفالة باحكام خاصة منصوص عنها في الباب الخامس من القانون المدني، معرفا إياها بأنها "عقد يكفل شخص بمقتضاه تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه" وذلك وفق نص المادة 808 من القانون المدني القطري. أما التأمينات العينية أي الحقوق العينية التبعية فقد كرس لها القانون المدني القطري المواد 1058-1174.

1 - انجز هذا البحث ضمن اطار مشروع بحثي مشترك ممول من الصندوق القطري لرعاية البحث العلمي - برنامج الأولويات الوطنية للبحث العلمي- الدورة 11 - التابع لمؤسسة قطر Qatar Foundation، والمشروع البحثي بعنوان " نحو تطوير الأدوات التشريعية الاقتصادية لتحقيق الأمن القانوني في ضوء السياسات الوطنية لدولة قطر " رقم : NPRP11S-0101-180160

"Toward Reforming the Economic Legislative Mechanisms for Achieving Legal Security in light of the National Policies of the State of Qatar"

ويعد البحث المائل ضمن الأوراق البحثية المرتبطة بمخرجات المشروع البحثي المشار اليه والممتد لثلاث سنوات (2019- 2022).

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص4.

³ سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر سنة النشر، ص8.

نركز بحثنا هذا - ضمن منهج تحليلي - في الكفالة من منظور القانون المدني القطري باعتبارها نظاما عقديا خالصا نظمته المشرع القطري بقواعد خاصة توفر الحماية للدائن في مواجهة مدينه عبر توفير مظلة احتياطية للدائن في حال عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه.

وتتمثل إشكالية البحث في مدى اعتبار الكفالة بانواعها وخصائصها آلية ناجعة لحماية الدائن وناجحة كتأمين شخصي لهذا الأخير في مواجهة أي مخاطر قد تلحق بحقوقه قبل المدين.

خطة البحث

- المطلب الأول: مركز الكفالة ضمن نظام التأمينات وتطورها
- المطلب الثاني: ماهية الكفالة وأنواعها المختلفة
- المطلب الثالث: خصائص الكفالة المميزة لها كنظام حمائي شخصي للدائن

المطلب الأول: مركز الكفالة ضمن نظام التأمينات وتطورها

نعرض فيما يلي للكفالة كإحدى صور التأمينات عموما والتأمينات الشخصية تحديدا ثم نتناول تطور الكفالة تاريخيا وتشريعيا.

الفرع الأول: ظهور التأمينات الشخصية وتطور الكفالة قبل ظهور التأمينات العينية

ظهرت التأمينات الشخصية قبل التأمينات العينية في القانون الروماني، حيث كانت هنالك ثمة حاجة لوجود كفيل لضمان الوفاء بدين المدين، وكان الكفيل عادة من محيط الشخص المدين كقريب له أو صديق بحيث ان طبيعة المجتمع اقتضت وجود كفلاء لضمان الوفاء بالديون.

بيد أن المركز القانوني للكفيل حينها كان أسوأ من مركز المدين حيث كان الدائن يستطيع اتخاذ الإجراءات التنفيذية بحق الكفيل دون المدين، وصولا الى اتخاذ إجراءات التنفيذ على شخص الكفيل باسترقاقه أو قتله، الى ان تطور الامر وتساوى مركز الكفيل مع المدين بحيث يختار الدائن ايهما للتنفيذ عليه انطلاقا من اعتبار الكفيل بمثابة المدين المتضامن، ثم تطور مركز الكفيل فأصبح التزامه تابعا لالتزام المدين الأصلي، حيث توجب على الدائن ان ينفذ على المدين أولا وفي حال لم يستطع المدين الوفاء او لم يصل الدائن الى حقوقه كاملة لجأ الى التنفيذ على الكفيل.

اما التأمينات العينية فقد ظهرت متأخرة في القانون الروماني وتمثلت ابتداء في نقل ملكية الشيء محل التأمين الى الدائن الى حين الوفاء بالدين حيث يلتزم حينها الدائن برد الملكية مرة أخرى للمدين، ونظرا للضرر الذي يلحق بالمدين جراء حرمانه من ملكيته وسلطاته كمالك تطورت فكرة التأمينات العينية بحيث اصبح المدين يحتفظ بملكية الشيء محل التأمين وينقل حيازته للدائن بحيث ان تم الوفاء اعيدت الحيازة للمدين، وهو الامر الذي سبب أيضا ضررا للمدين لحرمانه من حيازة ما يملك، مما حدا حينها الى تطور نظام التأمينات العينية بتقرير رهن على الشيء محل التأمين دون نقل للحيازة

ضمن ضوابط معينة . ومع تطور التشريعات عرف القانون الحديث نظم الكفالة كتأمين شخصي وكذا نظم الرهن الحيازي والرهن الرسمي كتأمينات عينية سواء ورد الرهن على عقار او منقول.⁴

الفرع الثاني: أنواع التأمينات الشخصية وموقع الكفالة ضمنها

ينطوي مفهوم التأمينات الشخصية على الالتزامات الشخصية التي تضاف الى التزام المدين الأصلي عبر ضم ذمة شخص الى ذمة المدين الأصلي تحقيقاً لضمان حق الدائن.⁵ وقد يكون هذا الضم للذمم على سبيل المساواة مع ذمة المدين الأصلي بحيث يستطيع الدائن مطالبة المدين الأصلي او أي شخص اخر ارتضى ضم ذمته الى هذا المدين كما في التضامن بين المدينين،⁶ او في حالة الالتزام غير القابل للانقسام،⁷ او الانابة المناقصة،⁸ او في الدعوى المباشرة.⁹ او الا يكون الضم

⁴ سميير تناغو، المرجع السابق، ص 10 و 11.

⁵ نبيل سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص3.

⁶ تنص المادة 307 من القانون المدني القطري على أنه " 1- يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعى في ذلك ما يلحق برابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين. وإذا طالب الدائن أحد المدينين ابتداءً لم يمنعه ذلك من مطالبة الباقيين. 2- ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بنفسه وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً".

⁷ تنص المادة 321 من القانون المدني القطري على أن " يكون الالتزام غير قابل للانقسام في الحالتين التاليتين: 1- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم. 2- إذا تبين من العرض الذي رعى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك"، كما تنص المادة 322 على أنه " إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام، كان كل منهم ملزماً بوفاء الالتزام كاملاً. وللمدين الذي وفى حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك". اما المادة 323 فتتص على انه " إذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للانقسام، أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً. فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك، كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين، أو بإيداع الشيء محل الالتزام وفقاً لما يقتضيه القانون. ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته".

⁸ تنص المادة 387 من القانون المدني القطري على أن " 1- تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. 2- ولا تقتضي الإنابة أن يكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي". أما المادة 388 فتتص على أنه " 1- إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على أن يحل التزام المناب مكان التزام المنيب، كانت هذه الإنابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبلاً المناب لديه، على ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة. 2- ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد، قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول". فالاصل ان ما يترتب على الإنابة في الوفاء هو نشوء التزام جديد بوفاء الدين على عاتق المناب، يقوم إلى جانب التزام المنيب -أي المدين الأصلي - بحيث يكون أمام الدائن مدينان يلتزم كل منهما بأداء كامل الدين وبما يضمن للدائن حصوله على حقه كاملاً، إ بحيث يحق للدائن مطالبة أي منهما بالوفاء الدين، وفي حال قيام أحد هذين المدينين (المناب وهو المدين الجديد أو المنيب وهو المدين الأصلي) بوفاء الدين فإن الدين ينقضي. حيث الإنابة في هذه الحالة تعتبر إنابة ناقصة، بعكس الانابة الكاملة والتي يقصد أطراف الإنابة منها ابراء ذمة المنيب (المدين الأصلي)، بحيث لا يحق للدائن الا مطالبة المناب - المدين الجديد - بوفاء الدين. انظر: جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني - الأحكام العامة للالتزام في القانون القطري- احكام الالتزام، منشورات كلية القانون بجامعة قطر، الدوحة، 2016، ص391.

⁹ كرس المشرع الدعوى المباشرة لاعتبارات خاصة تفضيلاً لبعض الدائنين، فأجاز لهم في حالات خاصة أن يطالبوا بحقوق مدينهم مباشرة، أي بأسمائهم ولحسابهم، وليس باسم المدين ونيابة عنه وبحيث ان الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين مدينه باسمه الخاص ولحسابه الخاص تدعى بالدعوى المباشرة، ومن حالاتها التي نص المشرع عليها الدعوى التي يرفعها المؤجر على المستأجر من الباطن مطالباً إياه بما في ذمة هذا الاخير للمستأجر الأصلي، حيث تنص المادة 2/623 من القانون المدني القطري على أنه " 1- في حالة الإيجار من الباطن تبقى العلاقة بين المستأجر الأصلي وبين المؤجر خاضعة لأحكام العقد المبرم بينهما، أما العلاقة بين المستأجر الأصلي وبين المستأجر منه فتسري عليها أحكام عقد الإيجار من الباطن. 2- ومع ذلك يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن يذره المؤجر بذلك. ولا يجوز له أن يتمسك قبلاً بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي، ما لم يكن قد تم قبل الإذار، وبسند ثابت التاريخ". كما ان المشرع نص على حالة أخرى من حالات الدعوى المباشرة هي دعوى المقاول من الباطن والعمال الذين يستخدمهم

للدعم على سبيل المساواة مع ذمة المدين الأصلي بحيث يكون الرجوع على من ضم ذمته الى ذمة المدين الأصلي على سبيل الاحتياط أي بعد الرجوع على المدين الأصلي وعدم وفائه بالالتزام وهو ما ينطبق عليه حالة الكفالة العادية.¹⁰

المطلب الثاني: ماهية الكفالة وأنواعها

عرفت المادة 808 من القانون المدني القطري الكفالة بأنها "عقد يكفل شخص بمقتضاه تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه". ونعرض فيما يلي لشرح مفهوم الكفالة وأنواعها.

الفرع الأول: ماهية الكفالة

استنادا الى نص المادة 808 سالفه الذكر فإن الكفالة هي عبارة عن عقد يتم إبرامه بين الكفيل من جهة والدائن من جهة ثانية، بينما لا يعد المدين الأصلي طرفاً في عقد الكفالة. مما يعني أن الكفالة تجوز بغير موافقة أو حتى علم المدين. وذلك ما أكدته المادة 811 بنصها على أن "تجوز كفالة المدين بغير علمه، كما تجوز أيضاً رغم معارضته".

والكفالة ترد على التزام المدين حيث أن هذا الالتزام هو الذي يضمن الكفيل تنفيذه في حال عدم تنفيذ المدين الأصلي له، لذا كان لازماً تحديد طبيعة الالتزام وتعيين مضمونه بشكل واضح ودقيق في عقد الكفالة.

وتتعدد صور الالتزام المكفول بتعدد طبيعة الالتزام، فقد يكون التزاما بدفع مبلغ من النقود، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود، كما قد يكون التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل. فإذا كان الالتزام دفع مبلغ نقدي ولم يقيم المدين الأصلي بتنفيذ التزامه اختياراً أو جبراً، قام الكفيل بتنفيذ هذا الالتزام باعتباره الالتزام المكفول تنفيذه، فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغاً نقدياً، ضمن الكفيل ما يمكن أن يحكم به على المدين الأصلي من تعويض نتيجة إخلاله بالالتزام بإعطاء شيء غير النقود، أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالتزامه بالامتناع عن عمل.¹¹

المقاول الأصلي للرجوع مباشرة على رب العمل ومطالبته بلمبلغ الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت إقامة الدعوى، حيث تنص المادة 702 / 1 من القانون المدني القطري على أن "1- يكون للمقاول من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصلي في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول من الباطن مثل هذا الحق قبيل كل من المقاول الأصلي ورب العمل...". يضاف الى ذلك حالة أخرى للدعوى المباشرة نص عليها المشرع القطري وهي في عقد الوكالة حيث يكون للموكل ونائب الوكيل دعوى مباشرة يرجع بها كل منهما على الآخر، حيث نصت المادة 728 من القانون المدني القطري على أن "1- إذا أتاب الوكيل غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسؤولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامين في المسؤولية. 2- أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات. 3- ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر". انظر تفصيلاً في ذلك: جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام - ج2- الاحكام العامة للالتزام في القانون القطري، مرجع سابق، ص 115

¹⁰ نبيل سعد، التامينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص295.

¹¹ يشار انه في حال كان الالتزام المكفول عبارة عن التزام بدفع مبلغ من النقود للدائن، كالتزام المقترض برد مبلغ القرض، فإن تنفيذ هذا الالتزام عينياً يتم عن طريق حجز على أموال المدين. فإن لم تكن هنالك ثمة أموال قابلة للحجز عليها يتم اللجوء الى التنفيذ على أموال الكفيل. ويقاس على ذلك حالة الالتزام بنقل ملكية شيء غير نقدي، وفي حال كان الالتزام هو التزام بعمل فإن المادة 251 من القانون المدني القطري تنص على أنه ":

1- في الالتزام بعمل، إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب إداً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً.

فالكفالة إذن تفترض اولاً وجود التزام أصلي مكفول يقع على عاتق المدين الأصلي به إيفاءه للدائن، كما تفترض الكفالة ثانياً وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول، يتم بموجبه قيام الكفيل بالوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين الأصلي. بحيث ترتب الكفالة التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل، على اعتبار الكفالة من التأمينات الشخصية، إضافة إلى كون التزام الكفيل تابعا للالتزام الأصلي المكفول، حيث لا يستطيع الدائن اللجوء مباشرة للتنفيذ على أموال الكفيل قبل أن يستنفذ طرق التنفيذ على أموال المدين الأصلي.¹²

وتتعدد مصادر الالتزام الأصلي المكفول بتعدد مصادر الالتزام، فقد يكون مصدره العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الائتراء دون سبب على حساب الغير أو نص القانون،¹³ أما مصدر الالتزام الناشئ عن عقد الكفالة فمصدره العقد دائماً في ضوء منطوق نص المادة 808 من القانون المدني القطري التي تعرف الكفالة بأنها "عقد".

الفرع الثاني: أنواع الكفالة

نعرض فيما يلي لتقسيم الكفالة، استناداً لمصدر التزام المدين بتقديم الكفيل، سواء كان القانون أو الاتفاق أو القضاء، ثم استناداً لطبيعة الكفالة سواء كانت مدنية أو تجارية.

أولاً: أنواع الكفالة بحسب مصدرها

تقسم الكفالة بحسب مصدرها أو الأساس الذي تستند إليه إلى كفالة قانونية وكفالة قضائية وكفالة اتفاقية، ولهذا التقسيم أهمية مرتبطة بالآثار القانوني المترتب على الكفالة بحسب نوعها.

(1): الكفالة القانونية:

تكون الكفالة قانونية في حال كان القانون هو الذي نص على أن يقدم المدين لدائنه كفيلاً. وتكون الكفالة على هذا المنوال في حالات وردت في نصوص قانونية متفرقة كما في القانون المدني القطري وقانون المرافعات المدنية والتجارية القطري وقانون التجارة القطري.

(أ) تطبيقات الكفالة القانونية في القانون المدني:

2- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن للالتزام على نفقة المدين، دون إذن من القضاء " فغن لم يتم ذلك ولم تتوفر ضوابطه كما لو كان العمل الذي تعهد به المدين بحكم طبيعته مرتباً بشخصه ففي هذه الحالة لا يجوز إجبار المدين على التنفيذ لما يتضمنه ذلك من مساس بحريته الشخصية، كما لا يجوز إجبار الدائن على قبول التنفيذ من غير المدين. ومن ثم يمتنع التنفيذ العيني، ولو على نفقة المدين، ولا يبقى أمام الدائن سوى المطالبة بالتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض، وحينها ان لم تكن هنالك ثمة أموال للمدين يتم اللجوء للتنفيذ على أموال الكفيل. أما في حالة التزام المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام. وفي هذا نصت المادة 254 على أنه " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، وله أن يطلب من القاضي إذناً بأن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين مع عدم الإخلال بحقه في التعويض " وفي حال لم يكن للمدين أموال لدفع نفقات الإزالة والتعويض فإن الكفيل هو الذي سيقوم بتسديد هذه النفقات المستحقة.

¹² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص18.

¹³ سمير تناغو، مرجع سابق، ص 21.

نص القانون المدني في العديد من المسائل على تطبيقات عديدة للكفالة القانونية، ف فيما يتعلق بتعويض الضرر عن العمل غير المشروع نص على منح القاضي سلطة تحديد التعويض في حال عدم الاتفاق عليه، وأجاز للقاضي الحكم على المدين بالتعويض على أقساط او على شكل ايراد مرتب، معطيا الحق للقاضي في الحكم بإلزام المدين بتقديم تأمين كاف في هاتين الحاليتين.¹⁴ والتأمين الكافي هنا قد يكون ضمانا شخصيا متمثلا بأن يقدم المدين كفيلا شخصيا لالتزامه.

كما نجد تطبيقا للكفالة القانونية في أحكام عقد البيع وفيما يتعلق بضمان التعرض والاستحقاق الذين يلتزم بهما البائع تجاه المشتري، أجاز القانون للبائع ان يقدم كفيلا عنه اذا طالب باستيفاء الثمن من المشتري الحابس للثمن،¹⁵ نظرا لتعرض أحد الاشخاص لهذا المشتري مستندا إلى حق سابق على البيع، أو في حال كان التعرض للمشتري مستندا الى حق رتبه البائع على المبيع، أو في حال خوف المشتري المستند الى أسباب جدية من استحقاق المبيع. 16 كما من الممكن ان يقدم البائع كفيلا للمشتري في حال قيام المشتري بحبس الثمن لظهور عيب في المبيع.

كما نجد تطبيقا للكفالة القانونية في أحكام عقد الايجار في القانون المدني وفيما يتعلق بانتقال ملكية العين المؤجرة، فقد نص القانون على عدم نفاذ الايجار في حق من انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة، بيد انه منح المالك الجديد باعتباره مؤجرا التنبيه على المستاجر برد العين المؤجرة شريطة تعويضه بسبب رد العين قبل انتهاء مدة الايجار او بعد الحصول على تأمين كاف يضمن الوفاء بهذا التعويض للمستأجر.¹⁷ والتأمين الكافي في هذه الحالة من الممكن ان يكون كفيلا شخصيا يقدمه المؤجر لضمان حق المستأجر بالتعويض. والحل ذاته نص عليه المشرع في حال استجدت ظروف غير متوقعة في جعلت من المؤجر يطلب من القاضي الحكم بإنهاء العقد، فحينها وحتى يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة يجب على المؤجر دفع تعويض للمستأجر أو تقديم تأمين كاف له.¹⁸ وقد يكون هذا التأمين الكافي متمثلا بكفيل يقدمه المؤجر للمستأجر يكفله في دفع التعويض المستحق للمستأجر في هذه الحالة.

كما نجد تطبيقا إضافيا للكفالة القانونية في أحكام حيازة العقار كسبب لكسب الملكية في القانون المدني، فقررت ان من سلطة المحكمة أن تأمر بتقديم تأمين كاف - ويشمل ذلك تقديم كفيل شخصي - لضمان ما قد يحدث من ضرر نتيجة تنفيذ حكمها باستمرار الاعمال المهدة لحيازة حائز العقار، او حكمها بمنع استمرار هذه الاعمال. وهو ما يعني أن من يصدر لمصلحته الحكم هو الذي سيقدم التأمين (او الكفيل).¹⁹

¹⁴ المادتان 214 و 217 من القانون المدني القطري

¹⁵ أجاز المشرع للمشتري حبس الثمن في هذه الحالات، بيد أنه قيد ذلك بعدم وجود شرط في العقد يمنعه من حبس الثمن. ويسري حكم البند السابق إذا ظهر عيب في المبيع

¹⁶ المادة 466 من القانون المدني القطري

¹⁷ المادة 629 من القانون المدني القطري

¹⁸ المادة 632 من القانون المدني القطري

¹⁹ المادة 959 من القانون المدني القطري: " 1- لحائز العقار إذا استمرت حيازته سنة كاملة، وخشي لأسباب معقولة التعرض له نتيجة أعمال جديدة تهدد حيازته، أن يرفع خلال السنة التالية لبدء هذه الأعمال دعوى بوقفها طالما أنها لم تتم. 2- وللمحكمة أن تحكم بمنع استمرار الأعمال أو أن تأذن باستمرارها، ولها في الحالين أن تأمر بتقديم تأمين كاف ضماناً لما قد يحدث من ضرر نتيجة تنفيذ الحكم.

ومن التطبيقات الأخرى للكفالة القانونية ما نص عليه في احكام حق الانتفاع في القانون المدني، حيث الزم القانون المنتفع بتقديم كفالة - والتي قد تكون كفالة شخصية - عندما يكون محل حق الانتفاع مالا منقولاً، ومنح القانون المنتفع الذي قدم الكفالة الحق في استعمال الأشياء محل الانتفاع في حال كونها من الأشياء القابلة للاستهلاك، على ان يقوم برد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع.²⁰

ومن التطبيقات أيضاً للكفالة القانونية ما نص عليه في احكام حق الحكر في القانون المدني، حيث أن المشرع - وعندما منح المحكر حق طلب إزالة البناء او الغراس او استبقاءهما مقابل دفع اقل القيمتين في حالة الازالة او الإبقاء - أعطى للمحكمة إمهال المحكر في الدفع في حال وجدت ظروف استثنائية مبررة للإمهال بشرط ان يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته من مقابل في حالتي إزالة البناء او الغراس او استبقاءهما. والكفالة هنا مفروضة بنص القانون ان توفرت شروطها.²¹

ومن التطبيقات التي اشارت اليها محكمة التمييز القطرية مسؤولية المتبوع عن الأعمال غير المشروعة التي يقوم بها تابعه ، فقد اعتبرت المحكمة المتبوع في حكم "الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون لا العقد " مما يرتب " حقه في الرجوع على تابعه باعتباره كفيلاً متضامناً لا باعتباره مديناً متضامناً".²²

(ب) تطبيقات الكفالة القانونية في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وردت نصوص خاصة بالكفالة القانونية في قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري،²³ ، فالمادة 376 نصت على انه " في الأحوال التي لا يجوز فيها تنفيذ الحكم أو الأمر إلا بكفالة، يكون للملزم بها الخيار بين أن يقدم كفيلاً مقتدرًا أو أن يودع خزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية ما فيه الكفاية، وبين أن يقبل إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة، أو تسليم الشيء المأمور بتسليمه في الحكم أو الأمر إلى حارس مقتدر"، والمادة 377 نصت على أنه " يكون إعلان خيار الملزم بالكفالة إما بإعلان مستقل، وإما ضمن السند التنفيذي، أو ورقة التكليف بالوفاء. ويجب في جميع الأحوال أن يتضمن إعلان الخيار تعيين موطن مختار لطالب التنفيذ تعلن إليه فيه الأوراق المتعلقة المنازعة في الكفالة".

كما ان المادة 378 نصت على أن " لذي الشأن خلال ثلاثة الأيام التالية لهذا الإعلان أن ينازع في اقتدار الكفيل أو الحارس أو في كفاية ما يودع، على أن يتم إعلان دعوى المنازعة خلال الميعاد بتكليف الخصم بالحضور أمام قاضي التنفيذ، ويكون حكمه في المنازعة نهائياً. وإذا لم تقدم منازعة في الميعاد أو قدمت ورفضت، أخذ على الحارس في قلم الكتاب التعهد بقبول الحراسة أو على الكفيل التعهد بقبول الكفالة. ويكون المحضر المشتمل على تعهد الكفيل بمثابة سند تنفيذي قبله بالالتزامات المترتبة على تعهده".

²⁰ المادة 1022 من القانون المدني القطري

²¹ المادة 1041 من القانون المدني القطري

²² قطر: محكمة التمييز القطرية، الدائرة المدنية والتجارية - الطعن رقم: 187 / 2016، تاريخ الجلسة: 2016/06/20، انظر البوابة القانونية القطرية على الرابط:

[http://www.ameezan.qa/RulingPage.aspx?id=1500&language=ar&selection =](http://www.ameezan.qa/RulingPage.aspx?id=1500&language=ar&selection=)

²³ قطر: قانون رقم (13) لسنة 1990 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته

كما أن المادة 516 من قانون المرافعات المدنية والتجارية ذاته نصت على أنه " لا يجوز إصدار أمر بحبس المدين في الأحوال الآتية: 3....- إذا قدم كفالة مصرفية، أو كفيلاً مقترحاً يقبله قاضي التنفيذ، للوفاء بالدين في المواعيد المحددة، ...". كما نصت المادة 517 على أن " يخلى سبيل المحكوم عليه بالحبس، إذا أدى ما حكم به أو أوفاه عنه شخص آخر أو أحضر كفيلاً مقبولاً، أو طلب الدائن إخلاء سبيله".

(ج) تطبيقات الكفالة القانونية في قانون التجارة القطري

وردت نصوص خاصة بالكفالة القانونية في قانون التجارة القطري،²⁴ فالنسبة لأحكام الوفاء بالكمبيالة وبعد ان أجاز المشرع سحب الكمبيالة على عدة نسخ،²⁵ اشترط المشرع تقديم كفيل بالنسبة لمن يطالب بوفاء الكمبيالة المحررة من عدة نسخ في حال ضياع النسخة التي تحمل صيغة القبول، واستخدام إحدى نسخها الأخرى في المطالبة بالوفاء، وذلك بموجب أمر من رئيس المحكمة.²⁶

كما اشترط المشرع تقديم كفيل ممن ضاعت منه كمبيالة ولم يتمكن من تقديم إحدى نسخها الأخرى، على أن يستصدر من رئيس المحكمة أمراً بوفائها، وأن يثبت ملكيته للكمبيالة.²⁷

والامر ذاته تطلبه المشرع في نص المادة 519 التي نصت على أنه "يجوز لمالك الكمبيالة الضائعة الحصول على نسخة منها، ويكون ذلك بالرجوع إلى من ظهر إليه الكمبيالة، ويلتزم هذا المظهر بمعاونته والإذن له باستعمال اسمه في مطالبة المظهر السابق، ويرقى المالك في هذه المطالبة من مظهر إلى آخر حتى يصل إلى الساحب. ويلتزم كل مظهر بكتابة تظهيره على نسخة الكمبيالة المسلمة من الساحب بعد التأشير عليها بما يفيد أنها بدل الأصل المفقود. ولا يجوز طلب الوفاء بموجب هذه النسخة إلا بأمر من رئيس المحكمة وبشرط تقديم كفيل". فالمرجع اشترط تقديم كفيل في الحالة المنصوص عنها في هذه المادة.

(2): الكفالة القضائية

في هذه الحالة يكون الحكم الصادر عن القضاء هو مصدر التزام المدين بتقديم كفيل، وذلك استناداً للسلطة التقديرية التي يمنحها المشرع للقاضي. ففي أحكام الشيوخ في القانون المدني القطري نص على حماية قضائية لأقلية الشركاء في المال الشائع، وذلك بإعطاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من تعويضات للشريك الذي خالف قرار الشركاء المالكين لثلاثة أرباع المال الشائع بإجراء تغييرات أساسية أو التعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع وبما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة. حيث أعطى المشرع للمحكمة في حال اعتمادها لقرار الأغلبية من الشركاء مالكي ثلاثة أرباع المائل الشائع، أن تأمر بإعطاء الشريك المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات الناتجة عن تنفيذ قرار الأغلبية

²⁴ قطر: قانون رقم (27) لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة، المعدل بموجب قانون 2010/7

²⁵ المادة 464 من قانون التجارة القطري: يجوز سحب الكمبيالة من نسخ متعددة متطابقة، ...

²⁶ المادة 516 من قانون التجارة القطري.

²⁷ المادة 517 من قانون التجارة القطري.

المشار إليها.²⁸ كما أن المشرع في القانون المدني - وفي معرض النص على أحكام تسوية ديون التركة - جعل للقاضي سلطة تقرير تقديم كفالة من الورثة في حالة قيام الورثة بالمطالبة بتسليم الأشياء والنقود التي لا تستلزمها عملية تصفية التركة²⁹

اما فيما خص الكفالة القضائية المشار اليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية في القانون القطري، فنجد إشارة اليها في احكام النفاذ المعجل، حيث اعطى القانون للقاضي سلطة النص في حكمه الصادر في المواد المستعجلة او في حال الامر على عريضة على تقديم كفالة. كما قرر المشرع للقاضي سلطة تحديد الكفالة المطلوبة في حال كان الامر متعلقا بالنفاذ المعجل لحكم صادر في مسألة تجارية.³⁰ كما نص على الكفالة في المادة 374 مكرر³¹.

كما أجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية لمحكمة الاستئناف في حال قررت وقف النفاذ المعجل أن تطلب تقديم كفالة لضمان حق المحكوم له.³²

(3): الكفالة الاتفاقية

وهي الكفالة التي يكون مصدرها الاتفاق المبرم بين الكفيل والدائن دون ان يكون المدين ملزما قانونا او قضاء بتقديم كفيل له لضمان تنفيذ التزامه.

(4): نتائج التفرقة والتمييز بين أنواع الكفالة بحسب مصدرها.

تكمن أهمية التمييز بين أنواع الكفالة بحسب مصدرها او الأساس الذي تستند اليه في النتائج التي رتبها المشرع على هذا الامر. فبحسب المادة 830 من القانون المدني القطري فقد اعتبر المشرع الكفلاء متضامين في حال كانت الكفالة قانونية أو قضائية أو حتى كانت ذات طبيعة، وذلك على عكس الكفالة الاتفاقية المدنية التي لا يفترض التضامن فيها بين الكفلاء الا في حال اتفاقهم على ذلك، سواء عند ابرام عقد الكفالة او باتفاق لاحق.³³

ثانيا: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها

تنقسم الكفالة بحسب طبيعتها الى كفالة مدنية بحسب الأصل وكفالة تجارية على سبيل الاستثناء. وفي ذلك نصت المادة 816 من القانون المدني القطري على أن " 1- كفالة الدين التجاري، تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً. 2- على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً، أو عن تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائماً عملاً تجارياً"، كما

²⁸ المادة 858 من القانون المدني القطري

²⁹ المادة 998 من القانون المدني القطري: " يجوز للورثة، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا تستلزمها تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضاً منها، وذلك في مقابل تقديم كفالة أو بدونها".

³⁰ المادة 374 و 374 مكرر 1 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري والمعدلة بموجب قانون 2019/3.

³¹ المادة 374 - مكرر 1: " يجوز الأمر في الحكم بالنفاذ المعجل بكفالة أو بغير كفالة، في الأحوال الآتية: 1- الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والمرتببات. 2- إذا صدر الحكم تنفيذاً لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي أو مشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة أو كان مبنياً على سند رسمي لم يُطعن فيه بالتزوير، وذلك متى كان المحكوم عليه خصماً في الحكم السابق أو طرفاً في السند. 3- إذا أقر المحكوم عليه بنشأة الالتزام. 4- إذا بُني الحكم على سند عرفي لم يجده المحكوم عليه. 5- إذا صدر الحكم لمصلحة طلب التنفيذ في منازعة تتعلق به. 6- إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له". يشار الى ان هذه المادة اضيفت بموجب القانون رقم 3 لسنة 2019.

³² المادة 375 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

³³ همام محمد زهران، التامينات العينية والشخصية، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 44.

تنص المادة 75 من قانون التجارة القطري على أن " تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل يضمن ديناً تجارياً بالنسبة للمدين، أو كان الكفيل تاجراً وله مصلحة في كفالة الدين، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. والكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تكون دائماً كفالة تجارية".

فالأصل أن الكفالة تعتبر من الاعمال المدنية، على الرغم من أن الالتزام المكفول من الممكن أن يكون تجارياً، وهذا الاكر يعتبر من قبيل الاستثناء على قاعدة تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول، بحيث تبقى الكفالة عملاً مدنياً حتى لو كان الدائن والمدين والكفيل جميعهم أو بعضهم من التجار. ولعل سبب مدنية الكفالة كأصل مرده إلى أن الكفالة تبرعية بالأساس، بينما العمل التجاري قائم على فكرة المضاربة، فالكفيل متبرع والتاجر مضارب. بيد أن المشرع القطري أورد استثنائين على القاعدة القائلة بمدنية الكفالة،³⁴ وهذان الاستثناءان يستدعيان حقيقة اعتبار الكفالة حينها من قبيل الاعمال التجارية، ويتمثل الاستثناء الأول في حالة كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية على سبيل الضمان الاحتياطي.³⁵ على اعتبار أن التزام الضامن الاحتياطي وهو كفيل للساحب أو للمحيل، يعتبر من الالتزامات التجارية وليس من الالتزامات المدنية. أما الاستثناء الثاني فيتمثل في حال كون الكفالة ناشئة عن تظهير الأوراق التجارية، سواء كانت الكميالية والسند لأمر والسند لحامله والشيك وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى، فالورقة التجارية التي تنتقل ملكيتها بالتظهير، تجعل من المظهر لها كفيلاً بالتضامن مع المدين بالورقة التجارية، والالتزام المترتب في ذمته باعتباره كفيلاً يعتبر من الالتزامات التجارية وليس المدنية، لأنه يكفل التزاماً صرفياً.³⁶ ولعل أهمية التمييز بين اعتبار الكفالة مدنية أو تجارية بحسب الأصل أو الاستثناء تكمن في القواعد التي تطبق في كل من الحالتين، من حيث الاختصاص القضائي والاثبات والتضامن ومدى تطبيق قواعد الإفلاس وغيرها من أوجه التمييز بين الاعمال المدنية والاعمال التجارية.³⁷

المطلب الثالث: خصائص الكفالة المميزة لها كنظام حمائي شخصي للدائن

نتناول في هذا المبحث الخصائص المميزة للكفالة، ثم نعرض لتمييز الكفالة عما يشتهر بها من نظم قانونية مختلفة.

الفرع الأول: خصائص الكفالة

يتميز عقد الكفالة بخصائص تميزه عن غيره تتمثل في كونه من العقود المسماة من جهة أولى، وأنه من عقود الضمان الشخصي من جهة ثانية، وأنه عقد تابع للعقد القائم بين الدائن والمدين من جهة ثالثة، إضافة إلى كونه من العقود الملزمة

³⁴ المادة 75 من قانون التجارة القطري: " تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل يضمن ديناً تجارياً بالنسبة للمدين، أو كان الكفيل تاجراً وله مصلحة في كفالة الدين، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. والكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تكون دائماً كفالة تجارية".

³⁵ المادة 448 من قانون التجارة القطري " تشمل الأوراق التجارية الكميالية والسند لأمر والسند لحامله والشيك وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى أيًا كانت صفة ذوي الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشئت من أجلها".

³⁶ السنهوري، مرجع سابق، ص 70.

³⁷ فاتن حوى، القانون التجاري: تطور المفهوم واستقلال القواعد القانونية "دراسة مقارنة في التشريعين القطري واللبناني"، بحث منشور في مجلة القانون والاعمال الدولية الصادرة عن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة الحسن الأول بالمغرب، العدد أغسطس 2019، المغرب، 2019، ص 257.

لجانب واحد من جهة رابعة، وأنه من العقود التبرعية من جهة خامسة، وكذلك انه من العقود الرضائية من جهة سادسة. وسنعرض لهذه الخصائص تباعاً فيما يلي.

أولاً: عقد الكفالة من العقود المسماة

يعتبر عقد الكفالة وفق القانون المدني القطري من العقود المسماة التي خصها المشرع بتنظيم قانوني يحكمها. وقد خصص المشرع القطري الكتاب الثاني من القسم الأول من القانون المدني للعقود المسماة ويتضمن هذا الكتاب عدة أبواب، منها الباب الخامس الذي خصه المشرع لعقد الكفالة باعتباره تأميناً شخصياً. حيث عرض لتسمية هذا العقد "الكفالة" وكذلك للتعريف به واحكامه التفصيلية من اركان واثار مترتبة على هذا العقد.³⁸

ثانياً: عقد الكفالة من عقود الضمان الشخصي

نظراً لان الكفالة من التامينات الشخصية ومؤها التزام الكفيل شخصياً بتنفيذ التزام المدين في حال عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، على اعتبار ان التزام الكفيل الشخصي يضاف الى التزام المدين الأصلي، مما يمنح الدائن ضماناً شخصياً من الكفيل بالتزامه بالوفاء بالتزام المدين الأصلي عند عدم وفائه بالتزامه، فيكون كل من المدين وكفيه مسؤولين مسؤولية شخصية تجاه الدائن، مع الاخذ بعين الاعتبار أن رجوع الدائن أولاً يكون على المدين الأصلي اما رجوعه على الكفيل فيكون في حال عدم وفاء المدين وبما يجعل من مسؤولية الكفيل مسؤولية احتياطية.³⁹

ويترتب على كون الكفالة من عقود الضمان الشخصي أن خطر اعسار المدين لم يتضمن ضمانه تماماً من قبل الكفيل، حيث ان الكفيل نفسه معرض لخطر الاعسار وعدم تنفيذ التزامه، لذلك يفضل في حالة الكفالة النظر الى درجة يسار الكفيل، وذلك لتقليل مخاطر اعساره، ولعل الكفالة التي تقدمها المصارف للمشروعات التجارية تعد نموذجاً ناجحاً للكفيل الموسر.⁴⁰

وفي ذلك نصت المادة 810 على أنه " 1- إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصاً موسراً، ومقيماً في قطر، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً. 2- وإذا أعسر الكفيل بعد الكفالة، أو لم يعد له موطن في قطر، وجب تقديم كفيل آخر أو تأمين عيني كاف"، بحيث اشترطت يسار الكفيل من ضمن الشروط الواجب توافرها في الكفيل.

ثالثاً: عقد الكفالة عقد تابع للعقد القائم بين الدائن والمدين

يعتبر عقد الكفالة بين الكفيل والدائن عقداً تابعا للعقد القائم بين الدائن والمدين، لذلك فإن التزام الكفيل بالوفاء بالتزام المدين في حال عدم وفاء هذا الأخير بالتزامه يعتبر تابعاً لالتزام المدين الأصلي.⁴¹ ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل لا يجوز أن يزيد على التزام المدين، او ان يكون اشد منه، حيث لايجوز مثلاً كفالة الالتزام الطبيعي، ولا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً في حالة كان التزام المدين الأصلي معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل. كما ان التزام الكفيل يتبع الالتزام

³⁸ انظر المواد من 808 الى 836 من القانون المدني القطري

³⁹ نبيل سعد، التامينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 307.

⁴⁰ سميح تناغو، مرجع سابق، ص 23.

⁴¹ محمد إبراهيم بنداري، الكفالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، ط1، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، العين- الامارات، 2005، ص40

لأصلي للمدين في انعقاده وصحته وبطلانه، وكذلك مدى قابليته للفسخ، وواصفه ووجوده وانقضائه واثاره، وكذلك في الدفوع التي يدفع بها الالتزام الأصلي. بيد انه يجوز للكفيل أن يلتزم التزاماً أقل عبئاً من الالتزام الأصلي للمدين، فيلتزم الكفيل بسداد جزء من الدين في حال لم يقيم المدين الأصلي بسداد الدين.

وفي ذلك نصت المادة 813 من القانون المدني القطري على أنه " 1- لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام الأصلي صحيحاً. 2- وإذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين وأبطل التزامه، التزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الدين المكفول باعتباره مديناً أصلياً". كما نصت المادة 814 الى انه " 1- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول. 2- ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون".

رابعاً: عقد الكفالة من العقود الملزمة لجانب واحد بحسب الاصل

يعد عقد الكفالة من العقود الملزمة لجانب واحد من حيث الأصل، حيث يلتزم في هذا العقد هو الكفيل وحده هو الذي يلتزم بوفاء الدين للدائن أن لم يف بفي حالة عدم وفاء المدين الأصلي به، بينما لا يلتزم الدائن بأي التزام تجاه الكفيل، فعقد الكفالة يلزم الكفيل بضمان الدين في مواجهة الدائن دون ان يلقي أي التزام على عاتق الدائن في مواجهة الكفيل، وهذا هو الأصل.⁴² ولايغير من كون العقد ملزماً لجانب واحد ما تفرضه نصوص القانون على الدائن من بعض الالتزامات القانونية بمناسبة الكفالة، فهي ليست ناشئة عن عقد الكفالة ذاته، من ذلك ما نصت عليه المادة 828 من التزام ملقى على عاتق الدائن بتسليم الكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين، وذلك حين وفاء الكفيل بالدين للدائن، وكذلك إلزام الدائن بالتخلي عن الرهن او الحبس لصالح الكفيل في حال كان الدين المكفول مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس، وقام الكفيل بسداد الدين للدائن. إضافة الى إلزام الدائن بالقيام بالإجراءات اللازمة لنقل التأمين إلى الكفيل في حال كان الدين مضموناً بتأمين عقاري، وقالم الكفيل بالوفاء بالدين للدائن. بيد انه لا يوجد هناك ثمة مانع من أن يشترط في الكفالة التزامات تقع على عاتق الدائن كان يدفع مقابلاً مالياً نظير الكفالة حينها يكون عقد الكفالة ملزماً للجانبين،⁴³ وتكون هناك ثمة التزامات متقابلة، ويكون كل من الدائن والكفيل ملتزماً نحو الآخر.⁴⁴ والصفة العقدية للكفالة مؤكدة بنص القانون ولايمكن باي حال اعتبارها تصرف بالارادة المنفردة لأنه لا بد ان يتم تبادل ارادتين متطابقتين صادرتين من طرفي الكفالة الكفيل والدائن.⁴⁵

خامساً: عقد الكفالة من من عقود التبرع بالنسبة للكفيل بحسب الاصل

تعد الكفالة تبرعية - بحسب الأصل - بالنسبة إلى الكفيل، فالكفيل يتبرع عادة بكفالاته للدين الأصلي تجاه الدائن في حال عدم وفاء المدين بالتزامه. أما بالنسبة للطرف الاخر في عقد الكفالة وهو الدائن فالكفالة بالنسبة له عقد معاوضة، لأن الدائن يحصل على كفالة كضمان شخصي في مقابل إعطاء الدين للمدين، على اعتبار عدم اشتراط ان يكون العوض

⁴² جابر محجوب، النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - مصادر الالتزام، منشورات كلية القانون بجامعة قطر، الدوحة، 2006، ص 48.

⁴³ جابر محجوب، المرجع السابق، ص 50

⁴⁴ نبيل سعد، التامينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 318

⁴⁵ سمير تناغو، مرجع سابق، ص 25.

لأحد طرفي العقد بل يمكن اعطاؤه للغير وهو المدين الأصلي. فيشترط في الكفيل عادة أهلية التبرع،⁴⁶ اما الاهلية المشترطة في الدائن فهي أهلية التعاقد.⁴⁷ ويصح ان تكون الكفالة بأجر إذا اشترط الكفيل اجراً مقابل كفالتة.⁴⁸

سادسا: عقد الكفالة من العقود الرضائية

لم يشترط المشرع القطري شكلية خاصة لانعقاد عقد الكفالة، حيث ينعقد عقد الكفالة بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن،⁴⁹ دون تطلب شكل خاص. وقد اشترط المشرع في المادة 809 من القانون المدني القطري الكتابة للاثبات فقط دون الانعقاد الذي يتم بمجرد التراضي.⁵⁰

الفرع الثاني: تمييز الكفالة عما يشتهبها من النظم القانونية

تختلف الكفالة عن العديد من النظم القانونية التي قد تشتهبها، فالكفالة تختلف عن التضامن السليبي بين المدينين، ففي الكفالة يكون التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين الأصلي، ويأتي احتياطيا بعد ان يلجا الدائن للتنفيذ على أموال المدين ولا يوجد لديه ما يفى بالتزامه، بينما في التضامن السليبي يكون التزام كل المدينين بتعدددهم التزاما اصليا بحيث يستطيع الدائن ان ينفذ على أموال أي من المدينين بكامل الدين لوجود تضامن بينهم، على اعتبار ان تقرير التضامن السليبي هدفه تسهيل وضمان الوفاء بالالتزام، حيث تعدد المدينين يؤمن الدائن ضد خطر إفسار أحدهم، فيستطيع الدائن مطالبة باقي المدينين او أي منهم بكامل دينه على اعتبار التضامن السليبي من قبيل التامينات الشخصية التي تضمن الوفاء بالدين، فيتحقق الضمان عن طريق تعدد المدينين بالالتزام على قدم المساواة وذلك ن طريق ضم ذمتين أو أكثر في الوفاء بالدين.⁵¹ كما تختلف الكفالة عن الانابة الناقصة في الوفاء، حيث يترتب على الانابة الناقصة التزام المناب الى جانب التزام المنيب بحيث لايعتبر المناب كفيلا للمنيب ولا يستطيع الاحتجاج بالدفع الشخصية التي للمنيب، على عكس الكفالة التي تخول الكفيل الاحتجاج بدفع المدين تجاه الدائن. وتعرف الإنابة في الوفاء بأنها اتفاق ثلاثي الأطراف وهم الدائن (ويسمى المناب لديه) والمدين (ويسمى المنيب) وشخص أجنبي عن الدين (ويسمى المناب)، بحيث يتعهد هذا الأجنبي بالوفاء بالدين للدائن بدلاً من المدين، وينشا عن هذه العملية نشوء التزام جديد بوفاء الدين على عاتق الشخص الأجنبي عن الدين المناب، يقوم إلى جانب التزام المدين الأصلي المنيب، ويكون للدائن حينها مدينان يلتزم كل منهما بأداء كل الدين، مما يحقق له ضمانا يؤمن له حصوله على حقه بحيث يستطيع مطالبة أي منهما بوفاء كامل الدين، وإذا قام أحد هذين المدينين (المناب أو المنيب) بوفاء الدين فإن الدين ينقضي. وتسمى الإنابة في هذه الحالة بالإنابة الناقصة، نظرا لعدم ابراء ذمة المدين الأصلي عند تعهد الأجنبي بالوفاء، فالإنابة الناقصة تؤدي الى إنشاء التزام جديد يقوم إلى جانب الالتزام الأصلي ولا تؤدي البتة إلى انقضاء الالتزام الأصلي ابراء ذمة المدين منه، وهذه الانابة الناقصة تختلف كما عرضنا عن الكفالة التي يكون فيها التزام

⁴⁶ محمود جمال الدين زكي، التامينات الشخصية والعينية، ط3، دون ذكر للناسر، القاهرة، 1979، ص35.

⁴⁷ سمير تناغو، مرجع سابق، ص 37.

⁴⁸ مصطفى حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى - مصر، 2006، ص32.

⁴⁹ جوزف عجاقة، الكفالة وفقا لاحكام قانون الموجبات والعقود، دراسة منشورة في مجلة العدل التي تصدر عن نقابة المحامين في بيروت، العدد 4 - سنة 2002، بيروت، 2002، ص363.

⁵⁰ سمير تناغو، مرجع سابق، ص28.

⁵¹ جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام - ج2- الاحكام العامة للالتزام في القانون القطري، مرجع سابق، ص 245

أصلي قائم في ذمة المدين وفي حال لم يتم الوفاء من قبله يلجأ الدائن الى الكفيل حينها لتنفيذ التزامه بالوفاء بدلا من المدين.⁵²

وتختلف الكفالة أيضا عن فكرة التعهد عن الغير، حيث يترتب على التعهد عن الغير التزام المتعهد أصليا بجعل الغير يقبل التزاما معيناً ولهذا الغير حرية قبول أو رفض ما تعهد به المتعهد، فيختلف حينها التزام المتعهد عن التزام الغير، بعكس الكفيل الذي يستند التزامه الى التزام المدين الأصلي ويتبعه ويضمن تنفيذه.⁵³

وفي ذلك نصت المادة 178 من القانون المدني القطري على أنه:

"1- إذا تعهد شخص لآخر أن يجعل الغير يلتزم بأمر معين، التزم هو بتعده دون ذلك الغير.

2- وإذا رفض الغير تحمل الالتزام، التزم المتعهد بتعويض المتعهد له عما يناله من ضرر بسبب إخلاله بهذا التعهد، وذلك ما لم يقم هو بنفسه بالأمر المتعهد به، إذا كان ذلك في مقدوره ولا يسبب ضرراً للمتعهد له.

3- أما إذا قبل الغير التعهد، فإنه يتحمل به وتبرأ منه ذمة المتعهد، ويكون تحمله به من وقت رضائه ما لم يثبت أنه قصد إسناد أثر هذا الرضا إلى وقت صدور التعهد."

وهذا يعني تعهد شخص لشخص آخر بالحصول على موافقة شخص ثالث بأن يلتزم هذا الأخير بأمر معين، مما يعني ان أثر التعهد مقتصر على طرفيه بحيث يكون المتعهد هو الملتزم تجاه المتعهد له وهو هنا الطرف الثاني. أما الشخص الثالث وهو المتعهد عنه فلا يلتزم بشيء حيث يستطيع رفض الالتزام أو قبوله ويمكن أن يقبله، فإذا قبل المتعهد عنه التعهد انقضى التزام المتعهد، بحيث لا يكون هذا الأخير ضامناً بعد ذلك تنفيذ الشخص الثالث للتعهد من عدمه، وهنا يبرز الفرق بين التعهد عن الغير والكفالة، حيث فالكفيل يضمن تنفيذ الالتزام الأصلي بينما المتعهد عن الغير لا يضمن ذلك، وان حصل ذلك أي ضمن التنفيذ أصبح حينها المتعهد كفيلاً.⁵⁴

خاتمة:

عرضنا في هذه الدراسة للحماية القانونية التي كفلها المشرع للدائن من منظور احكام الكفالة في القانون المدني القطري، على اعتبار الكفالة من قبيل التامين الشخصي الذي يقدمه المدين للدائن كضمان خاص يتقدم منزلة عن الضمان العام للدائنين الذي تكتنفه مخاطر عديدة.

وفي خلاصة دراستنا هذه توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات كما يلي:

أولاً: النتائج:

1- أن الكفالة من التامينات الشخصية التي يقدمها المدين للدائن كضمان خاص يتقدم منزلة عن الضمان العام للدائنين الذي تكتنفه مخاطر عديدة.

2- أن التامينات الشخصية اسبق ظهوراً من التامينات العينية ولعبت دوراً هاماً في حماية حقوق الدائن.

⁵² جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام - ج2- الاحكام العامة للالتزام في القانون القطري، مرجع سابق، ص 392

⁵³ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص39.

⁵⁴ جابر محجوب، النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - مصادر الالتزام، منشورات كلية القانون بجامعة قطر، الدوحة، 2006، ص 421.

- 3- ان الكفالة كنظام قانوني مؤداه ان يقوم الكفيل بتنفيذ الالتزام الأصلي في حال عدم تنفيذ المدين الأصلي له.
- 4- ان الكفالة تفترض تحديد طبيعة ومضمون الالتزام في عقد الكفالة ذاته.
- 5- ان صور الالتزام المكفول تتنوع حسب طبيعة الالتزام، فمن الممكن ان يكون الالتزام عبارة عن دفع مبلغ من النقود، أو إعطاء شيء غير النقود، أو يكون التزاما بعمل أو بالامتناع عن عمل.
- 6- ان مصادر الالتزام الأصلي المكفول تتعدد حسب مصادر الالتزام المختلفة، ارادية كانت أو غير ارادية، اما مصدر الالتزام الناشئ عن عقد الكفالة فمصدره عقد الكفالة
- 7- ان الكفالة تتنوع بحسب مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل، سواء كان القانون أو الاتفاق أو القضاء، أو بحسب طبيعة الكفالة سواء كانت مدنية أو تجارية.
- 8- ان تقسيمات الكفالة بحسب مصدرها تنقسم الى كفالة قانونية وكفالة قضائية وكفالة اتفاقية، ولهذا التقسيم أهمية مرتبطة بالاثار القانوني المترتب على الكفالة بحسب نوعها.
- 9- ان للكفالة خصائصها المميزة لها كنظام حمائي شخصي للدائن، والتي تنطلق من كون الكفالة من العقود التي خصها المشرع القطري بتنظيم قانوني متكامل تجعل منه من العقود المسماة، والرضائية التي لا تشترط شكلا معيناً، علاوة على كونه عقود الضمان الشخصي، وكذا اعتباره عقدت تابعت للعقد القائم بين الدائن والمدين، وهو من العقود الملزمة لجانب واحد إضافة الى كونه من عقود التبرع بالنسبة للكفيل بحسب الأصل.
- 10 - ان الكفالة تتميز بخصائصها عن كثير من الأنظمة القانونية كالتضامن السلبي والائابة الناقصة في الوفاء وكذا عن نظام التعهد عن الغير

ثانياً: التوصيات:

- 1- تطوير النظام القانوني للكفالة بتوفير مزيد من الضمانات لحماية مصالح الدائن خاصة فيما يتعلق بالحالات التي يتعثر فيها الكفيل عن القيام بالتزامه في حال لم يف المدين الأصلي بالتزامه.
- 2- النظر في إمكانية تعديل نص المادة 809 من القانون المدني القطري والتي تنص على أن " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبيئة"، بحيث تعطى الكفالة ضمانات إضافية لحماية طرفيها، بان تكون الكتابة للانعقاد وليس فقط للاثبات.
- 3- النظر في إمكانية تعديل نص المادة 810 من القانون المدني القطري والتي تنص على أنه:

" 1- إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصاً موسراً، ومقيماً في قطر، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً. 2- وإذا أعسر الكفيل بعد الكفالة، أو لم يعد له موطن في قطر، وجب تقديم كفيل آخر أو تأمين عيني كاف"، بحيث يجب ان يتم تحديد معيار منضبط ليسار الكفيل من عدمه واهمية اشتراط ان يكون لديه مورد دخل له في الدولة أو أموال معينة في دولة قطر.

4- النظر في تدعيم فكرة الكفالة التضامنية وكذلك الكفالة العينية باعتبارها ضمانات أكثر قوة من الكفالة العادية.

سلطة تبيد جمعيات حماية المستهلك ذات المنفعة العامة من خلال الملحق بالمدسوم رقم 2.12.462 بتاريخ 14 نوفمبر 2012، القاضي بتحديد النظام الأساس النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتداف لها بصفة المنفعة العامة

د. المصطفى بوزمان

أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - السويسي
جامعة محمد الخامس - الرباط

المقدمة

عرفت الساحة الدولية، بشكل عام والوطنية بشكل خاص، تنامي ظاهرة تدخل المجتمع المدني في جل مناحي الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية؛ لاعتبارات تتعلق بالحس بالمسؤولية في خدمة المصلحة العامة، أو في تحقيق المصالح الخاصة التي تتميز بالتعدد والتنوع من جهة، وبالتداخل والتعقيد من جهة أخرى، مما يفرض البحث في الآليات المناسبة لحماية كل مصلحة على حدة. وتزايد قيمة هذه الحماية عندما يتعلق الأمر بمصالح المستهلكين، والتي تشكل من حيث الواقع، حيزا مهما في العلاقات الاقتصادية، خصوصا عندما يتم ربط هذه المصالح بمفهوم المنفعة العامة؛ حينها يكون من اللازم البحث، ليس فقط في جميع وسائل الحماية بل أيضا الوقاية الكفيلة بتحقيق هذه المنفعة، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر وسواء عبر تدخل الدولة أو عبر تدخل الخواص، تماشيا مع التوجه القاضي باعتماد السياسات التشاركية في تدبير الشأن العمومي كمفهوم عام.

وتبعا لذلك، سعى المشرع المغربي إلى البحث في آليات حماية المستهلك، فوضع لها مجموعة من القواعد القانونية، حاول أن يراعي فيها مبدأ "القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية"؛ ابتغاء مساندة التشريع سلوك المجتمع تأثيرا وتأثرا. وأن يحدد الأشخاص الخاصة الكفيلة بتطبيق هذه القواعد على أرض الواقع على نطاق واسع؛ إذ لم يقتصر الأمر على مجرد تدخل الأشخاص العامة، بل امتد الأمر ليشمل الأشخاص الخاصة كذلك، كما هو الحال بالنسبة لجمعيات حماية المستهلك ذات المنفعة العامة.

وتحقيقا لهذه الغاية، تم وضع القوانين الآتية:

الظهير الشريف رقم 1.58.376 الصادر بتاريخ 27 نونبر 1958 المتعلق بحق تأسيس الجمعيات⁽⁵⁵⁾؛

⁵⁵ - الظهير الشريف رقم 1.58.376 المتعلق بحق تأسيس الجمعيات، ج.ر.ع 2404 مكرر الصادرة بتاريخ 16 جمادى الأولى 1378 الموافق ل 27 نونبر 1958. كما تم تغييره وتتميمه بالقانون رقم 75-00 الصادر بتنفيذه ظ.ش.ر 1-02-206 بتاريخ 23 يوليوز 2002 ولا سيما الفصل 9 منه، ج.ر.ع 5046 في 10 أكتوبر 2002، ص. 2892.

المرسوم رقم 2.12.462 الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 1958 المنظم لحق تأسيس الجمعيات⁽⁵⁶⁾؛
 المرسوم رقم 2-04-969 الصادر بتاريخ 10 يناير 2005 القاضي بتطبيق الظهير الشريف أعلاه⁽⁵⁷⁾؛
 القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الصادر بتاريخ 18 فبراير 2011⁽⁵⁸⁾؛
 الملحق بالمرسوم (رقم 2-12-462) الصادر بتاريخ 14 نونبر 2012 القاضي بتحديد النظام الأساس النموذجي لجمعيات
 حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة⁽⁵⁹⁾.

ويلاحظ تميز الإطار التشريعي، الذي خص به المشرع مساهمة الخواص في حماية المستهلك، بالتعدد والتنوع والتدرج؛ إذ يشمل على قانونين وظهير ومراسيم وملحق بمرسوم، مع استحضار بعض الإحالات المباشرة على قوانين أخرى مثل ظهير الالتزامات والعقود⁽⁶⁰⁾، كل ذلك ارتبط بأزمة مختلفة تمثلت في السنوات 1913 و1958 و2005 و2011 ثم 2012، كما تضمن مقتضيات تنحو نحو الانسجام لكنها تبقى غير متكاملة في جزئياتها.

والمستنتج من هذا، أنه ما كان هذا التعدد والتنوع والتدرج على مستوى المرجعية القانونية، إلا ليشكل دليلا على أهمية هذه جمعيات حماية المستهلك بداية، وعلى تفردا دون سواها من الأشخاص الخاصة، في تحقيق غاية المشرع المغربي الرامية إلى حماية المستهلك انتهاء؛ وهي غاية لا يمكن بلورتها على أرض الواقع إلا عبر تمكين هذه الجمعيات من مجموعة من الصلاحيات التي تتطلب ربطها بنوع من السلطة التي لا يمكن أن تخرج في جميع الأحوال من دائرة التقرير والتنفيذ والرقابية، كما هو متعارف عليه في الأنظمة ذات التركيبة الجماعية⁽⁶¹⁾. والسلطة التي تعني موضوع هذه الدراسة؛ هي السلطة التنفيذية لجمعية حماية المستهلك والتي تمكنها من تحقيق أهدافها؛ سواء المشتركة بينها وبين أي نوع آخر من

⁵⁶ - المرسوم رقم 2.12.462 الصادر بتاريخ 17 من ذي الحجة 1433 (14 نونبر 2012) القاضي بتحديد النظام الأساسي النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة، ج.ر.ع 6017 بتاريخ 25 محرم 1434 (10 دجنبر 2012).
 المرسوم رقم 2.12.462 الذي تنص المادة 1 منه على أنه: تؤسس بين المنخرطين في هذا النظام الأساسي والذين سينخرطون لاحقا، جمعية طبقا لأحكام الظهير الشريف رقم 1.58.376 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 (15 نوفمبر 1958) المنظم لحق تأسيس الجمعيات، كما تم تغييره وتتميمه؛

⁵⁷ - المرسوم رقم 2.04.969 الصادر في 28 من ذي القعدة 1425 (10 يناير 2005) لتطبيق ظ.ش.ر 1.58.376 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 (15 نونبر 1958) المتعلق بحق تأسيس الجمعيات، ج.ر.ع 5339 الصادرة بتاريخ 1 غشت 2005.

⁵⁸ - القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 بتاريخ 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، ج.ر.ع 5932 في 7 أبريل 2011، ص. 1072.

⁵⁹ - الملحق بالمرسوم رقم 2.12.462 الصادر في 17 من ذي الحجة 1433 (14 نوفمبر 2012) بتحديد النظام الأساس النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة، ج.ر.ع 6107 في 10 دجنبر 2012.

⁶⁰ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 1 ظ.ش. رقم 1.58.376 المتعلق بحق تأسيس الجمعيات، على أنه: "وتجري عليها (أي الجمعيات) فيما يرجع لصحتها القواعد القانونية العامة المطبقة على العقود والالتزامات". مما يقتضي الرجوع إلى ظهير الالتزامات والعقود الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) كما تم تعديله آخر مرة بموجب القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.76 بتاريخ في 11 شعبان 1440 (17 أبريل 2019)؛ الجريدة الرسمية عدد 6771 بتاريخ 16 شعبان 1440 (22 أبريل 2019) ص 2058.

⁶¹ - تتكون أجهزة جمعية حماية المستهلك من الجمع العام العادي والجمع العام الاستثنائي ومجلس الإدارة والمكتب بحسب المادة 10 من الملحق أعلاه. ويعتبر الجمع العام العادي أو الجمع العام الاستثنائي أعلى جهاز تقريبي في الجمعية،... "تبعاً للمادة 11 من الملحق عينه.

أنواع الجمعيات⁽⁶²⁾ أو الخاصة بها دون غيرها⁽⁶³⁾. وهي السلطة المعبر عنها تشريعيا بسلطة التدبير، والموكلة إلى مجلس إدارة جمعية حماية المستهلك ذات المنفعة العامة⁽⁶⁴⁾.

وتأتي أهمية دراسة سلطة تدبير هذه الجمعيات⁽⁶⁵⁾؛ اعتبارا لتعلقها بإحدى أهم السلطات التي يتصف بها أي نظام ذا تركيبة جماعية يقوم على المبادئ الديمقراطية، والتي يعتبر مجلس الإدارة أهم وأقوى جهاز فيها، على الأقل من الناحية العملية⁽⁶⁶⁾. مما يتطلب تحديد مفهوم سلطة تدبير جمعية حماية المستهلك ذات المنفعة العامة ونطاقها (المبحث الأول) ثم شروط ممارستها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم سلطة التدبير وأهدافها

اتخذ التدبير أو التسيير عدة مفاهيم، اختلفت بحسب الزاوية التي يُنظر منها إليه؛ سواء اقتصادية أكانت أم اجتماعية أم سياسية أم إدارية، وقد تختلف هذه الأخيرة بحسب طبيعة الأشخاص الذين يمارسونها؛ فقد يكونون أشخاصا عامة أو أشخاصا خاصة.

ويمكن تحليل هذه الوضعيات بالاستناد إلى عدة تيارات فكرية⁽⁶⁷⁾ تُخضع التسيير؛ من جهة، إلى قوانين أو قواعد أو أصول علمية قابلة للتطبيق على مختلف النشاطات الإنسانية، وتعتبره من جهة أخرى، علما وفنا؛ لارتباطه بباقي المعارف في جميع الدراسات، مثل علوم الاقتصاد والمحاسبة والرياضيات والاجتماع والنفوس والسياسة والاتصال والإعلام الآلي والأنتروبولوجيا. وأنه ذا دلالة وظيفية؛ لتعلقه بعمليات التنظيم والإدارة والتخطيط والقيادة والرقابة. وأنه يتميز بالتطور؛ لتعلق

⁶² - وينص الفصل 1 من ظ.ش لسنة 1958 -المعدل- بشكل عام على أن: "الجمعية هي اتفاق لتحقيق تعاون مستمر بين شخصين أو عدة أشخاص لاستخدام معلوماتهم أو نشاطهم لغاية غير توزيع الأرباح فيما بينهم.

وتجرى عليها فيما يرجع لصحتها القواعد القانونية العامة المطبقة على العقود والالتزامات".

⁶³ - تتمثل أهداف جمعيات حماية المستهلك بحسب المادة 6 من الملحق بصفة عامة في حماية الحقوق الأساسية للمستهلك كما تم التنصيص عليها بمقتضى القانون رقم 31.08 المشار إليه أعلاه، المتمثلة في: الحق في الإعلام؛ الحق في حماية مصالحه الاقتصادية؛ الحق في التمثيلية؛ الحق في التراجع؛ الحق في الاختيار؛ الحق في الإصغاء إليه.

⁶⁴ - تنص المادة 14 من الملحق بالمرسوم رقم 2.12.462 على أنه "يتولى إدارة الجمعية مجلس مكون من خمسة عشر متصرفا على الأكثر، ينتخبون جميعا من طرف الجمع العام لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

يتداول مجلس الإدارة في جميع القضايا التي تهم الجمعية، ويتمتع بجميع السلطات لتدبيرها في جميع الظروف".

⁶⁵ - تنص المادة 1 من الملحق على أنه: "تؤسس بين المنخرطين في هذا النظام الأساسي والذين سينخرطون لاحقا، جمعية طبقا لأحكام الظهير الشريف رقم 1.58.376 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 (15 نوفمبر 1958) المنظم لحق تأسيس الجمعيات، كما تم تغييره وتتميمه، والقانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ولا سيما المادة 154 منه".

مع العلم أن الفقرة 3 من الفصل 5 من ظ.ش أعلاه استعملت مصطلح "القوانين الأساسية" بدل الأنظمة الأساسية، وهي تسمية معيبة، خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة للشركات التجارية مثلا. كما أن المادة 5 من المادة 13 استعملت أيضا مصطلح "النظام الأساسي".

كما أن المادة 27 من الملحق استعملت مصطلح النظام الأساسي حيث جاء فيها: "يمنح رئيس الجمعية التفويض لامل النسخ الأصلية لهذا النظام الأساسي من أجل استكمال المساطر اللازمة لإيداعها لدى السلطات المعنية وفق التشريع الجاري به العمل".

⁶⁶ - تتكون أجهزة جمعية حماية المستهلك من الجمع العام العادي والجمع العام الاستثنائي ومجلس الإدارة والمكتب بحسب المادة 10 من الملحق أعلاه. ويعتبر الجمع العام العادي أو الجمع العام الاستثنائي أعلى جهاز تقرييري في الجمعية،...". تبعا للمادة 11 من الملحق عينه.

⁶⁷ - يمكن الرجوع في ذلك إلى المدرسة الكلاسيكية ومدرسة العلاقات الإنسانية ومدرسة التسيير.

استمراريتها بوجود إدارة في حد ذاتها، بل وبحكامه التسيير كذلك. كما أنه يجمع بين معطي العقلانية والإنسانية، بالإضافة إلى قيامه على عنصر حسن الأداء⁽⁶⁸⁾.

هذا عن التدبير بشكل عام، لكن ارتباطا بموضوع الدراسة، تتطلب مناقشة سلطة التدبير في علاقتها بجمعيات حماية المستهلك ذات المنفعة العامة (المطلب الأول) وفي ارتباطها بأهداف منح هذه السلطة (المطلب الثاني)، مع لفت الانتباه إلى التمييز الحاصل بين التسيير "gestion" باعتباره مفهوما ضيقا لا يشير في حقيقته إلا إلى مجموعة من تقنيات عمليات التسيير، وبين التدبير "management" باعتباره مفهوما أوسع؛ يجبُّ مفهوم التسيير بالإضافة إلى القدرات والكفاءات القيادية التي يجب أن تتحقق في المسير.

المطلب الأول: مفهوم سلطة التدبير في جمعيات حماية المستهلك ذات المنفعة العامة

سبقت الإشارة إلا أن مفهوم السلطة يتخذ أكثر من مظهر؛ فتكون السلطة بموجبه إما سلطة تقديرية وإما سلطة رقابية وإما سلطة تنفيذية التي يعبر عنها في مواقع أخرى بالسلطة الإدارية أو التسييرية أو التدبيرية.

وقبل تحديد مفهوم سلطة التدبير هذه؛ باعتبارها موضوع هذا البحث (الفقرة الثانية)، لا بد من الحديث عن مفهوم جمعية حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة؛ لكونها الإطار الذي تمارس في ظله هذه السلطة (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: مفهوم جمعية حماية المستهلك المعترف لها بالمنفعة العامة

يتطلب لتحديد مفهوم جمعية حماية المستهلك المعترف لها بالمنفعة العامة، تفكيك عناصر هذه التسمية؛ من حيث تحديد مفهوم الجمعية (أولا) ومفهوم حماية المستهلك (ثانيا) ثم مفهوم المنفعة العامة (ثالثا).

أولا: مفهوم الجمعية

تعتبر الجمعية اتفاقا لتحقيق تعاون مستمر بين شخصين أو عدة أشخاص لاستخدام معلوماتهم أو نشاطهم لغاية غير توزيع الأرباح فيما بينهم، بحسب الفقرة الأولى من الفصل 1 من ظ.ش لسنة 1958. ويعتبر عدم استهداف الربح ضابطا أساسيا ومميزا لها عن مجموعة من المؤسسات القانونية الأخرى التي تتخذ شكل تجمعات⁽⁶⁹⁾.

⁶⁸ - ولمزيد من التفصيل، يراجع عبد الرزاق بن حبيب: اقتصاد وتسيير المؤسسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عنكون، الجزائر، 2002؛ دياب إسماعيل محمد. الإدارة المدرسية. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، (2001م)؛ حجان: محاضرات لمقياس علم المنظمات، سميير ميموني: محاضرات أستاذ المحاضر لمقياس تاريخ الوقائع الاقتصادية ثم

<http://etudiantdz.net/vb/t20723.html>; <http://www.social-team.com/forum/archive/index.php?t-3855.html>

⁶⁹ - يعد عدم استهداف تحقيق الربح لأعضائها يجعلها تشكل أقصى درجات التعاون، خلافا لما هو عليه الحال لبعض التجمعات الأخرى التي وإن كانت لا تستهدف تحقيق الربح لحسابها إلا أنها ترمي خدمة أعضائها مثل التعاونيات والتعاضديات، كما أنها تختلف بشكل كبير عن الشركات التجارية التي ترمي بالأساس تحقيق الأرباح استنادا إلى نص الفصل 982 من ظ.ع الذي جاء فيه:

"الشركة عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا، لتكون مشتركة بينهم، بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها". مع مراعاة أحكام القانون 17-75 المتعلق بشركات المساهمة والقانون 96-5 المتعلق بباقي الشركات التجارية الأخرى خصوصا الشركة ذات المسؤولية المحدودة المكونة من شريك وحيد.

وتجري على صحة الجمعية، القواعد القانونية العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود، تبعا للفقرة الثانية من 1 أعلاه؛ وهي، بحسب الفصل 2 من ق.ل.ع⁽⁷⁰⁾؛ أهلية الالتزام والرضى والمحل والسبب⁽⁷¹⁾، وهي الأركان المتطلبة لصحة جميع الاتفاقات بما فيها الجمعية، بالإضافة إلى الشكلية أو التسليم متى نُصَّ عليهما صراحة من قبل المشرع أو من قبل المتعاقدين⁽⁷²⁾. لكن هل تُتطلب الشكلية كذلك لصحة تأسيس الجمعية؟

يعطي الفصل 2 من ظهير 1958 لكل شخص حرية تأسيس الجمعيات، لكنه يشترط في الوقت نفسه مراعاة مقتضيات الفصل 5 من القانون ذاته⁽⁷³⁾ والذي ألزم الجمعية بتقديم تصريح وأنه عند استيفائه للإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل، يسلم الوصل النهائي وجوبا داخل أجل أقصاه 60 يوما، وفي حالة عدم تسليمه داخل هذا الأجل جاز للجمعية أن تمارس نشاطها وفق الأهداف المسطرة في قوانينها⁽⁷⁴⁾.

⁷⁰- ينص الفصل 2 من ق.ل.ع على أنه: "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

1- الأهلية للالتزام؛

2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العنصر الأساسية للالتزام؛

3- شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام؛

4- سبب مشروع للالتزام".

⁷¹- الفصل 3 من ظ.ش لسنة 1958: "كل جمعية تؤسس لغاية أو لهدف غير مشروع يتنافى مع القوانين أو الآداب العامة أو قد يهدف إلى المس بالدين الإسلامي أو بوحدة التراب الوطني أو بالنظام الملكي أو تدعو إلى كافة أشكال التمييز تكون باطلة". وينص الفصل 7 من ظهير 1958: "تختص المحكمة الابتدائية بالنظر في طلب التصريح ببطلن الجمعية المنصوص عليه في الفصل الثالث أعلاه. كما تختص أيضا في طلب حل الجمعية إذا كانت في وضعية مخالفة للقانون. وذلك سواء بطلب من كل من يعنيه الأمر أو بمبادرة من النيابة العامة.

وللمحكمة بالرغم من كل وسائل الطعن أن تأمر ضمن الإجراءات التحفظية بإغلاق الأماكن ومنع كل اجتماع لأعضاء الجمعية".

⁷²- ينص الفصل 2.1 من ق.ل.ع على أنه: عندما تشترط الكتابة لصحة تصرف قانوني، يمكن إعدادها وحفظها بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصولين 1-417 و2-417 أدناه⁷².

يمكن للملتزم، عندما يطلب منه بيان مكتوب بيده، أن يقوم بتحريره بشكل إلكتروني إذا كان من شأن شروط تحريره ضمان أنه الوحيد الذي يمكنه القيام بذلك.

غير أن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحركات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون⁷²، ماعدا المحركات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته".

⁷³- ينص الفصل 2 من ظهير 1958 على أنه: "يجوز تأسيس جمعيات الأشخاص بكل حرية ودون سابق إذن بشرط أن تراعى في ذلك مقتضيات الفصل 5".

⁷⁴- ينص الفصل 5 من ظهير 1958 على أنه: "يجب أن تقدم كل جمعية تصريحا إلى مقر السلطة الإدارية المحلية الكائن به مقر الجمعية مباشرة أو بواسطة عون قضائي يسلم عنه مؤقت محتوم ومؤرخ في الحال وتوجه السلطة المحلية المذكورة إلى النيابة العامة بالمحكمة الابتدائية المختصة نسخة من التصريح المذكور وكذا نسخا من الوثائق المرفقة به المشار إليها في الفقرة الثالثة بعده، وذلك قصد تمكينها من إبداء رأيها في الطلب عند الاقتضاء.

وعند استيفاء التصريح للإجراءات المنصوص عليها في الفقرة اللاحقة يسلم الوصل النهائي وجوبا داخل أجل أقصاه 60 يوما وفي حالة عدم تسليمه داخل هذا الأجل جاز للجمعية أن تمارس نشاطها وفق الأهداف المسطرة في قوانينها.

ويتضمن التصريح ما يلي:

-إسم الجمعية وأهدافها؛

-لائحة بالأسماء الشخصية والعائلية وجنسية وسن وتاريخ ومكان ازدياد ومهنة ومحل سكنى أعضاء المكتب المسير؛

-الصفة التي يمثلون بها الجمعية تحت أي اسم كان؛

ويشترط الفصل 6 من ظهير 1958⁽⁷⁵⁾ أن يتم التصريح بالجمعية بصفة قانونية؛

لكي يكون لها حق الترافع والتقاضي والتملك والتصرف في الإعانات العمومية والخاصة وفي واجبات الانخراط والاشتراك وفي المساعدات وفي المقرات والأدوات المخصصة لتسييرها وعقد اجتماعات أعضائها وفي الممتلكات الضرورية لممارسة وإنجاز أهدافها.

ويلاحظ أن هذا الفصل أخرج التسيير من دائرة الصلاحيات المتوقفة ممارستها على التصريح القانوني للجمعية. لكن هل يكفي في قيام الجمعية مجرد تقديم التصريح بها بشكل قانوني أم يتطلب قبول التصريح والموافقة عليه؟

إن الفصل 2 من ظهير 1958 أعلاه، لم يلزم الجمعية بتقديم تصريح وحسب، بل اشترط استيفاء إجراءات محددة، مع تعلق ممارسة نشاط الجمعية بموافقة صريحة عبر تسلمها وصلا نهائيا داخل أجل أقصاه 60 يوما، أو بموافقة ضمنية عند عدم تسلم هذا الوصل خلال هذا الأجل.

لذلك، حتى وإن تم استبعاد الكتابة كركن في تأسيس الجمعية، فما جدوى هذا الاستبعاد إن لم يمكنها من ممارسة أنشطتها، مما يجعل الكتابة أمرا حاسما بدون ينتفي الحديث عن وجود الجمعية على الأقل من الناحية الفعلية.

-صوراً من بطاقتهم الوطنية أو بطائق الإقامة بالنسبة للأجانب ونسها من بطائق السجل العدلي،
-مقر الجمعية؛

-عدد ومقار ما أحدثته الجمعية من فروع ومؤسسات تابعة لها أو منفصلة عنها تعمل تحت إدارتها أو تربطها بها علائق مستمرة وترمي إلى القيام بعمل مشترك؛

وتضاف إلى التصريح المشار إليه في الفقرة الأولى من هذا الفصل القوانين الأساسية وتقدم ثلاثة نظائر عن هذه الوثائق إلى مقر السلطة الإدارية المحلية التي توجه واحدة منها إلى الأمانة العامة للحكومة.

ويعضي صاحب الطلب تصريحه وكذا الوثائق المضافة إليه ويشهد بصحتها وتفرض على كل من القوانين الأساسية ولائحة الأعضاء المكلفين بإدارة الجمعية أو تسييرها حقوق التنبر المؤداة - بالنسبة للحجم، باستثناء نظيرين.

وكل تغيير يطرأ على التسيير أو الإدارة أو كل تعديل يدخل على القوانين الأساسية وكذا إحداث مؤسسات فرعية أو تابعة أو منفصلة، يجب أن تصرح به خلال الشهر الموالي وضمن نفس الشروط، ولا يمكن أن يحتج على الغير بهذه التغييرات والتعديلات إلا ابتداء من اليوم الذي يقع فيه التصريح بها.

وفي حالة ما إذا لم يطرأ أي تغيير في أعضاء الإدارة يجب على المعنيين بالأمر أن يصرحوا بعدم وقوع التغيير المذكور وذلك في التاريخ المقرر له بموجب القوانين الأساسية.

ويسلم وصل مختوم ومؤرخ في الحال عن كل تصريح بالتغيير أو بعدمه".

⁷⁵ - ينص الفصل 6 من ظهير 1958 على أنه: "كل جمعية صرح بتأسيسها بصفة قانونية يحق لها أن تترافع أمام المحاكم وأن تقتني بعوض وأن تمتلك وتتصرف فيما يلي:

1. الإعانات العمومية؛
2. واجبات انخراط أعضائها؛
3. واجبات اشتراك أعضائها السنوي؛
4. إعانات القطاع الخاص؛
5. المساعدات التي يمكن أن تتلقاها الجمعية من جهات أجنبية أو منظمات دولية مع مراعاة مقتضيات الفصلين 17 و32 مكرر من هذا القانون؛
6. المقرات والأدوات المخصصة لتسييرها وعقد اجتماعات أعضائها؛
7. الممتلكات الضرورية لممارسة وإنجاز أهدافها".

ثانيا: مفهوم حماية المستهلك

يقتضي الحديث عن حماية المستهلك التسليم منذ البداية بوجود علاقة تعاقدية بين المستهلك والمورد، استنادا إلى نص الفقرة الأولى المادة 2 من القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك والتي جاء فيها: "يحدد هذا القانون العلاقات بين المستهلك والمورد". كما تم تعريفهما في المادة نفسها⁽⁷⁶⁾. وعن الحماية التي تُعنى بها هذه الجمعية، فقد أشار إليها هذا القانون الذي اعتبر من خلال ديباجته، أنه يشكل إطارا مكملا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك بغية تعزيز الحقوق الأساسية لهذا الأخير، والمتمثلة أساسا في الحق في الإعلام والحق في حماية حقوقه الاقتصادية والحق في التمثيلية والحق في التراجع والحق في الاختيار والحق في الإصغاء إليه.

ثالثا: مفهوم المنفعة العامة

تنص الفقرة الأولى الفصل 9 من ظ.ش لسنة 1958 كما تم تعديله على أن: "كل جمعية باستثناء الأحزاب والجمعيات ذات الصبغة السياسية المشار إليها في الجزء الرابع من هذا القانون يمكن أن يعترف لها بصفة المنفعة العامة بمقتضى مرسوم بعد أن تقدم طلبا في الموضوع وتجري السلطة الإدارية بحثا في شأن غايتها ووسائل عملها". كما تنص الفقرة السابعة منه على أنه: "وتتمتع الجمعية ذات المنفعة العامة بالامتيازات الناجمة عن المقتضيات الآتية بعده بصرف النظر عن المنافع المقررة في الفصل 6 أعلاه"⁽⁷⁷⁾. ويعتبر مفهوم المنفعة العامة مفهوما ذا بعد اقتصادي أكثر منه قانونيا، وتحيل المنفعة بذلك إلى القدرة على إشباع الحاجيات، وتتخذ عدة مظاهر أو أنواع؛ ترتبط بالشكلية أو بالمكانية أو بالتملك أو بالزمن أو بالخدمية أو بالكل⁽⁷⁸⁾. ويحيل مفهوم العامة، من حيث المبدأ، إلى المنافع غير التنافسية والتي لا يمكن الاستغناء عنها بما تشمله من منتجات أو خدمات.

⁷⁶ - ويقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي، بحسب الفقرة الثانية من المادة 1 من قانون 31-08.

ويقصد بالمورد كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري، بحسب الفقرة الثالثة من المادة 1 من قانون 31-08. ⁷⁷ - وهذه المنافع هي:

الترافع أمام المحاكم وأن تقتني بعوض وأن تملك وتتصرف في الإعانات العمومية وواجبات انخراط أعضائها وواجبات اشتراك أعضائها السنوي أو إعانات القطاع الخاص والمساعدات التي يمكن أن تتلقاها من جهات أجنبية أو منظمات دولية مع مراعاة مقتضيات الفصلين 17 و32 مكرر من هذا القانون ثم المقررات والأدوات المخصصة لتسييرها وعقد اجتماعات أعضائها والممتلكات الضرورية لممارسة وإنجاز أهدافها".
تمتلك في الحدود المبينة في مرسوم الاعتراف بصفة المنفعة العامة الأموال والمنقولات أو العقارات اللازمة لهدفها أو للمشروع الذي ترمي إلى بلوغه، بحسب الفصل 10 من الظهير.

إمكانية، ضمن الشروط المقررة في قوانينها الأساسية وبعد الإذن الذي يصدره الوزير الأول، أن تقتني بدون عوض بموجب عقود بين الأحياء أو بوصية وبغرض أموالا سواء كانت نقودا أو قيما أو منقولات أو عقارات، بحسب الفصل 11 من الظهير.

⁷⁸ - يمكن تحديد أنواع المنافع بشكل عام في الآتي:

- المنفعة الشكلية: وهي المنفعة التي تحصل نتيجة التغيير في شكل المادة.
- المنفعة المكانية: هي المنفعة التي تحصل نتيجة التغيير في مكان المادة.
- المنفعة التملكية: هي المنفعة التي تحصل نتيجة انتقال الملكية من شخص لآخر.
- المنفعة الزمنية: هي المنفعة التي تحصل نتيجة التفاوت في الزمن.
- المنفعة الخدمية: هي المنفعة التي تحصل نتيجة تقديم الخدمة، كخدمة المهندس، المدرس،... الخ.
- المنفعة الكلية: مجموع الوحدات من المنافع التي حصل عليها المستهلك من جراء اقتنائه مختلف الوحدات من السلع والخدمات.
- المنفعة الحدية: هي فرق المنفعة بين كميتين من سلعة ما عندما تتفاوت هاتين الكميتين بمقدار وحدة واحدة من السلعة المعينة.
- المنفعة الحدية المتناقصة: هي تناقص المنفعة الحدية بالنسبة لشخص ما كلما زاد لديه عدد وحدات من سلعة ما.

الفقرة الثانية: مفهوم سلطة التدبير الجمعية

اكتفى المشرع بمجرد الإشارة إلى مصطلح السلطة إلى جانب مصطلحي الإدارة والتدبير في الفقرة الثانية من المادة 14 من الملحق بالمرسوم التي نصت على أن مجلس الإدارة يتمتع بسلطة تدبير الجمعية، وفي الفقرة الأولى من المادة ذاتها التي جاء فيها أن مجلس الإدارة يتولى إدارة الجمعية. ولكنه لم يحدد مفهوم أي واحد من هذه المصطلحات، مما يطرح معه التساؤل حول العلاقة أو الحدود الفاصلة بين السلطة من جهة أولى، والإدارة أو التدبير من جهة ثانية، ثم ما علاقة ذلك بالتسيير المشار إليه في الفقرة الثامنة من المادة عينها، من جهة ثالثة؟

ولا يكفي لسد هذا الفراغ المفاهيمي، الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود، بحسب ما تقتضي به إحالة الفصل 1 من ظهير 1958⁽⁷⁹⁾.

وما يمكن الإشارة إلى أنه غالباً ما تأتي مصطلحات الإدارة والتدبير والتسيير مترادفة، وغالباً ما تستهدف المعنى نفسه، سواء في علاقتها بالجمعيات أو بباقي المؤسسات القانونية الأخرى⁽⁸⁰⁾.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الثامنة من المادة 14 من الملحق بالمرسوم، يتبين أن التسيير يوكل إلى مكتب مسير منتخب من بين أعضاء مجلس الإدارة، وهو ما يوحي بأن التسيير يشكل جزءاً من الإدارة. أما على مستوى الإدارة، فيتضح تبعاً للفقرة الثانية من المادة 14 نفسها، أن هدف مجلس الإدارة هو تدبير جميع القضايا التي تهتم الجمعية، وهو ما يعني أن غاية هذا النص هي جعل التدبير صورة مطابقة للإدارة، بصرف النظر عن أي اختلاف يمكن تصوره في مجالات أخرى كالعلوم الاقتصادية مثلاً.

وإذا كانت المادة 14 أعلاه توحى بأن منح سلطة التدبير يبقى حكراً على مجلس الإدارة، وهو ما يؤسس لمبدأ فصل السلط بين أجهزة الجمعية⁽⁸¹⁾، فإن المادة 19 من الملحق توحى بغير ذلك؛ حينما تحدثت بشكل صريح عن تفويض السلط عبر تمكين أعضاء الجمعية من تمثيل بعضهم. وهنا يطرح التساؤل حول هل يتعلق الأمر بتفويض مُكنة التصويت أم السلطة في حد ذاتها؟

⁷⁹ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 1 من ظ.ش المتعلق بحق تأسيس الجمعيات على أنه:

"وتجري عليها (أي الجمعيات) فيما يرجع لصحتها القواعد القانونية العامة المطبقة على العقود والالتزامات"، وهذا ما يحيلنا إلى الحديث مثلاً على الفصل 11 بخصوص إدارة أموال الغير، والفصلين 821 و822 في شأن إدارة الحارس للشيء وحفظه، وعدم قيامه بأي عمل من أعمال التفويت إلا لما هو ضروري لمصلحة الأشياء المعهود إليه بحراستها، والفصل 971 فيما يتعلق بإدارة المال المشاع، ثم الفصول من 1015 إلى 1026 بخصوص إدارة شؤون الشركة.

⁸⁰ - يتعلق الأمر مثلاً، بما تنص المادتان 69 و102 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، الصادر بتطبيقه ظ.ش. رقم 124-96-1 في 30 غشت 1996، ج.ر.ر. 4422 في 17 أكتوبر 1996، كما تم تغييره وتتميمه بموجب آخر قانون رقم 78.12 الصادر بتنفيذه ظ.ش رقم 106.15.1 بتاريخ 12 من شوال 1436 (29 يوليو 2015)، ج.ر. عدد 6390 مكرر بتاريخ 12 ذو القعدة 1436 (28 أغسطس 2015)، ص. 7416 مكرر. والمواد 6 و25 و35 ثم 62 من القانون رقم 5.95 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهام والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة الصادر في الجريدة الرسمية عدد 4478 بتاريخ 23 ذي الحجة 1417 (فاتح ماي 1997)، ص 1058، كما تم تعديله بآخر قانون رقم 82.99 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.99.328 بتاريخ 21 رمضان 1420 (30 ديسمبر 1999)؛ الجريدة الرسمية عدد 4756 بتاريخ 21 رمضان 1420 (30 ديسمبر 1999)، ص 3071.

⁸¹ - حيث يقوم مجلس الإدارة بصلاحيات تنفيذية، على أساس أن توكل المهام التقريرية للجمع العام.

وتحليل علاقة الأفراد بالسلطة في شموليتها، على أصحاب الحقوق سواء كانت حقوقا عينية أو شخصية⁽⁸²⁾، وهو ما لا يتأتى القياس عليه بالنسبة في هذا المقام؛ اعتبارا لخصوصية السلطة الممارسة على مستوى الجمعيات بشكل عام، ومجلس الإدارة بشكل خاص، مما يعني أن تفويض السلطة المتحدث عنه في المادة 19 أعلاه إنما يقصد به تفويض العضو للحق وليس للسلطة؛ لأن هذه الأخيرة مكنة قانونية بيد أجهزة الجمعية لا بيد أعضائها الذين لهم مجرد الانخراط بشكل جماعي في جهاز اسمه مجلس الإدارة، يكون الإرادة المشتركة لأعضائه وباسمه ولحساب الجمعية التي يمثلونها يمارسون السلطة. إن المقاربة أعلاه، هي التي تفتح الحديث حول مسألة احتكار سلطة التدبير من لدن مجلس الإدارة، بدليل الفقرة الأولى من المادة 14 التي استعملت مصطلح "يتولى مجلس الإدارة" وهي ولاية عامة تعني ممارسة سلطة التدبير كما عبرت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة السابقة؛ من حيث تمتع مجلس الإدارة بجميع السلط لتدبير الجمعية، وفي جميع الظروف، وفي ذلك دلالة على أن الظرف قد يكون ظروف زمان أو ظروف مكان أو ظرف حالة عادية خاصة، وفي ذلك إشارة واضحة أيضا إلى توسيع نطاق سلطة هذا المجلس، بطبيعة الحال في الحدود التي لا تتعارض مع طبيعة عمل الجمعية وغرضها.

ولما اشترطت الفقرة الرابعة من المادة 14 عقد اجتماعين على الأقل في السنة، فهو حد قانوني أدنى لا يمكن النزول عنه، يجعل مبدأ دورية الاجتماعات؛ قواما لممارسة سلطة التدبير من جهة، وضمان استمراريتها من جهة أخرى، وهو ما تؤكد الفقرة عينها حينما اعتبرت أن حالة الضرورة تقتضي من مجلس الإدارة الدعوة إلى عقد اجتماع آخر.

ولما كانت الفقرة الثانية من المادة 14 كذلك، تتحدث عن كون مجلس الإدارة يتداول في جميع القضايا التي تهم الجمعية، فمعنى ذلك أن سلطة التدبير تقوم على تنوع نطاقها واتساعه ليشمل جميع أمور الجمعية. كما تقوم أيضا على مبدأ التداول استنادا إلى الفقرة الأولى من المادة ذاتها التي حددت مدة العضوية في مجلس الإدارة في أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، وهو مبدأ من مبادئ الديمقراطية التي يقوم عليها التسيير الجماعي بشكل عام ومجلس الإدارة بشكل خاص، طالما أن هذا الأخير لا يتصف بتركيبته الجماعية فحسب، بل بانتخاب العضوية فيه كذلك⁽⁸³⁾.

المطلب الثاني: أهداف سلطة التدبير

لا يعتبر منح السلطة لمجلس تدبير جمعية حماية المستهلك المعترف لها بالمنفعة العامة، هدفا في حد ذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق أهداف الجمعية، مما يتطلب بداية استحضار القيود التي يجب أن تمارس في ظلها هذه السلطة؛ وهي قيود قانونية⁽⁸⁴⁾ من جهة ونظامية من جهة أخرى⁽⁸⁵⁾.

⁸² - تكون لصاحب الحق العيني سلطة مباشرة يقرها القانون له على شيء معين بالذات ويمكن الاحتجاج به تجاه الكافة. في حين صاحب الحق الشخصي لن تتأتى له ممارسة حقه هذا رابطة قانونية تربطه بشخص آخر يلزم بأداء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به.

⁸³ - تنص الفقرة الأولى من المادة 14 من الملحق على أنه: "يتولى إدارة الجمعية مجلس مكون من خمسة عشر متصرفا على الأكثر، ينتخبون جميعا من طرف الجمع العام لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة".

⁸⁴ - الفصل 3 من ط.ش لسنة 1958: "كل جمعية تؤسس لغاية أو لهدف غير مشروع يتنافى مع القوانين أو الآداب العامة أو قد يهدف إلى المس بالدين الإسلامي أو بوحدة التراب الوطني أو بالنظام الملكي أو تدعو إلى كافة أشكال التمييز تكون باطلة".

⁸⁵ - أي التقييد بما تضمنه النظام الأساسي للجمعية من بنود، وعلى رأسها غرض الجمعية.

ويتداول مجلس الإدارة بحسب الفقرة الثانية من المادة 14 من الملحق في القضايا التي تهم جمعية حماية المستهلك، وهو ما يحيل على مقتضيات المادة 6 التي تعتبر أن أهداف هذه الجمعية؛ هي حماية الحقوق الأساسية للمستهلك كما تم التنصيص عليها بمقتضى القانون رقم 31.08 والمتمثلة في:

الفقرة الأولى: الحق في الإعلام والإبصاف

أولاً: الحق في الإعلام⁽⁸⁶⁾: يتم الحق في الإعلام عبر تمكين المستهلك من القيام باختيار معقول يراعي حاجياته وإمكانياته، لذلك يتعين على المورد أن يقدم له جميع المعلومات الضرورية. ولهذه الغاية، يجب على المورد أن يضع رهن إشارة المستهلكين، بأي طريقة مناسبة، المعلومات المتعلقة بالميزات الأساسية للمنتجات أو السلع؛ تاريخ الصلاحية، عن اقتضى الأمر ذلك؛ أسعار التتوج أو السلعة؛ تعريف الخدمات؛ طريقة الاستخدام الاستعمال؛ مدة وشروط الضمان؛ الشروط الخاصة بالبيع أو بتقديم الخدمة؛ القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية، عند الاقتضاء.

ثانياً: الحق في الإبصاف إليه⁽⁸⁷⁾: تجعل المقاربة الاقتصادية من المستهلك ملكاً، يجب الإبصاف إلى كل متطلباته وتنفيذ الممكن منها عملياً وقانونياً.

الفقرة الثانية: الحق في الاختيار والتراجع

أولاً: الحق في الاختيار⁽⁸⁸⁾: يخول القانون المستهلك الحق في اختيار المنتج أو السلعة أو الخدمة الأنسب لإمكانياته وحاجاته. وهكذا، يحق له التوفر على معلومات واضحة ودقيقة عن المنتج أو الخدمة التي يبحث عنها، وله أن يتخذ قرار

⁸⁶ - بخصوص الحق في الإعلام: يراجع كذلك، يوسف الزوجال: المنظومة الدمانية للمستهلك في عقود الخدمات عقد التأمين نموذجاً، دراسة تحليلية وفق آخر المستجدات القانونية، دار الأمان، الرباط، 2013، ص. 184 وما يليها؛ أحلام الكزيري: الاستراتيجية الوطنية لحماية المستهلك والإجراءات المتخذة لتفعيلها، بمناسبة أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه، المنظم من قبل مختبر البحث، قانون الأعمال، بكلية الحقوق بسطات، في 14 مارس 2013، ص. 21-22، أبو بكر مهم: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية من خلال الالتزام بالإعلام، قراءة في القسم الثاني من القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، بمناسبة أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه، المنظم من قبل مختبر البحث، قانون الأعمال، بكلية الحقوق بسطات، في 14 مارس 2013، ص. 75 وما يليها؛ أبو بكر مهم: الالتزام بالإعلام في عقد الرحلة، ضمانات حماية مستهلك الخدمات السياحية قراءة في القانون 31.08 والممارسة القضائية والعملية، الحق في الإعلام-الحق في الاختيار-الحق في الرجوع، أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل مختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بسطات بشركة مع مندوبية وزارة التجارة والصناعة والتكنولوجيا الحديثة بسطات وبنسليمان، الجمعة 16 مارس 2012، ص. 19 وما يليها؛ عبد الرحمان الشرقاوي: حماية السائح في المرحلة السابقة عن التعاقد بين مقتضيات النصوص الخاصة وأحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ضمانات حماية مستهلك الخدمات السياحية قراءة في القانون 31.08 والممارسة القضائية والعملية، الحق في الإعلام-الحق في الاختيار-الحق في الرجوع، أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل مختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بسطات بشركة مع مندوبية وزارة التجارة والصناعة والتكنولوجيا الحديثة بسطات وبنسليمان، الجمعة 16 مارس 2012، ص. 52 وما يليها؛ حمزة أنوي: حماية مستهلك الخدمات السياحية في التشريع المغربي، ضمانات حماية مستهلك الخدمات السياحية قراءة في القانون 31.08 والممارسة القضائية والعملية، الحق في الإعلام-الحق في الاختيار-الحق في الرجوع، أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل مختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بسطات بشركة مع مندوبية وزارة التجارة والصناعة والتكنولوجيا الحديثة بسطات وبنسليمان، الجمعة 16 مارس 2012، ص. 83 وما يليها؛ نزهة الخلدني: الالتزام بالإعلام ودوره في تنوير إرادة المستهلك، دراسة وأبحاث في ضوء مستجدات القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني، 2014، ص. 158 وما يليها.

⁸⁷ - الحق في الإبصاف إليه: يراجع كذلك،

⁸⁸ - الحق في الاختيار: يراجع كذلك،

شراء المنتج أو السلعة أو الخدمة أو أخذ قرض دون أن يخضع أو يجبر على ذلك. كما له كامل الخيار ليغير رأيه والتراجع عنه داخل أجل معقول. كذلك، يتعين على كل مورد للمنتجات والخدمات أن يقدم للمستهلك المعلومات أو الوسائل التي من شأنها أن تساعد على القيام باختيار معقول، مراعاة لحاجياته وإمكانياته.

ويتعلق حق الاختيار هذا، سواء بعقود الاشتراك أو العقود المبرمة عن بعد أو عقود القرض الاستهلاكية أو اختيار المؤمن.

ثانيا: **الحق في التراجع**⁽⁸⁹⁾: ويكمن هذا الحق للمستهلك بحسب المادة 36 و المواد من 47 إلى 50 من القانون رقم 08-

31 في ثلاث حالات، وهي:

حالة العقد المبرم عن بعد؛

حالة البيع خارج المحلات التجارية؛ حالة عقد القرض الاستهلاكي.

الفقرة الثالثة: الحق في التمثيلية وحماية المصلحة الاقتصادية

أولاً: **الحق في حماية مصالحه الاقتصادية**⁽⁹⁰⁾: يتضمن القانون رقم 08-31 أحكاما تسمح بحماية الحقوق الاقتصادية

للمستهلك، سواء تعلق الأمر بمواجهة الشروط التعسفية، أو الممارسات التجارية التي تتم عبر العقود المبرمة عن بعد أو التي تخص البيع خارج المحلات التجارية؛ البيع بالتخفيض؛ البيع أو الخدمة مع مكافأة؛ رفض البيع أو تقديم الخدمة أو تعليقهما؛ البيع أو تقديم الخدمة بشكل هرمي؛ استغلال الضعف أو الجهل؛ المسابقات الشهرية لأجل الربح.

⁸⁹ - بخصوص الحق في التراجع: يراجع كذلك، يوسف الزوجال: المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات عقد التأمين نموذجا، دراسة تحليلية وفق آخر المستجدات القانونية، دار الأمان، الرباط، 2013، ص. 193 وما يليها.

أيمن مساعدة وعلاء، خصاونة: خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، حماية المستهلك، دراسة وأبحاث في ضوء مستجدات القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني، 2014، ص. 64 وما يليها.

عبد الكريم عباد: حق المستهلك في الرجوع في قطاع الخدمات السياحية، ضمانات حماية مستهلك الخدمات السياحية قراءة في القانون 31.08 والممارسة القضائية والعملية، الحق في الإعلام-الحق في الاختيار-الحق في الرجوع، أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل مختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بسطات بشركة مع مندوبية وزارة التجارة والصناعة والتكنولوجيا الحديثة بسطات وبنسليمان، الجمعة 16 مارس 2012، ص. 29 وما يليها.

Jamal RABII : Le droit de rétraction dans la loi 31.08 édictant des mesures de protection du consommateur, Rejuvix Editions, 2014, p.5 au 21.

⁹⁰ - بخصوص الحق في الدفاع عن الحقوق الاقتصادية: يراجع كذلك، بوعبيد عباسي: حماية الحقوق الاقتصادية للمستهلك بين القواعد الجنائية والمدنية، بمناسبة أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه، المنظم مكن قبل مختبر البحث، قانون الأعمال، بكلية الحقوق بسطات، في 14 مارس 2013، ص. 23 وما يليها، ضياء نعمان: حماية المستهلك في العقد المبرم بشكل إلكتروني -الوفاء الإلكتروني نموذجا- بمناسبة أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه، المنظم مكن قبل مختبر البحث، قانون الأعمال، بكلية الحقوق بسطات، في 14 مارس 2013، ص. 59 وما يليها؛ عائشة فضيل: حماية السائح المستهلك في القانون المغربي والقانون المقارن، ضمانات حماية مستهلك الخدمات السياحية قراءة في القانون 31.08 والممارسة القضائية والعملية، الحق في الإعلام-الحق في الاختيار-الحق في الرجوع، أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل مختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بسطات بشركة مع مندوبية وزارة التجارة والصناعة والتكنولوجيا الحديثة بسطات وبنسليمان، الجمعة 16 مارس 2012، ص. 39 وما يليها.

Lamyae SAHRANE : Lecture de la loi 31.08 sur la protection du consommateur au Maroc : Apports et insuffisances, Ed. 2014, p. 5 au 10 ; Chifae EL MOUDDEN : Le contrôle des opérations de concentration économique : Préservation de la concurrence ou entrave à la compétitivité? Ed. 2014, p.11 au 21.

ثانيا: الحق في التمثيلية⁽⁹¹⁾: يعترف القانون رقم 08-31 للمستهلك في حالة نزاعه مع المورد، من حق تمثيله من بل إحدى جمعيات حماية المستهلك للتقاضي عنه أو للتوصل إلى تسوية ودية لفائدته مع المورد.

وبشكل عام، يمكن تعزيز هذه حقوق المستهلك عبر تدخل القضاء⁽⁹²⁾ كإجراء علاجي، يمكن تعزيزه بإجراءات استباقية أو وقائية عبر تدخل جمعيات حماية المستهلك، في تربية المستهلكين وتوجيههم وتحسيسهم حول الجوانب الصحية والغذائية والبيئية والتجارية، والحث على تطوير جودة المنتوجات والخدمات، والمساهمة في برامج تنمية الوعي بالمواطنة، لا سيما من خلال تنظيم لقاءات وعروض فنية ووصلات إخبارية وتظاهرات، وربط علاقات تعاون مع الجمعيات التي تعمل في المجال نفسه، سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، والمساهمة في التسوية غير القضائية لنزاعات الاستهلاك. ليقى التساؤل مطروحا حول شروط ممارسة سلطة التدبير في جمعيات حماية المستهلك ذات المنفعة العامة.

المبحث الثاني: شروط ممارسة سلطة التدبير في جمعيات حماية المستهلك ذات المنفعة العامة

يلزم عند تكتل الأشخاص داخل مجموعة ما، كما هو الحال بالنسبة لجمعيات، من أجل القيام بعمل مشترك، أن تطفو على السطح إرادة جماعية يتم التعبير عنها باعتماد إما "قانون الأغلبية" وإما "قانون الإجماع" الذي يجسد قمة التوافق الجماعي ويتميز ببساطة التعامل به خلافا لسابقه، إلا أنه يحتوي على خطر تعطيل سير المجموعة أو حلها عندما تكون للأشخاص المكونين لهذه المجموعة آراء متعارضة، فيصبح حينها قانون الإجماع "مبدأ ضعف لا قوة"⁽⁹³⁾.

وقد كانت هذه السلبية سببا رئيسا في تغليب قانون الأغلبية على قانون الإجماع والذي إن كان يحسد من سلطة إرادة الأشخاص داخل المجموعة إلا أنه يشكل ضمانا لبقائها. وقد فرض هذا المبدأ نفسه تدريجيا وذلك لأسباب لا تتعلق فقط بتغليب المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية كما هو الحال بالنسبة إلى قانون الإجماع، بل كذلك لواقعيته وفعاليتها؛ حيث أصبح ضرورة عملية لتسيير التجمعات الكبرى بما في ذلك الجمعيات، لكن دون الإخلال بالقيود التي توطر حقيقة تواجدها، سواء كانت قيودا قانونية⁽⁹⁴⁾.

⁹¹ - بخصوص الحق في التمثيلية: يراجع كذلك، زكرياء خليل: دور جمعيات حماية المستهلكين في تمثيل المستهلكين والدفاع عنهم بين المقتضيات القانونية والواقع العملي، بمناسبة أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه، المنظم مكن قبل مختبر البحث، قانون الأعمال، بكلية الحقوق بسطات، في 14 مارس 2013، ص. 91 وما يليها.

Chifae EL MOUDDEN : Op.cit, p.p. 129 au 140.

⁹² - يراجع في ذلك، عبد الكريم عباد: دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، بمناسبة أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه، المنظم مكن قبل مختبر البحث، قانون الأعمال، بكلية الحقوق بسطات، في 14 مارس 2013، ص. 99 وما يليها.

⁹³ - بل إن الرأي الواحد المخالف قد يعطل سير المجموعة في هذه الحالة، من خلال إعماله "حق الفيتو".

⁹⁴ - يقصد بالقيود القانونية، النصوص القانونية المنظمة لعمل جمعيات حماية المستهلك، وتشكل المادة 5 من الملحق بالمرسوم الأساس المباشر الذي يمكن اعتماده في هذا الإطار، والتي تمت عنونها بحدود نشاط الجمعية؛ بحيث نصت الفقرة الثالثة منها على أنه يمكن للجمعية أن تقوم بحملات تواصلية إعلامية أو تحسيسية موجهة للعموم تتعلق بمجال حماية المستهلك، في مقابل ذلك نصت في فقرتها الأولى والثانية على أنه يجب على الجمعية أن تحافظ على الحياد التام تنفيذا لأهدافها المنصوص عليها في قانونها الأساسي، وأنه يحظر عليها الخوض في أي نقاش سياسي أو ديني، أو ربط أي شركات أو تعاون أو هما معا مع موردي السلع أو المنتوجات أو الخدمات. كما يمنع عليها القيام بأي حملة تواصلية تجارية لفائدة سلعة أو منتج أو خدمة.

أو نظامية⁽⁹⁵⁾، تحت طائلة الجزاء⁽⁹⁶⁾.

فماذا عن النصاب (المطلب الأول) ثم قانون الأغلبية (المطلب الثاني) المتطلبين لصحة ممارسة سلطة التدبير في جمعية حماية المستهلك ذات المنفعة العامة.

المطلب الأول: النصاب شرط لممارسة سلطة التدبير

يُعد من القواعد العامة خضوع التجمعات لآليات التدبير الديمقراطي، خصوصا بالنسبة للتجمعات التي تكتسب الشخصية الاعتبارية، وما تستلزمه من فصل للسلط وتوزيعها بين مكونات هذه الشخصية، والتي تتخذ شكل سلطة تقريرية أو سلطة تنفيذية أو سلطة رقابية، وهو ما يتطلب استحضاره بمناسبة مناقشة موضوع الجمعيات بما فيها جمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العام.

وبخصوص السلطة التنفيذية لهذه الجمعيات أو ما يُعبر عنه تشريعا بسلطة التدبير⁽⁹⁷⁾، باعتبارها مجال هذا البحث، فإن صحة أعمال هذه السلطة يقتضي استحضار مجموعة من الشروط، تُحدّد بداية في تحقق النصاب وما يشترطه من تحقق لحضور أعضاء مجلس الإدارة (الفقرة الثانية) عبر توجيه الدعوة إليهم (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: تعلق النصاب بتوجيه الدعوة

تعتبر الدعوة إلى الاجتماع شرطا ضروريا لصحة مداوات مجلس إدارة الجمعية بحسب الفقرة 4 من المادة 14 من الملحق بالمرسوم، وتتطلب صحة انعقاد الدعوة بدورها بتحقيق مجموعة من الشروط، التي يتم التساؤل حول مدى شموليتها وكفايتها انطلاقا مما نصت عليه المادة 14 من الملحق أعلاه، سواء في شقها المتعلق بتحقيق الدعوة نفسها أو بموضوعها وبأجلها.

⁹⁵ - يقصد بالقيود النظامية، ما ضمن من بنود في النظام الأساسي للجمعية سواء عند تأسيسها أو بمناسبة تعديل نظامها، ويتم وضعه الأساسي أول مرة عند تأسيسها (المادة 1 من الملحق بالمرسوم)، ويمكن تعديله في حياة الشركة من لدن الجمع العام الاستثنائي (المادة 13 من الملحق بالمرسوم). وتجدر الإشارة إلى الملحق بالمرسوم الخاص بجمعيات حماية المستهلك ذات المنفعة، تارة يستعمل مصطلح النظام الأساسي كما هو الحال في المادة 7 بموجب حديثها عن العضوية في جمعيات حماية المستهلك في بندها الأول من الفقرة الأولى، والمادة 13 عند تطرقها لاختصاصات الجمع العام الاستثنائي في بندها الأول من الفقرة الخامسة، وتارة أخرى يستعمل مصطلح القانون الأساسي كما هو الشأن بالنسبة للمادة 5 بموجب حديثها عن حدود نشاط جمعيات حماية المستهلك في فقرتها الأولى، وهو ما يوحي بأن الأمر يتعلق بمفهومين مختلفين، والحال أن المشرع قصد معنى واحدا، وأن التسمية الصحيحة هي النظام، تمييزا له عن القانون، وسيرا على ما يؤخذ به على مستوى مؤسسات قانونية أخرى من قبيل الشركات التجارية كما تشير إلى ذلك المادة 2 من قانون شركات المساهمة والمواد 5 و23 و32 و50 من قانون باقي الشركات التجارية).

⁹⁶ - بنص الفصل 38 من ظهير 1958 على أنه: "كل جمعية تقوم بنشاط غير النشاط المقرر في قوانينها الأساسية يمكن حلها طبق الإجراءات المنصوص عليها في الفصل السابع، ويعاقب مسيرو الجمعية بغرامة تتراوح ما بين 1200 و5000 درهم، وذلك بصرف النظر عن العقوبات المحددة في التشريع الجنائي".

وينص الفصل 7 من الظهير نفسه على أنه: "تختص المحكمة الابتدائية في طلب التصريح بطلان الجمعية المنصوص عليه في الفصل الثالث أعلاه. كما تختص أيضا في طلب حل الجمعية إذا كانت في وضعية مخالفة للقانون. وذلك سواء بطلب من كل من يعنيه الأمر أو بمبادرة من النيابة العامة. وللمحكمة بالرغم من كل وسائل الطعن أن تأمر ضمن الإجراءات التحفظية بإغلاق الأماكن ومنع كل اجتماع لأعضاء الجمعية".

⁹⁷ - تنص الفقرة الثانية من المادة 14 من الملحق بالمرسوم رقم 2.12.462 على أنه: "يتداول مجلس الإدارة في جميع القضايا التي تهم الجمعية، ويتمتع بجميع السلط لتدبيرها في جميع الظروف".

أولاً: النطاق الشخصي للدعوة

يُقصد بالنطاق الشخصي لدعوة مجلس الإدارة للانعقاد؛ الأشخاص أو الجهات الذين لهم صلاحية توجيه الدعوة أو تسلمها. وهكذا، إذا كان تحديد من وجهت إليهم الدعوة لا يطرح إشكالا، طالما أن المعنيين بها هم أعضاء هذا مجلس الإدارة من حيث المبدأ، وهم المتصرفون بصفتهم أعضاء في مجلس الإدارة بحسب المادة 14 من الملحق بالمرسوم⁽⁹⁸⁾، فإنه على خلاف ذلك بالنسبة لمن يوجه الدعوة؛ حيث اكتفت المادة 14 أعلاه بالتنصيص فقط على رئيس مجلس الإدارة، وهو تقييد يمس السير العادي لمجلس الإدارة، خصوصا أنه توجد واقعا من الأسباب ما يحول دون قيام هذا الرئيس بمهمته هذه، مما يشكل فراغا تشريعا، يطرح معه التساؤل عن مدى إمكانية تفويض صلاحيات الرئيس لسواه، سواء من بين أعضاء المجلس أو من خارجه؟

يمكن لرئيس مجلس الإدارة تفويض صلاحياته لنائبه⁽⁹⁹⁾ استنادا إلى المادة 16 من الملحق بالمرسوم⁽¹⁰⁰⁾ أو إلى أي عضو من أعضاء المجلس تبعا للمادة 19 من الملحق المرسوم ذاته⁽¹⁰¹⁾، وهي مكنة قانونية فعالة متى حالت أسباب خارجية دون تمكن رئيس المجلس من توجيه الدعوة إلى الأعضاء. لكن الأمر مختلف عندما يمتنع الرئيس أصلا عن توجيه الدعوة، ليمثل بذلك أحد مظاهر سوء النية، التي لا يمكن معه إعمال مكنة التفويض هذه، طالما أنها بيد الرئيس، مما يشكل سببا وجيها لتعطيل سير أعمال مجلس الإدارة.

وأمام هذا القصور القانوني في ضمان استمرارية سير مجلس الإدارة، فإنه يتطلب اعتماد التوجه ذاته الذي أخذ به المشرع؛ حينما أحدث مؤسسة الكاتب العام المساعد إلى جانب الكاتب العام تبعا للمادة 17⁽¹⁰²⁾، ومؤسسة أمين المال المساعد إلى جانب أمين المال بحسب المادة 18⁽¹⁰³⁾؛ وأوكل إليهما حق الإنابة عن مساعدانه حالة وجود عائق أو غياب.

ويوجد ثمة فراغ قانوني آخر بخصوص الأشخاص الذين يحق لهم طلب توجيه دعوة انعقاد المجلس، شأنه في ذلك شأن انعقاد الجمع العام العادي⁽¹⁰⁴⁾

⁹⁸ - تنص المادة 14 من الملحق بالمرسوم رقم 2.12.462 على أنه " يتولى إدارة الجمعية مجلس مكون من خمسة عشر متصرفا على الأكثر، ينتخبون جميعا من طرف الجمع العام لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة".

⁹⁹ - تنص المادة 15 من الملحق بالمرسوم التي جاء فيها أنه: " يتألف المكتب إضافة إلى رئيسه، من نائب الرئيس والكاتب العام والكاتب العام المساعد، وأمين المال وأمين المال المساعد، ينتخبون جميعا أثناء انعقاد الجمع العام العادي لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة".

¹⁰⁰ - تنص المادة 16 من الملحق بالمرسوم على أنه: " يرأس الرئيس اجتماعات المكتب، ويسهر على سير الجمعية، وعلى تنفيذ القرارات المتخذة من طرف مختلف أجهزة الجمعية، ويقوم كذلك بتنسيق عملياتها وأنشطتها، كما يوقع المراسلات، ويوقع مع أمين المال الشيكات وأية وثيقة محاسبية. يمثل الرئيس الجمعية إزاء الغير، ويمكن له أن يفوض جزء من صلاحياته إلى نائب الرئيس أو إلى عضو آخر يعينه لهذا الغرض من بين أعضاء المكتب".

¹⁰¹ - تنص المادة 19 من الملحق بالمرسوم على أنه: " لا يمكن لأي عضو في الجمعية أن يمثل سوى واحد آخر في اجتماعات أجهزة هذه الجمعية، وتمنح هذه التمثيلية من خلال وكالة موقعة من طرف الموكل".

¹⁰² - تنص الفقرة 5 من المادة 17 من الملحق بالمرسوم على أنه: " ينوب الكاتب العام المساعد عن الكاتب العام إذا عاق هذا الأخير عائق".

¹⁰³ - تنص الفقرة 3 من المادة 18 من الملحق بالمرسوم على أنه: "... ينوب أمين المال المساعد عن أمين المال عند غياب هذا الأخير".

¹⁰⁴ - تنص المادة 12 من الملحق بالمرسوم على أنه: " ينعقد الجمع العام العادي بدعوة من رئيس الجمعية مرة كل سنتين على الأقل، وكلما دعت الضرورة إلى ذلك. كما يمكن أن ينعقد بطلب من الأغلبية المطلقة لأعضاء المكتب أو مجلس الإدارة".

وخلافا لما هو عليه الحال بالنسبة للجمع العام الاستثنائي⁽¹⁰⁵⁾، وهو ما يكرس سلطة رئيس مجلس الإدارة، متى بقي الجهاز أو الشخص الوحيد المخول له توجيه الدعوة، وفي ذلك تضيق آخر، قد يعطل سير أعمال المجلس. مما يستدعي تمكين أعضاء المجلس من حق مطالبة الرئيس بتوجيه الدعوة لانعقاد المجلس، بعد تحديد موضوعها، ويمكن ربط قبول هذا الطلب بصدوره عن ثلث أعضاء هذا المجلس.

ثانيا: النطاق الموضوعي للدعوة

لا يمكن تصور انعقاد اجتماع ما بدون توجيه دعوة بخصوصه، وهو ما أكدته المادة 14 أعلاه، كما أنه لا يمكن تصور جدية الدعوة بدون إرفاقها بجدول أعمال، وهذا ما يُعد موضوع فراغ قانوني، لا يتماشى والفلسفة من توجيه الدعوة، فكيف ذلك؟

لا يُعتبر إرفاق الدعوة بجدول الأعمال مجرد شكلية ينبغي تحقيقها، بل يُشكل إعلاما أوليا بموضوع الاجتماع، ومنطلقا للاطلاع إن إعلاما أو استعلاما بخصوص النقط المزمع مناقشتها، بالشكل الذي يتوافق وفلسفة التسيير الجماعي الذي يتطلب تحديد حد زمني يفصل بين تاريخ توجيه الدعوة وتاريخ انعقادها، لتمكين المدعويين من تكوين فكرة كافية عن موضوع الاجتماع، باعتباره معطى أساس لتحقيق مشاركة فعالة في مداوات مجلس الإدارة. وهذه المسألة تعرف بدورها فراغا تشريعيًا ليست له من آثار سوى المساهمة في تعطيل التسيير العادي للمجلس. وتعتبر مدة خمسة عشر يوما الفاصلة بين تاريخ توجيه الدعوة وانعقاد المجلس مدة لاطلاع أعضاء المجلس على فحوى موضوع الاجتماع. على أساس أن يكون أجل أسبوع هو المدة الفاصلة تاريخ توجيه الدعوة الثانية وانعقادها.

وفي مقابل ذلك، لا يعد فراغا تشريعيًا مؤثرا، عدم التنصيص على وسائل توجيه الدعوة؛ إذ يمكن إعمال جميع الوسائل القانونية المتاحة في التبليغ، متى تناسبت مع خصوصية سير عمل جمعية حماية المستهلك هاته، بما في ذلك وسائل الاتصال الحديثة، التي تجاوز نطاق الأخذ بها مجرد التبليغ، ليشمل المشاركة في مداوات أجهزة بعض الأشخاص الاعتبارية من قبيل الشركات التجارية⁽¹⁰⁶⁾.

¹⁰⁵ - تنص المادة 13 من الملحق بالمرسوم على أنه: "ينعقد الجمع العام الاستثنائي بطلب من الأغلبية المطلقة لأعضاء المكتب أو مجلس الإدارة أو بطلب من ثلث أعضاء الجمعية".

¹⁰⁶ - تنص الفقرة الثالثة من المادة 50 من ق.ش.م على أنه: "يمكن أن ينص النظام الأساسي على أنه يعتبر في حكم الحاضرين لأجل احتساب النصاب والأغلبية المتصرفين الذين يشاركون في اجتماع مجلس الإدارة بوسائل الاتصال عبر الصوت والصورة أو وسائل مماثلة تمكن من التعريف بهم. ولا تطبق هذه القاعدة عند اتخاذ القرارات المنصوص عليها في المواد 63 و 67 المكررة و 67 المكررة مرتين و 72". وتنص المادة 50 المكررة 27 من ق.ش.م على أنه: "يقصد بوسائل الاتصال عبر الصوت والصورة أو وسائل مماثلة كل الوسائل التي تمكن المتصرفين أو أعضاء مجلس الرقابة أو المساهمين في الشركة من المشاركة عن بعد في اجتماعات أجهزة تسيير الشركة أو أجهزة الاجتماعات. يجب أن تستجيب وسائل الاتصال عبر الصوت والصورة للشروط التالية: -التوفر على المميزات التقنية التي تضمن المشاركة الفعلية في اجتماعات أجهزة التسيير أو الأجهزة الاجتماعية التي يتم بث مداواتها بطريقة غير متقطعة،

-التمكين من التعريف مسبقا بالأشخاص المشاركين في الاجتماع بواسطة هذه الوسيلة،

-التمكين من وضع تسجيل موثوق للمناقشات والمداوات، من أجل وسائل الإثبات.

يجب أن تبين محاضر اجتماعات هذه الأجهزة كل طارئ تقني متعلق بوسائل الاتصال عبر الصوت والصورة عندما يحدث اضطرابا في سير الاجتماع".

الفقرة الثانية: تعلق النصاب بتحقيق الحضور

لا يمكن أن الحديث عن النصاب إلا عبر استحضار حضور من وُجّهت إليهم الدعوة، سواء أكان الحضور حضوراً شخصياً أم نيابياً، مباشراً أم غير مباشر⁽¹⁰⁷⁾. لذلك تطلبت الفقرة الخامسة من المادة 14 لصحة مداوالات مجلس الإدارة، أن يحضر ما يزيد عن نصف أعضائه، وهو حضور جماعي سنده في ذلك؛ التركيبة الجماعية لهذا المجلس، فكيف ذلك؟

ويتكون مجلس الإدارة من تركيبة جماعية منتخبة تتمثل في خمسة عشر عضواً على الأكثر⁽¹⁰⁸⁾، وهو ما يشكل أحد مقومات الديمقراطية المتطلبة في العمل الجماعي، وأن هذا الحد يشكل حداً قانونياً أقصى يمكن النزول عنه بموجب النظام الأساسي للجمعية، لكن ما هي حدود هذا النزول؟

إن الأصل في تركيبة الجمعية بشكل عام، وتركيبة مجلس الإدارة بشكل خاص أن تكون تركيبة جماعية، يستلزمها تسييراً جماعياً، تؤسس له مختلف القوانين ذات الصلة بأهداف الجمعية، وبنظامها الأساسي الذي من مستلزماته؛ تحديد غرض الشركة باعتباره ضابطاً أساسياً يتماهى مع آليات تسيير الجمعية، سواء على مستوى أجهزتها التقريرية أو التنفيذية. وعليه، لا يمكن عملياً تصور جهاز إداري -لجمعيات حماية المستهلك ذات منفعة عامة- يتكون من عدد قليل جداً من الأعضاء.

وحددت المادة 14 أعلاه مدة العضوية -في مجلس الإدارة- في أربع سنوات؛ وهي مدة معقولة يمكن تجديدها من تسيير إتمام برامج الجمعية على المدى القريب أو المتوسط، اعتباراً لخصوصية عمل هذا النوع من الجمعيات. ولما كانت المدة القصوى لهذه العضوية هي ثماني سنوات في جميع الأحوال، ففي ذلك دلالة واضحة على أن المشرع يعمل على تكريس قواعد الديمقراطية في العمل الجماعي، عبر الأخذ بمبدأ التداول بين أعضاء الجمعية في ممارسة سلطة التدبير.

¹⁰⁷ - يقصد بالحضور المباشر؛ حضور الشخص إلى عين المكان المخصص لانعقاد مجلس الإدارة. ويقصد بالحضور غير المباشر؛ الحضور عن بعد والذي يتم عبر الوسائل التكنولوجية، والتي أصبح المشرع ينص عليها في أكثر من موقع. ومثله المادتين 50 و50 مكرر من ق.ش.م الواردتين أسفله، ومن مزاياها أنها تساهم في مواجهة ظاهرة الغياب التي تعترض عمل أي عمل مشترك، لاعتبارات مادية أو نفسية. والقاعدة أنه -في حالة غياب أي نص قانوني مخالف- يمكن أن ينص النظام الأساسي اعتبارهم في حكم الحاضرين لأجل احتساب النصاب والأغلبية الأعضاء الذين يشاركون في اجتماع مجلس الإدارة بوسائل الاتصال عبر الصوت والصورة أو وسائل مماثلة تمكن من التعريف بهم. وهذا أشارت إليها بشكل صريح المادة 50 من ق.ش.م، كما قامت بتعريفها المادة 50 مكرر من القانون نفسه، بل حدد كذلك شروط الأخذ بها، حيث نصت على أنه: "يقصد بوسائل الاتصال عبر الصوت والصورة أو وسائل مماثلة كل الوسائل التي تمكن المتصرفين أو أعضاء مجلس الرقابة أو المساهمين في الشركة من المشاركة عن بعد في اجتماعات أجهزة تسيير الشركة أو أجهزتها الاجتماعية. يجب أن تستجيب وسائل الاتصال عبر الصوت والصورة للشروط التالية:

-التوفر على المميزات التقنية التي تضمن المشاركة الفعلية في اجتماعات أجهزة التسيير أو الأجهزة الاجتماعية التي يتم بث مداوالاتها بطريقة غير متقطعة؛
-التمكين من التعريف مسبقاً بالأشخاص المشاركين في الاجتماع بواسطة هذه الوسيلة،
-التمكين من وضع تسجيل موثوق للمناقشات والمداوالات، من أجل وسائل الإثبات. يجب أن تبين محاضر اجتماعات هذه الأجهزة كل طارئ تقني متعلق بوسائل الاتصال عبر الصوت والصورة عندما يحدث اضطراباً في سير الاجتماع".

¹⁰⁸ - تنص الفقرة الأولى من المادة 14 من الملحق بالمرسوم رقم 2.12.462 على أنه "يتولى إدارة الجمعية مجلس مكون من خمسة عشر متصرفاً على الأكثر، ينتخبون جميعاً من طرف الجمع العام لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة".

ومن الأوضاع التي تثير الانتباه كذلك؛ الحالة التي لا يتحقق فيها النصاب القانوني، إذ إن المشرع -خلافًا لما هو عليه الحال بالنسبة لأجهزة أخرى⁽¹⁰⁹⁾- لم ينص على توجيه دعوة ثانية يرتبط بها تحقق نصاب معين، ومن الطبيعي أن يقل هذا النصاب عن نظيره المقرر في الدعوة الأولى، ضمنا للسير العادي للمجلس بما يحقق أهداف الجمعية المتمثلة في حماية المستهلك، خصوصا أمام تنامي ظاهرة الغياب التي أصبحت تكتسي العمل الجماعي بشكل عام؛ لاعتبارات نفسية⁽¹¹⁰⁾ وأخرى مادية⁽¹¹¹⁾.

ويمكن اعتبار التمثيلية بشكل عام⁽¹¹²⁾ أو المنصوص عليها في المادة 19 من الملحق بالمرسوم، مكنة قانونية لمواجهة ظاهرة الغياب؛ حيث يسمح بواسطتها لكل عضو من أعضاء الجمعية أن يوكل من ينوب عنه لممارسة حقوقه، إلا أنها مع ذلك تبقى مكنة محدودة الفعالية؛ لارتباط ممارستها بعدة شروط، إذ إن تمثيلية أي عضو في الجمعية لا تتم إلا من لدن عضو آخر في الجمعية عينها، وأن هذا العضو لا يمكنه أن يمثل سوى عضوا واحدا، كما أن هذه التمثيلية لا تتم إلا عبر وكالة موقعة⁽¹¹³⁾.

وتفاديا لهذا التضييق أو لهذه الإكراهات القانونية، يُطرح التساؤل حول مدى إمكانية إدراج بند في النظام الأساسي للجمعية، يسمح بإجراء دعوة ثانية -يكون النصاب فيها بمن حضر- في حالة عدم تحقق النصاب في الدعوة الأولى؟

¹⁰⁹ - كما هو الحال بالنسبة للجمع العام العادي إذ تنص الفقرة الثالثة من المادة 12 على أنه: "لا تعتبر الاجتماعات صحيحة إلا إذا كان على الأقل نصف الأعضاء المؤسسين والأعضاء العاملين حاضرين أو ممثلين وعند الاقتضاء توجه دعوة ثانية بنفس شروط الدعوة الأولى. وينعقد الجمع العام العادي مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين أو الممثلين". أو بالنسبة للجمع العام الاستثنائي إذ تنص الفقرة الثالثة من المادة 13 على أنه: "لا تعتبر الاجتماعات صحيحة إلا بحضور ثلثي الأعضاء أو الممثلين وعند الاقتضاء، توجه دعوة ثانية بنفس شروط الدعوة الأولى، وينعقد الجمع العام الاستثنائي مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين أو الممثلين".

وهو الوضع ذاته يمكن بالنسبة لأجهزة أخرى ذات التركيبة الجماعية ساء المنتمية إلى القطاع الخاص، مثل الشركات التجارية بخصوص مجلس الإدارة؛ حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 50 على أنه: "لا يتداول مجلس الإدارة بصورة صحيحة إلا بحضور نصف أعضائه على الأقل حضورا فعليا" أو المنتمية إلى القطاع العام، مثل مجلس تدبير المؤسسة بالمؤسسات التعليمية؛ إذ تنص المادة 21 من المرسوم رقم 2.02.376 بمثابة النظام الأساسي الخاص بمؤسسات التربية والتعليم العمومي في 17 يوليو 2002 على أنه: "يشترط لصحة مداوات مجلس تدبير المؤسسة أن يحضرها ما لا يقل عن نصف أعضائه في الجلسة الأولى وفي حالة عدم اكتمال النصاب يوجه استدعاء ثان في ظرف أسبوعين ويكون النصاب بالحاضرين".

¹¹⁰ - قد ترتبط ظاهرة الغياب بأسباب النفسية تتمثل في غلبة سيكولوجية العضو في عدم تحقيقه لبعض المصالح الخاصة على الأقل ذات الاعتبار المعنوي، مقابل التضحيات التي يبذلها لفائدة العمل هذا العمل الجماعي، أو إساسا منه بأن حضوره من عدمه غير مؤثر في القرار الجماعي.

¹¹¹ - وقد ترتبط ظاهرة بأسباب مادية تتمثل في: البعد الجغرافي؛ تكلفة التنقل؛ ضيق الوقت أو في التقارب الزمني في لاجتماع المجلس. ¹¹² - كما هو الحال بالنسبة لبعض التجمعات مثل مجلس إدارة شركات المساهمة حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 50 من ق.ش.م على أنه: "يمكن للمتصرف، ما لم ينص النظام الأساسي على خلاف ذلك أن يوكل كتابة متصرفا آخر لتمثيله في جلسة من جلسات المجلس. ولا يمكن أن يكون لكل متصرف سوى توكيل واحد خلال نفس الجلسة".

¹¹³ - وهو المنطق نفسه المعتمد على مستوى مجلس إدارة شركات المساهمة؛ لارتباط صحة التمثيلية بالوكالة الكتابية وبتحقق صفة الصفة العضوية في الوكيل؛ أي ألا يكون من خارج أعضاء مجلس الإدارة.

¹¹³ - تنص المادة 19 من الملحق بالمرسوم على أنه: "لا يمكن لأي عضو في الجمعية أن يمثل سوى عضو واحد آخر في اجتماعات أجهزة هذه الجمعية، وتمنح هذه التمثيلية من خلال وكالة موقعة من طرف الموكل".

تقتضي الإجابة عن هذا السؤال، البحث في مدى اعتبار قواعد النصاب من النظام العام أم لا؟ وبالرجوع إلى المادة 14 أعلاه، يتبين أن صحة مداوات مجلس الإدارة تتوقف على تحقق النصاب، مما يعني أن النصاب يشكل شرط صحة، يؤدي انتفاؤه إلى بطلان المداوات، وأنه لا مجال لإسقاط هذا الحكم من خلال إدراج بند في النظام الأساسي للجمعية؛ لأن قراءة المادة 14 لا تُعسف بذلك، ولو اتجهت إرادة المشرع عكس هذا لاعتُمد النهج ذاته المعمول به على مستوى صحة مداوات الجمع العام الاستثنائي للجمعية⁽¹¹⁴⁾.

ويمكن تصور انعقاد اجتماعات جمعية حماية المستهلك ذات المنفعة العامة بشكل عام ومجلس إدارة إدارتها بشكل خاص، في أي مكان ما لم يتعلق الأمر بالأماكن التي توضع رهن إشارة الجمعية من قبل مورد السلع أو المنتجات أو الخدمات، كما يقضي بذلك الملحق بالمرسوم رقم 2.12.462⁽¹¹⁵⁾.

ويأتي هذا الاستثناء حفاظا على الاستقلالية والحياد المتطلب تحققهما في الجمعية في علاقتها بالمهنيين والذين يمكن أن يكونوا طرفا في النزاعات الحاصلة التي لها علاقة بحماية المستهلكين.

ولما كانت التركيبة الجماعية لمجلس الإدارة ضابطا للأخذ بمبدأ التسيير الجماعي، فإن هذا الأخير يقتضي إعمال قانون الإجماع أو قانون الأغلبية، وهو ما يؤسس بدوره لمفهوم سلطة الأغلبية، فكيف ذلك؟

المطلب الثاني: الأغلبية شرط لممارسة سلطة التدبير

تعد الأغلبية مبدأ عاما وضابطا لاتخاذ القرارات ذات الصبغة الجماعية، التي لا يشكل فيها إعمال الإجماع أو التساوي إلا استثناء، وينطبق هذا الاستثناء على إعمال مفهوم الأقلية كذلك، والتي لا يمكن النظر إليها إلا من زاوية حقها في معارضة الأغلبية أو مواجهة تعسفها.

وفي الاتجاه عينه، يقوم مجلس إدارة جمعية حماية المستهلك على مبدأ الأغلبية، وهذا ما عبرت عنه الفقرة 6 المادة 14 من الملحق بالمرسوم؛ حيث يتخذ قراراته بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين أو الممثلين، وفي حالة تعادل الأصوات، يُرجح صوت الرئيس⁽¹¹⁶⁾، مما يعني أن التصويت يشكل ضابطا لاحتماب الأغلبية، يُتطلب تحديدها (الفقرة الأولى) قبل تحديد مفهوم التصويت المرتبط بها (الفقرة الأولى)؟

الفقرة الأولى: الأغلبية شرط لممارسة السلطة

تعد الأغلبية شرطاً لممارسة مجلس الإدارة سلطة تدبير جمعية حماية المستهلك ذات المنفعة العامة، فما هو السند القانوني لاعتماد مفهوم الأغلبية (أولا) وما هو مفهومها القانوني (ثانيا)؟

¹¹⁴ - تنص الفقرة الثالثة من المادة 12 على أنه: "لا تعتبر الاجتماعات صحيحة إلا بحضور ثلثي الأعضاء أو الممثلين وعند الاقتضاء، توجه دعوة ثانية بنفس شروط الدعوة الأولى، وينعقد الجمع العام الاستثنائي مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين أو الممثلين".

¹¹⁶ - وتوافق في ذلك الفقرة 5 من المادة 50 من ق.ش.م بمناسبة حديثها عن الأغلبية المتطلبية في اتخاذ قرارات مجلس إدارة هذه الشركات، والتي تنص على أنه: "تتخذ القرارات، ما لم ينص النظام الأساسي على وجوب أغلبية أكثر عددا، بأغلبية الأعضاء الحاضرين أو الممثلين. وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس ما لم ينص النظام الأساسي على خلاف ذلك".

أولاً: سند اعتماد الأغلبية

تعتبر الجمعية اتفاقاً يقوم على التعاون المستمر بين أعضائها استناداً إلى الفصل 1 من ظهير تأسيس الجمعيات العامة⁽¹¹⁷⁾، لذلك لا يمكن تصور وجودها إلا عبر موافقة جميع مؤسسيها، لكن هل يُتطلب بقاء هذا الإجماع طيلة حياة الجمعية، خصوصاً وأن هذا الفصل يحيل في فقرته الثانية على تطبيق قواعد الالتزامات والعقود، بما فيها الفصل 230 الذي ينص على أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز إلغاؤها إلا بتراضي الأطراف أو في الحالات التي ينص عليها القانون، مما يُفهم منه أن القواعد التي تحكم سير الجمعية، منذ تأسيسها إلى غاية انتهائها، ينبغي أن تخضع لقانون الإجماع؛ الذي ينبغي أن يتم تمديد العمل به على مستوى سير أجهزة الجمعية بما فيها مجلس إدارتها. لكن هل يمكن -عملياً- تصور وجود جمعية أو وجود مجلس إدارة يحكمه قانون الإجماع؟

تنص الفقرة 6 المادة 14 السالفة على أنه: "يتخذ مجلس الإدارة قراراته بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين أو الممثلين، وفي حالة تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحاً". مما يتبين معه أن المشرع استبعد إعمال أحكام الاتفاق كما هي متعارف عليها في قانون الالتزامات والعقود؛ والتي تستلزم تحقق الإجماع، لكن إعمال هذا الشرط، يؤدي لا محالة إلى تعطيل عمل الجمعية؛ لأنه يتطلب أن تبني الرأي الواحد من قبل جميع أعضاء المجموعة، وهذا ما يصعب أو يستحيل تحقيقه عملياً خصوصاً على مستوى التجمعات الكبرى.

ثانياً: مفهوم الأغلبية

أشير سلفاً إلى أن قرارات مجلس إدارة جمعية حماية المستهلك، تُتخذ بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين أو الممثلين، ويُرجح صوت الرئيس في حالة تعادل الأصوات، بحسب المادة 14 التي نصت كذلك في فقرتها الأولى على أنه: "يتولى إدارة الجمعية مجلس إدارة مكون من خمسة عشر متصرفاً على الأكثر، ينتخبون جميعاً من طرف الجمع العام لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة". فماذا يقصد بهذه الأغلبية؟ وكيف أنها تجعل من حالة التساوي حالة أغلبية؟ وهل يمكن اعتبار هذه الأغلبية أغلبية حسابية أو أغلبية تقريرية؟

يُستفاد من المادة 14 أعلاه، أنها جعلت من الأغلبية الحسابية أغلبية تقريرية، حينما استعمل عبارة "يتخذ مجلس الإدارة قراراته بأغلبية أصوات..."، وهو ما يعني أن اتخاذ القرار يتوقف على تحقق أكثر من نصف الأصوات، وهي الأغلبية التي يعبر عنها البعض بالأغلبية المطلقة أو الأغلبية البسيطة، لكن طالما أنها تفضي إلى فرض أمر ما؛ فهي تكتسي بذلك صفة الأغلبية التقريرية. وتعد أغلبية حسابية؛ الأغلبية العددية التي تضم أكثر الأصوات. ويقصد بالأغلبية التقريرية؛ الأغلبية المتطلبية قانوناً لتبني مشاريع القرارات، إذ ليست بالضرورة كل أغلبية حسابية أغلبية تقريرية⁽¹¹⁸⁾.

¹¹⁷ - ينص الفصل 1 من ظهير 1958 على أن: "الجمعية هي اتفاق لتحقيق تعاون مستمر بين شخصين أو عدة أشخاص لاستخدام معلوماتهم أو نشاطهم لغاية غير توزيع الأرباح فيما بينهم.

وتجري عليها فيما يرجع لصحتها القواعد القانونية العامة المطبقة على العقود والالتزامات."

¹¹⁸ - ومثله إذا كان عدد أعضاء المجلس 15 عضواً، وكان عدد الحاضرين منهم هو العدد نفسه، فإن الأغلبية الحسابية هي ما تجاوز النصف، وهو ثمانية في هذه الحالة. لكن يحدث في مواقع أخرى أن يشترط المشرع نسبة الثلثين عوض النصف زائد واحد، وهو ما يجعل الأغلبية المتطلبية هي 10 بدل 8. أي أن النسبة المتطلبية في الحالة الأولى صحيح أنها تشكل الأغلبية لأن 8 أكبر من 7، لكنها لا تسمح باتخاذ القرار في الحالة الثانية لأنها تقل عن 10. ومن هذا المنطلق، يتم التمييز في تحديد مفهوم الأغلبية، بين الأغلبية الحسابية التي يتم فيها الأخذ بالعدد الأكبر وبين

وإذا كان قانون الأغلبية يؤدي إلى تشكيل فئتين وفي آن واحد داخل أعضاء مجلس الإدارة؛ إحداهما تشكل الأغلبية لامتلاكها أكبر عدد من الأصوات وأخرى تشكل الأقلية لامتلاكها أقل عدد من الأصوات، فهل العبرة بالأصوات الحاضر أو الممثل أصحابها أم بالأصوات المعبر عنها؟ ثم أين يمكن تصنيف الأصوات الملغاة؟

استنادا إلى مضمون المادة أعلاه، يتضح أن الصوت يعتبر ضابطا لاحتساب الأغلبية التقريرية، بناء على قاعدة "لكل عضو صوت"، وأن الصوت المُعتد به هو الصوت المُعبر عنه؛ والذي يشترط أن يكون صاحبه حاضرا أو ممثلا، وفي ذلك تضييق من مكنة تحقق الأغلبية طالما لا يتم الاعتراف بالصوت المُعبر عنه حضوريا أو تمثليا، الأمر الذي لا يستجيب لحركية سير أعمال مجلس الإدارة الذي ينبغي أن يتميز بالنشاط.

إن مقارنة مفهوم الأغلبية بهذا الشكل، تقتضي تصنيف أعضاء مجلس الإدارة إلى فئات؛ فئة حاضرة أو ممثلة تقابلها فئة أخرى متغيبية أو مغيبية، وفئة أخرى حاضرة ومصوتة تقابلها فئة أخرى حاضرة وممتنعة عن التصويت، فيكون الحضور أو التمثيل ضابطا لاحتساب النصاب، ويكون التصويت ضابطا لاحتساب الأغلبية، على أساس أنه لا عبرة بتصويت العضو الغائب أو غير الممثل، بل إن الصوت غير المعبر عنه يضاف إلى الأصوات التي تمتلكها الفئة المعارضة لمشروع القرار، فيتم حينها التساؤل عن مدى قدرة الفئة -المتبينة لمشروع القرار- على امتلاك أغلبية الأصوات التقريرية من عدمه.

ويلاحظ كذلك أن المشرع يأخذ بمفهوم الصوت المُرجح؛ وهو الصوت الذي لا يغير من احتساب الأغلبية العديدة ولكنه ينقل الحالة من حالة مساواة فعلية إلى حالة أغلبية قانونية، ومن ثمة يكفي لاتخاذ القرار -داخل مجلس الإدارة- أن تتحقق المساواة فقط في هذه الحالة، ولما عمد المشرع التضييق من الأخذ بمفهوم الصوت المرجح؛ حينما ربطه حصرا بصوت رئيس مجلس الإدارة دون سواه من باقي الأعضاء، أفلا يمكن كذلك تعطيل هذا الانتقال -من حالة المساواة إلى حالة الأغلبية- من خلال إدراج بند في النظام الأساسي للجمعية، يحرم رئيس المجلس من الصوت المرجح؟

إن الجواب عن هذا السؤال يقتضي بدوره البحث في طبيعة التصويت؛ لتبيان الحدود التي يمكن عبرها استعمال التصويت، فكيف ذلك؟

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للتصويت

نظرا إلى أهمية مجلس الإدارة في جمعية حماية المستهلك، من حيث ممارسته للعديد من الصلاحيات التي توكل إليه عبر احتكاره لسلط التدبير، وعلاقة لهذه السلطة بما يتخذه هذا المجلس من قرارات⁽¹¹⁹⁾، فإن ممارستها تتوقف على آلية التصويت⁽¹²⁰⁾. وإذا كان التصويت يمثل إحدى أهم صور أعمال التسيير في مؤسسات قانونية تستهدف تحقيق المصلحة

الأغلبية التقريرية التي لا يكفي فيها الحصول على أغلبية عددية بل يستلزم اعتماد نسبة معينة يحددها المشرع أو النظام الأساسي تسمح بتبني مشاريع القرارات.

119 - تنص الفقرة الثانية من المادة 14 من الملحق بالمرسوم على أنه: "يتداول مجلس الإدارة في جميع القضايا التي تهم الجمعية، ويتمتع بجميع السلط لتدبيرها في جميع الظروف".

120 - تنص الفقرة الخامسة من المادة 14 من الملحق بالمرسوم على أنه: "يتخذ مجلس الإدارة قراراته بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين أو الممثلين، وفي حالة تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا".

الخاصة، من قبيل شركات المساهمة⁽¹²¹⁾، أو يمثل ميكانيزمها الجوهري⁽¹²²⁾، أو الأداة الأكثر فعالية لممارسة السلطة داخلها⁽¹²³⁾، بل المحور الرئيس الذي تدور حوله كل الصلاحيات الأخرى، أو كل التصرفات والممارسات الأساسية المتعلقة بسير الشركة⁽¹²⁴⁾، وآلية لحمايتها⁽¹²⁵⁾، فمن باب أولى أن ينطبق هذا الوصف على جمعيات حماية المستهلك ذات؛ اعتبارا لما تستهدفه من تحقيق للمنفعة العامة، ليشكل بذلك التصويت الأداة القانونية الأكثر اتصالا بحماية مصلحة المستهلكين. إلا أن التساؤل يبقى مطروحا حول مدى اعتبار هذا التصويت مجرد آلية لممارسة السلطة أم هو السلطة عينها أم هو مجرد حق؟

سبقت الإشارة إلى أن المادة 19 من الملحق بالمرسوم التي تحدثت عن تفويض السلط بين أعضاء الجمعية، وهو ما يوحي من -حيث الظاهر- بتمتع كل عضو من هؤلاء الأعضاء بسلطة التدبير، لكن بالرجوع إلى المادة ذاتها، يتبين بأن ممارسة هذا التفويض تتم عبر منح كل عضو من الأعضاء مكنة تمثيل غيره بناء على وكالة موقعة، وهو ما يجعل طبيعة هذا التفويض تميل إلى تفويض حق أكثر منه تفويض سلطة، لكنه ما طبيعة هذا الحق؟

يشكل التصويت المظهر الرئيس للتعبير عن الإرادة، وتتوجبا لحق أعضاء مجلس الإدارة في الاطلاع على جميع البيانات ذات الصلة بموضوع التصويت، ويمكن اعتبار التصويت حقا طالما أن غاية امتلاكه هي تحقيق مصلحة خاصة للمصوت، وعلى العكس من ذلك؛ يشكل سلطة حينما يكون هدفه تحقيق مصلحة الغير، مما يجعل الحق منفعة خاصة والسلطة مجرد وظيفة لتحقيق مصلحة الغير، فأين يمكن إذن تصنيف الحق في التصويت، أهو حق شخصي (أولا) أم هو حق وظيفي (ثانيا)؟

أولاً: مبررات إعمال نظرية الحق الشخصي وحدودها

1: مبررات إعمال نظرية الحق الشخصي وحدودها

إذا كان هناك فراغ على مستوى تحديد القيمة القانونية للتصويت في الجمعيات بما فيها جمعيات حماية المستهلك، فإن الأمر على خلافه في بعض التجمعات الأخرى ذات الطبيعة الخاصة، كما هو الحال بالنسبة للشركات مثلاً؛ إذ أحيطت بممارسة حق التصويت مجموعة من الضمانات القانونية⁽¹²⁶⁾ استشف منها أنه حق خالص⁽¹²⁷⁾،

¹²¹ - G. Ripert par René Roblot : Traité élément de droit commercial, 13 éd, T1, LGDJ Paris, 1989, P. 822.

¹²² - عزيز إطوبان: حماية الحقوق الأساسية للمساهمين في شركة المساهمة في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، س.ج. 2004-2005، ص. 44 و45.

¹²³ - J-M. Hauptmann :Le droit de vote de l'actionnaire en droit Français et en droit Allemand, Th. Nancy II, 1986, P. 31.

¹²⁴ - رشيد بحير: أصول المسؤولية المدنية في شركة المساهمة في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، س.ج. 2004-2005، ص. 78.

¹²⁵ - عبد الرحيم بنعيقة: مفهوم مصلحة الشركة كضابط لتحديد اختصاصات ومسؤولية مجلس الإدارة والجمعيات العامة، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق عين شمس، القاهرة، مصر، س.ج. 2001-2002، ص. 100.

¹²⁶ - وتراجع في ذلك م. 258 و 259 و 265 ثم 387 من ق.ش.م، تماشيا كذلك مع ما كان مسطرا في مشروع قانون الشركات المغربي لسنة 1989.

¹²⁷ - عبد الواحد حمداوي: تعسف الأغلبية في شركات المساهمة، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، س.ج. 2000-2001، ص. 226.

أو أساسي⁽¹²⁸⁾ أو جوهري⁽¹²⁹⁾، وتقليدي للمساهم⁽¹³⁰⁾ وأنه يشكل إحدى الصلاحيات المخولة لهذا الأخير⁽¹³¹⁾، لإدارة الشركة⁽¹³²⁾،

وإذا كان هذا التحديد المفاهيمي مسموح به على مستوى الشركات التجارية، فإن اعتماده على مستوى جمعية حماية المستهلك، يثير الكثير من التحفظ؛ على اعتبار أن الشركات التجارية تقوم على عنصر المساهمة في رأسمالها من قبل الشريك أو المساهم عبر تقديم حصة ما⁽¹³³⁾، وهو التزام مالي يقابله حقين أحدهما مالي⁽¹³⁴⁾ يتمثل في حق الربحية والآخر غير مالي يتجلى في حق الإدارة والتسيير⁽¹³⁵⁾ والرقابة الممكن ممارسته عبر حق التصويت الذي يمكن استعماله من خلال العضوية في مجلس الإدارة أو في مجلس الرقابة أو في جمعيات المساهمين مثلاً. مما يفترض استحضار المصالح الخاصة لهؤلاء الشركاء أو المساهمين في الشركة⁽¹³⁶⁾.

وفي مقابل ذلك، فإنه على مستوى جمعيات حماية المستهلك، لا مجال للحديث عن أي ضمانات مالية لفائدة أعضاء الجمعية مهما اختلفت مواقعهم فيها، لانتفاء تحملهم عبء المساهمة المالية، مما يجعل الحديث عن المصلحة الخاصة بهم، من هذا المنطلق، مسألة غير قائمة أو على الأقل تخالف غاية إنشاء الجمعيات، مما يعني أن الأمر يتطلب الحديث عن مصلحة أخرى تتخذ مفهوم مصلحة الغير (المستهلك) أو المصلحة العامة، وهذا ما يفترض ممارسة التصويت في الاتجاه الذي يحمي أو يحقق هذه المصلحة لا المصلحة الخاصة للعضو في الجمعية.

2: حدود نظرية الحق الشخصي

إن الحديث عن حدود النظرية الشخصية في علاقتها بمفهوم التصويت، يتجاوز مجرد ممارسة التصويت في جمعية حماية المستهلك، بل يرتبط بالشركات التجارية نفسها التي تحمل في طياتها مصالح خاصة للشركاء أو المساهمين فيها؛ حيث إن جانباً مهماً من الباحثين اعتبروا أن قانون الشركات ذاته خضع لمجموعة من التغييرات أفضت إلى تجريد حق التصويت شيئاً فشيئاً من طابع الشخصية، ليمارس في إطار وحيد هو تحقيق مصلحة الشركة التي تسمو على كل المصالح

¹²⁸ - المصطفى بوزمان: "تعسف الأقلية في الشركات التجارية"، في شأن الندوة تحت عنوان: "قانون الشركات التجارية، قراءة في النصوص والاجتهاد القضائي" التي نظمتها، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، في 13 مارس 2010، غ.م، ويراجع في الاتجاه نفسه، رشيد بحير: م.س، ص. 82.

وتعتبر حقوقاً أساساً كذلك، حق المشاركة في الإدارة وحق الربحية وحق الإعلام وحق الحضور وحق تداول الأسهم وحق بطلان الشركة، عبد الرحيم بنعيدة: م.س، ص. 97.

¹²⁹ - رشيد بحير: م.س، ص. 84.

¹³⁰ - J-M. Hauptmann : Th. cit, P. 49-51-159-161.

¹³¹ - Yves Guyon : Droit des affaires, T1, Droit commercial général et sociétés, 5^{ème} éd, Economica, 1988, P. 289.

¹³² - عزيز إطوبان: م.س، ص. 53.

¹³³ - وجلي سلمان حاطوم: دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2007، ص. 208.

¹³⁴ - رشيد بحير: م.س، ص. 80.

¹³⁵ - J-M. Hauptmann : Th. cit, P. 377.

¹³⁶ - رشيد بحير: م.س، ص. 90.

الشخصية⁽¹³⁷⁾، أو بتعبير آخر فإن ممارسة هذا الحق تقتضي إشباع المصلحة الجماعية وليس مصلحة الفردية للمصوت⁽¹³⁸⁾، كما أن تفويت الحق في التصويت لا يتم بمعزل عن تفويت السهم أو النصيب، وهذه خاصية من خصائص الوظائف لا الحقوق التي لا تتم ممارستها في شركات المساهمة إلا في إطار جماعي، يتم بموجبه تعويض نظام الالتزامات والعقود بالنظام الجماعي الذي يمثل نظام السلطة⁽¹³⁹⁾.

وإذا طبق هذا الحكم على الشركات التجارية، بما في ذلك شركات المساهمة التي تعتبر شركات أموال ويتم عبرها استحضار مفهوم المصلحة الشخصية أو الخاصة للمساهمين بشكل كبير، فبالأحرى أن يتم اعتماد هذا الحكم بالنسبة للجمعيات والتي ما أسست إلا لأجل تحقيق مصلحة الغير، خصوصا إذا اتخذت طابع جمعية ذات منفعة عامة، حينها يكون من المنطقي استبعاد الطبيعة الشخصية لمفهوم التصويت سواء عند ممارسته في مجلس الإدارة أو في الجمع العام العادي أو الاستثنائي، مما يتطلب البحث في الصفة الوظيفية للتصويت في جمعية حماية المستهلك.

ثانيا: مبررات إعمال نظرية الحق الوظيفي وحدودها

1: مبررات إعمال نظرية الحق الوظيفي ومضمونها

إن ما يدعم نظرية الحق الوظيفي للتصويت؛ امتداد الأخذ به أو على الأقل استحضاره على مستوى الأشخاص الاعتبارية الخاصة التي لا تستبعد تحقيق مصالح خاصة بها أو بأعضائها مثل الشركات التجارية⁽¹⁴⁰⁾، وهو ما يجعل الأخذ بهذه النظرية أكثر قبولا من حيث التنزيل على مستوى الأشخاص الاعتبارية التي تهدف تحقيق مصالح الغير خصوصا إذا ما أصبغت على مصالح هذا الغير صبغة المصلحة العامة، كما هو الحال بالنسبة لجمعيات المستهلك ذات المنفعة العامة.

ويمكن استخلاص الطبيعة الوظيفية لحق التصويت من عدم إمكانية التنازل عنه، ولا خضوعه للتعامل التجاري، خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة إلى الحقوق الشخصية⁽¹⁴¹⁾، وبذلك يجب أن تتم ممارسته في اتجاه غرض الجمعية كما تمت الإشارة إليه سلفا، لئتم بذلك الانتقال من مجرد الحديث عن نظام الالتزامات والعقود، الذي يمكن توظيفه لتحقيق المصالح الخاصة، إلى نظام جماعي تكون غايته تحقيق المصلحة العامة.

¹³⁷ - عبد الرحيم بنعيدة: م.س، ص. 100.

¹³⁸ - «En exerçant son droit de vote, l'associé agit, non pour lui mais pour la société. Son vote doit être émis dans l'intérêt de la société et non dans son intérêt personnel », Joly. Sociétés. Traités. Voir. Décisions collectives. T II, P. 6.

أشار إليه، وجدي سلمان حاطوم: م.س، ص. 208.

¹³⁹ - رشيد بدير: م.س، ص. 86.

¹⁴⁰ - بحيث إنه على الرغم من الاعتراف للشريك بشكل عام وللمساهم بشكل خاص بممارسة حق التصويت باعتباره حقا له، إلا أن هذا الحق بحسب إحدى الأحكام القضائية، أسبغت عليه صبغة الحق الوظيفي إذ تتوجب ممارسته في نطاق المصلحة المشتركة بعيدا عن الأغراض الأنايية والذاتية للشريك دون الإضرار بالشركاء الآخرين وبمصلحة الشركة نفسها. ويراجع في هذا الاتجاه حكم تجارية مراكش رقم 720 في 07 ماي 2001، في الملف ع. 2000/817، مجلة المحاكم المغربية ع. 91، 2001، ص. 170؛ تعليق المهدي شبو في المرجع السابق نفسه، ص. 157.

¹⁴¹ - إذ يمكن مثلا للمساهم في شركات المساهم التصرف في حق التصويت عبر بيعه أحد الأسهم التي يملكها في الشركة، باعتبار أن السهم يضم حقين؛ أحدهما مالي يتعلق بالربحية وعائد التصفية والآخر معنوي يتعلق بالتصويت.

2: حدود نظرية الحق الوظيفي

تستند نظرية الحق الوظيفي إلى كون ممارسة الحق إنما تتم لتحقيق مصلحة الغير أو المصلحة الجماعية أو المصلحة العامة، وفي مقابل ذلك يوجد تصور آخر يعتبر هذا التفسير تفسيراً ضيقاً يضع قطيعة تامة بين مصالح الشخص الاعتباري ومصالح الأعضاء المكونين له، إلا أن هذا التصور لا يمكن التسليم به على إطلاقه؛ لأنه ينبغي الرجوع إلى طبيعة الخلفية التي تم على أساسها إنشاء الشخص الاعتباري في حد ذاته. لذلك، عند استحضار الهدف الذي أنشئت من أجله هذه جمعية حماية المستهلك، يقتضي تغييب مصلحة أعضاء الجمعية في حد ذاتهم، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة للعديد من التجمعات بما فيها التعاونيات؛ إذ تؤسس لتلبية الحاجيات الخاصة بأعضائها⁽¹⁴²⁾.

ويتطلب لكي يتصف الحق بالسلطة تحقق عنصر التمثيلية، وهو أمر متحقق في حق التصويت الممارس على مستوى جمعية حماية المستهلك، لكن عنصر السلطة يتطلب كذلك أن يصوت العضو باسم جمعية المستهلك، وهذا أمر محط نظر؛ لأن تصويت هذا العضو يقف عند حدود المشاركة في صنع قرار مجلس الإدارة وعبره تمثيل الجمعية. وعليه، فإن التمثيلية موكلة لمجلس الإدارة ذاته لا لأحد أعضائه. وهو ما يجعل التصويت أقرب إلى الحق منه إلى السلطة، لكن ارتباطاً بأهدافه، فهو حق وظيفي لا شخصي؛ طالما أنه يستهدف تحقيق مصلحة المستهلكين وهي مصلحة عامة.

¹⁴² - يراجع القانون رقم 112.12 المتعلق بالتعاونيات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.189 في 21 نونبر 2014، ج.ر.ع 6318 في 18 دجنبر 2014، كما تم تحيينه بموجب القانون 74.16 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.17.25 في 10 غشت 2017، ج.ر.ع 6597 في 21 غشت 2017، ص. 4569، خصوصاً المادة 4 في فقرته الأولى التي جاء فيها: "التعاونيات شخصيات اعتبارية تتمتع بالأهلية القانونية الكاملة وبالاستقلال المالي" ثم الفقرة الأولى من المادة 1 التي جاء فيها: "التعاونية مجموعة تتألف من أشخاص ذاتيين أو اعتباريين أو هما معا اتفقوا أن ينضم بعضهم إلى بعض لإنشاء مقاولات تتيح لهم تلبية حاجياتهم الاقتصادية والاجتماعية، وتدار وفق القيم والمبادئ الأساسية المتعارف عليها ولا سيما ...".

الخاتمة

تم الوقوف في هذه الدراسة على إرادة المشرع في حماية فئة معينة من أفراد المجتمع وهي فئة المستهلكين؛ عبر وضع مجموعة من القوانين، التي لم تقتصر فقط على القواعد العامة التي جاء بها ظهير تأسيس الجمعيات أو في المرسوم القاضي بتطبيق أو في المرسوم المنظم لحق تأسيس الجمعيات أو في ظهير الالتزامات والعقود كما أحال عليه الظهير السابق، بل تعدت ذلك لترتبط فئة المستهلكين بنوع خاص من الجمعيات تسمى جمعيات حماية المستهلك ذات المنفعة العامة، والتي تحكمها بالإضافة إلى القوانين السابقة، الملحق بالمرسوم المنظم لتأسيس الجمعيات وكذا القانون القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك.

ومن خصوصية هذه الجمعيات شأنها في ذلك شأن باقي التجمعات القانونية، أنها ترتبط بنظام قانوني يقوم على تعدد الأجهزة المكونة له؛ سواء التقريرية أو التنفيذية الرقابية، وهو ما يؤسس لأحد مبادئ الديمقراطية في ممارسة العمل الجماعي بشكل عام، ومجلس إدارة الجمعية بشكل خاص؛ ليشكل هذا النظام ضماناً قانونية لحماية مصالح المستهلكين.

ويمكن تلخيص مظاهر هذا النظام في الآتي:

- قواعد تنظيم وانعقاد مجلس تدبير المؤسسة، من القواعد الآمرة، وأن مخالفتها تجعل مداوات وقرارات المجلس باطلة؛
- العضوية في مجلس تدبير المؤسسة ضابط لتحديد النصاب؛
- العضوية والحضور الشخصي أو التمثيلي، في مجلس إدارة الجمعية، ضابطان للمشاركة في التصويت؛
- الأغلبية ضابط لاتخاذ قرارات مجلس إدارة الجمعية؛
- "لكل عضو صوت" مبدأ لاحتساب الأغلبية.

ويعتبر التصويت حقاً لكل عضو من أعضاء مجلس إدارة جمعية حماية المستهلك ذات المنفعة العامة، مصدره القانون لا الاتفاق، لكنه يبقى حقاً وظيفياً لا ذاتياً؛ يجب استعماله لتحقيق مصلحة المستهلكين التي مصلحة عامة، وأنه لا يمثل السلطة في حد ذاتها بل هو مجرد أداة لممارستها؛ والسلطة يملكها مجلس الإدارة لا أعضاؤه؛ بمعنى أن مصدر السلطة هي الإرادة المشتركة لأعضاء المجلس، تفعيلاً لقانون الأغلبية، الذي ينبغي ممارسته في الحدود المسطرة قانونياً ونظامياً لعمل الجمعية.

وبصرف النظر عن إرادة المشرع في وضع أحكام عامة أو خاصة لسير الجمعيات بشكل عام ولجمعية حماية المستهلك ذات المنفعة العامة بشكل خاص، فقد بقيت أحكاماً قاصرة لم تجب عن مجموعة من الأسئلة التي يمكن أن يفرزها الواقع العملي على مستوى مجلس الإدارة الذي أوكلت له سلطة تدبير الجمعية، والذي يعتبر الجهاز المرآة العاكسة لأدائها؛ إذ بواسطته تظهر مدى فعالية عمل الجمعية من عدمها.

وتتعلق مظاهر القصور التي شابت الملحق بالمرسوم القاضي بتحديد النظام الأساس النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة، في عدم التنصيص على المسائل الآتية:

- الأشخاص الموكل لهم المطالبة بعقد اجتماع مجلس الإدارة عدا الرئيس؛
 - الأشخاص المخول لهم دعوة مجلس الإدارة إلى الانعقاد حالة ما إذا تعذر ذلك على رئيس هذا المجلس؛
 - الدعوة الثانية للانعقاد في الحالة التي لا يتحقق فيها النصاب في الدعوة الأولى؛
 - الأجل الفاصل بين تاريخ تسلم الدعوة وتاريخ انعقادها؛
 - إرفاق الدعوة بجدول أعمال مجلس الإدارة؛
 - الوسائل المعتمدة لتوجيه الدعوة.
- ولهذه الاعتبارات، يمكن التوصية بالآتي:
- توسيع نطاق الأشخاص الموكل لهم حق المطالبة بعقد اجتماع مجلس الإدارة؛ ليشمل ثلث أعضائه.
 - تمكين نائب رئيس مجلس الإدارة من دعوة مجلس الإدارة إلى الانعقاد حالة ما إذا تعذر ذلك على رئيس مجلس أو رفض الاستجابة إلى طلب من لهم الصفة؛
 - توجيه دعوة ثانية للانعقاد واعتبار تحقق النصاب بمن حضر في الحالة التي لا يتحقق فيها النصاب في الدعوة الأولى؛
 - تحديد الأجل الفاصل بين تاريخ تسلم الدعوة وتاريخ انعقادها في خمسة عشر يوماً إذا تعلق الأمر بالدعوة الأولى وسبعة أيام في الدعوة الثانية، تحت طائلة اعتبار قرارات المجلس باطلة؛
 - ضرورة إرفاق الدعوة بجدول أعمال مجلس الإدارة، تحت طائلة اعتبار قرارات المجلس باطلة؛
 - اعتماد جميع الوسائل القانونية بما في وسائل الاتصال الحديثة لتوجيه الدعوة وإقرار الحضور والمشاركة في مداوات المجلس.

موقف القانون الدولي من اللجوء البيئي

محمد بن عيسى احمد

أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية - بجامعة سعيدة - الجزائر
مدير تحرير المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية بجامعة سعيدة - الجزائر
محامي معتمد لدى المحاكم والمجالس القضائية

مقدمة:

يعتبر اللجوء أحد الظواهر التي يرجع تاريخه لوجود الإنسان. الذي ينتقل باستمرار بحثا عن حياة أفضل و مكاسب إجتماعية لتلبية حاجاته بمختلف انواعها ، و قد ساهمت الهجرات التي قام بها الإنسان في تنمية العلاقات التجارية و التواصل بين الشعوب ، و غير ذلك من أمور تتعلق بالتواصل الإجتماعي، إلا أن الهجرة قد أصبحت في غير اهدافها الإجتماعية و الإقتصادية، بسبب أن تنظيم المجتمعات و تأسيس الدول. أصبح التنقل من مكان إلى آخر أكثر تنظيما وصولا إلى ضبطه بقوانين خاصة في الفترة التي تلت الحرب العالمية الثانية، بإعتبارها مرحلة شهدت متغيرات ذات بعد أمني و سياسي وإقتصادي تنموي وبيئي، مما جعل الهجرات تصبح أكثر شدة و تهدد المجتمعات ديمغرافيا و كذلك صحيا بسبب إنعكاساتها و تبعاتها .

تحولت الهجرة الى لجوء وشهدت مرحلة العقدين الأخيرين كموجة غير منظمة، أطلق عليها في غالبيتها اللجوء السياسي او اللجوء لأسباب إنسانية بمعنى التي لا تخضع للإجراءات القانونية التي تنظمها من دولة الى أخرى، خاصة المنطقة الأوربية التي تشهد تدفقا للأشخاص القادمين أساسا من إفريقيا و أوروبا الشرقية ، كذلك من منطقة الشرق الأوسط بسبب النزاعات و الحروب و الإضهاد السياسي و العرقي، بالإضافة إلى الولايات المتحدة من جهة و دول أمريكا اللاتينية و المجاورة لها .

و يتفق معظم الدارسين لظاهرة اللجوء أنها تعددت أسبابها سواء كانت أمنية ناتجة عن الحروب و النزاعات و العنف الطائفي و التمييز العنصري، و أخرى تتعلق بالجوانب الإقتصادية لقلة التنمية في البلدان المصدرة للأشخاص اللاجئين .

إلا أن هناك أسباب خارج إطار هذا الأمر لا يتم إثارته في الغالب كونها تعطي إشكالية حقيقة لهاته الظاهرة و هي البيئة و إنعكاساتها على القاطنين في المناطق التي تشهد تغيرات مناخية تدفع بالأشخاص إلى الهجرة، إما نتيجة صعوبة التأقلم مع هاته المناطق لإنعدام الحياة فيها أو عدم وجود الإمكانيات للعيش و تلبية الحاجات الضرورية الغذائية أو لأسباب تتعلق بالتصحّر أو القحط وأخرى آيلة للزوال نتيجة غمورها بمياه البحر و تهديده لها بمسحها من الخارجة كبعض الجزر .

لقد أصبحت البيئة و متغيراتها المختلفة سببا رئيسيا في اللجوء بالتزامن مع المطالبة بتطبيق المواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تعطي حق العيش للإنسان .

إن اللجوء و رغم كونه ظاهرة سلبية إلا أن التعامل معه في الدول الغربية لا يتوافق مع واقعية أسباب هاته كون أن أسبابها في الغالب ناتجة عن سياسة الدول الغربية في زعزعة إقتصاديات الدول و إستنزافها و خلق النزاعات الإثنية و الحروب و زعزعة الأنظمة السياسية لأجل الفوضى بما يجعل مصالحها باقية و بالمقابل تقوم بوضع الحواجز للمهاجرين

إن إشكالية اللجوء البيئي و على الرغم من عدم إثارته عمدا من طرف الدول المتقدمة على مستوى المؤتمرات التي أدت الى اقرار المواثيق الدولية المختلفة المتعلقة باللاجئين و تركيز مضمونها على الجوانب غير البيئية نظرا لصعوبة ضبط المصطلح من جهة و عدم الإقرار بضرورة جعل البيئة احد مسببات اللجوء و أساسه خاصة في ظل متغيرات مناخية تتسبب فيها الدول الصناعية و التي أدت إلى تغير مناخي إنعكس على البيئة في الدول لا سيما منها المتخلقة و أدى الى كوارث طبيعية و إنعدام إلى ظروف الحياة و إحداث التصحر و تلويث المناطق المائية و إستعمال المياه الجوفية في الصناعات البترولية على غرار الغاز الصخري .

إن المجتمع الدولي الآن هو مسؤول على هذا التغير البيئي الذي بالضرورة أدى إلى اللجوء البيئي أصبح من الضروري إيجاد أساس قانوني دولي له بما يجعله أكثر إستجابة لحق العيش في إطاره العام، كون أن الإتفاقيات الدولية الحالية لا تتلائم في معظمها مع السياق الخاص بالتأثير البيئي على اللجوء.

المبحث الأول: المحددات المفاهيمية للجوء وعلاقته بالبيئة

المطلب الأول: مدى وجود مفهوم اللجوء البيئي

إذا كان اللجوء في إطاره العام لقي إهتماما وتحديدا لمعايير إعتماده. وهذا ما أخذت به إتفاقية اللاجئين لسنة 1951. والتي إعتبرت اللجوء لأسباب ذاتية لا موضوعية وربطته بالظروف الشخصية التي قد تطال اللاجئ وهي تتعلق أساسا بالاضطهاد بسبب العرق أو الدين أو الجنسية أو الإلتواء إلى فئة اجتماعية معينة أو آراء سياسية سواء خارج بلده او ليس له القدرة على العادية لها بسبب الخوف¹⁴³

يستخلص من هذا التعريف هو أنه أبعد ما يمكن ان يتصل بالبيئة¹⁴⁴

¹⁴³ راجع: الإتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951 و التي دخلت حيز النفاذ سنة 1954 لا سيما المادة الأولى منها
¹⁴⁴ تشكل البيئة و حمايتها تشكل إرهاصا دوليا و وطنيا و لذا كان الإهتمام بيها و تحديد مفهومها أولوية دولية عبر المواثيق الدولية و المؤتمرات المتخصصة و يمكن إيجاز بعض التعريفات في ذلك منها مؤتمر أستكهولم 1972 الذي عرف البيئة بأنها "هي ذلك الرصيد من الموارد المادية و الإجتماعية المتاحة في وقت ما وفي مكان ما لإشباع حاجات الإنسان وتطلعاته. وهي كذلك ذلك النظام الفيزيائي والبيولوجي الذي يحيى فيه الإنسان والكائنات الأخرى، وهي كل متكامل وإن كانت معقدة تشمل على عناصر متداخلة ومتراصة وهناك شبه إتفاق بين المهتمين بالدراسات البيئية، على أن البيئة هي الإطار الذي يشمل جميع عناصر الحياة التي تحيط بالإنسان، وهو ما توجه إليه مؤتمر أستكهولم حيث أعطى للبيئة مفهوما واسعا، بأنه كل شيء يحيط بالإنسان".

للتفصيل حول مفهوم البيئة وفق مؤتمر أستكهولم 1972 أنظر: رشيد الحمد و محمد سعيد صابري، البيئة و مشكلاتها، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون، 1979، ص 25 وما بعدها.

كما تتعد التعريفات المختلفة للبيئة وفق اتجاهات متعددة والتي تركز على البيئة بين العوامل التي تحيط بها كإطار عام و بين المكونات المادية و الطبيعية للبيئة و في هذا الصدد يمكن تعريف البيئة بأنها:

"هي ذلك المحيط الذي يعيش فيه الإنسان بما يشمل من ماء و هواء و تربة و كائنات حية و بذلك هي تضم كل من البيئة الطبيعية و الاصطناعية"

او متغيراتها كعامل موجب للجوء اضافة الى ان مضمون المادة لم يخرج عن نطاق التمييز¹⁴⁵ في إطاره العام الذي قد يطال أي شخص في بلده فيما عدا ما تعلق باللجوء السياسي الذي قد يكون عائقا في الرجوع الى البلد الأصلي.

و بالرجوع الى إتفاقيات حماية البيئة لا سيما منها مؤتمر ستوكولم 1972 الذي يشكل أساسا مهما في مجال البيئة لما تضمنه من مبادئ و توصيات تتعلق بحماية البيئة و التركيز على الحق في البيئة و التنمية التي أصبحت من حقوق الجيل الثالث ، بما أدى توجيهها نحو وجود العلاقة بينهما بما يؤدي إلى تنمية مستدامة ، بالإضافة الى ما تضمنه مؤتمر ريو دي جانيرو 1992 و الذي ركز على التنمية المستدامة، ليليه مؤتمر كيوتو 1997 و الذي ركز على الإنبعاثات المتصلة بالغازات وربطها بالتغير المناخي .

إن تضمين الأسباب المتعلقة بالبيئة و ما قد يطالها من أضرار نتيجة الكوارث أو الأخطار التي قد تقع نتيجة ظروف معينة طبيعية أو إصطناعية غير متوقعة لم يتم تضمينه في أي إتفاقية أو موثيق دولية سواء المتصلة بحماية البيئة أو حقوق الإنسان بما فيها إقرار الحق في البيئة على المستوى الدولي و ربطه بالتنمية المستدامة و دسترها وطنيا ، إلا أن العامل البيئي يبقى مغيبا على الرغم من كونه سبب كاف لطلب اللجوء خاصة و أن عوامله موضوعية لا يتدخل فيها الانسان

ويمكن تعريف البيئة بأنها :

" ذلك المحيط أو الإطار الذي يضم جميع العوامل الحيوية وغير الحيوية التي تؤثر بالفعل على الكائن الحي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أي فترة من فترات حياته، ويقصد بالعوامل الحيوية :جميع الكائنات الحية مرئية أو غير مرئية الموجودة في الأوساط البيئية المختلفة ،والعوامل غير الحيوية كالماء والهواء والتربة والحرارة وغيرها"¹⁴⁴

ومنه يمكن تعريف البيئة بأنها"مجموعة العوامل البيولوجية و الكيميائية والطبيعية و الجغرافية والمناخية المحيطة بالإنسان والمحيط بالمساحات التي يقطنها والتي تحدد نشاط الإنسان و اتجاهاته وتؤثر في سلوكه ونظام حياته".

ويمكن تعريف البيئة بأنها المحيط المادي الذي يعيش فيه الإنسان بما يشمل من ماء وهواء، وفضاء وتربة و كائنات حية ومنشآت أقامها لإشباع حاجاته

- ماجد راجب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص39.

¹⁴⁵ يقصد بتعبير " التمييز " طبقا للمادة الأولى فقرة أولى من الإتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري في 21 ديسمبر 1965 و دخلت حيز التنفيذ في 4 يناير 1969، أنه " أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفصيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الإعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، على قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الإقتصادي أو الإجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة ، و في نفس الإطار إستثنت الفقرة 02 و 03 و 04 من المادة 01 من الإتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري في 21 ديسمبر 1965 و دخلت حيز التنفيذ في 4 يناير 1969 من التمييز العنصري بعدم سريان هذه الإتفاقية على أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل بين المواطنين وغير المواطنين من جانب أية دولة طرف فيها.

- يحظر تفسير أي حكم من أحكام هذه الاتفاقية بما ينطوي على أي مساس بالأحكام القانونية السارية في الدول الأطراف فيما يتعلق بالجنسية أو المواطنة أو الجنس، شرط خلو هذه الأحكام من أي تمييز ضد أي جنسية معينة.

- لا تعتبر من قبيل التمييز العنصري أية تدابير خاصة يكون الغرض الوحيد من اتخاذها تأمين التقدم الكافي لبعض الجماعات العرقية أو الاثنية المحتاجة أو لبعض الأفراد المحتاجين إلي الحماية التي قد تكون لازمة لتلك الجماعات وهؤلاء الأفراد لتضمن لها ولهم المساواة في التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو ممارستها، شرط عدم تأدية تلك التدابير، كنتيجة لذلك، إلى إدامة قيام حقوق منفصلة تختلف باختلاف الجماعات العرقية، و شرط عدم إستمرارها بعد بلوغ الأهداف التي أتخذت من أجلها.

راجع : المادة 01 من الإتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري في 21 ديسمبر 1965 و دخلت حيز التنفيذ في 4 يناير 1969.

في علاقته مع الآخرين. أو نتيجة إضطهاد أو تمييز بقدر ما هو عامل انساني يبرر الهجرة ومغادرة المكان حفاظا على أهم حق وهو الحياة نتيجة الأخطار المهددة له.

إن اللجوء البيئي أصبح واقعا تفرضه الظروف لا سيما وأن التغيرات البيئية وتحدياتها المستمرة أصبحت أكثر إرغاما للإنسان على تحويل مسار حياته

على الرغم من إنعدام الأساس القانوني الدولي للجوء البيئي إلا أنه يبقى محل تضامن وبدايات تأسيسه قد تبدأ من القضاء الداخلي للدول الذي قد يقر في أحكامه حق اللجوء للأشخاص المعرضين لخطر بيئي يؤدي الى فقدان حياتهم على غرار الزلازل و البراكين و الأخطار الصناعية و الانفجارات النووية و التصحر و التغيرات المناخية في شكلها العام خاصة عندما يكون وراء ذلك تقارير لخبراء بيئيين.¹⁴⁶

و يمكن في هذا الصدد أن ذكر بدايات ذلك من خلال ما أثاره الخبير الإيكولوجي Willian Vogt حول اللجوء البيئي، لينتقل الأمر إلى تصنيف اللاجئين البيئيين و ربط ذلك بمعايير مختلفة تمثلت أساسا في الظروف الطارئة الموجبة للهجرة، والتحويل الإداري نتيجة أعمال مشروعات تنمية معينة في مناطق مأهولة.¹⁴⁷

تم إستعمال مصطلح اللجوء البيئي في البداية في تقرير للأمم المتحدة سنة 1985 من طرف الخبير فؤاد الحناوي و الذي ربط فيه بين الخلل البيئي و عدم القدرة على العيش بما يؤدي الى المغادرة بسبب الخطر الداهم على الحياة، و في نفس السياق و على الرغم من الصعوبة إيجاد تعاريف فقهيّة للجوء البيئي.

إلا أنه يمكن إيجاز تعريف عام له و هو ما قام به الخبيرين SUHRKE Astri, VISENTIN Annamaria اللذان ميزا بين "اللاجئ البيئي" و "المهاجر البيئي"، فحسبهما، "المهاجر" هو الذي يختار بمحض إرادته وبعقلانية مغادرة بلده، أما "اللاجئ" فهو مرغم على مغادرة بلده هربا أو خوفا من خطر بيئي مفاجئ.¹⁴⁸

¹⁴⁶ في واقعة هي الأولى من نوعها، طلب رجل يدعى إيوان تيتيوتا من محكمة في نيوزيلندا عام 2013 حق اللجوء البيئي له ولعائلته، بسبب ارتفاع مستوى مياه البحر والمخاطر البيئية التي يسببها الاحتباس الحراري في بلاده كيريباتي. فهذه الدولة الصغيرة في المحيط الهادئ، القائمة على مجموعة جزر، هي موطن لنحو مئة ألف نسمة، لكن علماء يتوقعون أن تصبح غير صالحة للسكن خلال 20 عاماً بسبب ارتفاع مستوى البحر. إلا أن طلب هذا الرجل رفض، بإعتبار أنه لا يوجد بند في القانون الدولي يختص بتنظيم شؤون اللاجئين البيئيين. رجل آخر يدعى سجيو أليسانا، من دولة توفالو القريبة في المحيط الهادئ التي تضم تسع جزر ويقطنها 11 ألف نسمة وهي مهددة أيضاً بارتفاع مستوى البحر، تقدم أيضاً بطلب اللجوء هو وعائلته إلى نيوزيلندا. وقد رفض الطلب في البداية، لكن بعد سجال قانوني تم قبوله في آب (أغسطس) 2014، وكان من مبررات القبول في المحكمة الآثار الإنسانية الاستثنائية الناتجة عن تغير المناخ.

- إيمان فخري باحثة إقتصادية في وزارة التعاون الدولي، كلية للاقتصاد والعلوم السياسية في جامعة القاهرة.

متوفر على الموقع الإلكتروني:

<http://www.afedmag.com/web/ala3dadAlSabiaSections-details.aspx?id=1985&issue=&type=4&cat=23>

على الساعة العاشرة ليلا 2018/02/10 تم الإطلاع عليه يوم

¹⁴⁷ بن فاطمة بوبكر، حق اللجوء البيئي في القانون الدولي، مجلة البحوث القانونية و السياسية، عدد: 02، تصدر عن كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة سعيدة، 2014، ص 99

¹⁴⁸ بن فاطمة بوبكر، المرجع السابق، ص 99

المطلب الثاني: تصنيف اللجوء البيئي و عوامله

على الرغم من كون أن نقطة الإشتراك في اللجوء هو المخاطر التي تتصل بالبيئة و ما يمكنه أن تسبب من آثار على الإنسان و تهديده في حياته بما يؤدي الى ضرورة تغيير المكان نظرا لعدم القدرة على اصلاح الضرر أو استحالة العودة للمكان نظرا لخطورته كما في حالة الانفجارات النووية و اخطارها أو في حالة غمور المياه لمساحة يابسة بكلمها و إختفائها يمكن تقسيم اللجوء البيئي الى قسمين :

أ- اللجوء البيئي المؤقت :

و هو الذي يحدث نتيجة كوارث طبيعية مفاجئة . و يؤدي إلى الإضرار بالمكان المفترض فيه العيش أو محيطه ، و يؤدي إلى الهجرة الإضطرارية لمدة معينة إلى غاية إصلاح الضرر أو زوال الخطر البيئي الحادث .

ب- اللجوء البيئي الدائم :

و هو الناتج عن التهديد البيئي الخطير لدرجة عدم القدرة على إصلاح الضرر أو العودة الى المنطقة محل الإقامة بما يجعله مستمر ، و ينتج عن :

- غمور المياه للجزر البحرية المأهولة و مسحها من الوجود نتيجة صعود نسبة مياه البحر أو بسبب ذوبان الجليد.
- حدوث انفجارات بركانية مستمرة و مؤثرة على العيش في مكان ما
- الأخطار الناتجة عن المشروعات الصناعية الكبرى للدول كالسدود أو المصنع الضخمة لا سيما منها التي لها آثار على البيئة
- الانفجارات النووية و التجارب المتصلة بها ، و/ أو التسربات الإشعاعية النووية الخطيرة على نطاق واسع .

المطلب الثالث: أسباب اللجوء البيئي

أ- التغير المناخي:

يشكل التغير المناخي الذي يصاحبه إضرار بالبيئة نظرا للعوامل المؤثرة على تغير المناخ و التي غالبا ما تؤدي إضطرابات جوية تؤدي إلى أخطار متعددة.

و يبرز مظاهر التغير المناخي في:

- زيادة حرارة الأرض بسبب الغازات المنبعثة جراء المصانع المختلفة لا سيما منها الناتجة عن حرق الكربون و استعمال المواد الكيماوية و النفطية كالغاز و النفط، و تساهم الدول الصناعية في انبعاث الغازات الملوثة و المؤثرة بشكل مباشر على درجة الحرارة خاصة ولايات متحدة أمريكية بنسبة أكثر من 25 في المائة¹⁴⁹
- زيادة منسوب المياه في البحار بسبب ذوبان الجليد و الذي يؤدي إلى انحصار اليابسة و صولا إلى غمر مناطق بكاملها او مسحها من الوجود و تهديدها بذلك

¹⁴⁹ لطوروش أمينة اللجوء البيئي كأثر للتغير المناخي ، مقال إلكتروني بمجلة القانون و الأعمال متوفر على الموقع الإلكتروني:

- تغير واضح في نظم سقوط الأمطار و درجات الحرارة و الرياح بما يسبب تغير في نمط الزراعة
- انبعاثات الغازات المسببة للإحتباس الحراري والتي تتسبب في ظاهرة الإحتباس الحراري العالمية.

وقد أدت هذه التغيرات إلى حدوث الكثير من المخاطر البيئية تجاه الصحة ، مثل نضوب الأوزون، فقدان التنوع الحيوي، الضغوط على الأنظمة المنتجة للغذاء وانتشار الأمراض المعدية بشكل عالمي .

إن تغير المناخ يؤدي إلى نزوح الأفراد من خلال العديد من الطرق و أكثرها وضوحا و مأساوية، يكون بسبب زيادة عدد وخطورة الكوارث المتعلقة بالطقس والتي تدمر المنازل والمسكن مما يدفع الأفراد إلى البحث عن مأوى أو أماكن للعيش بمكان آخر. إن ظاهرة البداية البطيئة التي تتضمن تأثيرات التغير المناخي مثل التصحر وارتفاع منسوب البحار يؤدي تدريجياً إلى تدمير أسباب المعيشة وإجبار المجتمعات على التخلي عن أوطانها التقليدية لتذهب إلى بيئة أكثر ملائمة. ويحدث هذا حالياً في مناطق الساحل الإفريقية وحزام مناطق المناخ شبه الجاف الذي يمتد حول القارة أسفل صحرائها الشمالية تماما. ويمكن أن تؤدي البيئات المتدهورة نتيجة للتغير المناخي إلى مزيد من الصراعات حول الموارد والتي قد تؤدي بدورها إلى نزوح الأفراد¹⁵⁰ .

ب- ضعف محفزات التنمية الإقتصادية:

إذا كان التغير المناخي يعد احد الأسباب الرئيسية في إحداث الهجرة البيئية نتيجة الأثار المترتبة على الكوارث الطبيعية فان الجانب الإقتصادي لا يخلو من هذا التأثير نتيجة الصعوبات التي يجدها الأفراد في المناطق التي تتضرر بيئياً لعدم توفر الموارد الأساسية للعيش أو شحها بسبب طبيعة المنطقة كالصحاري و مناطق الجليد و المناطق التي أصبحت غير قابلة للعيش رغم وجود مؤهلات الاقتصاد بسبب أخطار الصناعات النووية أو المشاريع الكبرى بما يجعل الجانب الإقتصادي عاملاً و تحديات أمام الأفراد للمغادرة لأجل تحسين مستواهم المعيشي و الحفاظ على مواردهم و يمكن إيجاز عوائق التنمية لعامل البيئة كإيلي:

- نقص الموارد الطبيعية و المائية أو إنعدامها
- تأثير العوامل الطبيعية على مخرجات الأراضي الزراعية كالجفاف و التصحر و التغير المناخي و تقدر الإحصائيات بأن 1.5 مليار يعانون من ذلك.¹⁵¹

- نقص فرص العمل الناتج عن ضعف التنمية الإقتصادية لا سيما منها مجال الزراعة باعتباره قطاعاً واسعاً يحوي الملايين من مزاولي الزراعة خاصة في المناطق الريفية و تقدر الإحصائيات وجود 75 في المائة من الفقراء في هاته المناطق.

¹⁵⁰ لطرش أمينة اللجوء البيئي كأثر للتغير المناخي ، مقال إلكتروني بمجلة القانون و الأعمال متوفر على الموقع الإلكتروني:

www.droitentprise.com/web/ala3dadAlSabiaSections-

على الساعة العاشرة ليلاً 22/02/2018 تم الإطلاع عليه يوم :

¹⁵¹ راجع أكثر حول العلاقة بين الهجرة و التنمية الريفية :

منظمة الأغذية و الزراعة للأمم المتحدة ، تقرير الهجرة و الزراعة و التنمية الريفية متوفر على الموقع الإلكتروني: www.fao.org/3/b-i6064a.pdf

تم الإطلاع عليه بتاريخ 2018/02/22 على الساعة الرابعة بعد الزوال.

- الفقر و إستنزاف الثروات لدى الشعوب بما يجعلها غير قادرة على توفير المعيشة للأفراد داخل هاته الدول لا سيما منها الفقيرة¹⁵²

ج- الكوارث الطبيعية و الصناعية:

تشكل الكوارث البيئية الناتجة عن التغير المناخي أو عن عوامل شارك فيها الإنسان كالمصانع الكيماوية أو النووية التي تشكل خطرا على الأشخاص في حالة حدوث أي تغيير في أساليب تأمينها. أو حدوث أخطار عند إستعمالها بما ينجم عنه ضرر للبيئة قد تؤدي إلى التعجيل بالهجرة لعدم القدرة على التكيف مع الوضع أو انعدام الحياة فيها

إلى جانب ذلك تشكل التغيرات التي تحدث في مناطق بركانية سببا وجيها. و عامل بيئيا أساسيا للجوء إلى مناطق أكثر أمنا ، و استقرار من الناحية البيئية . نظرا للأخطار التي تتسبب فيها إنفجارات البراكين و ما يتبعها من زلازل التي قد تكون في أعماق البحار و أثارها تكون على اليابسة بما يؤدي أحيانا إلى غمورها إن الكوارث الطبيعية و الصناعية أصبح واقعا لا يمكن تجاهله و مؤثرا بيئيا

المبحث الثاني:مدى وجود الأساس الدولي للجوء البيئي

على الرغم من الزخم الواسع الذي برز في إقرار حقوق الإنسان . بما فيها اللجوء على غرار إتفاقية 1951 الخاصة بوضع اللاجئين التي ركزت على اللجوء غير البيئي أي المرتبط بالجوانب السياسية ، و الشخصية دون سواها من العوامل الأخرى بما جعل البيئة خارج نطاق المعايير الموجبة للجوء في إطاره العام.

إن الأخذ بالمعيار الفردي في قضية اللجوء يجعل من الصعب بادرة إتجاه قانوني نحو إدخال البيئة كعامل للجوء بالمطابقة مع المادة 01 من إتفاقية اللاجئين 1951 و ذلك كونها غير متوازنة من حيث الطرح ، فالعوامل البيئية و إن كانت موجبه للهجرة وصولا إلى إمكانية طلب اللجوء الدائم أو حتى المؤقت. إلا أنها غير قابلة للتطبيق في معظم الحالات بإعتبار أن الكوارث الطبيعية غالبا ما تكون في فترة محددة . و أثارها لا تمتد إلى نضوب متطلبات العيش بقدر ما توجب الإصلاح و تقديم المساعدات لفترات معينة قد تبدو في البداية أنها غير كافية للإستجابة لهؤلاء اللاجئين إلا أنها مع الوقت تصبح على قدر من جبر الضرر . و إرجاع الأمور إلى مسارها الأصلي . و نفس الذي ينطبق على النزاعات المسلحة و ما قد ينجر عنها من نزوح أو هجرة خارج البلد مكان حدوث النزاع. إلى جانب ذلك فإن تركيز جل الإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان على نفس الأمر كالعهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية و المدنية لسنة 1966 ، و إتفاقية القضاء على أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لسنة 1979 و تبعها في ذلك المواثيق الإقليمية على غرار الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل 1990.¹⁵³

¹⁵² راجع أكثر حول العلاقة بين الهجرة و التنمية الريفية :

منظمة الأغذية و الزراعة للأمم المتحدة ، تقرير الهجرة و الزراعة و التنمية الريفية

متوفر على الموقع الإلكتروني www.fao.org/3/b-i6064a.pdf

تم الإطلاع عليه بتاريخ 2018/02/22 على الساعة الرابعة بعد الزوال.

¹⁵³ شكلت حقوق الإنسان السمة البارزة في المجتمع الدولي لذا سعت الدول عبر المنظمات الدولية و الإقليمية إلى إقرار عشرات الإتفاقيات و البروتوكولات و الإعلانات العالمية و الجهوية و ساء ذات الطابع العام أو المتخصصة و كان أبرزها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 ، و غالبا ما تسعى الدول إلى الدخول في هاته الإتفاقيات عبر التصديق عليها و الإنضمام إليها . و لأجل إعطاء أكثر دفع للحد من إنتهاكات

هاته الصكوك الحقوقية تضمنت في مجملها حق اللجوء و ضمانه عند حدوث الكوارث الطبيعية و ألزمت الدول بتقيد المساعدات لهم. لكن لم تأخذ بالمعيار البيئي للجوء خارج الأوطان الأصلية لهؤلاء الضحايا .

المطلب الأول: اللجوء البيئي في الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالبيئة و حمايتها

على الرغم من أن القانون الدولي البيئي يصخر بزخم واسع من الإتفاقيات على مستويات متعددة لحماية البيئة و المتشكل عبر مراحل متعددة . و التي لعب فيها معيار التعويض عن الأضرار و ربطها بالمسؤولية الدولية و التنمية المستدامة جعلها تفرغ من أي إشارة لللاجئ البيئي بل أكثر من ذلك هي تتضمن الأساس الممكن البناء عليه أي حماية دولية لهؤلاء المتضررين كونها تتضمن حماية البيئة و تقر بالأخطار المتصلة بيها و كذا تنظيم النشاط الإنساني الذي الأوساط المتنوعة البرية و البحرية و الجوية. وصولاً إلى إقرار مبدأ الحيطة في القانون الدولي للبيئة و الذي بدأت معالمه تتبلور في السنوات الاخيرة و تم إقراره في الدول . و دسترته و هو مبدأ غامض لكونه مستجد من جهة و يرتبط هو الآخر بالتنمية المستدامة و الحفاظ على حاجيات الأجيال القادمة بما جعله يدخل في إستراتيجيات الدول و المؤسسات و ربطه بالتنمية الإقتصادية و هو ما تضمنه في مؤتمر ريو دجي جانيرو 1992.¹⁵⁴

إن عدم الإهتمام الدولي بالبيئة كمعيار للجوء ليس كونه غير ممكن إقراره بل أن صعوبة الإعتراف به تكمن في مرونة المصطلح و عدم قابليته للتطبيق على نطاق واسع بما يجعل ضرورة تضمين الإتفاقيات المتعلقة بالبيئة جانبا يتصل بالبيئة و مضارها على الحق في الحياة و استمراريتها في الأماكن الممكن أن تتضرر بيئيا بشكل غير قابل للتعويض او الاصلاح و صلا الى امكانية انعدام الحياة فيها.

المطلب الثاني: حماية اللاجئين البيئيين "المنظمات الدولية والمساعدات الإنسانية"

على الرغم مما تبذله المنظمات الدولية في سعيها لحماية اللاجئين دون معرفة أن كان المعيار بيئي من غيره. إلا أنها تسعى جاهدة لتطوير برامجها التدريبية الخاصة بالتأهب و الإنذار المبكر على غرار ما تقوم به المفوضية السامية لشؤون

حقوق الأفراد في المجتمع و الرقابة عليها ، و قد صادقت الجزائر على العديد من الإتفاقيات الدولية و الإقليمية منها :الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 / العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية الصادر سنة 1966 و الذي دخل حيز التنفيذ 1976/العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية و الإجتماعية الصادر سنة 1966 و الذي دخل حيز التنفيذ 1976/اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989/الاتفاقية الدولية للأشخاص لذوي الإعاقة الصادرة عن الجمعية العامة في لسنة 2006 و التي دخلت حيز التنفيذ سنة 2008/ و البروتوكول الإختياري لها /الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الذي تمت إجارته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي كينيا جوان 1981/إتفاقية الحد من التمييز العنصري و العنف ضد المرأة ... وإتفاقيات أخرى

و في سعي الأمم المتحدة و المنظمات المتخصصة و كذا الإقليمية لمراقبة إلتزامات الدول في مجال حماية حقوق الإنسان بشكل عام يأتي نظام التقارير للدول و الشكاوي للأفراد و الدول على حد سواء كإطار للإلتزامات أطراف إتفاقيات حقوق الإنسان من خلال إنشاء لجان متخصصة بموجب الإتفاقيات الدولية أو من خلال القرارات ، و يمكن أن نشير إلى أن نظام اللجان تقريبا مرتبط بكل إتفاقية في مجال حقوق الإنسان سواء العامة أو الخاصة.أنظر حول الآليات الدولية للرقابة على إلتزامات الدول في مجال حقوق الإنسان سواء كانت هاته لإتفاقيات ذات المضمون العام و الخاص المعنية بحقوق الإنسان : عبد العزيز قادي، حقوق الإنسان في القانون الدولي "المحتويات و الآليات"، الجزائر، دار هومة للطباعة و النشر، 2003، ص و ما بعدها.

و أيضا :عمر سعد الله ،مدخل إلى القانون الدولي لحقوق الإنسان ، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة رابعة، 2003، ص 187.
¹⁵⁴ راجع حول مبدأ الحيطة :سماح محمد عبد الفتاح ، مبدأ الحيطة في البيئة ، مقال منشور بمجلة البحوث القانونية و السياسية ، عدد : 07 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة سعيدة، 2016، ص 452 و ما بعدها

اللاجئين التي تختص بحماية فيئة اللاجئين المنصوص عليها في اتفاقية 1951 و التي يدخل ضمنها اللاجئ البيئي بشكل غير مباشر مع عدم اعمال المعيار البيئي للحماية بقدر ما تكيفه وفق المعطيات التي يقدمها طالب اللجوء على أساس إنتهاك حقوقه السياسية او الحروب أو التمييز ، إضافة إلى ذلك تسعى المنظمة الدولية للهجرة الربط بين الهجرة و تنظيمها و التنمية و أعمال الوسائل المختلفة للحد منها ، إلى جانب ذلك تسعى المنظمات غير الحومية لأجل دور فعال في حماية اللاجئين و الدفاع عنهم بما فيه اللاجئين البيئيين الذي يحتاجون الى وضع قانوني خاص بيهم .¹⁵⁵

تشكل المساعدات الإنسانية أهم وسيلة لحماية اللاجئين عبر تقديم المعونة لهم في أماكن تواجدهم نتيجة الكوارث الطبيعية او الصناعية التي تضطربهم للخروج من مناطقهم. إلأماكن أكثر أمناً إلا أنها تجد صعوبات ذات طابع إجرائي تتعلق بالجمارك و تسهيلات العبور من طرف الدول.¹⁵⁶

المطلب الثالث: نحو ضرورة إقرار اتفاقية دولية لحماية اللاجئين البيئيين

إذا كان قصور القانون الدولي سواء عندما يتعلق الأمر بالاتفاقيات الخاصة بحماية بالبيئة أو القانون الدولي الإنساني، إلا أنه بالرجوع الى الاتفاقية المعيارية و المؤسسة لنظام اللجوء الدولي و هيب إتفاقية 1951 نجد أن من الصعوبة كان ان ندخل المعيار البيئي في نطاق هاته المادة كون أن الأساس المتصل باللجوء. غير موجود إلى أنه يمكن الإستشارة التي طبيعة الهجرة القائمة على اساس بيئي ليست فردية غالباً بل تكون جماعية و ذلك لإعتبارات أن الخطر البيئي هو خطر يصيب مجموعة من الأفراد و ليس فرد واحد، و هذا بما يجعل الإختلاف في قضية دراسة الملفات الخاصة بطالبي اللجوء. كون أن الامر لا يتعلق بعوامل او دوافع شخصية أساسها الرأي السياسي أو النزاع أو التمييز بما يمكن أن يتم تعديل المادة نحو قبول اللاجئين البيئيين كالأخرين أو توسيع التعامل مع قضايا اللاجئين بمرونة. وهذا ما قد يتم تأسيسه على مستوى القوانين الداخلية للدول التي لها إختصاص إفراغ الإتفاقية في تشريعاتها الأساسية او عبر قيامها بدراسة اللجوء البيئي بشكل استثنائي لمجموعات بشرية يداهمها الخطر البيئي.

لا يمكن أن نتكلم على وضع قانوني للاجئ بيئي دون وجود أساس قانوني دولي على غرار ما يتم اقراه من التزامات دولية و حقوق للأفراد في حالة اللجوء التقليدي على الرغم من صعوبته و فكرة ذلك تبلورت و لو بشكل غامض قابل للدراسة. و في هذا الصدد يمكن الإرتكاز على المادة الثانية فقرة ثانية من إتفاقية الخاصة باللاجئين في إفريقيا المبرمة من طرف منظمة الإتحاد الإفريقي "سابقاً" بأديس أبابا في 10 سبتمبر 1969¹⁵⁷

و التي تضمنت في المادة الثانية الأسباب الموجبة للجوء التقليدي و إحتوت معيار يرتبط بالنظام العام و المتصل بإمكانية تعكير النظام العام الذي يتوسع الى جوانب تتعلق بالبيئة و اخطارها على الصحة و السكنينة العامة و الأمن العام و نضرب

¹⁵⁵ نعم حمزة عبد الرضا حبيب ، الوضع القانوني للاجئ البيئي في القانون الدولي العام ، مذكرة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، السنة الجامعية يناير 2012 ، الأردن ، ص 74-75-76-77-78-84

¹⁵⁶ نعم حمزة عبد الرضا حبيب، المرجع السابق، ص 15-16-17

¹⁵⁷ - الإتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في إفريقيا المعتمدة في أديس أبابا في 10 سبتمبر 1969 دخلت حيز التنفيذ في 20 جوان 1974.

راجع في هذا أيضا : بن فاطمة بوبكر ، المرجع السابق ، ص 102

مثل ذلك بوقوع كارثة صناعية خطيرة كحادثة "شارنوبيل" التي تعتبر أسوأ كارثة للتسرب الإشعاعي والتلوث البيئي شهدتها البشرية حتى الآن وصنفت ككارثة نووية من الدرجة الـ 7، وقعت الكارثة في 26 أبريل 1986 في مفاعل محطة تشيرنوبل بالقرب من مدينة بريبيات في أوكرانيا التي كانت حينذاك واحدة من جمهوريات الاتحاد السوفياتي السابق. تسببت في وفاة 93 ألف شخص بسبب الإشعاعات الناشئة عن الحادث، وأشارت إحصائية رسمية لوزارة الصحة الأوكرانية إلى إن 2.3 مليون من سكان البلاد ما زالوا يعانون حتى الآن بأشكال متفاوتة من الكارثة. كما تسببت حادثة مفاعل تشيرنوبل في تلوث 1.4 مليون هكتار من الأراضي الزراعية في أوكرانيا وروسيا البيضاء بالإشعاعات الملوثة.¹⁵⁸

خاتمة :

على الرغم من كون اللجوء البيئي لم ينل الإهتمام الدولي الذي بقي محصور في الإهتمام باللجوء التقليدي و تضمينه في الاتفاقية الدولية لحماية اللاجئين لسنة 1951 بإعتبار تشكل الاساس القانوني الدولي. إلا أن معيار الضرر البيئي غير قابل للتعويض و الإصلاح بدأ يتبلور في ظل العوامل البيئية المتكررة و التي أدت إلى وجود أفكار متناثرة تحاول أن تجعل من اللجوء البيئي ممكن لا سيما و أن توسيعه دائرة اللجوء في الدول ممكنة في ظل إمكانية دراسة القضايا البيئية في إطار الجماعي عكس الفردي الذي يتم إعماله عند مقتضيات قبول الدول لطلبات اللجوء السياسية و المرتكزة على الإضطهاد الناتج عن الحروب و التمييز.

لقد أصبح من الضروري إعادة النظر في المواثيق الدولية سواء تلك المتصلة بحماية البيئة و تضمينها تأثير التغير المناخي و الاخطار المتعددة الطبيعية و الصناعية على الحق في الحياة و العيش في أماكن آمنة امام تدهور مناطق العيش نظرا لعدم قابليتها للعيش او امكانية زوالها بسبب ما قد يحدث نتيجة هاته العوامل البيئية على غرار غمر المياه للجزر .

إن توسيع المادة الأولى من جهة أو تعديلها أصبح من الضروري لإدخال العامل البيئي لمعيار اللجوء بغض النظر عن عمليات المساعدات الانسانية و مقتضيات التعاون الدولي، إن اللجوء البيئي أصبح واقعا لا يمكن تجاهله بما يفرض الى ضرورة التعايش الدولي معه و اقرار الحماية اللازمة للاجئين البيئيين وضع نظام قانوني لهم يحوي التزامات دولية و يعطيهم حقوق وواجبات لهم على غرار اللاجئين التقليديين.

¹⁵⁸.<http://ar.wikipedia.org>

المَوْطَن وأُنده في أعمال السلطة التَشديعية (دراسة في مدى دستورية انعقاد مجلس النواب بمدينة طبرق)

د. عادل عبد الحفيظ كنديس

أستاذ مشارك كلية القانون جامعة طرابلس

مقدمة

جرت في ليبيا بتاريخ 25 يونيو 2014 انتخابات برلمانية لاختيار مجلس النواب، المقرر انعقاده بمدينة بنغازي، وفقا للفقرة 11 من المادة 30 من التعديل الدستوري السابع، الصادر بتاريخ 11 مارس 2014 التي اعتمدت مقترح لجنة فبراير 2014، وفي 20 يوليو 2014 أعلنت المفوضية العليا للانتخابات النتائج النهائية للانتخابات لمجلس النواب؛ وبتاريخ 22 يوليو 2014 أصدر رئيس المؤتمر الوطني العام¹⁵⁹ القرار رقم 56 لسنة 2014 بدعوة المؤتمر الوطني العام ومجلس النواب للانعقاد ليتم التسليم والاستلام بينهما، وحدد لذلك يوم 4 أغسطس 2014، كما صدر عنه بتاريخ 30 يوليو 2014 تعميمٌ بأن تكون جلسة الاستلام والتسليم بطرابلس.

استلم رئيس المؤتمر رسالتين هاتفتين¹⁶⁰ بتاريخ 30 يوليو 2014 إحداهما من أكبر أعضاء مجلس النواب سنا، يعلمه بأن انعقاد أول جلسة لمجلس النواب ستكون يوم 2 أغسطس 2014 بمدينة طبرق، ثم ورد إليه تعديل بأن الجلسة ستكون يوم 4 أغسطس 2014، وهو ما حدث بالفعل، وقد أثار هذا الانعقاد جدلا قانونيا وسياسيا كبيرا على المستويين الوطني والدولي، وكان موضوعا لظعن دستوري أمام الدائرة الدستورية للمحكمة العليا، هو الظعن رقم 16 لسنة 61 ق بتاريخ 6 نوفمبر 2014، وجاء في حيثيات وقائع الظعن أن المختص بدعوة مجلس النواب لعقد أول جلسة هو رئيس المؤتمر الوطني العام وحده، وأن انعقادها لكي يكون صحيحا، إما أن يكون في مدينة طرابلس، وإما أن يكون بمدينة بنغازي وفقا لأحكام الاعلان الدستوري، وأن الدعوة التي وجهت من غير المذكور، تكون غير قانونية، كما أن انعقاده بمدينة طبرق يكون غير قانوني أيضا، ويشوب البطلان ما ترتب على ذلك من آثار، وخلص مقدم الظعن إلى طلب الحكم بعدم دستورية جلسة انعقاد مجلس النواب التي تمت بمدينة طبرق في 4 أغسطس 2014 وما تلاها من جلسات، وبطلان ما ترتب على ذلك من إجراءات ونتائج.

غير أنه، ولما كانت الدائرة الدستورية قد سبق وقضت في الظعن الدستوري رقم 17 لسنة 2014 بتاريخ 4 نوفمبر 2014 بعدم دستورية الفقرة 11 من المادة 30 من الإعلان الدستوري السابع، الصادر بتاريخ 11 مارس 2014 وكافة الآثار المترتبة عليه¹⁶¹، وأن انعقاد الجلسة المطعون بعدم دستوريتها قد تم بناء على التعديل الدستوري الذي قضى بعدم دستوريته، وكان

¹⁵⁹ المؤتمر الوطني العام هو السلطة التشريعية المؤقتة في ليبيا في ذلك الوقت بموجب انتخابات 2012.7.7.

¹⁶⁰ انظر وقائع الظعن الدستوري رقم 16 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014.

¹⁶¹ جاء في حيثيات حكم المحكمة العليا في الظعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 ق بتاريخ 6 نوفمبر 2014 ما يلي: " ... وحيث إن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية، وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصوم فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيد دستوري تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم به جميع سلطات

لهذا القضاء حجية مطلقة حسمت الخصومة الدستورية؛ فقد قضت المحكمة بأن الخصومة الماثلة تكون غير ذات موضوع، الأمر الذي يتعين معه الحكم باعتبارها منتهية،

وبمعنى آخر، بالنظر إلى أن المحكمة قد قضت في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 ق بعدم دستورية نص الفقرة 11 فإن المحكمة لم تفصل في دستورية الانعقاد بمدينة طبرق وعدمه، على اعتبار أن الخصومة الماثلة أمامها في الطعن الدستوري رقم 16 لسنة 61 ق صارت منتهية، وبصرف النظر عما انتهى إليه حكم القضاء، فإن الأمر الذي يتطلب من الناحية الفقهية رفع الغموض والإبهام والجدل الذي أحاط بدستورية هذا الانعقاد وعدمه¹⁶²، أي باختصار فإنه في هذه الدراسة سينظر في مدى صحة انعقاد مجلس النواب بمدينة طبرق، بمعزل عن مدى دستورية وجوده؟

عليه، يتطلب الفهم الجيد للإشكالية القانونية المثارة بشأن انعقاد مجلس النواب في مدينة طبرق بالمخالفة لأحكام التعديل السابع للإعلان الدستوري المؤقت، ضرورة تأصيل المسألة تأصيلاً قانونياً معمّماً، للوصول إلى نتيجة قانونية مقنعة، وهو ما يتطلب الحديث عن المواطن بكونه أحد محددات الشخصية القانونية للشخص الاعتباري؛ على اعتبار أن الإشكالية المثارة تتعلق بانعقاد مجلس النواب، وهو شخص اعتباري، في مدينة غير تلك المحددة في الإعلان الدستوري، مقرأً لهذا المجلس.

ولذلك فإن الدراسة المعمّقة تتطلب تناول الموضوع من شقين: يتم في الأول دراسة أهم الأحكام العامة للمواطن بوصفه محدداً للشخصية القانونية للشخص بشكل عام بصرف النظر عن كونه طبيعياً أو اعتبارياً، ثم بيان أهم الأحكام الخاصة بالمواطن بوصفه محدداً للشخصية القانونية للشخص الاعتباري، وعليه سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين وفق الآتي:

- **المطلب الأول: الأحكام العامة للمواطن بوصفه محدداً للشخصية القانونية.**

- **المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بمواطن الشخص الاعتباري.**

المطلب الأول: الأحكام العامة للمواطن بوصفه محدداً للشخصية القانونية

سيتم في هذا المطلب التعرض لبيان أحكام ذات صلة بالشخصية القانونية بشكل عام (أولاً) ثم لبيان تلك الأحكام العامة ذات الصلة بتحديد المواطن (ثانياً).

الدولة وفقاً للمادة 31 من قانون المحكمة العليا سالف الذكر، سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته، ورفض الدعوى على هذا الأساس .."

¹⁶² رغم قضاء الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 ق بتاريخ 4 نوفمبر 2104 بعدم دستورية الأساس القانوني الذي بني عليه مجلس النواب، وأن هذا الأخير صار والعدم سواء؛ فإن أهمية البحث في هذه المسألة تكمن في أنه بتاريخ 17 ديسمبر 2015 تم توقيع اتفاق سياسي بمدينة الصخيرات المغربية بين المؤتمر الوطني العام ومجلس النواب، أقر هذا الاتفاق بوجود مجلس النواب بأثر رجعي، وقضى في مادته 16 بمراجعة مقر الانعقاد المؤقت، وبرغم اعتماد المؤتمر الوطني العام للاتفاق في جلسة بتاريخ 6 إبريل 2016 بقصر ولي العهد بطرابلس، فإن مجلس النواب علق موافقته النهائية بالتحفظ على إحدى مواد الاتفاق، وذلك في جلسة له بتاريخ 5 يناير 2016 بمدينة طبرق.

أولاً: مفهوم الشخصية القانونية

تُعرّف الشخصية القانونية بأنها: القدرة أو المكنة التي يكتسبها فرد أو كيان قانوني على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات (أهلية الوجوب) وإبرام التصرفات القانونية (أهلية الأداء).

ووفقاً لأساسيات علم القانون يتحدد نطاق الشخصية القانونية لأي فرد (الشخص الطبيعي) أو كيان قانوني (الشخص الاعتباري)¹⁶³ في شقي الأهلية (الأداء والوجوب) بعناصر ثلاثة: الاسم والموطن والحالة¹⁶⁴؛ ويستنتج من ذلك أهمية الدور الذي يلعبه المُوطن - بوصفه معياراً جوهرياً - في تحديد الحقوق المكتسبة وتحمل الالتزامات المفروضة، وكمعيار جوهري أيضاً في تحديد مدى صحة الأعمال والتصرفات الصادرة عن الشخص، سواء أكان طبيعياً أم اعتبارياً.

وأهمية الموطن بوصفه مُحدداً للشخصية القانونية للشخص بشكل عام لا تنحصر فقط في إطار علاقات القانون الخاص، بل تمتد لتشمل علاقات القانون العام¹⁶⁵ ولهذه النقطة أهمية بالغة في مجال هذه الدراسة؛ لأن الإشكالية التي تعالجها هذه الدراسة تتعلق بأعمال السلطة التشريعية وهو موضوع ذو صلة بالقانون الدستوري الذي يشكل فرعاً من فروع القانون العام، فمن خلال الالتزام بالموطن نستطيع أن نحدد ليس فقط مدى صحة ممارسة مجلس النواب لحقوقه ووفائه بالتزاماته، بل ومدى صحة ما صدر عنه من تصرفات أو أعمال قانونية؟

إذ سيتبين لاحقاً أن مسألة الالتزام بالموطن تلعب دوراً جوهرياً في صحة أو بطلان أعمال السلطة التشريعية في أغلب دساتير العالم.

السؤال المهم الآن، هو كيف يتحدد موطن الشخص بشكل عام وفق أساسيات علم القانون؟

الإجابة على هذا التساؤل ستجد لها حضور في الفقرة التالية:

ثانياً: الأحكام العامة ذات الصلة بتحديد الموطن

تقول القواعد العامة في أساسيات علم القانون بحرية الشخص في اختيار المكان الذي يختاره موطناً له، إلا أن هذه القواعد ليست مطلقة من دون قيد أو شرط، فالاستثناء هو: أن القانون قد يتدخل في تحديد مكان معين موطناً محدداً للشخص¹⁶⁶، وفي هذه الحالة يكون هذا المكان موطناً إلزامياً للشخص، وهو ما يسمى بالموطن القانوني أو الإلزامي أو الحكمي؛ فالموطن القانوني أو الإلزامي أو الحكمي هو: المكان الذي يفرضه القانون موطناً إلزامياً للشخص ما، ومن خصائص الموطن القانوني أو الإلزامي أو الحكمي التي تستنبط من التعريف:

- 1- أنه موطن اجباري لا اختياري؛ لأنه محدد أو معين بنص قانوني مانع.
- 2- أنه الموطن الذي يُعتد به قانوناً لتحديد الحقوق والالتزامات، وأيضاً للحكم على صحة الأعمال والتصرفات المرتبطة بعلاقات الشخص، سواء أكانت في إطار القانون الخاص أم العام.

¹⁶³ المادة 53 من القانون المدني الليبي تقضي بأن يكون لكل شخص اعتباري موطن مستقل، وهو المكان الذي توجد فيه مقر أو مركز إدارته.

¹⁶⁴ الكونني، أساسيات القانون الوضعي، نظرية القانون الوضعي، ص 105.

¹⁶⁵ المرجع السابق، ص 113-114.

¹⁶⁶ الكونني، المرجع السابق، ص 118.

3- أنه موطن لا يقبل التغيير بإرادة الشخص ما دام ظل سبب فرضه قائما، ولا يكون التغيير إلا في حال زوال السبب ووفقا لما هو منصوص عليه في القانون¹⁶⁷.

واستنادا إلى ما تقدم، يمكن القول: إن تحديد بنغازي موطنا لمجلس النواب لم يأت بموجب نص قانوني عادي، بل بموجب نص دستوري، فلقد جاء في المادة 16 من مقرر لجنة فبراير المعتمد بموجب التعديل السابع¹⁶⁸ للإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 11 مارس 2014 ما يلي:

(يكون مقر مجلس النواب مدينة بنغازي، ويجوز له عقد اجتماعاته خارج مقره الرسمي)¹⁶⁹.

لا شك أن النص السابق يجعل من المدينة المذكورة في النص (مدينة بنغازي) موطنا دستوريا إلزاميا حكما لا اختياريا، وبعبارة أخرى فإن اختيار هذه المدينة موطناً لمجلس النواب، يشكل استحقاقا دستوريا لا يمكن تعديله أو تجاهله بإرادة مجلس النواب ذاته، وأن هذا الموطن هو الذي يعتد به، ليس فقط في تحديد الحقوق والالتزامات المرتبطة بعلاقات مجلس النواب، بل وفي الحكم على مدى صحة أعماله وتصرفاته في إطار القانون العام، وتحديد القانون الدستوري؛ فهذا الموطن لا يقبل التغيير بإرادة رئيس مجلس النواب المنفردة، أو بإرادة أعضائه الجماعية إلا بتعديل الإعلان الدستوري، ووفقاً للإجراءات والشروط المنصوص عليها فيه¹⁷⁰، كما لا يملك رئيس المؤتمر الوطني العام نفسه تغيير هذا الموطن، أو أن يفوض

¹⁶⁷ الكونني، المرجع السابق، ص 119.

¹⁶⁸ تم إقرار هذا التعديل من قبل المؤتمر الوطني العام في جلسة 11 مارس 2014 تمهيداً لإنهاء المرحلة الانتقالية التي يقودها المؤتمر الوطني العام بعد ظهور حراك لا للتمديد الذي كان يقول بانتهاء ولاية المؤتمر في 4 فبراير 2014.

¹⁶⁹ أما المادة 16 من الاتفاق السياسي الليبي الموقع في الصخيرات بتاريخ 17 ديسمبر 2015 بين المؤتمر الوطني العام ومجلس النواب فقد جاء فيه ما يلي:

(يعقد مجلس النواب، بعد التناق من يرغب من النواب المقاطعين، جلسة تخصص للنظر في القضايا التالية:

1- المقر المؤقت لانعقاد المجلس)

¹⁷⁰ جاء في المذكرة الشارحة لأسباب الطعن الدستوري رقم 16 لسنة 61 قضائية ما يلي:

(.. وقد توفر هذا العيب عندما حددت الوثيقة الدستورية شكلا واجراءات معينة من قبل السلطة التشريعية المختصة "مجلس النواب" وهو أن يكون مقر الانعقاد الرسمي "مدينة بنغازي" وفقا للإعلان الدستوري، حيث نصت المادة 16 من مقرر لجنة فبراير المعتمد بموجب التعديل الدستوري السابع على أنه "يكون مقر مجلس النواب مدينة بنغازي ويجوز له عقد اجتماعاته خارج مقره الرسمي" ، وخالف المجلس في واقعة الحال هذه الشكلية "الشرط" بانعقاده خارج المقر الدستوري بدون قرار تشريعي صحيح يخوله ذلك، فلكي يكون الانعقاد خارج المقر صحيحا يجب أن يتخذ القرار من المؤتمر الوطني العام أو من مجلس النواب بقرار بعد انعقاده انعقادا صحيحا، ولا نخلط هنا بين جلسة التسليم والاستلام وبين مكان الانعقاد؛ لأن عدم الدستورية ينصب على عقد الجلسة في مكان آخر بالمخالفة لنص الدستور القائل بأن المقر في مدينة بنغازي حيث أن المقرر فقها وقانونا أنه يجب مراعاة جميع قواعد الاختصاص الشكلية عند مباشرة السلطة التشريعية "مجلس النواب" سلطاتها المخولة لها من قبل الدستور، وهناك العديد من القواعد والاجراءات الشكلية مثل:

- حضور الأغلبية لصحة انعقاد الجلسة.

- ضرورة توافر نصاب معين حين إجراء التصويت لاتخاذ القرارات.

- عدم جواز مناقشة مشروع قانون أو قرار قبل مناقشته من قبل اللجنة المختصة.

- ضرورة إقرار مشروع القانون قبل عرضه.

- متى يجوز تقديم مشروع القانون مرة ثانية....).

لمزيد التفصيل، انظر، الأستاذ المحامي أبوبكر علي الشريف: الطعن الدستوري رقم 61/16ق (من التقرير بالطعن حتى صدور الحكم، سنة 1436هـ/2014م).

غيره في ذلك؛ لاسيما إذا ترتب على تغيير الموطن نقل مركز إدارة مجلس النواب ومركز نشاطه معا، على النحو الذي سيتم بيانه في الفقرة التالية:

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بموطن الشخص الاعتباري

سيتم في هذا المطلب التعرض لدراسة تطبيقية للأحكام الخاصة بموطن السلطة التشريعية في ليبيا (أولا) تم التعرض لدراسة مقارنة في هذا الخصوص (ثانيا).

أولاً: تطبيق الأحكام الخاصة بموطن السلطة التشريعية على الحالة الليبية

يتبين مما تقدم أن الحاجة للموطن محدداً للشخصية القانونية، لا يقتصر على الشخص الطبيعي فقط، بل تظهر الأهمية للشخص الاعتباري؛ فلا بد أن يكون للشخص الاعتباري موطنٌ يُميّزه من موطن أعضائه¹⁷¹، إلا أن ما تجدر الإشارة إليه هو: أنه وفقاً لأساسيات علم القانون الوضعي، يجب التمييز بين مركز الإدارة ومركز النشاط عند دراسة الموطن بوصفه محدداً للشخصية القانونية للشخص الاعتباري¹⁷²؛ لأنه إذا كان وفق المعتاد أن يضم موطن الشخص الاعتباري مركز إدارته ونشاطه معاً، فإنه من حيث الواقع قد يختلف مركز الإدارة عن مركز النشاط وفي هذه الحالة يكون مركز الإدارة هو موطن الشخص الاعتباري لا مركز النشاط، ومثال ذلك شركة نفطية مركز إدارتها مدينة طرابلس ومركز نشاطها الصحراء الليبية، فيكون موطنها المعتبر في تحديد حقوقها والتزاماتها والحكم على مدى صحة أعمالها وتصرفاتها هو مدينة طرابلس لا الصحراء الليبية.

عليه، وفيما يتعلق بالسلطة التشريعية (مجلس النواب) فإنه في العادة يكون مركز إدارتها ومركز نشاطها في موطن واحد، إلا في حالات استثنائية وقتية ووفقاً لإجراءات وشروط معينة يمكن أن يختلف فيها مركز الإدارة عن مركز النشاط، ويعد في هذه الحالة مركز الإدارة هو الموطن القانوني الإلزامي المعتد به في تحديد الحقوق والواجبات وفي الحكم على مدى صحة الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطة التشريعية.

للتمييز السابق أهمية بالغة فيما يتعلق بتفسير الحكم الوارد في المادة 16 من مقترح لجنة فبراير المعتمدة بموجب التعديل السابع للإعلان الدستوري المؤقت والمتضمنة تحديد المقر الرسمي لمجلس النواب في مدينة بنغازي وجواز نقل اجتماعاته خارج هذا المقر، إذ يجب التنبيه إلى أن المقطع الأول من النص القاضي بأن: المقر الرسمي لمجلس النواب مدينة بنغازي؛ هو يتضمن أحكام القواعد العامة في الموطن للسلطة التشريعية بوصفه شخصاً اعتبارياً، وهو يشمل مركز الإدارة ومركز النشاط معاً، أما المقطع الثاني من النص القاضي: بجواز نقل اجتماعاته (جلساته) خارج المقر الرسمي فهو يتضمن الأحكام الخاصة بمركز النشاط دون مركز الإدارة¹⁷³؛ لأن النص لم يقل ويجوز نقل المقر الرسمي خارج مدينة بنغازي، بل

¹⁷¹ انظر 53 من القانون المدني الليبي، وكذلك الكونني، المرجع السابق، ص 218.

¹⁷² الكونني، المرجع السابق، ص 218.

¹⁷³ ذكر محامي عبد الباسط الحداد في مرافعته في الطعن رقم 16 لسنة 61 ق بجلسة 20 أكتوبر 2014 ما يلي:

(.. كما أنه معلوم بالضرورة لعلم عدالة المحكمة الموقرة أن الموطن يتفرع إلى

1- موطن الإدارة، وهو بالنسبة للبرلمان المقر الرئيس الذي يوجد به الديوان وقد تحدد هذا الموطن بنص دستوري وهو مدينة بنغازي.
2- موطن ممارسة النشاط، وهو المكان الذي يعقد فيه مجلس النواب جلساته ويصدر فيه قراراته. ومدلول ذلك أن موطن الإدارة وقد تحدد بنص دستوري فلا يجوز تعديله إلا بموجب تعديل دستوري لاحق. أما مكان ممارسة النشاط وعقد الجلسات فإنه وطبقاً للمادة 16 من مقترح

قضى بجواز نقل الاجتماعات (الجلسات) خارج المقر الرسمي، وهو ما يؤكد إلزامية بقاء المقر الرسمي (مركز الإدارة) في مدينة بنغازي في كل الظروف والأحوال، وعدم جواز نقله خارجها مطلقا، وإنما الجائز فقط هو عقد جلسات استثنائية بصفة وقتية خارج المقر الرسمي، سواء أكان ذلك داخل مدينة بنغازي نفسها أو خارجها، بل إن انعقاد هذه الجلسات الاستثنائية لا يكون صحيحا إلا وفقاً لإجراءاتٍ وشروطٍ معينة يتم النص عليها، إما في الدستور نفسه وإما في النظام الداخلي للسلطة التشريعية، وتقضي القواعد العامة في الفقه الدستوري (ولاسيما العرف الدستوري) بأن كل انعقاد بالمخالفة لهذه الإجراءات والشروط هو انعقاد باطل وأن البطلان يمتد ليشمل ما ترتب على الانعقاد من أعمال وتصرفات على نحو ما سيتم بيانه لاحقا.

عليه، وبالنظر لما تقدم، يجب التمييز بين نقل المقر بمركزه الإدارية والنشاط معا، وبين نقل مركز النشاط فقط؛ ففي الحالة الأولى لا يكون النقل صحيحا إلا بإجراء تعديل في القاعدة الدستورية الملزمة؛ لأننا أمام موطن قانوني إلزامي يشكل استحقاقا دستوريا، ومن ثم لا يكون نقل المقر الرسمي ممكنا إلا بتعديل النص الدستوري الملزم. أما في الحالة الثانية، فهي وإن كانت تجيز نقل مركز النشاط خارج الموطن القانوني (عقد جلسات استثنائية خارج المقر الرسمي)؛ فإن هذه الإجازة مقيدة بالشروط والإجراءات المنصوص عليها، إما في الدستور وإما في النظام الداخلي للسلطة التشريعية.

ورجوعا للحالة الليبية، نجد أن انعقاد مجلس النواب في مدينة طبرق بتاريخ 4 أغسطس 2014م لم يقتصر على نقل مركز النشاط فقط، بل امتد ليشمل نقل مركز الإدارة أيضا، وهو ما لا يمكن وقوعه إلا بتعديل دستوري جديد، والقول بغير ذلك يجعل من النقل وما نتج عنه من أعمال وتصرفات باطلا بطلانا مطلقاً مهما كانت الظروف والأحوال المستند إليها في النقل؛ لأن الإشكالية القانونية في هذه المسألة تدخل ضمن الحالة الأولى المشار إليها أعلاه ومن ثم فهي تمثل استحقاقا دستوريا ملزما لارتباطها بموطن قانوني إلزامي حكومي منصوص عليه في الدستور.

هذا فضلا عن أن نقل مركز النشاط فقط دون مركز الإدارة (عقد جلسات استثنائية خارج المقر الرسمي بمدينة بنغازي) غير ممكن الوقوع في الحالة الليبية دون الرجوع للسلطة القائمة، وهي المؤتمر الوطني العام؛ لأن البناء أو الجسم التشريعي لمجلس النواب لم يكتمل بعد؛ فبسبب سكوت الإعلانات الدستورية المؤقتة (المُتَّصِفَة بالاختصار) عن بيان إجراءات وشروط عقد الجلسات الاستثنائية خارج المقر الرسمي؛ فإن الأنظمة الداخلية للسلطة التشريعية هي من يتول بيان ذلك. عليه، وحيث إن مجلس النواب لم يسبق له الانعقاد ومباشرة مهامه وفقا للإعلان الدستوري، وبالنتيجة فإنه لم يتسن له وضع نظامه الداخلي؛ فإن قرار رئيس السن لمجلس النواب الدعوة لانعقاد المجلس في مدينة طبرق يكون ليس فقط تعديا على اختصاص رئيس السلطة القائمة (رئيس المؤتمر) بل تجاوزا وتعديا على أحكام الإعلان الدستوري ما يشكل خرقا صريحا للقواعد الدستورية سارية المفعول، وتعد ممارسة رئيس السن وأعضاء مجلس النواب لمهامهم في هذه الحالة من قبيل وضع العربة أمام الحصان!

ولذلك كان على الأعضاء المنتخبين لمجلس النواب أن يتقدموا بطلب إلى المؤتمر الوطني العام بتعديل الإعلان الدستوري؛ إن ثبت فعلا وجود أسباب تمنع انعقاد المجلس بالمقر الرسمي بمدينة بنغازي، ولا يمكن الاحتجاج بعدم شرعية الطلب لانتهاء ولاية المؤتمر الوطني في فبراير الماضي؛ لأنه قولٌ يجانبه الصواب استنادا لنظرية استمرارية المرافق العامة

فبراير .. فقد أجازت " بقرار من مجلس النواب " عقد جلساته خارج مقره الرسمي، إلا أن ذلك مشروط بضوابط وإجراءات وقرار يصدره المجلس في اجتماع منعقد طبقا للقانون..).

التي تقضي باستمرارية المؤتمر الوطني العام لأداء مهامه حتى تستلم السلطة اللاحقة له مهامها، وذلك ضمانا لاستمرار الخدمة العامة، وتسيير الأمور اليومية، وعدم ترك فراغ سياسي وفقا لما تقضيه المصلحة العامة.

ثانيا: تطبيقات مقارنة ذات صلة بأحكام مَوْطِن السلطة التشريعية

خلصت الدراسة فيما تقدم إلى أن نقل مقر مجلس النواب (بمركزه الإدارة والنشاط) إلى مدينة طبرق، وكذلك انعقاد جلسات المجلس بهذه المدينة بناء على دعوة رئيس السن، هو إجراء باطل لمخالفته الصريحة لأحكام الإعلان الدستوري ويمتد البطلان ليشمل ما صدر عن المجلس من أعمال وتصرفات، وفقاً لما تقضي به الأعراف الدستورية السائدة في عالم اليوم؛ على اعتبار أن الالتزام بالموطن مُحدداً للشخصية القانونية يشكل عاملاً أو معياراً جوهرياً لإجازة ممارسة الشخص لحقوقه و الإقرار بالوفاء بالتزاماته، وإصباغ صفة المشروعية على أعماله، ولتأكيد هذا القول سيتم الاستشهاد بأحكام الدساتير المقارنة، وأهمها ما ورد في الباب الخامس، الفصل الأول من الدستور المصري الأخير الصادر في عام 2014، والذي جاء فيه أن مقر مجلس النواب مدينة القاهرة، وأنه يجوز في الظروف الاستثنائية عقد جلساته في مكان آخر، بناء على طلب رئيس الجمهورية أو ثلث أعضاء المجلس، وأن أي اجتماع للمجلس على خلاف ذلك، وما يصدر عنه من قرارات باطل¹⁷⁴.

فالجدير بالإشارة إليه في هذا النص أن نقل مركز النشاط (الجلسات الاستثنائية) بالمخالفة للشروط والإجراءات المحددة يترتب عليه أن الانعقاد وما ترتب عليه من قرارات يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، مع العلم أن الشروط والإجراءات الواردة في نص المادة 114 من الدستور المصري هي من قبيل الأحكام العامة التي سيأتي تفصيل بيانها في النظام الداخلي لمجلس النواب، فمثلاً كيف يتولى رئيس الدولة تقديم الطلب؟ وإلى من؟ هل إلى رئيس المجلس منفرداً أو إلى الأعضاء مجتمعين؟ ومتى؟ هل سيكون أثناء الانعقاد؟ أو عبر البريد المسجل؟ إلخ .. وكذلك الحال عندما يتعلق الأمر بطلب مقدم من ثلثي الأعضاء؛ فكل مثل هذه الأمور والإجراءات سيتكفل بيانها النظام الداخلي لمجلس النواب؛ وإذا ما تم الانعقاد بالمخالفة لذلك؛ فإن الانعقاد وما نتج عنه من قرارات سيكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

عليه، ولما كان عقد الجلسات الاستثنائية (نقل مركز النشاط فقط) بالمخالفة للشروط والإجراءات المنصوص عليها في الدستور، أو في النظام الداخلي يجعل من الانعقاد وما ترتب عليه من قرارات باطلاً بطلاناً مطلقاً؛ فمن باب أولى إن نقل مقر مجلس النواب (بمركزه الإدارة والنشاط) دون تعديل الإعلان الدستوري يجعل من هذا النقل وما ترتب عليه من قرارات باطلاً بطلاناً مطلقاً، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم منصوص عليه في جل الدساتير المصرية منذ العام 1971، وهو منصوص عليه في الدستورين الإماراتي والكويتي؛ حيث تقضي القواعد الدستورية في الإمارات العربية المتحدة بأن كل اجتماع يعقده المجلس من غير دعوة رسمية للانعقاد، أو في غير المكان القانوني المقرر لعقد اجتماعاته بموجب هذا الدستور يعد باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر¹⁷⁵، أما القواعد الدستورية في دولة الكويت فتقضي بأن كل اجتماع يعقده المجلس في غير الزمان والمكان المقررين لاجتماعه يكون باطلاً، وتبطل بحكم القانون القرارات التي تصدر فيه¹⁷⁶.

¹⁷⁴ المادة 114 من الدستور المصري لعام 2014.

¹⁷⁵ المادة 79 من الدستور الإماراتي.

¹⁷⁶ المادة 90 من الدستور الكويتي.

والذي تهدف الدراسة للوصول إليه من خلال ما تقدم، هو أن تكرر النص في أكثر من دولة على بطلان أعمال السلطة التشريعية المنعقدة خارج مقرها الرسمي بالمخالفة للنصوص الدستورية، يجعل من هذا الحكم عرفاً دستورياً في فقه القانون الدستوري، ولا يمكن لأي أحد الاحتجاج بعدم وجود نص مكتوب يحكم المسألة في الإعلان الدستوري المؤقت بسبب من الطبيعة المختصرة للإعلانات الدستورية - التي عادة ما تقتصر على أحكام انتقالية مرحلية لفترة انتقالية مؤقتة - ويستكمل النقص الحاصل في هذه الحالة بالأحكام الواردة في الأعراف المستقرة في فقه القانون الدستوري.

الختامة

نخلص مما تقدم إلى أن الأعمال والتصرفات الصادرة عن جلسات مجلس النواب المنعقد في مدينة طبرق بالمخالفة للإعلان الدستوري هي باطلةً بطلاناً مطلقاً ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، وأن لا مجال للقول بأن الدعوة للانعقاد ما هي إلا قرار ذو طابع إجرائي شكلي وغير جوهري يخضع للسلطة التقديرية لمصدر القرار - هي حجة واهية وإن قُدمت من قبل بعضهم على أنها مسلمة قانونية، ذلك أن السلطة التقديرية المطلقة التي ترد على أركان القرار الإداري هي كالتالي: ترد السلطة التقديرية على ركني السبب والمحل؛ أما السلطة المقيدة فإنها ترد على أركان الاختصاص والشكل والغاية، وهو ما يجعل من التقييد بهذه الأركان مسألة متعلقة بالنظام العام، وفقاً لما أكدته المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 14/6/1970م.

عليه، فإذا كان الحكم على هذا النحو في حال صدور قرارات إدارية بالاستناد إلى قواعد قانونية عادية؛ فكيف الحال إذا كانت هذه القرارات صادرة بالاستناد إلى قواعد قانونية دستورية، ولم ترع في هذه القرارات ركني الاختصاص والشكل المنصوص عليه في مثل هذه القواعد الدستورية؟

ولا مجال للحديث عن نظرية الظاهر لتبرير صحة قرارات مجلس النواب هو استناد في غير محله؛ لكونها - أي نظرية الظاهر - تصلح لتبرير عمل أو تصرف صحيح صدر عن شخص يُعتقد وفق الظاهر أنه يتمتع بسند قانوني، ثم تبين عكس ذلك كما هي حال الموظف الفعلي، ولا يستند إليها لتبرير عمل أو تصرف غير مشروع صدر عن شخص معترف له بالسند القانوني؛ ففي الحال محل الدراسة لا يُنزع في أعمال أو تصرفات صحيحة كان يُعتقد وفق الظاهر بأنها صدرت عن مجلس يتمتع بسند قانوني، ثم تبين خلاف ذلك، بل ينصب النزاع حول أعمال وتصرفات غير صحيحة - لأنها صدرت بالمخالفة للإعلان الدستوري - عن مجلس معترف له بالسند القانوني باعتباره منتخباً شعبياً، على اعتبار أن الانعقاد وقع قبل أن تفصل الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بشأن عدم دستورية الفقرة 11 من المادة 30 من التعديل الدستوري السابع للإعلان الدستوري بتاريخ 11 مارس 2014.

التحقيق الابتدائي في تقنية الاتصال عن بعد
دراسة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم (35) لسنة 1992
المعدل بالمدسوم بقانون 17 لسنة 2018

من كامل تركي

عضو اللجنة العلمية بجمعية الاجتماعيين دولة الإمارات العربية المتحدة
مستشار البحث العلمي بجامعة الحياة الجديدة الالكترونية
عضو فريق عمل مجلة القانون والأعمال

ملخص الدراسة

اتجه المشرع الاتحادي تحقيقاً للعدالة الجزائية إلى إرساء قواعد قانونية جديدة تواجه الجرائم من خلال الأخذ بمعطيات التكنولوجيا الحديثة في الكشف عن الجرائم وملاحقة مرتكبيها ومحاكمتهم، دون الاخلال بحقوق المتهم أو غيره من أطراف الخصومة الجزائية وتجلي ذلك بشكل واضح من خلال استخدام تقنية الاتصال عن بعد في مجال التحقيق أو المحاكمة الجزائية عن بعد، كإحدى الوسائل الفعالة التي تضمن حماية أطراف النزاع في الخصومة الجنائية

وقد تبنت العديد من دول العالم استخدام الاتصال عن بعد؛ في التحقيقات الجنائية، نظراً للمزايا والفوائد الكبيرة التي يمكن أن تحققها، والتي شكل استخدامها مرحلة جديدة من مراحل تطور الإجراءات الجزائية، بشكل يعكس الرغبة في الاستفادة من المعطيات التكنولوجية الحديثة في مجال تطوير مرافق العدالة الجزائية، فالغرض من التحقيق الابتدائي إعطاء السلطة العامة دور إيجابي؛ لجمع الأدلة، في الخصومة الجنائية، من أجل إثبات حق الدولة في العقاب، وذلك بتقديم المتهم إلى المحاكمة الجنائية لإقرار هذا الحق في مواجهته، وهو أمر يتوقف على مدى إثبات وقوع الجريمة؛ ونسبتها إلى المتهم

الكلمات الدالة: العدالة الجزائية، التحقيق عن بعد، تقنية الاتصال، الإجراءات الجزائية، الخصومة الجنائية

Abstract

The federal legislator has directed criminal justice to establish new legal rules that confront crimes by introducing modern technology in detecting, prosecuting and prosecuting crimes, without prejudice to the rights of the accused or other parties to the criminal dispute. This is evident with remote criminal investigation or trial, as an effective means of ensuring the protection of the parties to the dispute in criminal disputes.

In criminal investigations, many countries have adopted the use of teleconferencing because of the advantages and benefits they can achieve. This is a new stage in the development of penal procedures, reflecting the desire benefit from the latest technological developments in the development of criminal justice facilities. The purpose of the preliminary investigation is to give the public authority a positive role; to collect evidence, in criminal litigation, in order to establish the right of the State to punishment; by bringing the accused to a criminal trial for the recognition of this right, to the accused.

Key words: criminal justice, remote investigation, communication technology, criminal proceedings, criminal litigation

المقدمة

نشأت مرحلة التحقيق الابتدائي في ظل نظام التحري، بهدف إعطاء السلطة العامة دور إيجابي؛ لجمع الأدلة، في الخصومة الجنائية، من أجل إثبات حق الدولة في العقاب، وذلك بتحديد مبرر يقدم به المتهم إلى المحاكمة الجنائية لإقرار هذا الحق في مواجهته، وهو أمر يتوقف على مدى إثبات وقوع الجريمة؛ ونسبتها إلى المتهم، وبهذا يؤدي قضاء التحقيق الدور الإيجابي في جمع أدلة الإثبات أو النفي للوصول إلى الحقيقة؛ ولخطورة هذه المرحلة اشترط القانون أن يجرى التحقيق الابتدائي قبل رفع الدعوى وتقديمها إلى المحاكمة⁽¹⁷⁷⁾.

ومع التطور الفكري والتكنولوجي والذي انعكس بصورة إيجابية على كافة مناحي الدولة، والتي بدأت بالحكومة الذكية الإلكترونية، وسارت بسن التشريعات وتعديل قانون الإجراءات الجزائية رقم (35) لسنة 1992، بالمرسوم بقانون 17 لسنة 2018، والقرار الوزاري رقم 2017/220 بشأن إنشاء نيابة متخصصة لجرائم تقنية المعلومات، والقانون رقم 5 لسنة 2017 بشأن تقنية الاتصال عن بعد، والقرار الوزاري رقم 2018/259 بشأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية، وذلك بهدف توفير نظام قضائي إلكتروني عادل، والانتقال بخدمات النيابة العامة والعدالة الجنائية إلى استغلال مستحدثات العصر من الوسائل والتقنيات الحديثة في التحقيق والمحاكمة عن بعد سعياً لتحقيق العدالة⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁷⁾ سرور، أحمد، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، الأحكام العامة للإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2016) ط10، ج1، ص: 862.

⁽¹⁷⁸⁾ تركي، منى، تقنية الاتصال عن بعد في إجراءات التحقيق الجنائي والتقاضي عن بعد وفقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 دولة الإمارات العربية المتحدة، (دراسة مقارنة)، (الإمارات: دار النهضة العلمية، القاهرة: دار النهضة العربية، 2019) ط1، ص: 68.

وأصبح من الممكن لقاضي التحقيق من أعضاء النيابة العامة مباشرة إجراءات التحقيق الابتدائي عن بعد، وبصفة خاصة سماع شهادة الشهود وتحليف المجني عليهم والشهود والخبراء والمترجمين اليمين القانونية وفق الضوابط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (91) والمادة (97) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي.

وقد تبنت العديد من التشريعات استخدام تقنية الاتصال المرئي والمسموع في مجال التحقيق الجنائي، مثل الولايات المتحدة الأمريكية، إيطاليا، كندا، استراليا، نيوزيلاندا، ومصر وغيرها من الدول، بالإضافة إلى بعض التقنيات الحديثة الأخرى في مباشرة التحقيق؛ لا سيما في مجال سماع شهادة الشهود وإفادات الخبراء⁽¹⁷⁹⁾.

مشكلة الدراسة

إن إشكالية هذه الدراسة تقوم على سؤال أساسي يتفرع منه مجموعة من التساؤلات الفرعية:

ما مدى ملائمة الإجراءات الجزائية المتبعة بتقنية الاتصال عن بعد في مباشرة التحقيق الابتدائي بالقواعد العامة في الخصومة الجنائية؟

وفي إثبات حق الدولة في العقاب؟

ومدى توافر المبرر لتقديم المتهم إلى المحاكمة الجنائية لإقرار هذا الحق ومواجهته؟

وللإجابة على هذا التساؤل، فإن ذلك يتطلب منا الإجابة على التساؤلات الآتية:

1. ما ماهية التحقيق الجنائي التقني ومدى أهميته؟
2. هل الإجراءات المتخذة فيما قبل مرحلة التحقيق بتقنية الاتصال عن بعد تكفل تأكيد التوازن بين حق الدولة في العقاب وما تقتضيه الإجراءات الماسة بحرية المتهم؛ وحقه في الدفاع؟
3. هل تختلف مباشرة التحقيق من خلال تقنية الاتصال عن بعد، عن التحقيق في الحالات العادية؟
4. ما هي إجراءات عضو النيابة العامة الإلكترونية في الاستجواب والتعامل مع الشهود والخبراء؟

أهمية الدراسة

إن أهمية هذه الدراسة تنطلق؛ مما للموضوع المبحوث فيه من جدة باعتباره من المسائل القانونية الحديثة التي لا يوجد فيها العديد من الدراسات القانونية المتخصصة؛ بخاصة إذا ما لا حظنا أن أول قانون خاص باستخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية صدر في دولة الإمارات العربية المتحدة 30 مايو 2017م.

كما أن أهمية هذه الدراسة تنبع؛ مما يمكن أن تتمخض عنه من كشف النقاب عن مدى ملائمة الإجراءات الجزائية المتبعة في مباشرة التحقيق الابتدائي من خلال تقنية الاتصال عن بعد والمنظمة بموجب القواعد العامة في الخصومة الجنائية من أجل إثبات حق الدولة في العقاب، بالإضافة إلى تحديد مدى توافر مبرر تقديم المتهم إلى المحاكمة الجنائية لإقرار هذا الحق في مواجهته

⁽¹⁷⁹⁾ يحيى، عادل، التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد، دراسة تحليلية في المجال الجنائي، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2006)، ط1، ص: 16

أهداف الدراسة

إن هذه الدراسة تهدف إلى تحقيق مجموعة من الأهداف وهي:

1. تحديد ماهية التحقيق الجنائي التقني وفقاً لقانون تقنية الاتصال ومدى ملائمته مع الإجراءات الجزائية المتبعة في مباشرة التحقيق الابتدائي من خلال تقنية الاتصال عن بعد، والتشريعات الاتحادية
2. توضيح إجراءات عضو النيابة العامة للإلكترونية في الاستجواب والتعامل مع الشهود والخبراء والمترجمين
3. تحديد مدى حصر التحقيق الابتدائي بتقنية الاتصال عن بعد بعضو النيابة العامة
4. يتوقف التحقيق الابتدائي على مدى إثبات وقوع الجريمة؛ ونسبتها إلى المتهم، وبهذا يؤدي قضاء التحقيق الدور الإيجابي في جمع أدلة الإثبات أو النفي للوصول إلى الحقيقة

حدود الدراسة

إن هذه الدراسة جاءت لتعالج موضوع ملائمة الإجراءات الجزائية المتبعة في مباشرة التحقيق الابتدائي من خلال تقنية الاتصال عن بعد، ضمن نطاق قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم 35 لسنة 1992، والتعديلات الواردة عليه بالمرسوم بقانون 17 لسنة 2018، والقرار الوزاري رقم 2017/220 بشأن إنشاء نيابة متخصصة لجرائم تقنية المعلومات، والقانون رقم 5 لسنة 2017 بشأن تقنية الاتصال عن بعد، والقرار الوزاري رقم 2018/259 بشأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية

منهج الدراسة وتقسيمها

إن الباحثة اتبعت في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، بحيث تم من خلاله تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالتحقيق الجنائي كإجراء جزائي عموماً، والتحقيق الابتدائي بتقنية الاتصال خصوصاً، وصولاً إلى ملائمة الإجراءات الجزائية المتبعة في مباشرة التحقيق الابتدائي من خلال تقنية الاتصال عن بعد، كما اتبعت الباحثة المنهج المقارن، وذلك لغايات المقارنة بين ما ورد النص عليه في أحكام قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، والقرارات الوزارية الملحقه به، والقوانين المقارنة، أما بشأن تقسيم الدراسة فإن الباحثة ولغاية الإحاطة بكافة تفاصيل الموضوع المبحوث فيه فقد اتبعت التقسيم الثنائي، بحيث تقسم الدراسة إلى مبحثين وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: تقنية الاتصال كوسيلة للتحقيق الجنائي

المبحث الثاني: عناصر التحقيق الابتدائي وضمائنه في تقنية الاتصال عن بعد

المصطلحات الأساسية: تقنية الاتصال عن بعد، إجراءات ما قبل مرحلة التحقيق، واجبات والتزامات النيابة العامة،

مباشرة التحقيق، الشهود والخبراء والمترجمين

المبحث الأول: تقنية الاتصال كوسيلة للتحقيق الجنائي

يمثل الاتصال عن بعد العملية التي يتم بوساطتها نقل البيانات مهما كانت طبيعتها من نقطة معينة في المكان والزمان

تسمى المصدر إلى الجهة المقصودة وهو مجموعة من العناصر والعمليات الضرورية لتحقيق تبادل المعلومات بين جهتين، أو

وسيلة تفعيل جميع المعلومات والاتصال في أي مكان وفي جميع الأوقات بطريقة آمنة وموثوقة بسرعة من خلال شبكة الإنترنت، مثل البريد الإلكتروني والهواتف الذكية والآي باد وغيرها والتي تمكن من نقل المعلومات والتواصل في أي وقت مع اختلاف الزمان والمكان⁽¹⁸⁰⁾. وجاء في المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية بتعريفها أنها محادثة مسموعة ومرئية بين طرفين أو أكثر بالتواصل المباشر مع بعضهم البعض عبر وسائل الاتصال الحديثة لتحقيق الحضور عن بعد.

فإن استحداث نظام تقنية الاتصال عن بعد كنظام قضائي إلكتروني يتم من خلاله تسجيل القضايا وأرشفتها في الحاسب الآلي لنظر الدعوى ومباشرة الإجراءات القضائية من التحقيق والمحاكمة بوسائل إلكترونية مستحدثة ضمن نظام معلوماتي قضائي متكامل الوسائل والأطراف، ويعتمد منهج تقنية الاتصال عن بعد بربط الشبكة المعلوماتية للاستجواب والتفتيش والتحقيق وإصدار أوامر الحبس الاحتياطي وندب الخبراء، والنظر بالدعاوي والفصل بها، ويقوم بمباشرته النيابة العامة (الإلكترونية) الذكية و لمساعدة القضاة في معرفة سير القضية والإطلاع على البيانات المسجلة من قبل مدخلي بيانات القضية⁽¹⁸¹⁾، وكافة التحقيقات التي أجرتها النيابة العامة، للفصل بها، إما إرسالها للقضاء أو لحفظ ملف الدعوى، ولهذا سأتناول التعريف بتقنية الاتصال عن بعد كوسيلة للتحقيق في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سوف أتناول مباشرة التحقيق الابتدائي من خلال تقنية الاتصال عن بعد.

المطلب الأول: التعريف بتقنية الاتصال عن بعد كوسيلة للتحقيق

أن تقنية الاتصال كنظام قضائي إلكتروني هي عملية نقل مستندات التقاضي إلكترونياً إلى المحكمة عبر البريد الإلكتروني⁽¹⁸²⁾، عرفها القرار الوزاري (2018/259) لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية بأن تقنية الاتصال عن بعد هي استخدام وسائل التواصل المرئي والمسموع بين طرفين أو أكثر في المحاكمة عن بعد، للتواصل المباشر مع بعضهم البعض عبر وسائل الاتصال الحديثة لتحقيق الحضور عن بعد⁽¹⁸³⁾.

وتتجلى أهمية مرحلة التحقيق الابتدائي في أنها تؤدي إلى تحضير الدعوى الجزائية وتحديد مدى قابليتها للنظر أمام القضاء، ونظراً لأنها تبدأ أثر وقوع الجريمة فإن التحقيق يتاح فيه جمع الأدلة قبل ضياعها، كإجراء يهدف إلى معرفة الحقيقة، ولما كانت سلطة التحقيق الممثلة في النيابة العامة جزء من القضاء الجنائي، فإن وظيفتها الأساسية في الفصل في الدعوى الجزائية، ويتوقف هذا الفصل على كشف الحقيقة التي تتمثل عناصرها في مدى وقوع الجريمة، ونسبتها إلى المتهم، فضلاً عن تحديد ملامح شخصية المتهم حتى تكون واضحة أمام المحكمة عندما تقرر الجزاء الملائم له، فهي سلطة إتهام وسلطة تحقيق⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸⁰⁾ الكرعوي، نصيف، التقاضي عن بعد، دراسة مقارنة، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2017) ط1، 2017، ص: 25.

⁽¹⁸¹⁾ تركي، منى، تقنية الاتصال عن بعد في إجراءات التحقيق الجنائي والتقاضي عن بعد وفقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق ص: 97.

⁽¹⁸²⁾ إبراهيم، خالد، التقاضي الإلكتروني، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، (القاهرة: دار الفكر الجامعي، 2008) ط1، ص: 292.

⁽¹⁸³⁾ المادة (1) من القرار الوزاري رقم 259 في شأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية والصادر بتاريخ 2019/3/27

⁽¹⁸⁴⁾ سرور، أحمد، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص: 862.

وإن كان توجه التشريعات الاتحادية إلى استخدام تقنية الاتصال عن بعد في التواصل المرئي والمسموع بين أطراف الخصومة الجنائية كوسيلة للتحقيق في بعض قضايا الجرح والمخالفات، ليتمكن السادة القضاة وأعضاء النيابة العامة من الاطلاع على الأحكام السابقة بحق المتهم والقضايا المتعلقة به وكافة السوابق الجنائية عن المتهم سواء كان مشتكياً أو شاكياً أو مجني عليه أو شاهداً، وكيفية تنفيذ الأحكام السابقة الصادرة بحقه، فاستخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية يمكن عضو النيابة العامة من الاطلاع على السجل الكامل للمتهم، أو الشهود، أو الشخص المراد استجوابه، من خلال البرامج المعلوماتية وأدوات ووسائل تقنية المعلومات المعدة مسبقاً من الإدارات والهيئات الحكومية الإلكترونية، مثل إدارة الهجرة والجوازات، وهيئة الإمارات للهوية، والربط الإلكتروني للحكومة الإلكترونية، لمعالجة وإدارة وتخزين المعلومات الإلكترونية، والتي توضح المعلومات الكاملة عن الشخص المراد التحقيق معه، مما يؤدي إلى سرعة إنجاز التحقيق والاستجواب، وإن كانت بعض التشريعات قد اعترضت جواز استخدام الوسائل الإلكترونية في بعض إجراءات التقاضي الجزائية⁽¹⁸⁵⁾.

وقد ألزم المشرع الاتحادي الجهات المختصة والتي حددها بالجهات الاتحادية أو المحلية المعنية بشؤون الأمن الإلكتروني في الدولة⁽¹⁸⁶⁾، والجهات المكلفة باستقصاء الجرائم وجمع الأدلة أو التحقيق أو المحاكمة⁽¹⁸⁷⁾ استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية مع المتهم أو المجني عليه أو الشاهد أو المحامي أو الخبير أو المترجم أو المدعي بالحق المدني أو المسؤول عن الحق المدني وفقاً للمادة (2/ قانون رقم (5) استخدام تقنية الاتصال عن بعد)، إلا أنه أوجب أن تكون أحكام الحضور والعلانية وسرية التحقيقات المنصوص عليها في القانون الاتحادي (35) لسنة 1992، والمرسوم بقانون اتحادي (12) لسنة 2009، والقرار الوزاري 2018/259 بشأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي في الإجراءات الجزائية تتحقق إذ تمت من خلال تقنية الاتصال عن بعد وفقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي متى ارتأى رئيس الجهة المختصة أو من يفوضه اتخاذ الإجراءات عن بعد القيام بذلك في كل مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية بما يحقق سهولة إجراءات الاستدلال أو التحقيق أو التقاضي وذلك وفقاً للمادتين (4/ 5) قانون رقم (5) استخدام تقنية الاتصال عن بعد

أما في التشريعات المقارنة فإن الاتجاه نحو استخدام تقنية الاتصال عن بعد في شتى المجالات على نطاق واسع ولا سيما في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، لما يترتب عليها من توفير الوقت وتقليل النفقات المالية، وخاصة في مجال امتداد النطاق الجغرافي يشمل مكانين أو عدة أماكن تقع داخل إقليم الدولة الواحدة أو تتفرق بين أقاليم متعددة، يتواجد

⁽¹⁸⁵⁾ تركي، منى، تقنية الاتصال عن بعد في إجراءات التحقيق الجنائي والتقاضي عن بعد وفقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017

دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق ص : 65

⁽¹⁸⁶⁾ وفقاً للقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 دولة الإمارات العربية المتحدة، بشأن تقنية الاتصال عن بعد أن الجهات المختصة : الجهات الاتحادية

أو المحلية المعنية بشؤون الأمن الإلكتروني في الدولة

⁽¹⁸⁷⁾ وفقاً للقرار الوزاري رقم 2018/ 259 في شأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في

الإجراءات الجزائية والصادر بتاريخ 2019/3/27، أن الجهة المختصة : الجهة المكلفة باستقصاء الجرائم وجمع الأدلة أو التحقيق أو المحاكمة، رئيس الجهة المختصة : رئيس المحكمة أو النائب العام أو رئيس الجهة المكلفة باستقصاء الجرائم وجمع الأدلة أو من يتم تفويضه من أي منهم

فيها المتهم والشهود وغيرهم من أطراف الخصومة الجنائية فيستطيعون الاستعانة بهذه التقنية بحيث يتحقق مبدأ المواجهة بين الخصوم، دون الحاجة للتواجد الفعلي في أماكن انعقادها⁽¹⁸⁸⁾.

وتأسيساً على ذلك فإن تقنية الاتصال عن بعد تعد وسيلة أو آلية حديثة لمباشرة التحقيق، ويتم الاستعانة بها في بعض الحالات لسماع شهادة الشهود، أو مع المتهمين أنفسهم المتواجدون في أماكن غير المحكمة مثل المؤسسات العقابية في حالة احتجاز المتهم، وإذا كان المتهم غير مقيد الحرية ولا تتوافر له أجهزة ووسائل الاتصال عن بعد، فيلتزم في هذه الحالة بالحضور شخصياً أمام النيابة العامة في الجلسة المحددة له لاستجوابه وذلك وفقاً للمادة (6/القرار الوزاري 259 / 2018 في شأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية)

فالتحقيق الجزائي عن بعد أو تقنية الاتصال عن بعد بأنه وسيلة أو آلية حديثة لمباشرة إجراءات التحقيق أو المحاكمة الجزائية عن بعد أمام محكمة الاختصاص، يتم الاستعانة بها في بعض حالات الجرح والمخالفات، لسماع شهادة الشهود والمتهمين المتواجدين داخل المؤسسة العقابية، أو بمراكز الشرطة أو بمؤسسات عقابية في منطقة جغرافية أخرى، وبذلك يعد التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد؛ خروجاً على القاعدة العامة في جلسات التحقيق والمحاكمة والتي تتم في نطاق جغرافي متعدد⁽¹⁸⁹⁾.

المطلب الثاني: مباشرة التحقيق الابتدائي من خلال تقنية الاتصال عن بعد

يمر التحقيق الجنائي بمرحلتين متكاملتين هما مرحلة التحقيق الأولي وتختص به النيابة العامة، ومرحلة التحقيق النهائي وتختص به المحكمة الجزائية⁽¹⁹⁰⁾، ففكرة التحقيق الابتدائي فكرة قديمة قدم الجريمة ذاتها، ومع التطورات التي واكبت الجريمة، والتطورات التي واكبت التشريعات الجزائية، أصبح بالإمكان إجراء التحقيق في بعض جرائم الجرح والمخالفات باستخدام تقنية الاتصال عن بعد⁽¹⁹¹⁾.

ويعد التحقيق الابتدائي هو أول مراحل الدعوى الجزائية، وهو عبارة عن عدة إجراءات تتخذها السلطة المختصة بالتحقيق، من أجل التحقق من الأدلة التي أسفرت عنها مرحلة جمع الاستدلالات بهدف إما إثبات الجريمة أو نفيها⁽¹⁹²⁾، ويتميز بأنه ذات طبيعة قضائية، لأن القائم به النيابة العامة، وفقاً للمادة (65/إجراءات جزائية اتحادي) وينقطع بها بالتقادم وفقاً للمادة (21/إجراءات جزائية اتحادي)، ولعل ذلك أهم ما يميز التحقيق الابتدائي عن إجراءات الاستدلال.

تباشر سلطة التحقيق بعض الإجراءات، منها ما يهدف إلى معرفة الحقيقة ومنها ما لا يهدف، وإنما إلى مجرد إدارة العدالة وتسهيل الوصول إليها، ولما كانت سلطة التحقيق هي جزء من القضاء الجنائي، فهي تقوم بأعمال إدارية معينة،

⁽¹⁸⁸⁾ يحيي، عادل، التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد، دراسة تحليلية في المجال الجنائي، مرجع سابق ص: 16.

⁽¹⁸⁹⁾ شديفات، صفوان، التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية الدراسات، (مجلة علوم الشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية، 2015)، العدد 1، المجلد 42، ص: 353-364.

⁽¹⁹⁰⁾ محمد، عوض، الإجراءات الجزائية المصري، (الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998) ط1، ص: 441.

⁽¹⁹¹⁾ لويس، منذر، أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة، (الإسكندرية، منشأة دار المعارف، بدون سنة نشر) ط1، ص: 165.

⁽¹⁹²⁾ بلال، أحمد، الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1990) ط1، ص:

وذلك للإسهام في الفصل في الدعوى الجنائية، وإن تلك الإجراءات تلتزم بها النيابة العامة من الشروط الشكلية التي يوجبها القانون⁽¹⁹³⁾.

هذا وقد أعطى المشرع الاتحادي الصفة القضائية للنيابة العامة بوصفها الجهاز القضائي المنوط به تحريك الدعوى الجزائية ورفعها أمام القضاء، دون الخضوع لتوجيهات السلطة التنفيذية، ومع الانتقال بأعمال النيابة العامة من العمل التقليدي إلى استخدام المستندات الإلكترونية وفق الأنظمة القضائية المعلوماتية المعتمدة على شبكة الانترنت، أصبح لديها سرعة التصرف في الدعوى الجزائية، مع رقابة النائب العام والمكتب الفني لضمان جودة العمل الفني وإبداء الملاحظات لعضو النيابة من خلال التطبيقات الإلكترونية الذكية، ويحدد عضو النيابة العامة المختص الذي يباشر التحقيق تاريخ وساعة نظرها بدقة، ويباشر إجراءات التحقيق بكاملها عبر تقنية الاتصال عن بعد في الوقت المحدد⁽¹⁹⁴⁾.

وقد أجاز المشرع الاتحادي للمجني عليهم والشهود والمبلغين ووكلائهم، بتطبيق نظام المحاكمة عن بعد أن يقدم طلب إلى رئيس المحكمة أو النائب العام أو رئيس الجهة المكلفة باستقصاء الجرائم وجمع الأدلة أو من يتم تفويضه من أي منهم، لمباشرة إجراء أو أكثر من إجراءات المحاكمة عن بعد، وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم (35) لسنة 1992، وأحدث تعديلاته 2018، أنه في حالة توافر أسباب جديّة من شأنها تعريض حياتهم أو مصالحهم الأساسية للخطر إذا ما أدلو بشهادتهم أو إفادتهم، ولها قبوله أو رفضه، بحيث يكون ذلك القرار نهائياً

فعند مباشرة التحقيق من خلال تقنية الاتصال عن بعد يحدد عضو النيابة العامة المختص الذي يباشر التحقيق تاريخ وساعة نظرها بدقة، ويباشر إجراءات التحقيق بكاملها عبر تقنية الاتصال عن بعد في الوقت المحدد، ويتولى كاتب النيابة العامة المختص قبل تاريخ جلسة التحقيق إعلان من سيتم استجوابه أو سؤاله إلكترونياً بتاريخ وساعة التحقيق عن بعد، ويقوم الموظف التقني عملية تحضير الأجهزة المستخدمة في التحقيق عن بعد قبل بدء الجلسة تحضيراً جيداً، ويجب عليه التعامل السريع في حالات الانقطاع أو الخلل الفني إذا ما وقع أي منهما أثناء سير جلسة التحقيق⁽¹⁹⁵⁾. وعلى الرغم من أن النيابة العامة تباشر إجراءات الاتهام، بجانب التحقيق، إلا أن الاتهام يأتي في مرحلة لاحقة على التحقيق، وفيه تقوم النيابة العامة برفع الدعوى الجزائية على المتهم، وذلك من خلال إحالته إلى المحكمة الجزائية المختصة في الجرح والمخالفات⁽¹⁹⁶⁾.

⁽¹⁹³⁾ محمد، عوض، الإجراءات الجزائية المصري، مرجع سابق ص: 445.

⁽¹⁹⁴⁾ شديفات، صفوان، التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية الدراسات، مرجع سابق ص: 364.

⁽¹⁹⁵⁾ المادة (5) من القرار الوزاري رقم 259 في شأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية والصادر بتاريخ 2019/3/27 ويجري التحقيق الإلكتروني باللغة العربية، ولعضو النيابة العامة الاستعانة بمترجم وفق الضوابط المنصوص عليها في المادة (13) القرار الوزاري (2018/259) بعد تحليف المجني عليهم والشهود والخبراء والمترجمين اليمين القانونية وفق الضوابط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (91) والمادة (97) من قانون الإجراءات الجزائية) وتسجل وقائع الجلسة إلكترونياً بمستند أو سجل إلكتروني، وبدون الكاتب وقائع وإجراءات التحقيق إلكترونياً، ويوقع عضو النيابة العامة والكاتب إلكترونياً على كل صفحة من محضر التحقيق الإلكتروني وتحفظ وفقاً لأحكام المادة (19) القرار 259 بشأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية)

⁽¹⁹⁶⁾ المادة (19) من القرار الوزاري رقم 259 في شأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية

ومقارنة بإجراءات التحقيق الابتدائي للنيابة العامة بالطرق التقليدية عند سماع أقوال المتهمين والشهود شفاهة والتي يدونها أحد كتاب النيابة العامة عملاً بنص المادة (66/ إجراءات جزائية) فإن النيابة ملزمة عند التحقيق مع من لا يعرف اللغة العربية أن تستعين ب مترجم له وتحليفه اليمين، على أن يراعي المترجم قواعد الحيادة والعدالة، وفي ذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا، باستبعاد الدليل الباطل ورفض الطعن⁽¹⁹⁷⁾.

المبحث الثاني: عناصر التحقيق الابتدائي و ضماناته في تقنية الاتصال عن بعد

إن فكرة التحقيق تقوم أساساً على عنصري الكشف عن الحقيقة، وعنصر الجبر والإكراه والتي خولها لها القانون، لذا كفل الدستور احترام حريات الأفراد، بيد أن الإكراه والمساس بالحريات الشخصية قد يكون مطلوباً في هذه الإجراءات حتى يتحقق التقيد بالقانون والامتثال به، ويبدو ذلك فيما تملكه سلطة التحقيق من أوامر الضبط والإحضار، والقبض والتفتيش، والحبس الاحتياطي، وتحليف الشهود والخبراء اليمين، ومعاقبة الشاهد لعدم الإدلاء بشهادته أو لعدم حلفه اليمين⁽¹⁹⁸⁾.

ولما كان التحقيق الابتدائي ينطوي على إجراءات ماسة بالحرية، وقد يترتب عليه إحالة الدعوى إلى المحاكم الجزائية، وتوقيع العقاب على مرتكبيها، لذا يجب أن تكون هناك ضمانات تكفل سلامة إجراءات التحقيق الابتدائي، وهذه الضمانات تتلخص في استقلال المحقق وحيدته في الاستجواب وإذن التفتيش، وتدوين التحقيق وسريته⁽¹⁹⁹⁾. ولهذا سأتناول مباشرة النيابة العامة الإلكترونية التحقيق والاستجواب في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سوف أتناول تدوين محضر التحقيق الابتدائي الإلكتروني

المطلب الأول: مباشرة النيابة العامة الإلكترونية التحقيق والاستجواب

تباشر النيابة العامة إجراءات التحقيق والاتهام في الجرائم وفقاً لأحكام المادة (5/ إجراءات جزائية اتحادي)، وقد كفل لها القانون الاستقلال في عملها عن السلطة التنفيذية، وجعل أعضائها غير قابلين للعزل وفقاً للمادة (68/ من قانون السلطة القضائية) وفي مقابل ذلك يتعين أن يتحلى عضو النيابة العامة أثناء التحقيق بالحياد في مباشرة التحقيق والاتهام، وأن يتصف بحسن الخلق واحترام الذات، واحترام أدميت وكرامة المتهم، وأن يحرص على إنجاز التحقيق في جلسات متلاحقة⁽²⁰⁰⁾.

⁽¹⁹⁷⁾ المحكمة الاتحادية العليا الطعن 31 لسنة 21 ق، جلسة 1999/11/27، حيث قضت بأنه لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق الملف أن السيد رئيس النيابة الذي حقق مع الطاعن بتاريخ 1997/10/14. استعان بالشرطي المترجم لقسم مكافحة المخدرات، دون أن يحلفه اليمين، أو يشير إلى أنه حلف مما يخالف المادة (70) من قانون الإجراءات الجزائية، مخالفة صريحة.

فضلاً على أنه مترجم غير محايد يعمل لدى الجهة التي قامت بالضبط، وبالرجوع إلى مدونة أسباب الحكم المطعون فيه يتضح أن عول في نطاق أدلة إثبات الواقعة المدان بها الطاعن على أدلة منها اعترافه أمام النيابة العامة مع أنه أنكر تمام الإنكار لدى محكمتي الموضوع، وأنه لما كان اعترافه لدى النيابة العامة منقول عن طريق مترجم لم تكتمل فيه شروط الترجمة القانونية من الحياد وحلف اليمين فإنه يكون غير صالح للاعتماد عليه كدليل في الدعوى، وبانهياره ينهار الثبوت كله، لأن الأدلة في المجال الجزائي متساندة يتم الثبوت بها كلها مجتمعاً. فإذا استبعد بعضها وكان لا يعرف أثر باقي الأدلة في عقيدة المحكمة إذا استبعد هذا الدليل الباطل. ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً يستوجب نقضه.

⁽¹⁹⁸⁾ أبو خطوة، أحمد، شرح قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، (دبي: مطابع البيان، 1990)، ط1، ص: 261.

⁽¹⁹⁹⁾ محمد، عوض، الإجراءات الجزائية المصري، مرجع سابق ص: 445.

⁽²⁰⁰⁾ المادة (13) من القرار الوزاري رقم 259/ 2018/

ووفقاً لمبدأ الشرعية الإجرائية، يجب أن يعنى التحقيق الابتدائي بالموازنة بين حق الدولة في العقاب وأصل البراءة، وهو ما يقتضي التوفيق بين مقتضيات فعالية الإجراءات وضمان الحقوق والحريات، والدفاع عن مصالح المجتمع، ولهذا فإن سير التحقيق الابتدائي أمر بالغ الحساسية في تمهيد الطريق نحو الوصول إلى الحقيقة وعدم التضحية بحرية المتهم وحقوق الدفاع، وهو ما يرتكز على نقطة التوازن بين حماية المصلحة العامة وضرورة الدفاع عن حقوق وحريات المتهم، وتتجلى مظاهر التوفيق التي تحكم التحقيق الابتدائي في صفة المحقق، ومباشرة التحقيق والاستجواب⁽²⁰¹⁾.

وعلى ذلك فعند وورد محضر جمع الاستدلالات إلى النيابة العامة إلكترونياً، يقوم برنامج النيابة العامة الإلكتروني بإسناد القضية لعضو النيابة العامة المختص تلقائياً على النحو الذي تم من خلاله برمجة أنظمة البرنامج الإلكتروني، وهنا يتحقق مبدأ الحياد التام في مباشرة عضو النيابة العامة مهامه، وهو من ضمانات القضاء وتتم إجراءات مباشرة النيابة العامة الإلكترونية التحقيق كما يلي:

(1) استجواب المجني عليهم: يقصد بالاستجواب مواجهة المتهم بالأدلة الموجودة ومناقشته تفصيلاً حتى يفندها، وهو إجراء تختص به سلطة التحقيق، وهو عمل من أعمال التحقيق تملكه النيابة العامة عند التحقيق في الجرائم ويعتبر من أخطر إجراءات التحقيق، فلا يجوز إجراؤه من غير النيابة العامة، ولا يتم اتخاذه إلا للمتهم الذي تتوافر في حقه دلائل كافية على الاتهام، فلا يجوز استجواب الشهود أو الخبراء هناك فرق بين الاستجواب والسؤال، فالسؤال حق أصيل لمأمور الضبط القضائي في محضر الاستدلال، إذ له أن يسأل المتهم عن التهمة المنسوبة إليه دون أن يستجوبه⁽²⁰²⁾.

أما الاستجواب فهو كما عرفته محكمة دبي للتمييز بأنه مجابهة المتهم بالأدلة المختلفة ومناقشته تفصيلاً، كي يفندها أن كان منكرًا للتهمة أو يعترف بها إذا شاء⁽²⁰³⁾، ونظراً لأهمية الاستجواب في إنه يساهم في إظهار الحقيقة، في الجريمة محل التحقيق، والتي يسفر عنها الاعتراف بالتهمة المنسوبة إليه، فقد أحاطه المشرع الاتحادي بضمانات وأهمها حظر الاستجواب إلا من السلطة المختصة بها وهي النيابة العامة، وذلك وفقاً لما صرحت به المادة (2/57) من القانون رقم 3 بشأن السلطة القضائية⁽²⁰⁴⁾ ووفقاً للإجراءات المتبعة في التحقيق باستخدام تقنية الاتصال عن بعد يقوم به عضو النيابة العامة المختص بإجراء الاستجواب، وهو إجراء من إجراءات التحقيق بمقتضاه يتثبت عضو النيابة العامة من شخصية المتهم، ويناقشه تفصيلاً في التهمة المنسوبة إليه، ويطلبه بالرد على الأدلة القائمة ضده، أما بنفيها، أو التسليم بها، فالاستجواب إجراء من إجراءات التحقيق لا يصح للنيابة العامة ندب أحد مأموري الضبط لإجرائه خلافاً لإجراءات التحقيق الأخرى وفقاً للمادة (90) التعليمات القضائية للنيابة العامة الاتحادية⁽²⁰⁵⁾.

(201) سرور، أحمد، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص: 872.

(202) عبد الستار، فوزية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2016)، ط6، ص: 352.

(203) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 270، جزء، جلسة 2002/11/9، (دبي: المكتب الفني، عام 2002) العدد 13 لسنة 2002

(204) المادة (57) البند(2) من القانون الاتحادي رقم (3) لسنة 1983، بشأن السلطة القضائية الاتحادية بما ورد فيها النص: النيابة العامة جزء من

السلطة القضائية، تباشر التحقيق والادعاء في الجرائم وفقاً لأحكام هذا القانون.

(205) تركي، منى، تقنية الاتصال عن بعد في إجراءات التحقيق الجنائي والتفاضي عن بعد وفقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017

دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق ص: 128.

(2) **إحاطة المتهم علماً بالتهمة الموجهة إليه:** وهي ضمان من الضمانات الموجبة للمتهم أثناء استجوابه، فالاستجواب في معناه القانوني يتضمن فضلاً عن توجيه التهمة إلى المتهم ومواجهته بالأدلة القائمة قبله بمختلف أنواعها ومناقشته فيها مناقشة تفصيلية لينفدها إن كان منكرًا، أو يعترف بها إذا شاء الاعتراف، وهو ما أكدته المادة (99) إجراءات جزائية) بأن يجب على عضو النيابة العامة أن يحيط المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه، ويثبت ذلك في محضر التحقيق⁽²⁰⁶⁾.

(3) **سماع الشهود:** أداء الشهادة من أهم إجراءات محضر التحقيق، ولأهمية الشهادة كإجراء من إجراءات التحقيق أعطى المشرع الاتحادي للنيابة العامة سلطة ضبط وإحضار الشاهد، إذا تخلف عن الحضور وفقاً للمادة (93) إجراءات جزائية) وإذا كان الشاهد مريضاً أو لديه ما يمنعه من الشهادة تسمع شهادته في مكان وجوده وفقاً لقواعد المادة (94) إجراءات جزائية)، ووفقاً لإجراء التحقيق باستخدام تقنية الاتصال عن بعد يتم إعلان الشاهد عن طريق البريد الإلكتروني للمعلن إليه، إذا كان مثبتاً بمحضر جمع الاستدلالات أو بالتحقيقات، أو سبق للمعلن إليه البلاغ به في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، أو عبر الرسائل النصية الهاتفية على الهاتف المحمول، أو الفاكس.

ويسمع عضو النيابة العامة شهادة الشهود الذين يطلب الخصوم سماعهم، ما لم يرى عدم الفائدة من سماعهم، وعلى ذلك فالذي يقدر من هو الشخص الذي يجب سماع شهادته عن الواقعة هي النيابة العامة، ويتم تكليف الشهود والخبراء بالحضور أمام المحكمة الجزائية⁽²⁰⁷⁾ وفقاً للطرق والمواعيد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، يتم تكليف الشهود اليمين القانونية وفق الضوابط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (91) والمادة (97) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي⁽²⁰⁸⁾، بعد أن يبين اسمه ولقبه، وسنه ومهنته، وجنسيته، ومحل إقامته، وصلته بالمتهم والمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية، ويثبت من شخصيته، وتدون جميع التحقيقات إلكترونياً⁽²⁰⁹⁾.

ولضمان حياد الشاهد وصدق روايته بشأن الواقعة يتعين على عضو النيابة أن يسمع كل شاهد على انفراد، ولو أن يواجه الشهود مع بعضهم، مع تأمين الاتصال المرئي والمسموع بين القاعات التي تجري فيها التحقيق بالشكل الذي يليق بهيبة القضاء، بحيث تنقل الصورة ألياً الشاهد الذي يشارك في جلسة التحقيق وأن يتكلم بصوت مسوع وواضح على أن يتم ذلك من مكان يليق بهيبة القضاء، حتى يتمكن عضو النيابة العامة من سؤال الشاهد فيما صدر عنه من أقوال

(4) **حضور الخصوم:** تتم مباشرة التحقيق في حضور الخصوم وذلك كأجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي يمثل ضمان مهم لاحترام حق الدفاع حتى يكون الخصوم على بينه مما يجري حولهم أو ضدهم، فلا يمكن محاكاة الأدلة ضد المتهم في غيبته، أو يستدرج لإبداء أقوال ضد مصلحته، بل يكون الخصم علماً ومدركاً لكل مجريات التحقيق، الذي يجري بنزاهة وشرف أما طرفي الخصومة، لأن الحقيقة المنشودة هي التي تتحقق على مسمع ومرأى من أطراف الخصومة، كما

⁽²⁰⁶⁾ عوض ، رمزي، حماية المتهم في النظام الأنجلو أمريكي، (القاهرة : دار النهضة العربية، 1998) ط1، ص : 58.

⁽²⁰⁷⁾ عوض ، رمزي، حماية المتهم في النظام الأنجلو أمريكي، مرجع سابق، ص : 69.

⁽²⁰⁸⁾ قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم (35) لسنة 1992، والمعدل بالمرسوم بقانون

⁽²⁰⁹⁾ تركي، منى، تقنية الاتصال عن بعد في إجراءات التحقيق الجنائي والتفاضي عن بعد وفقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017

دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق ص 145.

ورد بنص المادة (4/1) من قانون تقنية الاتصال عن بعد (2017) أن تقنية الاتصال عن بعد هي محادثة مسموعة ومرئية بين طرفين أو أكثر بالتواصل المباشر مع بعضهم البعض عبر وسائل الاتصال الحديثة لتحقيق الحضور عن بعد⁽²¹⁰⁾

وقد اعتنق المشرع الاتحادي مبدأ حضور الخصوم التحقيق الابتدائي وأكد على ذلك في المادة (7) من القرار الوزاري (2018/259) تكون الخصومة حضورية قبل المتهم وفقاً للقواعد والضوابط والآثار المنصوص عليها في المواد (190)، (191)، (198) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، إذا استخدمت تقنية الاتصال عن بعد لإثبات الحضور والمرافعة أمام المحكمة الجزائية التي تنظر الموضوع، على أن يسمع عضو النيابة العامة شهادة الشهود الذين يطلب الخصوم سماعهم ما لم يرى عدم الفائدة من سماعهم، وقد خرج المشرع عن هذه القاعدة في أحوال معينة قرر فيها سرية التحقيق، وأوجب علانية المحاكمة بتقنية الاتصال عن بعد⁽²¹¹⁾.

ويتم تحليف الخبراء والمترجمين اليمين القانونية، بعد إثبات كل منهم اسمه ولقبه وسنه ومهنته وجنسيته، وشخصيته، وذلك وفقاً للضوابط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (91) والمادة (97) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، على أن يجري التحقيق الإلكتروني باللغة العربية، إذا كان المتهم أو المجني عليه أو الشاهد أو غيرهم ممن ترى النيابة العامة سماع أقوالهم يجهل اللغة العربية، فيمكن لعضو النيابة العامة الاستعانة بمترجم وفقاً للضوابط المنصوص عليها في المادة (13) القرار الوزاري (2018/259) وتسجل وقائع الجلسة إلكترونياً بمستند أو سجل إلكتروني يدون الكاتب وقائع وإجراءات التحقيق إلكترونياً⁽²¹²⁾.

(5) حق المحامي في حضور التحقيق: يتفرع عن مبدأ حضور الخصوم للتحقيق الابتدائي السماح لوكلائهم بمصاحبتهم في أثناء التحقيق، فحيث يسمح للموكل بحضور التحقيق؛ ويجب حتماً السماح له بالاستعانة بمحاميه، وهو أمر يتطلب حق الدفاع بوصفه من ضوابط المحاكمة المنصفة المبنية على أن الأصل في المتهم البراءة فلا يجوز التفريط في حضور المدافع عن المتهم أثناء التحقيق حتى لا يتحول المتهم إلى شاهد ضد نفسه بما يديله من أقوال دون حماية محاميه ومراقبته للإجراءات التي تتخذ ضده، كما لا يجوز الإسراف في استخدام الضرورة للحيلولة بين حضور محامي المتهم، كما لا يجوز الانفراد بالمتهم دون حضور محاميه، وهو ما عبرت عنه الفقرة (د) من المادة 7 من القرار الوزاري (2018/259) والتي نصت على أنه: ... يجوز بعد التنسيق مع الجهة المختصة، لمحامي المتهم مقابلة موكله، أو الحضور معه أثناء محاكمته عن بعد... على أن يكون لدى محامي المتهم الاستعداد التقني اللازم واستخدام الأجهزة التي تمكنه من التواصل مع المحكمة المختصة بحيث يكون الصوت والصورة في وضوح كامل، على أن يتم ذلك من مكان يليق بهيبة القضاء⁽²¹³⁾، وما نصت عليه المادة (100) إجراءات جزائية اتحادي) بأن يمكن لمحامي المتهم حضور التحقيق معه والاطلاع على أوراق التحقيق⁽²¹⁴⁾.

⁽²¹⁰⁾ المادة (1) من القرار الوزاري رقم 259 / 2018

⁽²¹¹⁾ القرار الوزاري رقم 259 في شأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية والصادر بتاريخ 2019/3/27

⁽²¹²⁾ ووفقاً لإجراءات التحقيق عن بعد إجراءات التحقيق عن بعد المنصوص عليها في المادة (5) و المادة (13) من القرار الوزاري رقم 259 / 2018

⁽²¹³⁾ ووفقاً لإجراءات التحقيق عن بعد إجراءات التحقيق عن بعد المنصوص عليها في المادة (6) من القرار الوزاري رقم 259 / 2018

⁽²¹⁴⁾ تركي، منى، تقنية الاتصال عن بعد في إجراءات التحقيق الجنائي والتقاضي عن بعد وفقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق ص : 125.

وتقتصر مهمة المحامي في هذه الحالة على مراقبة حيدة التحقيق الابتدائي، وإبداء ما يعين له من دفعات وطلبات أو ملاحظات على أقوال الشهود، سواء شفاهة باستخدام الصوت والصورة المرئية بتقنية الاتصال عن بعد، أو كتابة بتقديم المستندات اللازمة إلكترونيا عن طريق البريد الإلكتروني الرسمي للمحكمة، ولا يجوز للمحامي التحدث إلا إذا أذن له المحقق بذلك، وضمناً لفعالية حق المتهم في الاستعانة بمحاميه أثناء التحقيق يجوز له الاختلاء بمحاميه قبل التحقيق دون حضور أحد من رجال السلطة المختصة، وإذا قرر عضو النيابة العامة سرية التحقيق فلا يجوز للمحامي الحضور حرصاً على مصلحة التحقيق⁽²¹⁵⁾.

(6) حق الصمت: من ضمانات الاستجواب التي أحاطها المشرع بحماية المتهم أثناء استجوابه، حق الصمت وهو حق أصيل من حقوق المتهم، والذي يسمح له بمساحة حرة في تنظيم دفاعه كيفما يريد، ولو بالصمت، دون أن يستنتج من هذا الصمت دليل على سلامة ما ينسب إليه من اتهام⁽²¹⁶⁾.

فحق المتهم بالصمت حق طبيعي فطري، فإذا كانت الدولة هي صاحبة الحق في توقيع العقاب على من تثبت إدانته؛ عند اقراره فعل نص القانون على تجريمه، فإن المتهم تبرز مصلحته في أن يحاكم بعدالة وهو ما يلقي على عاتق الدولة؛ التزاماً بأن تهيأ له سبل ذلك⁽²¹⁷⁾ وما تجدر الإشارة إليه أن قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي لا يعرف حق الصمت⁽²¹⁸⁾.

(7) اعتماد محاضر التحقيق: تقوم الجهة المختصة بتفريغ إجراءات التقاضي عن بعد في محاضر أو مستندات ورقية أو إلكترونية تعتمدها دون الحاجة للتوقيع من أصحاب العلاقة مع ضرورة الإلتزام بأن يباشر إجراءات التحقيق بكاملها عبر تقنية الاتصال عن بعد في الوقت المحدد، مع تحديد تاريخ وساعة مباشرة التحقيق عن بعد بدقة⁽²¹⁹⁾.

المطلب الثاني: تدوين محضر التحقيق الابتدائي الإلكتروني

يمثل تدوين إجراءات التحقيق السند الدال على إتمام التحقيق التهمة المنسوبة إلى المتهم أو نفيها، والذي يلحق بمذكرة إبداء الرأي لعضو النيابة العامة المحقق، فإن اشتراط تدوين التحقيق أوجبته المادة (5 / من القرار الوزاري 201/259) والمادة (66 / إجراءات جزائية).

ويتم التدوين بواسطة أحد كتاب النيابة العامة، ويؤدي اشتراط كتابة وتدوين محضر التحقيق وكافة إجراءات التحقيق إلى وجوب توافر شكلين وهما التوقيع، وتاريخ إجراء التحقيق وهي من البيانات الجوهرية في محضر التحقيق الابتدائي وتناولها كما يلي:

⁽²¹⁵⁾ سرور، أحمد، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص: 884.

⁽²¹⁶⁾ سلمان، عودة، حق المتهم في الصمت بين الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، (بيروت، لبنان: دار السنهوري، 2017) ط1، ص: 49.

⁽²¹⁷⁾ بكار، حاتم، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1997)، ط1، ص: 51-57.

⁽²¹⁸⁾ وفي القانون المصري لا يجوز استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك وفقاً للمادة 274 إجراءات جزائية مصري، بحيث (إذا رفض المشتبه فيه الإجابة فلا يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يكرهه على الإجابة لأن له الحرية الكاملة في الإجابة أو عدم الإجابة، فهو غير ملزم بالكلام)، وينطبق ذلك في مرحلة التحقيق الابتدائي، غير أن القاضي يستطيع أن يحتفظ داخلياً بدلالة عكسية من هذا الصمت دون أن يفصح عنها ويكون لها أثر على قراره

⁽²¹⁹⁾ شديفات، صفوان، التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية الدراسات، مرجع سابق ص: 364.

أولاً: التوقيع وهو الدليل المثبت للشخص الذي باشر الإجراء⁽²²⁰⁾ وتتم إجراءات التحقيق بشكل مكتوب في محضر التحقيق الابتدائي، وعند سماع أقوال المتهمين والشهود شفاهة والتي يدونها أحد كتاب النيابة العامة عملاً بنص المادة (66/ إجراءات جزائية) والمادة (5 / من القرار الوزاري 2018/259) أن يصطحب عضو النيابة العامة في جميع إجراءات التحقيق التي يباشرها أحد كتاب النيابة العامة، ويوقع عضو النيابة العامة والكاتب على كل صفحة من محاضر التحقيق، إلكترونياً في التحقيق الإلكتروني وتحفظ سجلات الصوت والصورة المرئية عن أقوال المتهمين والشهود بملف القضية إلكترونياً، وفقاً لأحكام المادة (19/ من القرار الوزاري 2018/259)

إن هذا الإجراء في التحقيق بتقنية الاتصال عن بعد لا يختلف عن الإجراء المتبع في التحقيقات التقليدية الورقية للنيابة العامة، حيث كان تحفظ محاضر التحقيق مع باقي الأوراق في قلم الكتاب بمقر النيابة العامة بعد أن يوقع عليها عضو النيابة العامة وأحد الكتاب وقد قضي تطبيقاً لذلك بأنه يترتب على عدم الاستعانة بكتاب التحقيق بطلان الإجراءات، ولكن ذلك البطلان ليس من النظام العام لأنه يتعلق بمرحلة سابقة على مرحلة المحاكمة فلا تجوز إثارته أمام محكمة التمييز⁽²²¹⁾.

فإن ما يتم إثباته بمحضر تحقيق النيابة العامة الإلكتروني يكون حجة بما ورد فيه، وذلك بتوقيع عضو النيابة العامة المحقق، وأحد الكتاب، توقيعاً إلكترونياً، كما تثبت به بيانات من يتم استجوابه أو سؤالهم ويتم التوقيع إلكترونياً على محضر التحقيق، يدون الكاتب وقائع وإجراءات التحقيق إلكترونياً، وتسجل وقائع الجلسة إلكترونياً بمستند أو سجل إلكتروني، وفقاً لكافة الإجراءات والضوابط المنصوص عليها بقانون الإجراءات الجزائية الاتحادي⁽²²²⁾.

وفي التحقيق الابتدائي بالطريقة التقليدية إذا استوفى محضر التحقيق الإلكتروني التدوين لإجراءاته وكان مصحوباً بتوقيع عضو النيابة العامة المحقق والكاتب، فلا يجوز الادعاء بما يخالف ما أثبت فيه إلا بطريق الطعن بالتزوير، وفي ذلك قضي بأنه إذا كان الثابت أن الطاعن لم يسلك هذا السبيل في خصوص ما أثبت بمحضر تحقيق النيابة ومجرد إنكاره ما أدلى به من أقوال وعدم توقيعه على أقواله لا يعني الطعن بالتزوير على هذا المحضر لأن الأصل في الإجراءات الصحة⁽²²³⁾.

ثانياً: تاريخ مباشرة الإجراء: هو عنصر أساسي في جميع الإجراءات الجزائية سواء تم بالطريقة التقليدية أو بتقنية الاتصال عن بعد، فبدون هذا التاريخ لا يتيسر معرفة وقت تحرير محضر التحقيق، الذي يرتب عليه القانون آثاراً معينة، منها احتساب المواعيد وخاصة ما يتعلق منها بالتقادم، وتبدو أهمية التاريخ فيما حدده القرار الوزاري في المادة (259/5 لسنة 2018) بالنص الصريح على أنه في حالة استخدام تقنيات الاتصال عن بعد في مباشرة التحقيق يجب الالتزام بأن يحدد عضو النيابة العامة المختص الذي يباشر التحقيق تاريخ وساعة نظرها بدقة، ويباشر إجراءات التحقيق بكاملها عبر تقنية الاتصال عن بعد في الوقت المحدد.

(220) سرور، أحمد، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص: 886.

(221) محكمة تمييز دبي، الطعن 352 لسنة 2002، جزء، جلسة السبت 2002/12/28، المكتب الفني، العدد 13، عام 2002، ص: 1173.

(222) تركي، منى، تقنية الاتصال عن بعد في إجراءات التحقيق الجنائي والتفاضي عن بعد، مرجع سابق ص: 129.

(223) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 236 لسنة 2001، بتاريخ 2001/12/22، الأحكام الجزائية، لعام 2001

ثالثاً: البيانات التي يتعين إثباتها: حدد القرار الوزاري الخاص بتنظيم إجراءات التقاضي الإلكتروني في المادة (259/5) لسنة 2018) بالنص الصريح على أنه في حالة استخدام تقنيات الاتصال عن بعد في مباشرة التحقيق يجب على عضو النيابة العامة أن يدون الكاتب وقائع وإجراءات التحقيق إلكترونياً، وعند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق، يجب أن يدون جميع البيانات الخاصة بإثبات شخصيته ويحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت في المحضر ما قد يديه في شأنها من أقوال⁽²²⁴⁾.

وهو ما أكدته المشرع الاتحادي في نص المادة (99/ من قانون الإجراءات الجزائية) على أنه يجب على عضو النيابة العامة عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق، أن يدون جميع البيانات الخاصة بإثبات شخصيته ويحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت في المحضر ما قد يديه في شأنها من أقوال، ولذلك يتعين على المحقق أن يثبت في محضر تحقيقات النيابة بالصفحة الأولى من المحضر كل البيانات الخاصة بالمتهم كاسمه، وسند، ومحل ميلاده ومهنته، وجنسيته، ومحل إقامته، وكذلك موضوع المحضر وصفة القائم بالتحقيق، وقد قضى تطبيقاً لذلك ببطان محضر تحقيقات النيابة العامة لأنه جاء خالياً من المعلومات الخاصة بإثبات شخصيته خلافاً لما قرره المادتين (47، 99/ من قانون الإجراءات الجزائية وهو دفع في غير محله، إذ الثابت أن وكيل النيابة قد أثبت في محضر تحقيقات النيابة بالصفحة الأولى من المحضر كل البيانات الخاصة بالمتهم كاسمه وسنه ومحل ميلاده ومهنته وجنسيته ومحل إقامته الأمر الذي يتعين معه رفضه⁽²²⁵⁾.

وعلى كل ما تقدم إن التحقيق الابتدائي في مجال الإجراءات الجزائية الإلكترونية بتقنية الاتصال عن بعد حتى يتم بصورة جيدة وفق القواعد والأنظمة القانونية الاتحادية يكون سرياً للجمهور في مراحله الأولى لتحقيقات النيابة العامة وعلنياً في مراحله الثانية بإجراءات المحاكمة أمام القضاء إلا في الأحوال التي تتعلق بالأدب العامة وما استثني منه بنص خاص⁽²²⁶⁾. كما تستدعي بأن يتم تطوير أساليب التحقيق الجنائي وإجراءاته بصورة تتلاءم مع هذه الخصوصية، وتمكن رجل الشرطة، والمحقق من كشف الجريمة، والتعرف على مرتكبيها بالسرعة والدقة اللازمين ولتحقيق ذلك يجب من ناحية تدريب الكوادر التي تباشر التحريات والتحقيقات مع الاستعانة بذوي الخبرة الفنية المتميزة في هذا المجال، فضلاً عن تطوير الإجراءات الجنائية، لتحقيق الغرض المطلوب، وهو ما بدأت التشريعات في الوقت الحالي لتحقيقه، في إعداد الكوادر لمباشرة التحريات والتحقيقات الإلكترونية بتقنية الاتصال عن بعد، والاستعانة بالخبرة الفنية، وإجراء المعاينة المطلوبة، ومباشرة التفتيش والضبط، ونلمس مدى التطور الذي حدث في هذا المجال من الناحية الإجرائية لاقتضاء حق الدولة في العقاب من الجنائي، بكشف الجريمة، والتوصل إلى مرتكبيها والتحقيق معهم وجميع الأدلة، وتقديمهم للمحكمة⁽²²⁷⁾. وهو

⁽²²⁴⁾ سلامة، مأمون، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2000) ط1، ج1، ص: 613.

⁽²²⁵⁾ المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 42 لسنة 31 قضائية أمن دولة، جلسة الاثنين الموافق 2002/6/2، السنة 25 قضائية، الأحكام الصادرة من المكتب الفني لعام 2003.

⁽²²⁶⁾ لما جاء في نص المادة (29) من القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 1996، بشأن الأحداث الجانحين، على أنه تجرى محاكمة الحدث في غير العلانية ولا يجوز أن يحضرها إلا متولي أمره، والشهود والمحامون، ومندوبو وزارة الشؤون الاجتماعية ومعاهد الأحداث، ومن تأذن له المحكمة بالحضور. وللمحكمة إعفاء الحدث من حضور المحاكمة بنفسه، وأن تقرر سماع الشهود بغير حضوره، إذا رأت أن مصلحته تقتضي ذلك، على أنه لا يجوز الحكم بالإدانة إلا بعد إفهام الحدث ما تم في غيبته من إجراءات ويجب أن يكون النطق بالحكم في جلسة علانية.

⁽²²⁷⁾ قوراري، فتحية، وغنام، غنام، شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة (دبي: المكتبة الوطنية، 2011) ط2، ص:

ما أكدته المادة (66/ إجراءات جزائية اتحادي) كما أنه لا يجوز نشر إجراءات التحقيق الابتدائي، على اعتبار أن النشر يشكل خروجاً على مقتضيات السرية، أضف إلى ذلك أنه إذا تضمن ذلك النشر ما يشكل جرائم كالكذب أو السب⁽²²⁸⁾.

وترى الباحثة أن إجراءات التحقيق الجزائي في تقنية الاتصال عن بعد لا تختلف عن إجراءات التحقيق التقليدية في مباشرة التحقيق من عضو النيابة العامة واصطحابه لأحد كتاب النيابة العامة واستجواب المتهم والشهود والخبراء وتحليلهم اليمين وتدوين محضر التحقيق والتوقيع عليه إلكترونياً، إلا أن الإجراءات التقني الحديث في تحقيقات النيابة العامة، تتفوق عن الإجراءات التقليدية في سرعة إنجاز والفصل في الدعوى الجزائية.

الختامة

تناولت الدراسة التحقيق الابتدائي في تقنية الاتصال عن بعد، كونه أحد الموضوعات المهمة في العدالة الاجتماعية من خلال الاستعانة بتقنية الاتصال عن بعد، والذي يمثل أحدث المعطيات التكنولوجية الحديثة، وقد حاولت توضيح ماهية التحقيق الجنائي التقني وفقاً لقانون تقنية الاتصال ومدى ملائمته مع الإجراءات الجزائية المتبعة في مباشرة التحقيق الابتدائي من خلال تقنية الاتصال عن بعد، وتوضيح أساليب التحقيق الجنائي وإجراءاته بتقنية الاتصال عن بعد، من خلال عرض إجراءات عضو النيابة العامة الإلكترونية في الاستجواب والتعامل مع الشهود والخبراء والمترجمين ومدى حصر التحقيق الابتدائي بتقنية الاتصال عن بعد بعضو النيابة العامة، حيث نصل بهذه الدراسة الموجزة لبعض النقاط وهي:

1. اتجه المشرع الاتحادي إلى إرساء قواعد قانونية جديدة تواجه الجرائم من خلال الأخذ بمعطيات التكنولوجيا الحديثة في الكشف عن الجرائم وملاحقة مرتكبيها ومحاكمتهم، وتجلى ذلك بشكل واضح من خلال استخدام تقنية الاتصال عن بعد في مجال التحقيق
 2. أن إجراءات التحقيق الجزائي في تقنية الاتصال يتميز بالسرعة والدقة، في إنجاز الفصل في الدعوى الجزائية وتوفير الوقت والجهد والتكاليف في عملية انتقال المتهمين من مقر محبسهم إلى مقر النيابة العامة، أو مقر المحكمة، ويؤدي إلى سرعة سير الإجراءات الجزائية
 3. إن إجراءات التحقيق بتقنية الاتصال تتم بصورة تتلاءم مع هذه الخصوصية، وتمكن المحقق من كشف الجريمة، والتعرف على مرتكبيها بالسرعة والدقة اللازمين ولتحقيق ذلك يجب تدريب الكوادر التي تباشر التحريات والتحقيقات مع الاستعانة بذوي الخبرة الفنية المتميزة في هذا المجال، فضلاً عن تطوير الإجراءات الجنائية، لتحقيق الغرض المطلوب
- أملين أن تكون هذه الدراسة مفتاحية لغيرها من الدراسات المعمقة في مجال استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية

⁽²²⁸⁾ مصطفى، خالد، النظرية العامة للجزاء الجنائي، (الأردن، دار الأفق ناشرون، 2012) ط1، ص 141.

الحماية الجنائية للأطفال ضحايا الاستغلال في القانون المغربي

محمد بلحاج الفحصي

دكتور في القانون الخاص

منتدب قضائي من الدرجة الثانية بمحكمة الاستئناف بطنجة

مدير ورئيس تحرير مجلة محيط للدراسات والأبحاث القانونية

مدير ورئيس تحرير مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية

مقدمة:

إن الرغبة الملحة في المحافظة على كيان الطفل، خصوصا بعد أن تنامت، وتتنوع الجرائم التي أصبحت ترتكب ضده، باعتباره شخصا ضعيفا عقليا وبدنيا يمثل رجل الغد الواعد أفرز إلى الوجود مجموعة من القواعد والأحكام الجزرية لحماية هذا الطفل من كل أذى.

والتشريع الجنائي المغربي كغيره من التشريعات الجنائية المعاصرة، أفرد جملة من النصوص الجنائية بغاية المحافظة على المصلحة الفضلى للطفل، في الباب الثامن من الكتاب الثالث من المجموعة الجنائية تحت عنوان، "في الجنايات والجرح ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة"، ابتداء من الفصل 449 إلى 504، وباستقراءنا لهذه النصوص، يمكننا إبداء الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى: قَسَمَ المشرع المغربي الجرائم التي تمس بالطفل إلى جريمة الإجهاض، وهي التي من شأنها أن تحرم الطفل من حقه في الحياة (الفصول من 449 إلى 458)، وقد أضاف المشرع إلى جريمة الإجهاض جرائم أخرى، مثل ترك الأطفال وتعريضهم للخطر (الفصول 459 إلى 467-4)، والجنايات والجرح التي تحول دون التعرف على هوية الطفل (الفصول 468 إلى 470)، وخطف القاصرين وعدم تقديمهم (الفصول 471 إلى 478)، وجرائم انتهاك الآداب العامة (الفصول من 483 إلى 496)، وجرائم إفساد الشباب واستغلالهم في البغاء (الفصول 497 إلى 504).

الملاحظة الثانية: أخذ المشرع الجنائي بالنسبة للجرائم المرتكبة ضد الأطفال بأسلوب التجريم الوقائي أو الاحتياطي مع ما يستتبع ذلك من تشدد في العقاب، وبذلك جرمت بعض الأفعال أو التصرفات التي لا يمكن التسليم بتجريمها عملا بالقواعد العامة المعروفة في القانون الجنائي، وكل ذلك مخافة أن يؤدي عدم تجريمها إلى ارتكاب الجرائم التي يراد تجنب وقوعها ضد الأطفال، وبمعنى مغاير، فإن إتيان أي فعل أو تصرف ولو كان بسيطا في حق طفل قاصر من شأنه أن يمس بسمعته يعاقب عليه بشدة، كترك الطفل مثلا دون الخامسة عشرة من العمر في مكان خال من الناس (الفصل 459 من ق.ج).

الملاحظة الثالثة: طغيان المرونة أحيانا على صياغة النصوص التي تعاقب على جرائم استغلال الأطفال وعلى الخصوص تلك التي تمس سلامته الجسمانية، والسبب الذي جعله يتبع هذا الأسلوب المرن، بحيث تصاغ فيها النصوص

العائدة للتجريم في نطاق جرائم استغلال الأطفال في عبارة عامة، فيرجع إلى جعل -أو محاولة جعل- هذه النصوص في هذا الميدان بالذات ملائمة وقادرة على ملاحقة التطور الكبير في الأساليب التي يتبعها مُحْتَرَفُوا هذا النوع من الإجرام، -أي استغلال الأطفال بكل أشكاله ومظاهره- بحيث تسمح للقاضي الجنائي المختص بالنظر في الجرائم المرتكبة ضد الأطفال بتكثيف أفعال وتصرفات مختلفة تكييفاً يدخلها تحت حكم النصوص الجنائية القائمة، فَيَقْوَتْ من ثم على المجرمين الماكربن فرصة النجاة من العقاب عن أي نشاط يأتونه ويكون من شأنه الإضرار بسلامة وصحة الأطفال، وهذا ما تعجز عن تحقيقه النصوص الجنائية إذا هي صيغت بأسلوب محدد للنشاط المجرم بكيفية حصرية، والذي يكون المشرع قد تَصَوَّرَهُ في وقت من الأوقات، وأصبح متجاوزاً في زمان أو وقت معين نتيجة اتباع المستغلين -من أشخاص طبيعيين أو معنويين- في استغلالهم لوسائل علمية يصعب تصورها مسبقاً من طرف أي مشرع مهما كان حرصه وتوقعه.

ولم يقف اهتمام المشرع باعتباره السلطة المركزية التي تقوم بسن القوانين بشأن جرائم استغلال الأطفال من خلال الحماية الجنائية الموضوعية، وإنما امتد ذلك إلى الحماية الإجرائية أيضاً.

وللبحث في هذا الموضوع سنعمل على تقسيمه إلى مبحثين اثنين على الشكل التالي:

◆ المبحث الأول: الأساس القانوني لاستغلال الأطفال.

◆ المبحث الثاني: الحماية الجنائية للأطفال ضحايا الاستغلال.

المبحث الأول: الأساس القانوني لاستغلال الأطفال

إن طبيعة الطفل، وطبيعة تكوينه الجسمانية والنفسية، والعقلية غير الناضجة تجعله مهياً للتأثر بكل سهولة.²²⁹ ومن ثم أوجب المشرع قواعد موضوعية وإجرائية صارمة لتفادي إيذائه جسمياً، ونفسياً وعقلياً، ومن هذه القواعد²³⁰ ما يتعلق بالامتناع عن استعمال العنف البدني، وعن استعماله في التسول، أو إمكانية الاتصال بأي شيء قد يعرض صحته للخطر.

إن كل مرحلة من مراحل النمو²³¹ الجسمي والعقلي لدى الطفل لها صفات وخصائص تميزها عن غيرها، ولكنها متداخلة وتكمل كل منها الأخرى، وأن عملية النمو هي انتقال مما هو أكثر تفصيلاً أو أكثر تميزاً ووضوحاً، وأن كل مظهر من مظاهر النمو يؤثر ويتأثر بالآخر، وكل فرد له خصائص نمو تميزه عن غيره، لذلك يتم الاهتمام بالفروق الفردية، كما أن داخل الفرد الواحد تختلف سرعة النمو الجسمي عن العقلي.²³²

²²⁹ وزارة العدل: "شرح قانون المسطرة الجنائية"، الجزء الثاني، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 7، الطبعة الثالثة، يوليو 2005، مطبعة فضالة المحمدية، ص: 229.

²³⁰ أنظر الفرع الثاني، والثالث، والرابع، والسابع من الباب الثامن من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي المغربي، أنظر كذلك القسم السادس من الكتاب الثالث المتعلق بالقواعد الخاصة بالأحداث من قانون المسطرة الجنائية، والقسم الثاني من الكتاب الثاني من مدونة الشغل، والفصول 59 و60 و65 من قانون الصحافة والنشر المغربي.

²³¹ النمو هو عبارة عن تغيرات تقدمية متجهة نحو تحقيق غرض ضمني هو النضج، وللنمو جانبان رئيسيان: الأول مرتبط بالتكوين الجسمي، والثاني نفسي أو عقلي. أنظر: معتوق محمد عبد القادر المتناهي: "منهج رياض الأطفال"، دار الكتب الوطنية بنغازي، الطبعة الأولى 1986، ص: 55.

²³² محمد جاسم محمد: "النمو والطفولة في رياض الأطفال"، الناشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2004، ص: 7.

فالمشرع عندما جرم استغلال الأطفال، فإنه راعى في ذلك حالة الطفل الجسمية وقوته البدنية، والتي لا تسمح له بأن يقاوم كل ما من شأنه أن يمس بجسمه الضعيف، أو أن يدافع عن نفسه في حالة الاعتداء عليه، أو اختطافه... كما أن جسم الطفل في هذه المرحلة من العمر لا يقوى على تحمل الأعمال التي يمكن أن توكل إليه للقيام بها، إضافة إلى ذلك يكون الطفل في هذه المرحلة غير قادر على التمييز بين ما هو مقبول وما هو مرفوض، وبين ما هو ضار وما هو نافع، من هنا كانت الحاجة ملحة إلى إصدار مجموعة من النصوص القانونية²³³ التي تحمي الطفل في جسده وعقله.

وقد كشفت البحوث والدراسات التربوية عن أن القاعدة الرئيسية التي يجب أن تقوم عليها أي خطة نظرية أو عملية لرعاية الطفولة وتربية الطفل وتعليمه هي: "يجب أن يفهم الطفل على أنه طفل له عالمه الخاص الذي يختلف اختلافا واضحا عن عالم الكبار والراشدين، فالطفل يشكل عنصرا مهما من عناصر المجتمع لم تكتمل شخصيته، ولم يبلغ درجة النضج في النمو الجسماني والنفسي والعقلي، فهو حلقة من سلسلة استمرارية الجنس البشري تحتاج إلى عناية خاصة". وهذا يعني أن للأطفال خصوصياتهم التي تستوجب الرعاية والحماية ضد الأذى والأخطار المادية والنفسية، والطفل إنسان يشترك مع كل البشر في أن له الحق في توفير التحصين ضد أي ضرر أو أذى مادي أو نفسي يمكن أن يلحق به ويهدد عالم طفولته الوردي والزاهي، ولكنه يتميز بكونه لبنة المجتمع الأولى، فهو البذرة التي تحتاج إلى تربية خصبة لتنمو وتنتج ثمارا طيبة ومحصولا غنيا. ومن ثم فالطفل يحتاج إلى الرعاية الضرورية والتنشئة المناسبة التي تفهم قدراته ومواهبه وتسعى لتنميتها بشكل يكفل نمو الشخصية الصحيحة المستقيمة.

وقد تخلصت تربية الطفولة ورعايتها من إحباطات المقولة الإغريقية الرومانية الوثنية التي ظلت سائدة في ربوع الغرب حتى مطلع العصر الحديث، والتي كانت تعتبر الطفل رجلا صغيرا أو مصغرا لا يختلف عن الكبار والراشدين إلا بصغره في السن.²³⁴ ولقد تفهم الباحثون ودارسوا علم التربية وعلم النفس أن للطفل وجوده وكيانه الخاص، والذي يجب أن لا ينطبق عليه ما ينطبق على الكبار من بني البشر من أساليب العقاب والتربية والتعليم والعمل، بل يجب أن يتمتع بوسائل تعليم وعناية ورعاية تتناسب مع تركيبته السيكولوجية²³⁵ والنفسية الخاصة.²³⁶

فإذا كان "استغلال الأطفال" يقترب مفهومه بالاستفادة غير المشروعة على حساب حقوقهم، وذلك لإحداث ضرر بجسمهم وعقلهم، فما هو أساس هذا الاستغلال في القانون الجنائي؟ هل يمكن ربطه بصفة الضعف من حيث القوة الجسمية والبدنية فقط؟ أم أن هذا الأساس يجد سنده القانوني في صفة الضعف من حيث الإرادة والتمييز كذلك (القصور)؟ وما دام العقل والجسم هما تعبيران من تعبيرات الحياة، وأن العقل يساير الجسم في تطوره ونموه، فهل يمكن تصور فصل عقل الطفل عن جسمه؟

²³³ انظر الفصول 459 و 461 و 467-2، و 471 من مجموعة القانون الجنائي، أنظر أيضا الفصول 59-60-65 من قانون الصحافة والنشر المغربي، والمادتين 510 و 511 من قانون المسطرة الجنائية المغربية.

²³⁴ نجوى علي عتيقة: "حقوق الطفل في القانون الدولي"، دار المستقبل العربي، بدون تاريخ الطبعة، ص: 25.

²³⁵ إن دراسة سيكولوجية الطفل وتمحيصها تتناول جوانب شتى من حياة الطفل لعل أبرزها: مراحل النمو والنضج من جهة، والتطور من جهة أخرى. لمزيد من الاطلاع حول هذا الموضوع أنظر في ذلك، عبد العالي الجسماني: "سيكولوجية الطفولة والمراهقة، وحقائقها الأساسية"، الدار العربية للعلوم، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1994، ص: 19 وما بعدها.

²³⁶ فتية حسن سليمان: "تربية الطفل بين الماضي والحاضر"، القاهرة، طبعة 1979، ص: 9.

إن جوابنا على هذه الأسئلة سيكون من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين كما يلي:

المطلب الأول: الأساس المرتبط بصفة الضَّعف من حيث القوة الجسمية والبدنية

المطلب الثاني: الأساس المرتبط بصفة الضَّعف من حيث الإرادة والتمييز

المطلب الأول : الأساس المرتبط بصفة الضَّعف 237 من حيث القوة الجسمية والبدنية

إن حياة الطفل يوجد بها ما يطلق عليه بتعبير فرضية "الفترة الحرجة"، ومؤداها أن الانتقال من مرحلة نمو معينة إلى مرحلة أخرى، يجب أن لا تعترضه عوائق في نموه الجسمي،²³⁸ فهذا الجانب التكويني الأخير هو نتاج التفاعلات الكيميائية التي تقود إلى نمو الأعضاء الخارجية، وكذلك الأعضاء الداخلية.²³⁹

لذلك كان لا بد للطفل أن يحظى بالعناية والرعاية التامتين، والتمتع بكل حقوقه في هذه المرحلة من عمره، وذلك حتى يتمكن جسمه من النمو في ظروف عادية. فحالة الطفل الجسمية والبدنية لا تسمح له بأن يقاوم كل ما من شأنه أن يمس بجسمه الضعيف أو أن يدافع عن نفسه في حالة الاعتداء عليه أو اختطافه... كما سبق الذكر. كما أن جسم الطفل في هذه المرحلة لا يقوى على تحمل الأعمال التي يمكن أن يقوم بها أثناء تشغيله سواء في نطاق العمل الزراعي أو في نطاق العمل الصناعي أو في المقالع أو المناجم أو في كسر الحجارة أو حملها أو في رش المبيدات أو في أي عمل آخر، لأن ذلك يؤثر سلبا لا محالة على جسم الطفل ونمو عضلاته.²⁴⁰

فعندما نعتبر بأن "استغلال الأطفال" هو العمل على الجرح أو الضرب العمد، لطفل دون الخامسة عشرة من عمره، أو تعمد حرمانه من التغذية أو العناية حرمانا يضر بصحته أو ارتكب ضده أي نوع من العنف أو الإيذاء²⁴¹ أو تعريض هذا الطفل للخطر أو تركه في مكان لا يستطيع أن يحمي نفسه بسبب حالته الجسدية أو العقلية²⁴² أو تم بيعه أو شراؤه²⁴³ أو استغلاله لممارسة عمل قسري، أو توسط أو حرض على ذلك²⁴⁴ أو حرضه على الدعارة أو البغاء أو شجعه عليها أو سهّلها له²⁴⁵ أو استغلاله في الأعمال التي حذرها القانون عليه.²⁴⁶ فإذا كان ذلك يعد استغلالا للطفل فإن الأساس القانوني السليم لهذا الاستغلال هو مصلحة الطفل الفضلى، وخاصة حمايته في جسده.

²³⁷ لقد استعملنا في المطلب الأول من المبحث الذي نحن بصدده مصطلح "الضعف"، وفي المطلب الثاني أوردنا مصطلح "الضعف"، والفرق بين الأول والثاني يتجلى في كون "الضعف" يستعمل في المجال المادي مثل (طفل له جسم ضعيف)، بينما "الضعف" يستعمل في المجال المعنوي، مثل انعدام أو نقصان الإرادة والتمييز، أو القصور.

²³⁸ عبد العالي الجسماني : مرجع سابق، ص : 19.

²³⁹ محمد جاسم محمد : مرجع سابق، ص : 7.

²⁴⁰ عبد العالي الجسماني : مرجع سابق، نفس الصفحة السابقة 19.

²⁴¹ انظر الفصل 408 من مجموعة القانون الجنائي المغربي، كما تم تعديله وتتميمه بمقتضى القانون رقم 24.03.

²⁴² انظر الفصل 459 من ق.ج.

²⁴³ انظر الفصل 1-467 من ق.ج، والذي أضيف بمقتضى قانون رقم 24.03.

²⁴⁴ انظر الفصل 2-467 من ق.ج، والذي أضيف بمقتضى قانون رقم 24.03.

²⁴⁵ انظر الفصل 497 من ق.ج.

²⁴⁶ انظر الفصول 145 و 146 و 147 من مدونة الشغل.

فجسم الطفل ينمو ببطء في الأجزاء العليا منه، وذلك في الوقت الذي تستمر فيه الساقان في النمو السريع، كما يختفي مظهر طفل المهدهد، حيث تستطيل الذراعان والساقان وينمو الجزء الأسفل من الوجه بسرعة في الوقت الذي لا يحدث بالجبهة والجمجمة إلا بقدر بسيط من النمو، وبالتدرج ينمو الرأس إلى أن يصل في نهاية مرحلة الطفولة المبكرة إلى مثل حجم رأس الراشد ويستمر نمو الجهاز العصبي، بحيث تحدث زيادة وزن المخ، كما يزداد نمو الجهاز الهيكلي وتتحول الغضاريف إلى عظام، هذا ويزداد كذلك نمو الجهاز العضلي وفيه تسبق العضلات الكبيرة العضلات الصغيرة. ومن الحاجات الفسيولوجية لدى الطفل والتي يسعى لإشباعها هي الحاجة إلى الغذاء الصحي.

إن هذه المظاهر الجسمية السابقة تتفاعل مع مظاهر النمو الأخرى الأمر الذي يتطلب العناية بها ومراعاتها، لأن ذلك قد ينعكس حتى على التحصيل التعليمي والذي يختلف من الطفل الصحيح والسليم جسميا عن مثيله عند الطفل العليل والسقيم صحيا، لأنه كما ينمو الطفل ككل فهو يتعلم كذلك.²⁴⁷

لذلك يجب الاهتمام بالطفل والعناية به ورعايته من الناحية الجسمية وهو ما فعله المشرع المغربي عندما أحاط هذا الكائن الضعيف بالرعاية والعناية والحماية التامتين لجسمه، ويتضح ذلك من خلال مجموعة من النصوص القانونية. لكن وكما يبدو فإن الأساس المرتبط بمصلحة الطفل جسمانيا أو بصفة الضعف من حيث القوة البدنية لا يفسر بوضوح غرض المشرع من وراء تجريمه لاستغلال الأطفال في المنظومة الجنائية الأمر الذي يقتضي التطرق إلى الأساس المرتبط بمصلحة الطفل من حيث القدرة على الإدراك والتمييز، وهذا هو محور المطلب الثاني من هذا البحث.

المطلب الثاني: الأساس المرتبط بصفة الضعف من حيث الإرادة والتمييز

ترجع فكرة الأساس القانوني المرتبط بصفة الضعف من حيث الإرادة والتمييز إلى عدم اكتمال تكوين الطفل العقلي، فهو غير قادر على التمييز والإدراك المرتبط بتقدم السن، فالطفل في هذه المرحلة من السن يكون لديه قصور في الملكات العقلية، أي ليس لديه أهلية لإدراك النتائج السلبية والآثار السيئة الناتجة عن استغلاله، حيث إن هذه الملكات لا يولد بها الإنسان، وإنما يكتسبها ويتعلمها²⁴⁸ مع نمو جسمه²⁴⁹ داخل المجتمع، ومن ثم فإنه لا يفهم ماهية الاستغلال ولا يستطيع تقدير نتائجه، كما أنه ليست لديه قوة ذهنية تساعده على تفسير المحسوسات وإدراك ماهية الأفعال، مع انعدام الخبرة التي تساعده على تقدير خطورة ما يرتكب ضده.²⁵⁰

ويمثل سن الطفل أهم الشروط لاستغلال الأطفال، فهو يعبر عن سلامة الملكات العقلية والنفسية²⁵¹ لدى الطفل المستغل لحظة استغلاله أو الاعتداء عليه. ولقد سعى المشرع المغربي إلى تحديد الأساس القانوني الذي يرتبط بصفة الضعف من حيث الإرادة والتمييز، وربطه بملكتي التمييز أو الإدراك وحرية الاختيار، وهي أمور لا تتوفر إلا في شخص يكون قد بلغ

²⁴⁷ محمد جاسم محمد : مرجع سابق، ص : 13-14.

²⁴⁸ حمدي رجب عطية : " المسؤولية الجنائية للطفل في تشريعات الدول العربية والشريعة الإسلامية"، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ الطبع، ص : 47.

²⁴⁹ محمد جاسم محمد : مرجع سابق، ص : 13.

²⁵⁰ حمدي رجب عطية : مرجع سابق، نفس الصفحة السابقة : 47.

²⁵¹ حنان الدكالي : " الأهلية الجنائية للحدث"، دراسة في التشريع المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص : 14.

سنا معينة تؤهله لإدراك كونه سوف يقع ضحية للاستغلال، وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي حينما نص على معاقبة كل من هتك أو حاول هتك عرض قاصر لم يبلغ ثمان عشرة سنة أو عاجز أو معاق أو معروف بضعف قواه العقلية سواء كان ذكرا أو أنثى،²⁵² كما نص كذلك على أنه من عرض أو ترك طفلا دون سن الخامسة عشرة أو عاجز لا يستطيع أن يحمي نفسه بسبب حالته الجسمية أو العقلية.²⁵³ كما أن استغلال كل طفل لم يبلغ خمس عشرة سنة كاملة في أي عمل كيفما كان يعتبر محذورا من طرف المشرع المغربي،²⁵⁴ وفي موضع آخر دون الثامنة عشرة من عمره.²⁵⁵ فالمشرع المغربي اشترط لكي يكون هناك استغلال للأطفال، أن يكون الطفل الضحية لا يتجاوز ثمانية عشرة سنة، وفي حالات أخرى خمسة عشرة سنة كما سبق الذكر.

فالنشاط الذهني أو العقلي عند الطفل لا ينمو على مستوى واحد بعينه نموا متصلا بل يتطور من نسق إلى نسق،²⁵⁶ فكل تقريبات السيكلوجيا المعاصرة تثبت أن قيام النشاط العقلي بوظيفته حري أن يعذو غير متصور لو تعين تحليل أو تفكيك عملياته إلى عناصر يكون مقر أو عضو كل منها عنصرا أو تأليفا من عناصر عضوية،²⁵⁷ لذلك كان النضج العقلي لدى الطفل مواكبا للتطور البيولوجي²⁵⁸ على اعتبار أن أهم ما يكون شخصية الفرد منذ صغره هو نموه العقلي وذكائه، إذ إن فهم الطفل لما يدور من حوله وللعالم الذي يعيش فيه أثره الذي لا ينكر لتنمية قواه العقلية وتقويتها، فإذا فهم الطفل عالمه الذي يعيش فيه وما يجري حوله انعكس عليه ذلك إيجابيا فيشعر بالأمن والاطمئنان وإن كان هذا ليس سهلا نظرا لتعدد الحياة ولما طرأ عليها من ثورة معرفية وتكنولوجية معقدة.²⁵⁹

ويطلق البعض على مرحلة الطفولة مرحلة السؤال، حيث تكثر أسئلة الطفل حول ما يثير انتباهه في البيئة من حوله، وإن كان لا يفهم كل الأجوبة التي يحصل عليها لعدم النضج الكافي، وتزداد حصيلة الطفل المعرفية فيفهم بعض الخبرات والمعلومات البسيطة، وخاصة تلك التي ترتبط بما حوله من منبهات ومثيرات، ويمكن معرفة النمو المعرفي أو العقلي من نظرية "بياجة" وهو أن استيعاب الفرد لبيئته المادية والاجتماعية يبدأ بالإدراك الحسي وينتهي بتكوين المفاهيم المجردة.²⁶⁰

لكن السؤال هو كيف يتسنى تحقيق الصحة العقلية المنشودة عند الطفل والعناية بقدراته ؟

إن الجواب على هذا السؤال يجد سنده عند "هادفيلد"، الذي أكد أن: "الأهداف والغايات والمثل من ألزم الضروريات التي تقتضيها الصحة العقلية ويتطلبها انتظام الشخصية عند الطفل"، فالطفل الذي يتمتع بالصحة العقلية هو الطفل الذي

²⁵² انظر الفصل 484 من ق.ج، كما عدل وتمم بمقتضى القانون رقم 24.03.

²⁵³ انظر الفصل 459 من ق.ج، وذلك على سبيل المثال لا الحصر.

²⁵⁴ انظر المادة 143 من قانون الشغل رقم 65-99.

²⁵⁵ انظر المادة 145 من ق.ش المذكور.

²⁵⁶ هنري فالون (المؤلف)، نظمي لوقا (المترجم)، التطور السيكلوجي للطفل، الناشر دار نهضة مصر للطبع والنشر، القاهرة، أبريل 1978، ص: 15.

²⁵⁷ هنري فالون (المؤلف)، نظمي لوقا (المترجم)، المرجع السابق، ص: 25.

²⁵⁸ عبد العالي الجسماني: مرجع سابق، ص: 19.

²⁵⁹ محمد عبد الرحيم عدس، جميل أبو ميزرد: "المرشد في منهاج رياض الأطفال"، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1993، ص: 39.

²⁶⁰ محمد جاسم محمد: مرجع سابق، ص: 10-9.

تكون قدراته واستعداداته قد أتيح لها النمو الكامل، وهذا معناه أنه سيكون بوسع استخدام تلك الطاقات على نحو يتمثل في الكفاءة كما أنه سيكون على جانب كبير جدا من قوة الإرادة ومثانة الخلق، ذلك لأن إرادته لم تكن قد فتت أيام عمره الأولى، وأن خلقه الذي هو أحد مظاهر الشخصية لم يتصدع، فيكون قد نشأ وهو ينعم بالثقة بالذات ولكنها الذات البعيدة عن النزعة النرجسية بمعناها السلبي.²⁶¹

وكخلاصة لما سبق ذكره، فقد تم الانتهاء من هذا المبحث إلى أن الأساس القانوني "لاستغلال الأطفال" يتخذ وجهان، أحدهما يتعلق بهوان وضعف جسم الطفل، وثانيهما يرتبط بقصور عقله عن التمييز والإدراك، وذلك بالشكل الذي تطرقنا إليه آنفا.

لكن وفي نظرنا فإنه لا يمكن تصور قيام أحد هذين الأساسين دون الآخر مادام أن كل من العقل والجسم هما تعبيران من تعبيرات الحياة، فالعقل يساير الجسم في تطوره ونموه، وذلك منذ أيام الحياة الأولى حتى النهاية، فيتعاونان كجزأين متلازمين في آن واحد، فالعقل كالمحرك يجر معه كل إمكانيات الجسم ليؤمن له السلامة والانتصار على كل المتاعب والصعوبات، ففي كل حركة من حركات الجسم أو في أي تعبير من تعبيراته يبدو تأثير أهدافه جلية.²⁶²

من هنا يتضح بأن المشرع المغربي في تعامله مع الأطفال ضحايا الاستغلال بكل أنواعه قد راعى عنصر الجسم والعقل ولم يفصلهما عن بعضهما، مادام أن عقل الطفل القاصر عن الإدراك هو الذي دفعه إلى عدم إدراك كونه مُستغل أو سوف يقع ضحية للاستغلال من جراء قدومه على فعل ما، وما يزيد من تأكيد هذا الطرح هو مضمون الفصل 461 من القانون الجنائي، والذي جاء فيه ما يلي: "...طفلا دون سن الخامسة عشرة... لا يستطيع أن يحمي نفسه بسبب حالته الجسمية أو العقلية".²⁶³

كما نص كذلك على ضرورة اتخاذ التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجاً.²⁶⁴ إضافة إلى ذلك نص على اجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل.²⁶⁵

المبحث الثاني: الحماية الجنائية للأطفال ضحايا الاستغلال

يهتم المشرع الجنائي عادة بإنتاج نوعين من القواعد القانونية الجزرية،²⁶⁶ قواعد موضوعية، ومن خلالها يبين الحقوق أو المصالح التي تقتضي الحماية التشريعية من الاعتداء عليها، مثل الحفاظ على مصلحة الطفل الفضلى، والمتمثلة في

²⁶¹ عبد العلي الجسماني : مرجع سابق، ص : 39.

²⁶² إن اكتشافات السيكولوجيا الفردية تزيل كثيرا من صعوبة الإشكال الذي يثور حول اعتبار العقل هو الذي يسيطر على الجسد أم إن الجسد هو الذي يسيطر على العقل، ولم يعد هذا الأمر مجرد مسألة "إما العقل أو الجسم"، للتوسع أكثر في هذا الموضوع، راجع محمد جاسم محمد: مرجع سابق، ص: 97، تحت عنوان: "الطفل ومشاكل عقله وجسده".

²⁶³ انظر أيضا الفصل 459 من ق.ج الذي جاء فيه: "...طفلا دون سن الخامسة عشرة... لا يستطيع أن يحمي نفسه بسبب حالته الجسمية أو العقلية".

²⁶⁴ انظر الفقرة الخامسة من المادة 54 من مدونة الأسرة.

²⁶⁵ انظر الفقرة السادسة من المادة 54 من مدونة الأسرة.

²⁶⁶ محمد التغذويني: "إشكالية التجريم في التشريع الجنائي المغربي"، مطبعة أنفو-برانت فاس، الطبعة الثانية، 2005، ص : 9.

سلامته العقلية والجسدية، وذلك على ضوء مبادئ قانونية تتبناها كل دولة في سياستها الجنائية يطلق عليها القانون الجنائي الموضوعي، وقواعد شكلية يبين فيها المشرع نوع الإجراءات القانونية التي يلزم اتباعها لاقتضاء حق الدولة في العقاب، أو التي يمكن اتباعها لتوفير الحماية للأطفال ضحايا الجنايات والجرح، وهذه القواعد هي التي تنظم في مجموعة قانونية تسمى بالقانون الجنائي الشكلي أو الإجرائي.

ولدراسة هذا المبحث يتعين علينا تقسيمه إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: الحماية الجنائية الموضوعية للأطفال ضحايا الاستغلال في التشريع المغربي

المطلب الثاني: الحماية الجنائية الإجرائية للأطفال ضحايا الاستغلال في التشريع المغربي

المطلب الأول: الحماية الجنائية الموضوعية للأطفال ضحايا الاستغلال في التشريع المغربي

إن حماية الحق في الحياة، وفي السلامة الجسدية، والعقلية، والنفسية للأدميين بصفة عامة، وللأطفال ضحايا الاستغلال بصفة خاصة من الاعتداءات التي قد تقع عليهم، تكون الهدف الأول للقانون الجنائي المغربي. وهذه الحماية تبتدئ منذ أن يكون الكائن البشري جنينا في بطن أمه، حيث يتمتع الاعتداء عليه بإجهاضه،²⁶⁷ وذلك سواء من طرف الحامل (الفصل 454 ق.ج) أو من طرف الغير كالطبيب ومن في حكمه (الفصل 449 ق.ج)، وتبلغ هذه الحماية مداها أثناء حياة هذا الكائن وبعد خروجه من رحم أمه، حيث يظهر الاعتداء على حقه في الحياة (القتل بنوعيه)، العمد (المادة 392 ق.ج وما بعدها)، وغير العمد (الفصل 432 ق.ج)، وعلى سلامته الجسدية والصحية (الإيذاء بنوعيه العمد) (المادة 392 من ق.ج وما بعدها)، وغير العمد (الفصل 432 من ق.ج) وعلى سلامته الجسدية والصحية (الإيذاء بنوعيه العمد) (المواد 400 ق.ج وما بعدها)، والخطأ (م 433 وما بعدها ق.ج). كما تمتد هذه الحماية لتشمل بيع الأطفال (الفصل 1-467 ق.ج)، والاعتداء عليهم جنسيا (الفصل 484 ق.ج)، أو تحريضهم على الدعارة والبغاء، أو تشجيعهم عليها، أو تسهيلها لهم (الفصل 497 ق.ج)، وذلك على سبيل المثال.

وستقف أثناء معالجتها لهذا الموضوع على مجموعة من الأحكام والقواعد الجزرية التي توفر الحماية الضرورية للأطفال ضحايا الاستغلال، سواء كان هذا الأخير في التسول (أولا)، أو في خطف الأطفال لاستغلالهم (ثانيا)، أو في الاستغلال الجنسي بنوعين التجاري وغير التجاري (ثالثا)، ثم نعقب الحديث بعد ذلك عن مختلف مقتضيات الحماية الأخرى (رابعا).

أولا : تجريم استغلال الأطفال في التسول

نص المشرع المغربي على التسول بصفة عامة، واستغلال الأطفال في التسول بصفة خاصة في الفصول من 326 إلى 328 و330 و331 من القانون الجنائي، حيث عاقب في البداية على ممارسة التسول بصفة عامة،²⁶⁸ ثم أعقبه بعد ذلك بعقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة في حق كل متسول حتى ولو كان ذا عاهة أو معدما استجدي "أو تعود استصحاب طفل

²⁶⁷عبد الواحد العلمي : " القانون الجنائي المغربي القسم الخاص " ، الطبعة الثالثة، 2003، بدون دار النشر، ص : 193.

²⁶⁸جاء في الفصل 326 منق.ج ما يلي : " يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ستة أشهر من كانت لديه وسائل التعيش أو كان بوسعه الحصول عليها بالعمل أو بأية وسيلة مشروعة، ولكنه تعود ممارسة التسول في أي مكان " .

صغير أو أكثر من غير فروعه"،²⁶⁹ كما يعاقب بنفس العقوبة المذكورة -أي بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة- من يستخدم في التسول صراحة أو تحت ستار مهنة أو حرفة ما أطفالا يقل سنهم عن ثلاثة عشر عاما.²⁷⁰

وبمناقشتنا لعبارة "تعود استصحاب طفل صغير أو أكثر من غير فروعه"، يتعين علينا إبداء الملاحظات الآتية :

الملاحظة الأولى: استعمل المشرع المغربي مصطلح "التعود"، وهو مصطلح يفيد الاعتيادية والاحتراف، أي كل من اعتاد على استصحاب طفل في مرات عديدة، أما إذا كان هذا الاستصحاب في مرة أو مرتين، فلا تنطبق عليه مقتضيات الفصل 327 من ق.ج. المذكور، مما يعني أن المشرع لم يتطرق لحماية الطفل الذي يتعرض للاستغلال في التسول في هذه الحالة، مع العلم أن هناك العديد من الأشخاص من يقومون باستصحاب طفل في كل يوم أو يومين أثناء التسول أو يقوم بالتنقل مع هذا الطفل من مكان إلى آخر حتى يتجنب أي إزعاج له من طرف السلطات، أي أن هؤلاء المستغلين يقومون بتغيير الطفل في كل يوم أو يومين، وذلك بغرض التحايل على القانون.

الملاحظة الثانية: كون المشرع الجنائي المغربي اشترط أن يكون هذا التعود باستصحاب طفل من غير الفروع، فمفاد ذلك أن الشخص في حالة ما إذا تعود استصحاب طفل من فروعه فلا يعاقب، مع العلم أن جل الأشخاص يستغلون أبناءهم في التسول رغم يسرهم.

ونفس الملاحظة يمكن إبدائها بخصوص الفقرة الخامسة من الفصل 327 من ق.ج. عندما عاقب المشرع على التسول الجماعي واستثنى من العقاب التجمع المكون من الأب والأم وأولادهما الصغار دون تحديد أي شروط بهذا الشأن، وهو ما يؤكد الطرح الذي ذكرناه قبل قليل، وخاصة وكما سبق وأن أشرنا فإن معظم الآباء يستغلون أبناءهم في التسول، وهنا يمكن القول بأن المشرع المغربي رخص لهؤلاء الآباء باستغلال أبنائهم في التسول خصوصا وأن جل الآباء تكون نيتهم سيئة لا تهمهم حياة أبنائهم أو كرامتهم، بل يفكرون فقط في جلب المال.

كما عاقب المشرع المغربي بالعقوبة المشار إليها في الفصل 327 المذكور كل شخص قام باستخدام أطفال تحت سن 13 عاما في التسول، وذلك إما بصفة صريحة أو تحت ستار مهنة أو حرفة معينة، وذلك حسب الفصل 328 من ق.ج. وما يمكن ملاحظته كذلك بخصوص هذا الفصل أن المشرع المغربي عاقب على استغلال الأطفال في التسول دون سن 13 عاما، مما يعني أن الشخص المستغل لا يعاقب إذا كان الطفل يبلغ من العمر 13 عاما أو أكثر، وخاصة إذا كان هذا الطفل من ذوي العاهات العقلية أو البدنية، إذ إن هذا النوع الأخير من الأطفال هو الموجود بكثرة على أرض الواقع سواء مع الآباء أو مع أشخاص آخرين.

ومن مظاهر حماية الأطفال ضحايا الاستغلال في التسول، ما جاء في الفقرة الأولى من الفصل 330 من ق.ج. حيث عاقب المشرع الأب أو الأم أو الوصي أو المقدم أو الكافل أو المشغل، وكل من له سلطة على الطفل أو كان يقوم برعايته إذا سلم ولو بدون مقابل لطفل أو اليتيم المكفول أو الطفل المهمل الخاضع للكفالة أو المتعلم الذي تقل سنه عن ثمان عشرة سنة إلى متسول أو متسولين، وذلك بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين.

²⁶⁹ انظر الفقرة الثالثة من الفصل 327 من مجموعة القانون الجنائي.

²⁷⁰ راجع الفصل 328 منق.ج.

كما يعاقب بنفس العقوبة المذكورة كل من سلم الطفل اليتيم أو المكفول أو الطفل الخاضع للكفالة أو المتعلم الذي تقل سنه عن 18 سنة أو حمل غيره على تسليمه إلى متسول أو متسولين أو حرضه على مغادرة مسكن أهله أو الوصي عليه أو المقدم عليه أو كافله أو مشغله أو الشخص الذي يقوم برعايته ليتبع متسولا أو متسولين.²⁷¹

وباستقراءنا لمقتضيات الفصلين 328 و330 من ق.ج، نلاحظ بأن المشرع المغربي لم يحدد عمرا محددا للأطفال ضحايا الاستغلال في التسول، فهو تارة يستعمل سن دون 13 عاما، وتارة أخرى ينص على سن دون 18 عاما، مما يتعين عليه التدخل لإعادة صياغة مضمون الفصل 328 من ق.ج لرفع سن 13 عاما إلى 18 سنة.

ثانيا : تجريم خطف الأطفال

تطرق المشرع المغربي لخطف الأطفال في الفصول من 471 إلى 478 من ق.ج، حيث جرم خطف الأطفال بصفة عامة، دون أن يوضح الغرض من وراء هذا الخطف، وبذلك يمكن أن يكون خطف الأطفال إما لاستغلالهم في العمل أو في التسول أو في السياحة الجنسية أو في التبني أو في أخذ أعضائهم لبيعها...

وهكذا ينص الفصل 471 منق.ج على أنه: "من استعمل العنف أو التهديد أو التدليس لاختطاف قاصر دون الثامنة عشر عاما، أو لاستدراجه أو إغرائه أو نقله من الأماكن التي وضع فيها من طرف من له سلطة أو إشراف عليه، سواء فعل ذلك بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات".

وباستقراءنا لهذا الفصل يلاحظ بأن المشرع تطرق إلى جنائية خطف الصغير الذي لم يجاوز سن الثامنة عشرة بالعنف أو التهديد أو التدليس، حيث يتطلب المشرع لوقوع جريمة الخطف أن يكون المجنى عليه قاصرا دون الثامنة عشر عاما، فإذا كان قد بلغها لا تقع جريمة الخطف وإن كان الفعل يندرج تحت جريمة الحبس بدون وجه حق.

وتجب الإشارة هنا إلى أن المشرع قد حَرَجَ على القواعد العامة في المساهمة الجنائية، حيث سوى بين الفاعل وبين الشريك بالتحريض في جريمة الخطف، فنص على عقاب "كل من خطف... بنفسه أو بواسطة غيره"،²⁷² وبذلك يكون قد اعتبر كل منهما فاعلا أصليا في الجريمة، ومن ثم عاقب الاثنين بنفس العقوبة وهي السجن من خمس إلى عشر سنوات.

وإذا كان المشرع المغربي من خلال الفصل 471 منق.ج قد عاقب على اختطاف طفل دون 18 عاما، فإن الفصل 472²⁷³ من نفس القانون قد شدد من عقوبة خطف القاصر الذي يقل عمره عن اثني عشر عاما، حيث يعاقب الجاني الذي يرتكب جريمة الخطف المنصوص عليها بالفصل 472 المذكور بالسجن من عشر إلى عشرين سنة، وإذا تم العثور على القاصر حيا قبل صدور الحكم على الجاني، فإن العقوبة تكون السجن من خمس إلى عشر سنوات.

وحسب الفصل 473 منق.ج، فإذا كان غرض الجاني الحصول على فدية مالية، فإن العقوبة تكون مشددة، ويرجع ظرف التشديد إلى الباعث على الجريمة، فإذا كان هدف الجاني من خطف القاصر هو الحصول على فدية مالية أو أخذ

²⁷¹ انظر الفقرة الثانية من الفصل 330 من مجموعة القانون الجنائي.

²⁷² راجع الفصل 471 من ق.ج المغربي.

²⁷³ جاء في هذا الفصل ما يلي: "إذا كان القاصر الذي وقعت عليه الجريمة المشار إليها في الفصل السابق (471) تقل سنه عن اثني عشر عاما، فعقوبة الجاني السجن من عشر إلى عشرين سنة".

الفدية فعلا، كانت عقوبته السجن المؤبد بصرف النظر عن سن القاصر. وفي حالة ما إذا تم العثور على القاصر حيا²⁷⁴ قبل صدور حكم ضد الجاني، فإن العقوبة تكون السجن من عشر إلى عشرين سنة.

أما فيما يتعلق بجريمة الخطف بدون استعمال العنف أو التهديد أو التدليس أو المحاولة، فقد نص عليها المشرع المغربي في الفصل 475 من ق.ج،²⁷⁵ فمحل الجريمة حسب المشرع المغربي أن تقع جريمة الخطف صفة في المجنى عليه هو أن يكون قاصرا لم يبلغ ثماني عشرة سنة كاملة سواء كان ذكرا أم أنثى، والعبارة في تحديد سن المجنى عليه بوقت تنفيذ الجريمة دون وقت انتهائها، فإذا كان الصغير دون الثامنة عشرة وقت أن انتزعه الجاني من بيته ونقله إلى محل آخر قامت الجريمة ولو بلغ المجنى عليه ثماني عشرة سنة أثناء استمرار الجريمة، ويؤخذ في حساب سن الضحية بالتقويم الميلادي باعتباره التقويم الذي يعتد به القانون الجنائي.

ويجب أن يكون الحكم الصادر عن المحكمة المختصة معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية وإلا كان باطلا، وأن نقصان التعليل يوازي انعدامه، مثل ما هو الشأن بالنسبة للمحكمة التي أدانت الطاعن بجريمة اختطاف قاصرة التي أنكرها اعتمادا منها على شهادة الشهود التي أفادت أن المتهم كانت له علاقة بالضحية وأنه كان على اتصال بها قبل تغييرها، في حين اعتبر المجلس الأعلى هذا غير كاف لإبراز عنصر الاختطاف مما جعل الحكم ناقص التعليل يوازي انعدامه.²⁷⁶

ثالثا : حماية الأطفال ضحايا الاستغلال الجنسي التجاري وغير التجاري.

سنعرض من خلال هذه النقطة لأهم قواعد حماية الأطفال ضحايا هذا الشكل من الاستغلال البشع، وتتجلى أهم هذه الأحكام في تجريم الفعل الفاضح العلني (الفصل 483)، وتجرير هتك عرض أو محاولة ذلك بغير قوة أو تهديد (الفصل 484)، ثم كذلك هتك العرض أو محاولة ذلك مع استعمال العنف (الفصل 485)، وأخيرا تجريم الاغتصاب (الفصل 486 ق.ج).

❖ الطبيعة القانونية لجريمة الفعل الفاضح العلني:

نص المشرع على جريمة الفعل الفاضح العلني في الفصل 483 منق.ج،²⁷⁷ وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المادية لا الشكلية، لأن الحدّث المُكوّن لها حدّث نفسي ضار يتمثل في إيذاء الشعور بالحياء الجنسي لدى المجنى عليه، والسلوك المكون لها والمفضي إلى هذا الحدّث سلوك مادي ذو مضمون نفسي. كما تعتبر هذه الجريمة من الجرائم التعبيرية عن

²⁷⁴ وفي الحالات المنصوص عليها بالفصول 471 إلى 473 والمتعلقة بخطف القاصرين إذا نتج عن ارتكاب الجاني لأي جريمة من الجرائم المشار إليها موت القاصر، فإن عقوبة الجاني تكون هي الإعدام، وذلك حسب الفصل 474 من ق.ج.

²⁷⁵ جاء في هذا الفصل ما يلي: "من اختطف أو غرر بقاصر تقل سنه عن ثمان عشرة سنة بدون استعمال عنف ولا تهديد ولا تدليس أو حاول ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم. ومع ذلك، فإن القاصرة التي اختطفت أو غرر بها إذا كانت بالغة وتزوجت من اختطفها أو غرر بها، فإنه لا يمكن متابعتها إلا بناء على شكوى من شخص له الحق في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم بمؤاخذته إلا بعد صدور حكم بهذا البطلان فعلا".

²⁷⁶ قرار عدد 8435 صادر عن المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 26 دجنبر 1983 ملف جنحي عدد 51140.

²⁷⁷ ينص هذا الفصل على ما يلي: "من ارتكب إخلالا علنيا بالحياء، وذلك بالعري المتعمد أو بالبذاءة في الإشارات أو الأفعال، يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنتين وبغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم. ويعتبر الإخلال علنيا متى كان الفعل الذي كونه قد ارتكب بمحض شخص أو أكثر شاهدوا ذلك عفا أو بمحض قاصر دون الثامنة عشرة من عمره، أو في مكان قد تتطلع إليه أنظار العموم".

شعور جنسي لدى الجاني وَالْحَدَثُ الْمُكُونُ لها هو طُرُقٌ ما فيها من التعبير الجنسي، فهي لا يُتَصَوَّرُ -أي الجريمة المذكورة- عملاً الشروع فيها، لأنها إما أن تقع فتكون كاملة وإما ألا تقع أصلاً، ولا وسط بين الأمرين ولا بد لقيام الحدث النفسي الضار المكون للجريمة من عنصر المباغتة التي لم يكن فيها محل لرضا المجنى عليه، حيث يتعين في التعبير المكون للفعل الفاضح أن يكون بحركة عضلية صادرة من جسم الجاني أو من عضو ما من أعضاء جسمه تتمخض عن فعل مادي لا مجرد القول.

والجريمة عمدية كما هو واضح من الوصف الوارد عنها في نموذجها بقاعدة التجريم وإن كانت الصورة غير العمدية فيها متصورة.²⁷⁸ ونتيجة لهذه التصرفات المخلة بالحياة كانت العقوبة هي الحبس من شهر واحد إلى سنتين وبغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهما (الفصل 483 ق.ج).

❖ جريمة هتك عرضاً ومحاولة ذلك بغير قوة أو تهديد:

تصنف هذه الجريمة بطبيعتها ضمن الجرائم المادية لا الشكلية، لأن الحدث المكون لها حدث نفسي ضار، هو العدوان على حرمة القاصر الجنسية. ويعتبر هذا النوع من الاستغلال، استغلالاً غير تجاري، الغرض منه قضاء الشهوة الجنسية. وقد عاقب المشرع الجاني على أفعاله المذكورة بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، سواء كانت هذه الجريمة تامة أو مجرد محاولة.²⁷⁹

❖ جنابة هتك العرض أو محاولة ذلك مع استعمال العنف:

تطرق المشرع الجنائي المغربي لجنابة هتك العرض أو محاولة ذلك مع العنف في الفصل 485 من ق.ج.²⁸⁰ ويرجع ظرف تشديد العقوبة إلى صفة المجنى عليه القاصر الذي تقل سنه عن ثماني عشرة سنة، حيث أصبحت -أي العقوبة- السجن من عشر إلى عشرين سنة.

ويتعين على المحكمة عند إدانتها المتهم أو الجاني بجنابة هتك عرض قاصر بالعنف، أن تعتمد الوصف القانوني السليم المعطى للوقائع المادية المكونة للجريمة، وكيفية ارتكابها، وأن تبين ما تضمنته أوراق الملف، وذلك ليسهل على المجلس الأعلى التحقق من ذلك، ويحول ذلك دون تعرض قرارها للنقض.²⁸¹

❖ جنابة اغتصاب الإناث:

عرف المشرع الجنائي المغربي الاغتصاب بأنه :

²⁷⁸ راجع سمير صبحي، إيهاب عبد المطلب : الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه وأحكام المجلس الأعلى المغربي ومحكمة النقض المصرية، المجلدين الثالث والرابع، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب صوماديل الطبعة الأولى 2010/2009، ص : 12-13.

²⁷⁹ انظر الفصل 484 من مجموعة القانون الجنائي المغربي المذكور.

²⁸⁰ جاء في هذا الفصل ما يلي : " يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات من هتك أو حاول هتك عرض أي شخص ذكر كان أو أنثى، مع استعمال العنف. غير أنه إذا كان المجنى عليه عليه طفلاً تقل سنه عن ثماني عشرة سنة أو كان عاجزاً أو معاقاً أو معروفاً بضعف قواه العقلية، فإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة".

²⁸¹ قرار عدد 1924 الصادر عن المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 04 أبريل 1983، ملف جنائي 26488.

"هو موافقة رجل لامرأة بدون رضاها، ويعاقب عليه بالسجن من خمس إلى عشر سنوات...".²⁸²

وقد عرفه البعض الآخر بأنه: "اتصال الرجل جنسيا بالمرأة كرها عنها".²⁸³

إلا أنه ما يهمننا من الفصل 486 من ق.ج. المذكور، هو ما ورد في فقرته الثانية، حيث نصت على أنه: "إذا كانت سن المجنى عليها تقل عن ثمان عشرة سنة أو كانت عاجزة أو معاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية أو حاملا، فإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة".

ونظرا لخطورة جنائية اغتصاب الطفلة القاصرة، شدد المشرع في العقوبة، ويرجع ظرف التشديد هذا إلى صفة المجنى عليها التي يقل عمرها عن ثماني عشرة سنة، حيث ترفع عقوبة الجاني إلى السجن من عشر إلى عشرين سنة، وذلك حسب الفقرة الثانية من الفصل 486 من ق.ج. كما ترجع ظروف التشديد إلى الحالة المنصوص عليها في الفصل 487 من ق.ج، والعائدة لصفة الفاعل في الجريمة، حيث نجد المشرع شدد العقاب عليه فجعله من خمس إلى عشر سنوات²⁸⁴ أو من عشرين إلى ثلاثين²⁸⁵ سنة بحسب الأحوال، فإذا كان الفاعل من أصول الضحية وهم من تناسلت منهم تناسلا حقيقيا كالأب والجد أو ممن لهم سلطة عليها ويستوي في السلطة أن تكون قانونية أو فعلية وقوام هذه السلطة ما للشخص من مقدرة على تنفيذ أوامره على المجنى عليها والسيطرة على تصرفاتها.²⁸⁶ وإذا كانت ظروف التشديد لعقوبات الاغتصاب وهتك العرض المنصوص عليها في الفصل 484 والفقرة الثانية من الفصل 485، وكذلك الفقرة الثانية من الفصل 486 من ق.ج. ترجع لصفة الجاني، فإن المشرع الجنائي المغربي لم يقف في تشديده للعقوبات عند هذا الحد فقط، بل أرجع ظرف تشديد الجنائية محل التحليل إلى جسامته النتيجة الإجرامية كذلك، وذلك حسب الفصول من 484 إلى 487 من ق.ج. في فقراتها المذكورة والتي تتحدث عن الطفلة القاصرة، وهذه الجرائم هي:

الاغتصاب²⁸⁷ وهتك العرض²⁸⁸ وفض غشاء البكارة للقاصرة، حيث تكون العقوبة مشددة على التفصيل الوارد بالفقرات من الثانية حتى الخامسة بالفصل محل التعليق، ويمكن الرجوع إليها تفاديا للتكرار. على أنه إذا كان الجاني أحد الأشخاص المشار إليهم في الفصل 487 من ق.ج، فإن الحد الأقصى المقرر للعقوبة في كل فقرة من فقراته يكون هو العقاب، أي أنه

²⁸² راجع الفقرة الأولى من الفصل 486 منق.ج، وقد عرفه كذلك بعض الفقه بأنه: "موافقة أنثى كرها عنها وبدون رضاها، أي الإتصال الجنسي الطبيعي معها غير المشروع". انظر: محمد صبحي نجم: "الجرائم الواقعة على الأشخاص"، المكتبة القانونية دار الثقافة، عمان، بدون تاريخ الطبع، ص: 185.

²⁸³ سمير صبحي، إيهاب عبد المطلب: مرجع سابق، المجلد الرابع، ص: 47.

²⁸⁴ إذا كان سن المجنى عليه يقل عن ثمانين سنة، انظر الفصل 1/487.

²⁸⁵ راجع الفقرة الخامسة من الفصل 487 منق.ج.

²⁸⁶ مثال للسلطة القانونية، سلطة المخدم على خادمتها ورب العمل على عاملاته، أما السلطة الفعلية وهي التي ترجع إلى واقع الأمر، لأبناء على صفة قانونية مثالها سلطة أحد أقارب المجنى عليها إذا لم يكن من المتولين تربيتها، أو وصيا عليها كأن يكون الجاني من المتولين تربية المجنى عليها أو ملاحظتها، ويقصد بهم كل من وُكِّلَ إليهم أمر الإشراف عليها وتهذيبها بحكم القانون، انظر إيهاب عبد المطلب، سمير صبحي، مرجع سابق، المجلد الرابع، ص: 52.

²⁸⁷ انظر عبد الواحد العلمي: مرجع سابق، ص: 176، راجع أيضا إيهاب عبد المطلب، سمير صبحي: مرجع سابق، المجلد الرابع، ص: 63-64.

²⁸⁸ راجع كذلك الملحق، قرار عدد 09-34 صادر عن محكمة الجنايات الاستئنافية بتطوان بتاريخ 09-01-22 بخصوص هتك عرض قاصر بالعنف، انظر أيضا قرار عدد 08-277 صادر عن نفس المحكمة بخصوص نفس الجنائية.

في هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يستعمل سلطته التقديرية عند توقيع العقوبة، وإنما يكون ملزماً بتطبيق الحد الأقصى المقرر للعقوبة عند ثبوت الجريمة.²⁸⁹

انتهينا قبل قليل من الحديث عن الحماية التي أقرها التشريع الجنائي للأطفال ضحايا الاستغلال الجنسي غير التجاري، وحتى تتمكن من إعطاء صورة كاملة للحماية الجنائية للأطفال ضحايا الاستغلال بصفة عامة، سنتناول بالتحليل جل القواعد الجنائية التي جاء بها المشرع الجنائي المغربي، لحماية الأطفال ضحايا الاستغلال الجنسي التجاري، والتي نص عليها القانون الذي نحن بصددده في الفصول من 497 إلى 504 تحت عنوان، "في إفساد الشباب وفي البغاء".

فبالنسبة لجريمة تحريض القاصرين دون الثامنة عشرة على الدعارة أو البغاء أو تشجيعهم عليها أو تسهيلها لهم فقد نص عليها الفصل 497 من ق.ج،²⁹⁰ وتتكون من عنصر مفترض يتمثل في صفة المجنى عليه كونه من القاصرين دون سن الثامنة عشرة من عمره، كما تتكون من ركن مادي ومعنوي.

ونظراً لكون الجريمة تتعلق بأطفال قاصرين، فإن المشرع عاقب على ذلك بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من عشرين ألف إلى مائتي ألف درهماً، وذلك وفق ما جاء في الفصل 497 المذكور. وأما جنحة المساعدة أو التعيش أو الحماية أو القيام بأعمال الوساطة أو عرقلة الوقاية والخاصة بأعمال البغاء أو الدعارة فقد جاءت الإشارة إليها في الفصل 498 من ق.ج.²⁹¹ وقد شدد المشرع في العقوبة المنصوص عليها بالفصل 498 المذكور لتصبح الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من عشرة آلاف إلى مليوني درهماً، وذلك في حالة ما إذا كانت الجريمة مرتكبة ضد قاصر تقل سنه عن ثمانية عشرة سنة.²⁹² ولا تكون جنحة الإغراء على الفساد موجودة بصورة قانونية إلا في حالة التحريض على الفساد لفائدة الغير، إما

²⁸⁹ انظر الملحق قرار جنائي عدد 07-05 صادر عن محكمة الاستئناف بتطوان بتاريخ 03-01-2007، المتعلق بجريمة اغتصاب طفلة تبلغ من العمر 15 سنة.

²⁹⁰ ينص هذا الفصل على ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من عشرين ألف إلى مائتي ألف درهم كل من حرص القاصرين دون الثامنة عشرة على الدعارة أو البغاء أو شجعهم عليها أو سهلها لهم".

²⁹¹ جاء في هذا الفصل ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبالغرامة من خمسة آلاف إلى مليون درهم، ما لم يكن فعله جريمة أشد، كل من ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية:

1- أعان أو ساعد أو حمى ممارسة البغاء أو جلب الأشخاص للبغاء وذلك بأية وسيلة كانت.=
2- أخذ بأي شكل كان نصيباً مما يحصل عليه الغير عن طريق البغاء أو الدعارة أو أخذ معونات من شخص اعتاد على تعاطي البغاء أو الدعارة وهو يعلم بذلك.

3- عاش مع شخص اعتاد على تعاطي البغاء وهو يعلم بذلك.
4- استخدام أو استدراج أو سلم أو حمى شخصاً بقصد ممارسة البغاء أو الدعارة برضاه أو مارس عليه ضغوطاً من أجل ممارسة البغاء أو الدعارة أو الاستمرار في ذلك.

5- مارس الوساطة، بأية صفة كانت بين من يتعاطى البغاء أو الدعارة وبين من يستغل بغاء الغير أو دعارته أو يؤدي مقابلاً عن ذلك.
6- ساعد من يستغل بغاء أو دعاية الغير على إعطاء تبرير وهمي لموارده المالية.

7- عجز عن تبرير مصادر مالية ملائمة لمستوى معيشته في الوقت الذي يعيش فيه مع شخص اعتاد على تعاطي البغاء أو الدعارة أو له علاقات مشبوهة مع شخص أو عدة أشخاص يتعاطون البغاء أو الدعارة.

8- عرقلة أعمال الوقاية أو المراقبة أو المساعدة أو إعادة التربية التي تقوم بها القطاعات أو الهيئات أو المنظمات المؤهلة لذلك تجاه أشخاص يمارسون البغاء أو الدعارة أو معرضين لتلك الممارسة.

²⁹² راجع الفقرة الأولى من الفصل 499 منق.ج.

بمقابل أو بدونه وأن الاتصال الجنسي بين رجل وامرأة لا يصوغ أن يكيف إلا كاغتصاب أو كمس العرض بعنف أو بدون عنف أو كمجرد زنا إذ أن المبدأ هو أن محاولة ارتكاب الجنحة لا تعاقب إلا بنص خاص من القانون.²⁹³ وإذا ارتكبت الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 499 المذكور، تُشَدَّدُ العقوبة لتصبح جنائية بدلا من جنحة، حيث ترفع العقوبة لتصبح السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وبالغرامة من مائة ألف إلى ثلاثة ملايين درهما، وذلك إذا ارتكبت الجريمة بواسطة عصابة إجرامية، حيث يكون لأفرادها جميعا هدف ونية ارتكاب الجريمة.²⁹⁴ كما تغلظ العقوبة المنصوص عليها في الفصلين "499" و"499-1" من ق.ج لتصبح السجن المؤبد، إذا ارتكبت الأفعال المنصوص عليها في الفصل 498 من ق.ج، ضد مجنى عليه يقل عمره عن ثمانية عشرة عاما بواسطة التعذيب أو أعمال وحشية،²⁹⁵ بالإضافة إلى ذلك ونظرا لخطورة الأفعال²⁹⁶ المرتكبة ضد الأشخاص بصفة عامة وضد القاصر بصفة خاصة وطبقا كذلك لسريان النص الجنائي من حيث المكان وعلى الأخص مبدأ إقليمية النص الجنائي والذي مؤداه أن مجموعة القانون الجنائي لا تطبق إلا على الأشخاص المقيمين داخل المملكة ولا يسري خارج المملكة، فإن المشرع قد خرج بالفصل 500 من ق.ج محل التحليل على هذا المبدأ وقرر تطبيق العقوبات المنصوص عليها في الفصول "497" إلى "499" من ق.ج، حتى ولو كانت بعض هذه الأفعال المرتكبة ضد القاصر والمكونة لعناصر الجريمة قد ارتكبت خارج المملكة.²⁹⁷

وتأكيدا من المشرع الجنائي المغربي لحياته للأطفال ضحايا الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال من جهة، والتزاما بالاتفاقيات الدولية التي صادق عليها من جهة أخرى، عاقب على جريمة تحريض أو تشجيع أو تسهيل واستغلال أطفال تقل أعمارهم عن ثماني عشرة سنة في مواد إباحية، وذلك حسب مقتضيات الفصل 2-503.²⁹⁸ وبما أن هذا النوع من الجرائم التي نحن بصددنا تعتبر من الجرائم العمدية، فإن الركن المعنوي لها يظهر جليا في القصد الجنائي،²⁹⁹ ولذلك كانت العقوبة هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة من عشرة آلاف إلى مليون درهما. وتطبق نفس العقوبة على كل شخص قام بإنتاج أو توزيع أو نشر أو استيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية من هذا النوع. واستثناء من مبدأ إقليمية

²⁹³ قرار عدد 262 (س8) الصادر عن المجلس الأعلى في 18 شعبان 1384 الموافق لـ 23 دجنبر 1964.

²⁹⁴ أنظر الفصل 1-499 من القانون الجنائي المغربي.

²⁹⁵ راجع الفصل 2-499 من مجموعة القانون الجنائي المغربي.

²⁹⁶ الأفعال المذكورة في الفصل 498 من ق.ج.

²⁹⁷ إن المشرع الجنائي المغربي لم يقتصر عند تجريمه للاستغلال الجنسي التجاري للأطفال على الأشخاص الطبيعيين فقط، كما أشرنا إلى ذلك قبل قليل، بل امتد هذا التجريم والعقاب ليشمل الشخص المعنوي مرتكب الجرائم المنصوص عليها في الفصول من 497 إلى 503 من ق.ج، ضد الأشخاص عامة، وما يرتبط بالقاصرين خاصة، أنظر الفصل 1-501 من ق.ج.

²⁹⁸ ينص هذا الفصل على ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من عشرة آلاف إلى مليون درهم، كل من حرض، أو شجع، أو سهل استغلال أطفال تقل سنهم عن ثماني عشرة سنة، في مواد إباحية، وذلك بإظهار أنشطة جنسية بأية وسيلة كانت، سواء أثناء الممارسة الفعلية أو بالمحاكاة أو المشاهدة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للأطفال يتم لأغراض ذات طبيعة جنسية. تطبق نفس العقوبة على كل من قام بإنتاج، أو توزيع، أو نشر، أو استيراد، أو تصدير، أو عرض، أو بيع، أو حيازة مواد إباحية من هذا النوع، يعاقب على هذه الأفعال حتى لو ارتكبت عناصرها خارج المملكة. تضاعف العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذا الفصل إذا كان الفاعل من أصول الطفل، أو مكلفا برعايته، أو له سلطة عليه. تطبق نفس العقوبة على محاولة الأفعال المذكورة. يأمر الحكم الصادر بالإدانة بمصادرة وإتلاف المواد الإباحية، ويمكن للمحكمة أن تأمر بنشر، أو تعليق الحكم الصادر بالإدانة. علاوة على ذلك يمكن أن يأمر، عند الاقتضاء، في الحكم بالإدانة بسحب الترخيص الذي كان يستفيد منه المحكوم عليه، كما يجوز أن يحكم بإغلاق المحلات بصفة نهائية أو بصفة مؤقتة".

²⁹⁹ أنظر إيهاب عبد المطلب، سمير صبحي: مرجع سابق، المجلد الرابع، ص: 121.

النص الجنائي من حيث سريان النص، فإن المشرع قد خرج على هذا المبدأ كما فعل في الفصل 500 من ق.ج، الذي تطرقنا له قبل قليل، وقرر العقاب على هذه الأفعال حتى ولو ارتكبت عناصرها خارج المملكة المغربية، كما تطبق نفس العقوبة في محاولة ارتكاب الجريمة كما لو كانت الجريمة تامة. إلا أن المشرع لم يكتف بهذه العقوبة،³⁰⁰ حيث شددتها إلى الضعف، وذلك في حالة ما إذا كان الجاني من أصول الطفل أو مكلف برعايته أو له سلطة عليه.³⁰¹ ويجب على القاضي عند الحكم بالإدانة أن يحكم بمصادرة وإتلاف المواد الإباحية.³⁰² وعلاوة على ذلك يجوز للقاضي الحكم بسحب الترخيص الذي كان يستفيد منه المحكوم عليه وبإغلاق المحل المعد لذلك بصفة نهائية أو مؤقتة.³⁰³ ولم يقتصر المشرع المغربي على العقوبات الزجرية لمواجهة الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال، بل أجاز الحكم إلى جانب العقوبات الأصلية بتدابير وقائية تتمثل في الحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل "40" من ق.ج، وبالمنع من الإقامة من خمس إلى عشر سنوات، حيث يعاقب المشرع على محاولة ارتكاب الجرح المنصوص عليها في الفرع السابع من الباب الثامن من هذا القانون، كما لو كانت الجريمة تامة،³⁰⁴ وهو ما أكده قضاء المجلس الأعلى في إحدى قراراته، حيث نص على أن المنع من الإقامة الذي يقره الفصل 504 من ق.ج، كعقوبة إضافية متروكة لمحكمة الموضوع تقضي به كعقوبة إضافية متى رأت ذلك، دون حاجة إلى أن تطلبه النيابة العامة، والمحكمة غير ملزمة بأن تعلق قضاءها بالمنع من الإقامة بتعليل خاص.³⁰⁵

رابعا : بعض المقتضيات الحمائية الأخرى

- جريمة "تجارة رقيق الأطفال" ، جريمة بيع أو شراء طفل يقل سنه عن 18 عاما:

عرف المشرع الجنائي المغربي بيع الأطفال بقوله: "يقصد ببيع الأطفال كل فعل أو تعامل يتم بمقتضاه نقل طفل من شخص أو مجموعة أشخاص إلى شخص آخر أو مجموعة أشخاص بمقابل كيفما كان نوعه".³⁰⁶

وقد نص المشرع المغربي على هذه الجريمة في الفصل 1-467³⁰⁷ من مجموعة القانون الجنائي، وتتجلى في قيام أي شخص بصرف النظر عن درجة قرابته للمجنى عليه، ببيع أو شراء طفل يقل سنه عن 18 سنة. ونظرا لأن تجارة رقيق الأطفال قد تدر دخلا وفيرا، يتمثل في قيمة ما يحصل عليه الجاني من جراء جريمته الشنعاء،³⁰⁸ فقد عاقب المشرع الجنائي الجاني على نقيض قصده، وألزمه بدفع غرامة مالية تعادل قيمة ما قد يحصل عليه من جراء فعله، وحتى يتحقق الردع الخاص لهذا

³⁰⁰ انظر الفقرة الأولى من الفصل 2-503 من ق.ج.

³⁰¹ راجع الفقرة الرابعة من الفصل محل التحليل (2-503).

³⁰² الفقرة السادسة من الفصل 2-503 المذكور.

³⁰³ الفقرة الأخيرة من الفصل المذكور أعلاه.

³⁰⁴ انظر الفصل 504 منق.ج.

³⁰⁵ قرار عدد 7336 الصادر بتاريخ 28 شتنبر 1989 ملف جنائي 89-13362.

³⁰⁶ راجع الفقرة الثانية من الفصل 1-467 من مجموعة القانون الجنائي المغربي.

³⁰⁷ تمت فصول الفرع الثاني من الباب الثامن من الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي، بالفصل 1-467 وما يليه، بموجب

المادة الرابعة من القانون رقم 24.03 المتعلق بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي السالف الذكر.

³⁰⁸ إيهاب عبد المطلب، سمير صبحي : مرجع سابق، المجلد الثالث، ص : 643.

الجاني، ولمن تسول له نفسه في الإقدام على ارتكاب هذه الجريمة، فقرر المشرع عقوبة الجاني بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات، وبغرامة من خمسة آلاف إلى مليوني درهم.³⁰⁹

كما يعاقب بنفس العقوبة السالفة الذكر على مجرد تحريض الأبوين أو أحدهما، أو الكافل أو الوصي أو من له سلطة على طفل يتولى رعايته دون سن 18 على بيعه أو كل من قام بأعمال الوساطة في بيع أو شراء طفل دون السن المذكور أو سهل ذلك أو أعان عليه بأية وسيلة من الوسائل.³¹⁰ ويعاقب المشرع المغربي بنفس العقوبة المذكورة أنفاً على محاولة ارتكاب هذه الجريمة كما لو كانت الجريمة قد تمت،³¹¹ وفي هذه الحالات السابقة يجوز للقاضي الذي حكم بالعقوبة الأصلية المذكورة، أن يحكم على الجاني بتدبير وقائي يتمثل في الحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها بالفصل 40³¹² من ق.ج. وبالمنع من الإقامة من 5 إلى 10 سنوات.³¹³

- جريمة إجبار طفل دون 15 عاماً على القيام بعمل قسري أو توسط أو حرض على ذلك:

عرف كذلك المشرع الجنائي المغربي هذه الجريمة، حيث نص على أنه: "يقصد بالعمل القسري بمفهوم الفقرة السابقة -أي الفقرة الأولى من الفصل 2-467 من ق.ج.- إجبار الطفل على ممارسة عمل لا يسمح به القانون أو القيام بعمل مضر بصحته أو سلامته أو أخلاقه أو تكوينه".³¹⁴ وتناول المشرع المغربي هذه الجريمة في الفصل 2-467 منق.ج، وهي تتكون من عنصر مفترض، ويتمثل في صفة المجنى عليه باعتباره طفل لم يبلغ سن 15 عاماً من عمره.

وتتمثل هذه الجريمة في قيام الجاني عن قصد بإجبار الطفل الموصوف بالعنصر المفترض سلفاً على ممارسته وقيامه بعلم لا يسمح به القانون أو القيام بعمل مضر بصحته أو سلامته أو أخلاقه أو تكوينه أو توسط أو حرض على ذلك. ونظراً لخطورة هذه الجريمة على سلامة وصحة الطفل عاقب المشرع المغربي الجاني بالحبس من سنة إلى 3 سنوات وبغرامة من 5 آلاف إلى 20 ألف درهم ما لم ينطبق الفعل الذي ارتكبه الجاني على جريمة أشد.³¹⁵

ولم يكتف المشرع المغربي بالعقاب على إتيان الفعل الجرمي المذكور في الفصولين 1-467 و2-467 من ق.ج، بل عاقب أيضاً على المحاولة "الشروع" كما لو كانت الجريمة تامة، وذلك بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة.³¹⁶ إضافة إلى الحكم بتدابير وقائية على الجاني مرتكب الأفعال المعاقب عليها بالفصول من 1-467 إلى 3-467 من ق.ج.³¹⁷

³⁰⁹ انظر الفقرة الأولى من الفصل 1-467 من القانون الجنائي محل التحليل.

³¹⁰ الفقرة الثالثة من الفصل 1-467 منق.ج.

³¹¹ الفقرة الرابعة من الفصل 1-467 منق.ج.

³¹² جاء في هذا الفصل ما يلي: "يجوز للمحاكم في الحالات التي يحددها القانون إذا حكمت بعقوبة جنحية أن تحرم المحكوم عليه لمدة تتراوح بين سنة وعشر سنوات من ممارسة حق أو عدة حقوق من الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية المنصوص عليها في الفصل 26، ويجوز أيضاً للمحاكم تطبيق مقتضيات الفقرة الأولى من هذا الفصل إذا حكمت بعقوبة جنحية من أجل جريمة إرهابية".

³¹³ راجع الفقرة الأخيرة من الفصل 1-467 منق.ج.

³¹⁴ الفقرة الثانية من الفصل 2-467 منق.ج.

³¹⁵ الفقرة الأولى من الفصل 2-467 منق.ج محل التحليل.

³¹⁶ راجع الفصل 3-467 منق.ج.

³¹⁷ انظر الفصل 4-467 منق.ج.

المطلب الثاني : الحماية الجنائية الإجرائية للأطفال ضحايا الاستغلال.

لم تقتصر حماية المشرع الجنائي للأطفال ضحايا الاستغلال من خلال الحماية الواردة في المجموعة الجنائية المتمثلة في القانون الجنائي الموضوعي، بل امتدت هذه الحماية لتشمل أيضا القانون الإجرائي أو الشكلي، حيث أفرد له نصوصا في قانون المسطرة الجنائية تتضمن قواعد تحرص على ضمان سلامته وحياته وترتبط هذه الأحكام بالأطفال ضحايا الجنايات أو الجنح، وكذا تطويل مدد التقادم في الجرائم المرتكبة ضدهم.

وعليه فإن دراستنا لهذا المطلب ستكون من خلال الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: الإجراءات المتبعة لحماية الأطفال ضحايا الجنايات والجنح

الفقرة الثانية: تمديد آجال التقادم في الجرائم المرتكبة ضد الطفل ضحية الجنايات والجنح

الفقرة الأولى: الإجراءات المتبعة لحماية الأطفال ضحايا الجنايات والجنح.

إن الطفل بحكم بنيته الجسمانية غير الناضجة تجعله فريسة سهلة للجريمة، ومن أجل ذلك اعتنى المشرع الجنائي بالطفل ووفر له حماية خاصة³¹⁸ من خلال معاقبته على حرمانه من العناية والعلاج أو تعريضه للاستغلال والإهمال المادي والمعنوي وتحويله على ممارسة أفعال غير مشروعة.³¹⁹

وقد نظم المشرع حماية الأطفال ضحايا الجنايات والجنح في المادتين 510 و511 من ق.م.ج. وهكذا قضت المادة 510 منق.م.ج على أنه: "إذا ارتكبت جناية أو جنحة وكان ضحيتها حدثا لا يتجاوز عمره 18 سنة، فلقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث، إما استنادا للمتهمات النيابة العامة وإما تلقائيا بعد أخذ رأي النيابة العامة أن يصدر أمرا قضائيا بإيداع الحدث المجنى عليه لدى شخص جدير بالثقة أو مؤسسة خصوصية أو جمعية ذات منفعة عامة مؤهلة لذلك أو بتسليمه لمصلحة أو مؤسسة عمومية مكلفة برعاية الطفولة إلى أن يصدر حكم نهائي في موضوع الجناية أو الجنحة وينفذ هذا الأمر رغم كل طعن. ويمكن للنيابة العامة أو لقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث الأمر بعرض الحدث على خبرة طبية أو نفسية أو عقلية لتحديد نوع وأهمية الأضرار اللاحقة به وبيان ما إذا كان يحتاج إلى علاج ملائم لحالته حالا ومستقبلا". وأضاف المشرع المغربي أنه يمكن للنيابة العامة في حالة صدور حكم من أجل جناية أو جنحة ارتكبت ضد حدث أن تُجِيل القضية على قاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث المختص إن ارتأت أن مصلحة الحدث تبرر ذلك. ويمكن للقاضي المذكور أن يتخذ ما يراه مناسبا من تدابير الحماية، كما يمكنه أن يأمر بالتنفيذ المعجل لقراره. ويمكن للنيابة العامة وللحدث أو أبويه أو الوصي عليه أو المقدم عليه أو حاضنه أو كافلة أو المكلف برعايته أن يستأنف قرار القاضي خلال عشرة أيام من صدوره أمام الغرفة الجنحية للأحداث بمحكمة الاستئناف.³²⁰

³¹⁸حميد الوالي: "آفاق جديدة لعادلة الأحداث"، مقال منشور بمجلة ندوات محاكم فاس، يناير 2005، العدد الثاني، ص: 135.

³¹⁹لحسن بيهي: "مؤسسة قضاء الأحداث وفق قانون المسطرة الجنائية الجديد"، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 97، نونبر-دجنبر 2002، ص: 23.

³²⁰انظر المادة 511 من قانون المسطرة الجنائية المغربية.

وبالرجوع إلى الفصلين المذكورين يتضح بأن توفير هذه الحماية خصه المشرع بالأطفال ضحايا الجنايات والجرح دون سن 18 سنة، وبذلك يكون قد استبعد الأطفال ضحايا المخالفات من نطاق هذه الحماية.³²¹ وقد أسند المشرع هذا الاختصاص لقاضي الأحداث إذا تعلق الأمر بجنحة من اختصاص المحكمة الابتدائية أو المستشار المكلف بالأحداث إذا تعلق الأمر بجنحة من اختصاص محكمة الاستئناف، ويضعان يدهما على القضية إما تلقائياً أو بناء على ملتمس من النيابة العامة. ويمكن القول أن الحماية المقررة للطفل ضحية جنائية أو جنحة تنقسم إلى نوعين:³²²

حماية مؤقتة: وتتمثل في إيداع الطفل لدى شخص جدير بالثقة أو مؤسسة خصوصية أو جمعية ذات منفعة عامة مؤهلة لذلك أو بتسليمه لمصلحة أو مؤسسة عمومية مكلفة برعايته، ومادام أن هذا النوع من الحماية مؤقت بطبيعته، فإن المشرع جعل الأمر باتخاذ التدبير نافذا رغم كل طعن.³²³ فمن أجل حماية مستعجلة وفعالة للطفل الضحية أقر المشرع إحالة الطفل على خبرة طبية أو نفسية أو عقلية لتحديد نوع وأهمية الأضرار اللاحقة بهويين ما إذا كان يحتاج إلى علاج إذا كانت حالته الصحية تستوجب فحصاً طبياً.³²⁴

وقد حُوِّلَ هذا الإجراء لكل من قاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث أو النيابة العامة، وهذا الإجراء اختياري بالنسبة لها بدليل استعمال المشرع لمصطلح "يمكن"، وليس "يجب".³²⁵ ويستمر التدبير المؤقت المتخذ من طرف قاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث إلى أن يصدر حكم نهائي في موضوع الجنائية أو الجنحة.³²⁶

وأما النوع الثاني من الحماية فيكون بعد صدور الحكم: ففي حالة صدور الحكم في الجنائية أو الجنحة المرتكبة ضد القاصر يمكن للنيابة العامة أن تحيل القضية على قاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث ليتخذ ما يراه مناسباً من تدابير الحماية إذا كانت مصلحة الحدث الفضلى تقتضي ذلك،³²⁷ وقد منحت للنيابة العامة سلطة تقديرية واسعة، لأن المشرع استعمل تعبير "إن ارتأت أن مصلحة الحدث تبرر ذلك".³²⁸

ولضمان الفعالية والسرعة للتدابير الحمائية³²⁹ أعطى المشرع لقاضي الأحداث والمستشار المكلف بالأحداث إمكانية شمول الأمر القضائي باتخاذ التدبير بالتنفيذ المعجل،³³⁰ ويقبل قرار قاضي الأحداث والمستشار المكلف بالأحداث الاستئناف

³²¹ حميد الوالي: مرجع سابق، ص: 136.

³²² وزارة العدل: مرجع سابق، ص: 265.

³²³ انظر الفقرة الأولى من المادة 510 من ق.م.ج.

³²⁴ راجع الفقرة الأخيرة من المادة 510 منق.م.ج.

³²⁵ أمينة شايب: "دراسة قانونية حول حماية القاصرين في إطار ظهير المسطرة الجنائية الجديد"، مقال منشور بمجلة أنفاس حقوقية، العدد 2 و3، دجنبر 2003، ص: 155.

³²⁶ حميد الوالي: مرجع سابق، ص: 136.

³²⁷ يوسف أجاز: مرجع سابق، ص: 100.

³²⁸ أمينة شايب: مرجع سابق، ص: 156.

³²⁹ وزارة العدل: مرجع سابق، ص: 266.

³³⁰ انظر الفقرة الأولى من المادة 511 من ق.م.ج.

أمام الغرفة الجنحية للأحداث بمحكمة الاستئناف من طرف النيابة العامة والحدث أو أبويه أو الوصي عليه أو المقدم عليه أو حاضنه أو كافلة أو المكلف برعايته داخل أجل عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم.³³¹

وما تجب الإشارة إليه هو أن المشرع من خلال هذا الإجراء خول للحدث حق استئناف القرار القضائي الصادر في موضوع الجناية أو الجنحة التي كان ضحية لها دون أن يحيل على قانون المسطرة المدنية الذي ينظم أهلية التقاضي، فيتبادر إلى الذهن أن الحدث الضحية يتمتع بهذا الحق في جميع مراحل حياته، ولو كان عديم التمييز، كما أن تخويل الأبوين هذا الحق معاً دون توضيح، أو تبيان ما إذا كان أحدهما فقط يستطيع القيام بهذا الإجراء في حالة غياب الآخر، مما يجعل التفكير يتجه إلى أن وجودهما معاً ضروري وإلا كان الإجراء باطلاً.³³²

الفقرة الثانية: تمديد آجال التقادم في الجرائم المرتكبة ضد الطفل ضحية الجنائيات والجنح.

تأكيداً من المشرع المغربي لحرصه الشديد على حماية الأطفال ضحايا الجنائيات والجنح، لم يكتف باتخاذ التدابير اللازمة في حق هؤلاء الأطفال لحمايتهم، وإنما أضاف إلى ذلك إجراء عدم بدء سريان التقادم في حقهم إلا ابتداء من تاريخ بلوغهم سن الرشد المدني،³³³ حيث تتقادم الدعوى العمومية ما لم تنص قوانين خاصة على خلاف ذلك بمرور خمسة عشر سنة ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب الجريمة، وبمرور أربع سنوات ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب الجنحة، وأخيراً بمرور سنة كاملة، تبتدئ من يوم ارتكاب المخالفة. وكاستثناء من هذه المدد المذكورة وفي حالة ما إذا كان الضحية قاصراً وتعرض لاعتداء جرمي ارتكبه في حقه أحد أصوله أو من له عليه رعاية أو كفالة أو سلطة، فإن أمد التقادم يبدأ في السريان من جديد لنفس المدة ابتداء من تاريخ بلوغ الضحية سن الرشد المدني،³³⁴ والذي يتحدد في بلوغ الطفل 18 سنة كاملة، وهو نفس سن الرشد الجنائي. فإذا كان الطفل الضحية قاصراً، فإن مدة التقادم لا تبدأ بالسريان إلا من تاريخ بلوغ القاصر سن 18 سنة، ومن ثم فإن مدة التقادم في هذه الحالة قد تتراوح ما بين تسعة عشر عاماً، وثلاثة وثلاثون عاماً، وذلك حسب الحالات الآتية:³³⁵

- الحالة الأولى: لو كان الطفل حديث الولادة، وكانت الجريمة المرتكبة ضده جنائية، فإن مدة التقادم التي هي خمسة عشر سنة، لا تبدأ إلا بعد بلوغه سن الرشد الذي هو ثمانية عشر سنة، ومن ثم تصبح مدة التقادم ثلاثة وثلاثون عاماً.
- الحالة الثانية: إذا كان الطفل الضحية حديث الولادة كذلك، وكانت الجريمة المرتكبة ضده تشكل جنحة، فإن مدة التقادم تصبح اثنان وعشرون سنة، إذ إن سن الرشد المدني هو ثمانية عشر سنة تتضاف إليها أربع سنوات التي هي مدة تقادم الجنح.

³³¹ انظر الفقرة الثانية من المادة 511 من ق.م.ج.

³³² أمينة شايب: مرجع سابق، ص: 157.

³³³ يوسف أجباز: مرجع سابق، ص: 101.

³³⁴ انظر المادة الخامسة من ق.م.ج.

³³⁵ أمينة شايب: مرجع سابق، ص: 158.

- الحالة الثالثة: عندما تكون الجريمة المرتكبة ضد الطفل الضحية المذكور مكيفة بكونها مخالفة، تصبح مدة التقادم تسعة عشر عاما، حيث تنضاف لسن الرشد سنة كمدة لتقادم المخالفات.

وإذا كان المشرع المغربي بإقراره لأحكام خاصة بتقادم الدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المرتكبة ضد الأطفال، وذلك بتمديد مدد التقادم لما في ذلك من تدعيم للحماية الجنائية الإجرائية للأطفال ضحايا الجنايات والجرح، فإنه في هذه الحالة يكون قد ساير غالبية التشريعات المقارنة والتي عملت على إقرار أحكام وقواعد خاصة لتقادم الدعوى الجنائية الناتجة عن الجرائم المرتكبة ضد الأطفال، وذلك بعدم بدء سريانها إلا ببلوغ الطفل الضحية سن 18 سنة كاملة. وهكذا تنص الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الإجراءات الفرنسي والمعدلة بالقانون رقم 98-648 الصادر في 17 يونيو سنة 1998 بشأن مكافحة الجرائم الجنسية وحماية الأطفال على أن مدد تقادم الدعوى الجنائية في الجنايات الواقعة على الأطفال لا يبدأ سريانها إلا ببلوغ الطفل المجنى عليه سن الرشد -أي بلوغه 18 سنة كاملة-.

خاتمة:

وكخلاصة لما سبق ذكره ومن أجل زيادة فعالية للحماية الجنائية للأطفال ضحايا الاستغلال، وذلك تدعيما لأخلاق الطفل تظهر ضرورة إضافة نصوص جديدة تعاقب على جريمة استغلال الأطفال من خلال إقرار عقوبات وتدابير زجرية على مستعملي شبكة الانترنت، وذلك من قبيل إنشاء نظم لمتابعة المواقع الإباحية ووضع خطوط للإبلاغ عليها ونظم لتصنيف وحجب تلك المواقع ونوعية مستخدمي هذه الشبكة كالآباء والمعلمين والأطفال أنفسهم باستخدامها الاستخدام السليم وبصورة آمنة بعيدة عن الصور والملفات الماسة بهم أخلاقيا، كما يتطلب الأمر وضع استراتيجيات وطنية ميدانية لمحاربة استغلال الأطفال بصفة عامة والاستغلال الجنسي بنوعيه التجاري وغير التجاري بصفة خاصة.

كما يلاحظ من خلال دراستنا وتحليلنا لهذه الفصول التي جاء بها القانون الجنائي المغربي بخصوص حماية الأطفال ضحايا الاستغلال، أنها تحمل في مضامينها قواعد وأحكام زجرية تراعي المصلحة الفضلى للطفل بالشكل الذي ارتأته وأوصت به الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، بالإضافة إلى ذلك فهي توفر الحصانة التامة لهؤلاء الأطفال من كل مس بكرامتهم وسلامتهم.

شريعة الدفاع الآلي عن الأموال على ضوء الفقه القضاء

عبد الواحد الدرافي

دكتور في الحقوق

مقدمة:

يمكن تعريف الدفاع الآلي عن الأموال بأنه: "حظر المساس بمال مادي بواسطة تقنية تتحرك بفعل من المعتدي على هذا المال، والتي قد تحدث ضررا يحول دون إنجاح مشروع" ³³⁶، كما يمكن تعريفه أيضا بعبارة عن "وسائل ميكانيكية أو متفجرة والتي يكون استعمالها قد استلزمه اوتوماتيكيا ارتكاب فعل عدواني" ³³⁷، كمن يضع على خزانة نقوده، آلة تطلق الرصاص تلقائيا على من يحاول فتحها أو من يحيط محله التجاري أو مسكنه بشبكة كهربائية تصعق من يحاول التسلل إليه ³³⁸.

وفي هذا الإطار يقول الفقيه الفرنسي J. Pradel ³³⁹ أن هناك دفاع آلي إيجابي يتحقق مثلا في حالة البنديقية الموضوعة وراء الباب والمهياة تلقائيا للقذف بمجرد فتح الباب، ودفاع آلي سلبي ويظهر في حالات وضع أسلاك شوكية أو بناء جدار ووتثبيت ونصب قطع زجاجية حادة وغيرها من الوسائل المبتكرة.

وقد أثار موضوع شرعية الدفاع الآلي للأموال، نقاشا عميقا بين الفقه والقضاء، وقد عمق هذا الخلاف صمت المشرع في جل ومنها المغرب، في التصدي لهذا النوع من الدفاع بنص خاص وصريح، فإذا كان من المسلم به، أنه لا يوجد ما يمنع المالك من اتخاذ التدابير والاحتياطات اللازمة لمنع الاعتداء أو خطره المحتمل، واللجوء إلى نوع من الدفاع يعتمد على الوسائل والآليات الميكانيكية، أو التفجيرية، أو ما في حكمهما، في حالة تدخل عميل دخيل، يتحقق ذلك دون مشاركة المدافع الذي غالبا ما كان يسلط عليه الضوء من طرف الفقه والقضاء في الدفاع الشرعي بمفهومه التقليدي ³⁴⁰.

وإذا كان هذا الشكل الدفاعي متجدد في بعض مظاهره، فإن جذوره تضرب في عمق التاريخ الانساني، ففي العهد الفرعوني كان يتم تفخيخ المقابر ضد اللصوص الذين يعمدون إلى سرقة محتوياتها من ذهب وحلي، إلا أن أولى القضايا لمثل هذا الشكل الدفاعي في ارتباطها بالقانون، لم تظهر إلا في بداية القرن العشرين، حيث كان استعمال هذه المعدات

³³⁶J. Pradel: "La défense automatique des biens", In Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat, A. Pedone, Paris, 1980, p 218

³³⁷D. Saint-Hilaire: J. C.L pénal, art 327 – 329, N°121

³³⁸ أحمد محمد مونس: التشريع الجنائي المقارن "القتل والجرح والضرب والدفاع الشرعي وجرائم الإجهاض في ضوء التشريعات الجنائية لدول مجلس التعاون الخليجي"، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013، ط. 1، ص 370

³³⁹J. Pradel: "La légitime défense automatique des biens", op.cit, p 217

³⁴⁰D. Saint-Hilaire: Faits justificatifs, J. Languier: Les limites de l'état de nécessité, RSC, 1982, p 765, J. Pradel: La défense automatique des biens, op.cit, p 217 - 238

محصورا على المالكين الميسورين، إلا أن تزايد ظاهرة العنف ضد الأموال والممتلكات، وتفاقم الشعور بالالام، جعل هذه التقنية أكثر شيوعا لدى المالكين، واستقرت عليها الممارسات الهادفة إلى تأمين وحماية الأموال من الاستيلاء والسرقات³⁴¹.

إن الإشكال المنار في هذا الخصوص، هو مدى مشروعية استعمال هذه الأجهزة في الدفاع عن الأموال، والتي بقيت محل تساؤل باعتبارها وسائل حديثة في تأمين الأموال، وفي ظل سياق تزايد وثيرة الاعتماد عليها، وذلك على ضوء المقاربة الفقهية، والمعالجة القضائية في ظل صمت المشرع؟

المحور الأول: المقاربة الفقهية للدفاع الآلي عن الأموال

مما لا جدال فيه، أن للمالك الحق في الحفاظ على أملاكه بأي طريق يشاء، واتخاذ كافة التدابير والوسائل الكفيلة بتحقيق تلك الغاية، شرط عدم ارتكابه أفعالا إجرامية معاقب عليها جنائيا ويصبح تحت طائلة العقاب، وباستقراء المواقف الفقهية بهذا الشأن نجدها قد انشقت إلى فريقين، فمعظم الكتابات الفقهية على قلتها تشهد على وجود فقه منقسم بين الرفض والقبول. أحدهما يضيف الشرعية على استعمال هذه الوسائل، ويعتبرها نوعا من الدفاع الشرعي بشرط تناسب الضرر اللاحق بالمعتدي مع الاعتداء الواقع عليه (الفقرة الثانية)، وفريق ينزع عنها هذا الطابع بعللة أنه كان بإمكان المدافع أن يتخذ كافة التدابير لحماية المصلحة التي وقع عليها الاعتداء دون اللجوء إلى الوسائل الآلية لحمايتها (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: اتجاه الرفض

لقد أظهر الفقه الجنائي في مجمله عداء تجاه قضايا الدفاع الآلي³⁴²، في ظل تردد وتحفظ الاجتهاد القضائي الفرنسي في قبوله الصريح لهذا النوع الدفاعي عن الأموال، وقد اتجه البعض الآخر إلى القول أنه متى تبين أن المالك قد أعد أو هيا جهازا قاتلا بطبيعته وذلك قصد الانتقام أو الثأر، أو كان يترصد لشخص معين، فإن سلوكه لا يدخل في إطار الدفاع المشروع ويسأل مسؤولية عمدية كاملة³⁴³.

كما ثار نقاش، حول ما إذا كان الغرض من الدفاع الآلي اعن الأموال بمفهومه التقليدي هو دفع العدوان الحال أو الوشيك الوقوع، لأن العدوان المحتمل لا يمكن مواجهته بالدفاع الشرعي نظرا لتواجد إمكانية اللجوء إلى السلطات العامة ولإمكانية اتخاذ التدابير الكفيلة بتجنبه، إلا أن خصوصية هذه الحالة الافتراضية فيما يخص الدفاع الآلي، تطرح تساؤلا عريضا حول مدى مشروعية الآلات التي تعمل تلقائيا عند بدء العدوان.

فالإصابات التي تحدثها الأجهزة التي تعمل ذاتيا وما على شاكلتها، تعتبر جرائم تتوافر فيها الأركان التي يتطلبها القانون في القتل والجرح، فالقصد الجنائي متوافر لدى المالك عندما يقصد إصابة من يريد الاعتداء على ماله سواء في

³⁴¹ نجاح سعيد حمشو: البحث الجنائي الفني في الجرائم المرتكبة بواسطة الأسلحة النارية، دمشق، 1982، ط 1، ص 31 - 38

D. Drevelle: Du besoin de sécurité a la doctrine de la sécurité, Mémoire pour obtenu Diplôme d'études approfondies d'Administration Publique de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et sociales d'Amiens, France, 1978, p 28 - 51

³⁴²D. de Vabres: Traité de droit criminel et de législation pénale comparé, Sirey, 1947, p 408, L. Jean - B. Claude: Rapport sur la règle " nul ne peut se faire justice soi-même " en droit Français, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XVIII, 1966, p 173-210

³⁴³L. Hugueney: RSC, 1954, p 545

حياته أو في سلامة جسمه، حيث يتخذ التجاوز في الدفاع الشرعي لأول وهلة الصورة الإجرامية للقتل المصحوب بسبق الإصرار وذلك في فرضية الدفاع الآلي عن الأموال³⁴⁴، وكذلك عندما يركب القاذف الآلي ويجهزه أو يقوم ببدء تشغيل التيار الكهربائي في السلك المحيط بمنزله، يكون قد أتى الركن المادي للجريمة بقصد القتل أو الجرح، فيكون الركن المعنوي متوافرا أيضا، وبالتالي وجود علاقة سببية بين فعل المالك والنتيجة الإجرامية المتمثلة في النتيجة التي قصدها الفاعل³⁴⁵.

اتجاه فقهي آخر يرى أن مفهوم الدفاع الشرعي يتنافى مع الدفاع الآلي، حيث إنه من أجل قيام حالة الدفاع الشرعي ينبغي أن يكون الاعتداء حالا، أما إذا كان محتمل الوقوع فيمكن اتخاذ كافة التدابير التي من شأنها المحافظة على المصلحة التي يحميها القانون، بشرط ألا تكون مهياة لإحداث الضرر بالمعتدي، لأن الدفاع الشرعي لا يفترض اللجوء إلى إحداث ضرر بالمعتدي إلا إذا لم يكن بالإمكان تجنب الضرر لدفع العدوان، كما أن فعل الشخص الذي سبب الضرر للمعتدي بواسطة الآلات والأدوات لا يمكن أن يقف عند حد صد العدوان ضد الأموال والممتلكات وحسب، بل يتعدى ذلك إلى إثبات وقوع الجريمة ومحاكمة الجاني³⁴⁶.

ويذهب بعض الباحثين في المجال الجنائي إلى القول بأن مسؤولية المالك ثابتة في مثل هذه الحالات، لعدم وجود أساس قانوني يمكن الاستناد إليه كسبب إباحة حتى يتسنى إسباغ الفعل بالشرعية والدفع بوجود حالة الدفاع الشرعي عن الأموال، وعدم إسناد أي خطأ له سواء كان عمديا أم غير عمدي، والقول بأن فعل المدافع كان في حدود استعمال الحق المشروع³⁴⁷، كما أن مكونات عملية الدفاع الشرعي غير متوافرة، لأن وقت وضع الجهاز الآلي لم يكن هناك خطر حال، إنما حدوثه قد يكون في المستقبل، كما أن فعل الدفاع يتطلب القيام به من الإنسان نفسه وأثناء زمن الاعتداء، حتى يستطيع من خلال وجوده في ذلك الموقف أن يقرر فيما إذا كانت هناك وسيلة أخرى غير النزوع إلى الجريمة، ليتجنب الخطر الداهم ويقدر أيضا ما يحتاجه من قوة لازمة لدفع الاعتداء³⁴⁸.

وفي تساؤل آخر هل يجوز الدفاع الشرعي عن طريق وسائل آلية إذا ما قتلت أو جرحت من يحاول الاعتداء؟

وكهذا نجد الفقيه E. Garçon³⁴⁹ يعتبر أنه حين وضع الآلة من أجل قتل أو جرح اللص، فإن الدفاع الشرعي لا يمكن أن يكون مقبولا لأن الفعل الدفاعي في هذه الحالة تعسفي بشكل كبير، بعلة عدم وجود تناسب واضح بين الضرر المتجنب والضرر المسبب. وفي نفس الاتجاه يذهب بعض الفقه المغربي³⁵⁰، إلى أن قبول هذا الشكل من الدفاع باعتباره حقا كاملا في تعزيز حماية الأموال والممتلكات مشروط بقيود صارمة، منها ضرورة أن يظل متحكما فيه لكي يكون متزنا ومتناسبا، لأن

³⁴⁴ بن القائد امبارك السعيد: المسؤولية الجنائية للمتجاوز في الدفاع الشرعي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1989 - 1990، ص 28

³⁴⁵ محمد مصطفى القللي: المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد، القاهرة، 1948، ص 344

³⁴⁶ محمد سامي النصاروي: شرح قانون العقوبات "لقانون العقوبات الليبي"، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، 1995، ط. 3، ص 173

³⁴⁷ أحمد محمد بونة: أسباب الإباحة وأسباب تخفيف العقاب "في القانونين الليبي والمغربي، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، 2010، ص 143

³⁴⁸ محمد مصطفى القللي: المسؤولية الجنائية، م.س، ص 346

³⁴⁹ E. Garçon: Code penal annoté "article 328 et 329", Recueil Sirey, Paris, 1952, p 11

³⁵⁰ جعفر علوي: المعين في شرح القانون الجنائي العام المغربي، م.س، ص 109

الحماية عبر الآلات ما هي إلا وسيلة لدرء خطر العدوان، وبالتالي يجب استعمالها بالقدر اللازم لدرء الخطر. وتحقيق غايات أخرى من قبيل السقوط في متهاترات العدالة الخاصة بشكل متطرف.

الفقرة الثانية: اتجاه المؤيدين

إن المالك الذي يضع الأجهزة الآلية بغاية حماية أمواله، لم يفعل ذلك إلا ترجمة واستعمالاً لحقه المشروع المتمثل في نصب أجهزة آلية دفاعية، ومن ثم فليس للغير أن يتضرر من تلك المشروعية³⁵¹. وفي هذا الإطار يذهب بعض الفقه إلى القول بشرعية نصب الوسائل الآلية لدفع الخطر المستقبلي لأنه يجب النظر إلى الخطر في اللحظة التي تعمل فيها الآلة ضد المعتدي، وعندئذ يكون الخطر محدقاً بمن أعد الوسيلة لدفع الاعتداء، وبالتالي يكون الدفاع عن الأموال بالوسائل الآلية، من قبيل لجوء صاحب الحق إلى أجهزة تعمل تلقائياً ضد كل من اقتحم حرمة ممتلكاته، فتصيبه بالأذى جراء محاولة الاعتداء على حق الغير، كأن يضع مالك آلة في خزائنه تنطلق منها النار على من يقتحمها.

ويذهب الفقيه الفرنسي R. Garraud³⁵²، أن المالك الذي يستعمل الفخاخ أو الأجهزة الآلية لحماية منزله، أو خزانه حديدية أو نحو ذلك ضد من ليس له الحق في الدخول أو الفتح أو التصرف أو غيرها من الأفعال في ملك الغير، لا يعتبر مرتكباً لآلية جريمة، شريطة توافر شرطين هما:

الأول: أن تقوم علاقة السببية بين القتل أو الجرح المرتكب وسلوك الاعتداء.

الثاني: عدم تجاوز حدود المشروعية.

وارتباطاً بالرأي المشار إليه، يجوز لصاحب الحق المعتدى عليه، أن يحتج بالدفاع الشرعي إذا توافرت شروطه، ومن أهمها ألا تعمل هذه الوسائل إلا إذا حل الخطر بالحق، وأن يكون الأذى الذي تحدثه داخلها في حدود الدفاع بمعنى تناسبه مع الخطر³⁵³.

واستناداً إلى الواقع العملي، فالمدافع الذي يقوم بفعل الدفاع عن أمواله باستعمال أجهزة آلية، سواء كان المالك أو من يقوم مقامه، فإن انطلاق المدفوع مثلاً ما هو إلا تنفيذ لإرادته التي شاءت ذلك، وإذا حدثت الإصابة وكانت متناسبة مع مقدار الخطر المطلوب دفعه، فهنا تغيب أهمية أن يكون المالك أو من يقوم مقامه هو الذي باشر فعل الدفاع بيده أو طريق الجهاز الآلي، بل ما ينبغي التأكيد عليه هو تمام النتيجة وحدث الردع بدفع الاعتداء³⁵⁴. وفي نفس الاتجاه يذهب بعض الفقه المصري³⁵⁵ إلى القول، أن الدفاع الآلي عن المال، ممكن إذا توافرت عناصر وشروط الدفاع الشرعي، وأساساً ضابط

³⁵¹ محمد نعيم فرحان: النظرية العامة لعذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي "دراسة تطبيقية لمبدأ المشروعية الجنائية في القانون المصري والمقارن"، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 470

³⁵² R. Garraud: de la notion de responsabilité morale et pénale, Bulletin de 1, union international de droit penal, T. 6, 1897, p 25, R. Merle et A. Vitu: Problèmes généraux de la science criminelle "Droit pénal général", T. 1, Cujas, 1997, 7 éd, p 313

³⁵³ عدلي خليل: جنح وجنایات الجرح والضرب "في ضوء الفقه والقضاء والطب الشرعي"، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 1996، ص 53-52

³⁵⁴ محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية، م.س، ص 346

³⁵⁵ محمود نجيب حسني: قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 22

التناسب وعدم تجاوز حدود الدفاع. غير أن الدفاع السليبي عن الأموال لا يثير نقاشا أو اختلافا كبيرا، ولا يرتب أي مسؤولية على المالك كقاعدة عامة، في حين أن الدفاع الإيجابي يتضمن حالات تختلف حسب الوسائل المستعملة³⁵⁶، ذلك أن هناك وسائل خطيرة يمكن أن تؤدي بحياة أي شخص أو أن تمس مسابغا بسلامته الجسدية.

هذا الأمر، الذي فسح المجال أكثر لإثارة تجاوز حدود الدفاع الشرعي في الدفاع الشرعي الآلي عن الأموال، من قبيل نصب كمين ناري، أو تعبئة بندقية برصاص قاتل ينطلق تلقائيا، أو كل وسيلة آلية، ففي مثل هذه الحالات يرفض الفقه الألماني³⁵⁷ مثل هذا الشكل من الدفاع، على أساس تجاوزه الحدود المسموح بها واختلال التوازن بين الوسيلة والغاية، وفي هذا الخصوص يتوجب نصب علامة منبهة تشير إلى وجود كمين ناري، بالإضافة إلى علامة خطر الموت من طرف الملاكين، وفي حالة عدم وجود مثل هذه التنبيهات والعلامات، فيترب عن عملية الدفاع جروح جسيمة أو وفاة، فيصبح تجاوز حدود الدفاع قائما³⁵⁸، مع استحضر بعض الظروف المحيطة بكل واقعة على حدة³⁵⁹، على اعتبار أن القبول المطلق للدفاع الشرعي عن الأموال وبكل السبل بما فيها الوسائل الآلية، سيهدم القيم الإنسانية العليا المتمثلة في سمو حياة الإنسان على غيرها من القيم.

لكن هذا لا يجب أن ينسنا بروز وصعود قيمة المال وراهنيته في عالم اليوم، مع وجود مفهوم "جسدي - نفسي" للقيم المالية يقتضي التعامل معها تشريعا وقضائيا بشكل يعطي معنى إيجابيا لكل القيم الإنسانية والمالية في إطار نوع من التوازن. كما أن هذه الوسائل الدفاعية لا تجيز استعمال هذه الآلات إلا عند حلول الخطر أي بدء الاعتداء وأن يكون الأذى الذي تحدثه داخلا في حدود الدفاع، وأن يوجه إلى مصدر الاعتداء، وإلا يكون صاحبه قد أساء استعمال حقه، ويرتب آثار المسؤولية في جانبه³⁶⁰.

إن الدفاع عن طريق الوسائل الآلية لدفع خطر مستقبل يعتبر دفاعا شرعيا، مادام الخطر قد حل لحظة رد الآلة تجاه من يقوم بالاعتداء، وفي تلك اللحظة يكون الخطر محققا بمن أوجد تلك الوسيلة لدرء خطر الاعتداء، إلا أنه ينبغي أن تكون الوسيلة المستخدمة متناسبة مع الضرر الذي يحدثه الاعتداء³⁶¹، غير أن المقصود بالتناسب في هذا النوع من الاعتداء لا يعني تطابق القوة والاعتداء في المقدار والنوع، بل بظروف كل حالة على حدة واستحضر الظروف والملابسات التي أدت إلى تصرف المدافع، دون الاكتفاء بالتفكير الهاديء المتزن الذي يصدر من الإنسان البعيد عن الموقف الذي حدث³⁶².

³⁵⁶ انظر ما تقدم بشأن موضوع الدفاع الآلي وعلى الخصوص السياق المحيط ببروز الدفاع الآلي للأموال كشكل عصري للدفاع

³⁵⁷ بن القائد امبارك السعيد: نظرية التجاوز في الدفاع الشرعي في القانون الجنائي المغربي، م.س، ص 143 - 144

³⁵⁸ انظر ما تم تناوله لاحقا ضمن هذه الأطروحة، خلال معالجة مدى صلاحية القواعد العامة لطالقات الدفاع الآلي للأموال من حيث الشروط والآثار

³⁵⁹ بن القائد امبارك السعيد: نظرية التجاوز في الدفاع الشرعي في القانون الجنائي المغربي، م.س، ص 145 - 146

³⁶⁰ عبد السلام بنحدو: الوجيز في القانون الجنائي المغربي "المقدمة والنظرية العامة: الجريمة - المجرم - العقوبة والتدبير الوقائي"، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2000، ط. 4، ص 162-163

³⁶¹ محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام "النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي"، مرجع سابق، ص 220

³⁶² K. Sassy: la légitime défense en droit pénal marocain a la lumière du droit musulman, Thèse pour le doctorat de droit, Université de Perpignan Via Domitia, Faculté Internationale de Droit Comparé des Etats Francophones, Perpignan, 2011 - 2012, p 126 - 127

إن ضرورة اعتبار المستجدات الحاصلة في الواقع العملي، وكذا التطورات الاجتماعية والاقتصادية وتساعد دور المال، ومن شأن التحفظ في الإقرار بشرعية هذا النوع من الدفاع، فتح المجال واسعا أمام المجرمين في السطو والاستيلاء على الأموال والممتلكات بشكل غير مشروع، وبالرغم من أن بعض الباحثين يقيد شرعية الإقرار بالدفاع الآلي، بعدم التضحية بالنفس في سبيل المحافظة على المال مهما بلغت قيمته³⁶³.

وفي رأينا، يجب التمييز بين الآلات التي تستعمل يدويا وبشكل يسمح لمستعملها بالتحكم فيها، وتلك التي يفقد مستعملها التحكم فيها بمجرد برمجةها، فالأولى يسري عليها حكم الأسلحة التقليدية، أما الثانية فتثير صعوبات جمة في اعتبارها حالة دفاع شرعي من عدمها، وتتجلى هذه الصعوبات في الجواب عن الأسئلة التالية:

هل كان بإمكان المالك اللجوء إلى وسيلة أخرى لرد العدوان؟ وهل الضرر الذي أحدثته الآلة الدفاعية يتناسب مع خطورة الاعتداء؟ وهل تم اتخاذ جميع التدابير التي تحذر من الخطر الذي يمكن أن يتعرض له المعتدي؟.

في تقديرنا نعتقد، أنه يجب الإقرار بمشروعية الدفاع الآلي عن الأموال، في ظل التغييرات التي يعرفها عالم الجريمة، وفي ظل تزايد وتيرة جرائم الاعتداء على الحقوق المالية، كما أن المشرع أبدى حرصه لتعزيز الحماية التي يوفرها القانون الجنائي للحقوق المالية، خصوصا ملكية المنقولات والعقارات على الرغم من استفادته من الحماية التي توفرها له مختلف الفروع القانونية الأخرى³⁶⁴، ولهذا يمكن القول أن سياسة المشرع في تجريم الاعتداء على الأموال سياسة تهدف إلى سد الثغرات القانونية³⁶⁵، والتي تتجسد أهم تجلياتها في الاعتراف بشرعية الدفاع الآلي عن الأموال، ضمن مدونة القانون الجنائي، ليتسنى تطبيق مقتضياتها قضائيا على الحالات المعروضة عليه.

المحور الثاني: المعالجة القضائية لقضايا الدفاع الآلي عن الأموال

إن تناول الحلول القضائية بشأن الدفاع الشرعي للأموال يعطي للموضوع بعدا عمليا للإشكالات التي يفرزها الواقع، وعموما فإن موقف القضاء منقسم إلى اتجاهين فيما يخص الدفاع الآلي³⁶⁶. فمنذ ظهور أولى القضايا التي تهتم الدفاع عن طريق المعدات الآلية بدأ الاجتهاد القضائي منقسما حول قبول هذا الشكل من الدفاع من عدمه. حيث أصبح يثير نقاشا في الوقت الحاضر بالنظر للإشكالات المتفرعة عنه كنوع جديد من أشكال الدفاع (الفقرة الثالثة)، فاتجاه يرفض هذا النوع من الدفاع، ويقضي بإدانة المالك إما بناء على خطأ عمدي إذا كان الأذى قد ألحق ضررا بدنيا أو بناء على خطأ غير عمدي في حالة إذا تحققت الوفاة، (الفقرة الأولى)، واتجاه يرفض هذا النوع من الدفاع، ويقضي بإدانة المالك إما بناء على خطأ عمدي كلما كان الأذى المتحقق متمثلا في مجرد الضرب والجرح، أو بناء على خطأ غير عمدي إذا تحققت الوفاة كنتيجة للدفاع الآلي وقد فسر هذا الوضع بسعي القضاء إلى عقاب معتدل (الفقرة الثانية).

³⁶³ الجمالي محمد: الدفاع الشرعي في القانون الجنائي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 1985، ص 177

³⁶⁴ إدريس طارق السباعي: جرائم الأموال في ظل التشريعين المغربي والإماراتي، مطبعة الرسالة، الرباط، 2007، ص 83-93

³⁶⁵ عادل عبد إبراهيم العاني: جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات "السرقعة - الاحتيال - اساءة الائتمان"، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 10 - 11

³⁶⁶D. de Vabres: Traité de droit criminel et de législation pénale comparé, Sirey, 1947, p 408

الفقرة الأولى: الاتجاه المؤيد

يؤسس هذا الاتجاه على أنه لا يوجد ما يمنع من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لدرء الاعتداء عن طريق وسائل الدفاع الآلية ضد جرائم الأموال، ما دامت لا تعمل إلا إذا وقع من الجاني فعل يعد جريمة، لأن العبرة في قيام حق الدفاع تحدد بهذه اللحظة، ويشترط أن يكون الضرر المترتب عن فعل الدفاع متناسبا مع خطر العدوان، وإلا اعتبر المالك متجاوزا لحدود الدفاع الشرعي³⁶⁷. ويحكم بالبراءة تأسيسا عليه مع إضفاء الصفة العمدية على الأذى المتحقق من آلة المالك، لأن الدفاع الشرعي فكرة لا تستقيم إلا مع وصف العمد للنتيجة المتحققة.

كما أن الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي، بشأن الدفاع عن الأموال باستخدام الأجهزة الآلية والشراك الخادعة، يمكن تناولها حسب التطور التاريخي الحديث نسبيا، حيث يتضح مدى تبرير فعل القتل أو الجرح أو الضرب الذي تحدثه الوسائل الدفاعية، واعتبارها تدخل ضمن إطار ممارسة الدفاع الشرعي دون تجاوز حدوده.

لقد تضمنت الأحكام الصادرة قبل سنة 1959م بوجه عام تبرير الأفعال القتل أو الجرح المتأتية من ممارسة حق الدفاع الشرعي دون تقرير التجاوز لحدود ذلك الحق.

ومنها الحكم الصادر بتاريخ 25 مارس 1902م³⁶⁸ بفرنسا، حيث تتخلص وقائع الحادث في كون أحد المالك يحتفظ داخل حديقة منزله بحديقة صغيرة بها بعض الأسماك النادرة، وخشية سرقتها، وضع داخل تلك البحيرة أجهزة قابلة للانفجار بمجرد لمسها دون أن ينتج عنها ضرر، غير أن اللصوص قد علموا بذلك فسخروا من المالك وأرسلوا له خطابات تتضمن معنى التحدي، تظهر نية وإصرارا على فعل السرقة، مما جعل المالك يصعد هو الآخر من جانبه، فقرر وضع جهاز ناري ينتج عنه الموت أو الجروح البالغة عند وقوع الاعتداء أو خطره الحقيقي، وعزم أحد اللصوص سرقة الحديقة ليلا واقتراه من حوض السمك الموجود بحديقة منزلهونجم عنه اقتحام الدخيل انفجار الجهاز وتحطم ساقه اليمنى، فتقدم "اللس" المصاب بدعوى مدنية قصد المطالبة بالتعويض عن ما أصابه من ضرر، وقد رفضت المحكمة دفع المدعى عليه (المدافع) الذي تمسك بوجود حالة الدفاع الشرعي وحكمت عليه بالتعويض المالي، غير أن محكمة الاستئناف Dijon بفرنسا ألغت الحكم³⁶⁹، وأخذت في اعتبارها دفع المدافع بممارسة حق الدفاع الشرعي، ومن أهم الحثيات الواردة في هذا الحكم ما يلي: حيث إن المقتضيات الواردة في الف. 329 ق.ج.ف تعد قرينة قانونية مهمة، لأن التسلق لحائط منزل مسكون أو توابعه أثناء الليل، يتحقق معه الاعتداء أو خطره الحقيقي فيلزم لمن يتهدده ذلك الاعتداء أن يدفعه بالوسيلة المتيسرة له في تلك اللحظة، كما أن عبارات هذه المادة تطبق ليس على الحالة التي يثبت أن فعل التسلق قد بدأ وإنما أيضا على تلك الحالة التي يكون فيها التسلق قد تم، وأن خطر الاعتداء أصبح أكثر تهديدا.

وحيث إنه لا يمكن أن ينسب خطأ ما، لشخص المدافع الذي انتهكت حرمة مسكنه في ظروف تشكل خطورة لأمنه، ومن ثم ليس من الواجب عليه أن ينتظر حدوث أفعال إجرامية جديدة تعد أكثر جسامة من التسلق خلال الليل.

³⁶⁷ محمد سامي النصاروي: شرح قانون العقوبات "لقانون العقوبات الليبي"، م.س، ص 391

³⁶⁸ Req. 25 mars 1902, S. 1903.1.5, note Lyon-Caen

³⁶⁹ محمد نعيم فرحات: النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، م.س، ص 479

وحيث إن المالك لم يكن بوسعه التأكد بشكل تام من وسائل اللص المعتدي التي يستخدمها في اتمام غرضه غير المشروع، مما يؤشر على عدم تجاوز حدود دفاع المالك، وخصوصا لتزامنه مع ظرف الليل الذي بطبيعته يمنع تقدير وملاحظة ظروف الاعتداء.

وحيث أنه قد تقرر للمالك حق الدفاع الشرعي، وبالتالي لا يهمننا كثيرا أن نبحث في مدى تدخله شخصيا في الوسائل المستعملة لرد الاعتداء الحقيقي أو خطره، فيستوي له أن يحمي نفسه أو ماله بوضع جهاز يعمل بشكل آلي، ما كان له الحق أن يفعله هو بيده.

غير أن ما يمكن ملاحظته بهذا الخصوص هو أن وضع الجهاز قد تم بشكل مسبق، وليس في لحظة التسلق، بغرض وقف الاعتداء أو خطر وشيك الوقوع، خاصة أن المالك لم يكن قد حذر بإعلان سابق عن وجود أجهزة الدفاع وخطورتها، لكن رغم ذلك فقد أبدى بعض الفقه الفرنسي³⁷⁰ إعجابا كبيرا بحيثيات هذا الحكم، واعتبر السادة "القضاة" هم المدافعين الحقيقيين عن المجتمع، وامتلاكهم ناصية المعرفة التامة بهذا الخصوص.

وهناك قرارات أخرى قبلت الدفاع الشرعي عن طريق الوسائل الآلية، منها حكم محكمة الاستئناف Amiens الصادر في 23 فبراير 1965 م³⁷¹، والذي يؤيد استعمال الوسائل الآلية في الدفاع عن الممتلكات العائدة للأفراد، حيث اتهم أحد الملاك بإحداث جروح مع سبق الإصرار والترصد وحمل السلاح، لأن منزله سبق أن سرق عدة مرات، إلى جانب تعدد أفعال السرقات بنفس الحي الذي يسكنه، وبعد إخبار جهاز الشرطة بهذه الوقائع، قام بوضع جهاز آلي في ركن داخل إحدى حجرات منزله ينطلق منه الرصاص فور وقوع الاعتداء، وحدث أن دخل شاب لم يتجاوز عمره 15 سنة ليلا محاولا السرقة فانفجر الجهاز المثبت وأصيب على إثره بطلق ناري في ساقه، وسبق له أن ارتكب أفعال سرقة سابقة بنفس الحي.

غير أن المحكمة قضت ببراءة المالك، واعتبرت أنه قام بممارسة حق الدفاع الشرعي عن مسكنه بعد أن نشأت له ضرورة حالة، وأن رد فعله الدفاعي كان متناسبا وأفعال الاعتداء، ومن ثم فالدفاع قائم وليس هناك أي تجاوز لحدوده³⁷².

وهكذا نجد أن القضاء الفرنسي منذ البدايات الأولى لبروز هذا الشكل الدفاعي المستحدث، قد أبدى جرأة كبيرة في معالجة الإشكالات المتفرعة عن هذا الموضوع، تمثلت في العناية الفائقة التي عامل بها القضاء الملاكين الذين يستعملون هذا النوع من الدفاع، وفي البدايات كانت النيابة العامة غالبا ما تحفظ هذه القضايا، لأن الضحايا غالبا ما كانوا يصنفون من بين اللصوص الخطيرين، وبالفعل فإن القضاة برأوا المتهمين "المدافعين" اعتمادا على الف. 329 ق.ج.ف.ق، الذي يجعل من الحق في الملكية حقا مطلقا³⁷³. وفي قرار 1902 م اعتمد على الفصل 329 من ق.ج.ف.ل 1810 م³⁷⁴،

³⁷⁰ P.Bouzat: op.cit, p159

³⁷¹ Les exemples sont rares: Tri. CAAmiens 23 Fevrier 1965, RSC, 1965, p 421, RSC, 1965, p 421

³⁷²Huguenev Louis: RSC, 1965, p 421

³⁷³J. Pradel: la defense automatique des biens, op.cit, p 217

³⁷⁴L'affaire Jeufosse C d'assises d'Evreux, 18 décembre 1857, Journal des débats 19 et 20 Décembre 1857, France, V. aussi, Journal de Toulouse, N° 349, 18 Décembre 1857

وكذلك قضية 29 مارس 1900م، وقرارات غرفة الجنايات لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 مارس 1904م، أسست لاجتهاد قضائي رائد³⁷⁵، وتتلخص هذه القضية في أن مالكا كان ضحية سرقة حقول السمك التابعة له لمرات متعددة ومتكررة، فوضع فخاخ في محميته غير أنه لاحظ عدم فعاليتها، خصوصا الات التسلات الليلية غير المبررة والتي لا تستند لمقتضى قانوني عام أو خاص، فرد فعل، فعوض التدخل الشخصي لدفع الاعتداء، فالمدافع بحث عن حماية ممتلكاته عن طريق استخدام آلة تعمل آليا لتقوم بما له الحق في القيام به يدويا، وهو نفس التوجه الذي أرسته محكمة Liège ببلجيكا في قرارها المؤرخ في 21 نونبر 1929م³⁷⁶.

بالنسبة للقضاء أسس لمبدأ عدم أهمية أجهزة الدفاع الآلية، بل الأساس الذي اعتمد هو سبب وضع هذه الأجهزة، أي وضعية الاعتداء التي دفعت الفرد للرد، بالنسبة لبعض المعلقين على مثل هذه القرارات انتقدوا بشدة القرار واعتبروه مواقف قضائية راديكالية، ومنهم D. -de- Vabre الذي اعتبر مثل هذه القرارات غير مقبولة³⁷⁷.

النقطة المركزية لهذا الإشكال تكمن في معرفة إلى أي مدى يمكن أن يذهب المالك في حماية مسكنه: هل يمكن أن يفعل ما يريد في منطقته؟

لقد أسس الاجتهاد القضائي لمبدأ شرعية الدفاع بالوسائل الآلية عن الأموال، وفقا لضوابط صارمة منها عنصر التناسب بين عمليتي الدفاع ضد الاعتداء مع مراعاة الظروف الخاصة للهجوم³⁷⁸.

الفقرة الثانية: الاتجاه الرافض

من أهم الأحكام الصادرة في هذا الشأن والمصنفة في خانة رفض استعمال الوسائل الآلية في الدفاع، نجد حكم محكمة Aix-En- Provence "الغرفة الجنحية" الصادر في 21 أبريل 1969م³⁷⁹، حيث وضع أحد مالكي محل تجاري خلف إحدى النوافذ المحكمة الإغلاق مدفعا آليا مملوءا بالطلقات النارية، وقد أعلن للمارة عن وجود المدفع داخل المسكن، قاصدا بذلك تحذير اللصوص من سرقة المكان، وكان الجهاز يعمل آليا، فبمجرد اللمس البسيط يحدث إطلاق العيار الناري، وذات مساء مر أحد الأشخاص حسني النية، فلمست يده السلاح الناري فأصيب بطلقة نارية فقتل على الفور، فأصدرت المحكمة قرارها بإدانة المالك بارتكاب جنحة القتل الخطأ، دون قبول الدفع الذي تمسك به المتهم من ممارسة حقه في الدفاع الشرعي،

³⁷⁵Dijon 21 mars 1900, D. 1901.2.475, qui infirma une decision du Tribunal civil saisi de l'action en dommage et interest intentée par le voleur et qui avait condamné le propriétaire en rejetant le fait justificatif de légitime defense, arret du 25 mars 1902, S.1903.1.1, D. 1902.1.356

³⁷⁶ Jurisprudence belge, Cour de Cassation, p195 – 199

<https://www.law.kuleuven.be/lib/plone/tijdschriften/cassatie/1905/1.pdf>

Mise – a – jour le: 9 – 8 - 2018

³⁷⁷ R. Payen: De l'emploi d'engins automatiques pour la défense des proprietes et de la responsabilité pénale, Paris, 1905, p 233

³⁷⁸Cour de Cassation, arretRéminiac, crim. 19 Février 1959, D. 1959, p 161, RSC, 1959, p 839, Cassation Criminelle, 19 Mai 1904, France

³⁷⁹Tribunal correctionnel, Aix –en- Provence, France, 6 Octobre 1969, RSC, 1970, p 851, et RSC, 1970, p 375

غير أن ما يعاب على هذا الحكم اقتناع المحكمة بتحقيق الجريمة غير العمدية، دون نقاش مدى توافر عناصر وشروط الدفاع الشرعي لتحديد بعد ذلك مسؤولية المتهم على الوجه الصحيح³⁸⁰.

كما نشير أيضا في هذا الإطار أيضا لحكم محكمة Toulouse "الغرفة الجنحية" بفرنسا الصادر بتاريخ 8 أكتوبر 1969م³⁸¹، والتي تتلخص في امتلاك أحد الأشخاص لحظيرة طيور داخل منزله، تعرضت لسرقات متعددة فقرر وضع حد للسرقات المستقبلية المحتملة، من خلال وضع سلاح ناري عبارة عن بندقيتين بداخلهما أعيرة نارية، ووجهها ناحية باب دخول الحظيرة، إذ تطلق النار بمجرد فتح الباب عن طريق استخدام جهاز خاص في ذلك، وقد حدث أن دخلت سيدة بمعية شخصين بقصد سرقة بعض الطيور، وعندما بدأ بفتح الباب اشتغل الجهاز مطلقا عيارا ناريا فأصابها بجراح. فقدم المالك للمحاكمة، لتتم إدانته بجريمة الضرب والجرح العمدي، ورفضت المحكمة تمسك المدافع بالقرينة الواردة في الفصل 329 القانون الجنائي الفرنسي، معللة حكمها بكون المالك لم يعمل على التنبيه عن طريق اعلان واضح بوجود جهاز خطير بمسكنه، وكذا ترك الباب الخارجي لمسكنه مفتوحا.

وكما نجد أيضا حكم محكمة جنح Reins الصادر في 9 نونبر 1978م³⁸²، ومن بين ما ورد في الحكم، أنه ثبت للمحكمة أن مسكن المدافع قد تعرض للسرقعة عدة مرات ما بين 1966م و 1976م، وأنه تقدم بشكاوى مسجلة لدى الشرطة، غير أن مرتكبي هذه السرقات لم يتم التعرف عليهم، وفي مستهل سنة 1975م اضطر لاتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية مسكنه من الاعتداءات المتكررة، مما اضطره إلى نصب جهاز مذياع مفخخ "ترانزستور" بحيث إذا حرك من مكانه يحدث الانفجار بعد تسعين ثانية، وعلى هذا الأساس اعتقد المدافع أنه لم يرتكب أي خطأ من جانبه، لأنه اعتقد أن المادة المحشوة بقلب المذياع لن تحدث القتل أو الجرح الشديد، إلى جانب إخفاء جهاز المذياع، مع وضع لوحة داخل ملكيته ومكتوبة بشكل واضح وصريح متضمنة ممنوع الدخول - خطر الموت، كما صرح بعدم توقعه حدوث نتيجة القتل التي أحدثها الجهاز لأحد اللصين، والجروح البالغة لأحدهما الآخر.

لقد سبق لقرار قضائي في 23 فبراير 1985م³⁸³، أن ناقش هذا الإشكال في القضية التالية "مالك كان ضحية محاولة سرقة سابقة، فثبت في منزله مخلعة وضع عليها بندقية صيد مملوءة بالرصاص، فدخل طفل يبلغ خمسة عشرة سنة ليلا عبر سلاليم المنزل فجرح في ركبته، فرفع الأمر للقضاء ليقر بعدم تناسب بين رد الفعل الدفاعي والمصالح المحمية.

الفقرة الثالثة: تقدير العمل القضائي

إن الملاحظة الأساسية التي يجب الإشارة إليها هو غياب أحكام قضائية رائدة ومؤسسة في هذا الاتجاه من طرف القضاء المغربي بشأن الدفاع الآلي للأموال، أما فيما يخص دراسة القرارات القضائية المقارنة المتعلقة بالدفاع العنيف عن

³⁸⁰Trib. Corr. Aix, 21 avril 1969, Gaz. Pal. 1969-II, 159, RSC, 1970, p 97, Legal, RSC, 1970, p 374

³⁸¹Cour d'appel de Toulouse, France, 15 Novembre 1979 Tribunal Corr. Toulouse 8 octobre 1969, RSC, 1970, p 851, V. RSC, 1977, p 334, 15 Octobre 1980, B. N° 261

³⁸²P. Bouzat, JCP, 1979, 19046 II

³⁸³RSC, 1965, p 421

طريق المعدات الأتوماتيكية، فإنها تسمح بالحديث عن شرطين مفروضين على مستعملي المعدات الأتوماتيكية بغرض تجنب أكبر قدر ممكن من الانزلاقات المتكررة نتيجة أتوماتيكية الرد.

فالشرط الأول: الموضوع من طرف القضاة يهتم بالخصوص الإعلام والإخبار بوجود فسخ ناري³⁸⁴، فمستعملي هذه الفخاخ يجب عليهم أن يثبتوا في عين المكان إشارات واضحة من قبيل لوحات أو كتابات تشير إلى وجود فسخ، وهذا الشرط يسمح بمعرفة الحالة الذهنية للشخص الذي يثبت الآلة الدفاعية، حول ما إذا كان يقصد عمدا جرح اللص المحتمل أم لا، لأن عدم التحذير من وجود آليات أو معدات تبرر النية المبيتة المتمثلة في الرغبة الحقيقية لإصابة الهدف، أو على العكس من ذلك يتعلق الأمر بإنسان مسؤول وواع بالانزلاقات الممكنة، وهو ما يتوضح جليا من خلال أخذ الاحتياطات اللازمة.

أما الشرط الثاني: الذي وضع من طرف القضاة هو أخذ تصريح من البلديات على غرار التصريح الإلزامي المفروض على مالكي الكلاب الخطيرة³⁸⁵.

وفيما يخص وظيفة الفخ والغاية منه وظروف استعماله من طرف الخواص، نجد القضاة يبحثون في ما إذا كان الاستعمال يتطابق مع إرشادات المصنع، وفي حالة ما إذا كان الاستعمال غير متطابق مع إرشادات الاستعمال فإن الخطأ غالبا ما ينسب للشخص الذي قام بتثبيت الجهاز، وفي أغلب الأحيان يكيف فعله خطأ نتيجة عدم الانتباه أو الإهمال³⁸⁶، ولذلك فإن احترام مختلف هذه الشروط يعتبر ضرورة حتى في حالة انتفاء أي خطأ، خصوصا وأن مثبت الآلة لا يكون تحت أي ضغط ويتصرف بهدوء وفي كامل قواه وغير خاضع لأي حالة ضغط أو استعجال حيث مشاعر الخوف والقلق تسود وتؤثر على العقل وفعاليتها³⁸⁷.

وهكذا نجد أن القضاء الفرنسي، يتشدد في التأكد من وجود مبرر لاستعمال الدفاع الآلي، كما يوجب على مستعمليه أن يتخذوا الاحتياطات اللازمة لعدم إصابة غير المعتدي، وضمان ما أمكن أن لا تصيب آتته إلا المعتدي حتى يبقى هذا الشكل من الدفاع في نطاق الدفاع الشرعي³⁸⁸، وفي حالة عدم احترام هذه الاحتياطات المطلوبة، فإن المستعمل يدان أو على الأقل "يلام" بعدم الانتباه والإهمال، مما يؤسس لتكليف فعله على أنه جنائية أو جنحة غير إرادية مما يحرمه من

³⁸⁴ D .Guy: légitime défense et auto-défense, RPN, N° 109, 1979, p 17 – 25, P. CHairoff: le guide de la légitime defense: protégez-vous, protégez vos biens, op.cit, p 149

³⁸⁵ Cass.Crim., N° de pourvoi: 78-92653, du 15 octobre 1980, Publié au bulletin, N° 261

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007061411>

Mise – a – jour le: 17 – 04 - 2018

³⁸⁶Trib. Corr. Aix-en-Provence, 21 avril 1969, GP 1969.2.159, Cass. Crim. , du mardi 18 janvier 1977, N° de pourvoi: 76-91125 Publié au bulletin N° 21

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007062695>

Mise – a – jour le: 13 – 04 - 2018

³⁸⁷J. Pradel: "la défense automatique des biens", op.cit, p 228

³⁸⁸ عبد السلام بنحدو: الوجيز في القانون الجنائي المغربي "المقدمة والنظرية العامة – الجريمة – المجرم – العقوبة والتدبير الوقائي"، م.س،

الدفاع الشرعي³⁸⁹، فالقضاة الذين يقدرّون وجود إهمال أو تهاون متعمد، فإنهم لا يمتنعون المتهم بأي مبرر شرعي وبكيف فعله بأنه فعل غير إرادي، وبدراستنا لبعض القرارات في هذا الشأن تبين لنا أنه في بعض الحالات الإهمال يؤدي إلى تكييف غير عمدي وفي حالات أخرى كيف بأنه جريمة أو جنحة عمدية³⁹⁰.

وفي رأينا، لا بد من التمييز بين آلات الدفاع الأتوماتيكية التي تستعمل يدويا وبشكل يسمح لمستعملها التحكم فيها، فهذه الآلات لا تطرح أي إشكال ويسري عليها حكم الأسلحة التقليدية، وبين الآلات الأتوماتيكية التي يتم إعدادها بشكل مسبق من أجل مواجهة الاعتداء المستقبل، والتي يفقد مستعملها التحكم فيها بمجرد برمجتها، كمن يضع سلاحا ناريا في خزانة من شأنه إطلاق النار على من يقوم بفتحها، فهذه الآلات تثير صعوبات في اعتبارها حالة للدفاع الشرعي من عدمها. ولا يمكن لهذه الصعوبات أن تنجلي إلا بالجواب على التساؤلات التالية.

هل كان بالإمكان اللجوء إلى وسيلة أخرى لدرء الاعتداء؟، وهل الضرر الذي أحدثه الدفاع الأتوماتيكي يتناسب مع خطورة الاعتداء؟، ثم هل تم اتخاذ جميع التدابير التي تحذر من الخطر الذي يمكن أن يتعرض له المعتدي؟

وبالرجع إلى توجه القضاة في هذا الموضوع فإنه في حالة وفاة الذخيل المعتدي، فإن القضاة غالبا ما يكتفون الفعل بأنه غير عمدي بهدف عدم ترك الإهمال بدون عقاب، وهذا الإهمال أيضا له نتائج خطيرة³⁹¹، حيث نجد قضاة محكمة النقض الفرنسية يتعاملون بحساسية مفرطة مع الممتلكات المسروقة التي يعثر عليها بحوزة المتهم، والتي تؤدي إلى إدانة المتهم بعقوبات ثقيلة، بينما لا يتعلق الأمر سوى بعدم الانتباه. غير أنه لا يمكننا الحديث عن مبدأ ثابت فيما يتعلق بهذا الموضوع، فقرار 9 نونبر 1978 م³⁹²، بين تراجع الاجتهاد القضائي وتبني مقابل ذلك تكييف الفعل على أنه قتل وجرح عمديان، فما المعيار المستعمل في تبني هذا التكييف؟

يبدو أن القضاة يعيرون كثيرا من الاهتمام لسلوكات المتهم، كما يبحثون في وقائع التوازل المعروضة على أنظارهم، ويدققون فيما إذا كان تثبيت الفخ حركته إرادة ورغبة في القتل والجرح، أم أن الأمر يتعلق بعدم الانتباه فقط، وهكذا في قضية Legras ل 9 نونبر 1978 م³⁹³ جاء ما يلي:

إن صناعة وتثبيت الفخ يشكلان قرينة خطيرة على أن الفعل عمدي، ويتضمن إرادة متعمدة سواء للقتل أو على الأقل الجرح.

³⁸⁹ArretCousinet 16 Février 1967, RSC, 1967, p 659 et 854, Cass. Crim. du jeudi 16 février 1967 N° de pourvoi: 66-92071Publié au bulletin N° 70

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007058652>

Mise – a – jour le: 14 – 04 - 2016

J. Pradel – A. Varinard: Les grands arrêts du droit pénal général, Dalloz, 2001, p 22

³⁹⁰Tribunal Corr. Aix-en- Provence 21 avril 1969, RSC, 1970, 97, Tribunal Corr. Toulouse 8 octobre 1969, RSC, 1970, p 851

³⁹¹J. Pradel: "la défense automatique des biens", op.cit, p 222

³⁹² Affaire M. legras, CHambre criminelle, 9 Novembre 1978, Troyes, France, publié au RSC, 1979, p 329

³⁹³Affaire M. legras, op.cit, p 329

ومهما كان المعيار المستعمل من طرف القضاة فإن الفقه وجه انتقادات لادعة تتركز خصوصا على عدم توافق الدفاع الشرعي مع الجرائم غير العمدية، كما أن أسئلة كثيرة تثار أيضا فيما يتعلق بالجرح غير العمدي فهل تعتبر هذه الأفعال كجرح عمدية أو غير عمدية؟

وفي هذا الإطار نجد جل الباحثين في هذا المجال³⁹⁴، اعتبروا أن مسؤولية شخص عن ورشة بناء أو مبنى معرض للخطر مماثلة لمسؤولية المالك الذي يستعمل الفخاخ، ففي الحالة الأولى فإن جريمة القتل أو الجرح غير العمديين، لا يمكنها أن تثبت إلا في حالة ما إذا لم يعمد المالك إلى الأخذ بمحاذير لازمة واحتياطات ضرورية، من أجل تجنب كل حادث أو لم يعمل على تسييج الورشة، وفي حالة ما إذا أخذت كل هذه الاحتياطات فإنها تنفي مسؤولية المالك، لأن الذي يقتحم ويتسلل لهذه الأمكنة بالرغم من التحذيرات والمخاطر عليه أن يتحمل مسؤولية مخاطرته، ونفس المنطق يسري بشأن المساكن التي تتعرض لانتهاكات غير مشروعة من طرف دخلاء يضمرون نية إجرامية. فالمالك له الحق في منع دخول أي كان وضمن عدم الاعتداء على منزله³⁹⁵، بالنسبة لفقهاء آخرون فإن تكييف الجرح غير عمد غير مطروح، لأنه من يثبت الفخاخ الأتوماتيكية فهم يخاطرون إراديا بإمكانية القتل أو الجرح³⁹⁶.

والملاحظ أن الدفاع الآلي عرف تغيرات مختلفة حسب الزمان، ففي البدايات الأولى الدفاع الشرعي عن طريق الآلات الأتوماتيكية كان مقبولا سواء أخذت الاحتياطات أم لم تأخذ، حيث لم تكن تشكل معيارا أساسيا في تقدير الوضع، وفي حقبة لاحقة أصبح هذا النوع من الدفاع مرفوضا بالرغم من أخذ كل الاحتياطات³⁹⁷. وهكذا نجد أن قضية Legras³⁹⁸، فتحت المجال أمام مرحلة ثالثة جعلت من أخذ الاحتياطات اللازمة في عملية الدفاع الآلي معيارا أساسيا لقبول الدفاع: فوجود الدفاع الشرعي من عدمه يرتبط أساسا بقبول أو رفض الدفاع الشرعي عن طريق المعدات الأتوماتيكية، وإن تقدير شرعيته يتعلق بكل حالة على حدة.

وعليه فإن الفقه والقضاء ارتكزوا أساسا في قبول الدفاع الشرعي عن طريق المعدات الآلية، على العناية والحذر المبذولين من طرف المثبت المدافع، كما أن بعض الفقه ذهب إلى حد اعتبار المتطفل أو بالأحرى المتدخل وحده المسؤول عن الجرح أو القتل، والمسؤول عن أي شيء قد يحدث له. فمن يقدم على المخاطرة باقتحام ممتلكات الغير، المحمية بأجهزة تصنف خطيرة إلى حد ما³⁹⁹، عليه أن يقبل نتائج أفعاله ومغامراته، كما أن الجدل المتعلق بالحماية عن طريق الوسائل الآلية

³⁹⁴P. Lamau :La place de la victime dans le procès pénal, Mémoire du Master en Droit pénal et sciences pénales, l'Université Panthéon-AssasParis-II, 2009-2010, p 74-76

³⁹⁵L. Lambert: Droit pénal spécial appliqué à l'information, Éd. Lyon, J. Desvigne, 1952, p 131, R. Payen: De l'emploi d'engins automatiques pour la défense des propriétés, Paris, 1905, p 67

³⁹⁶E. Lepointe: lediagnostic judiciaire des faits justificatifs, RSC, 1969

³⁹⁷21avril 1969, Trib. Corr. Aix-en-Provence, GP 1969.2.159: le propriétaire d'un cabanon avait installé derrière un volet un canon avertisseur chargé de poudre ainsi qu'une inscription sur le volet prévenant de la présence d'un piège à feu, un étranger tentant d'ouvrir le volet reçu la décharge en plein cœur., V. 8 Octobre 1969, RSC, 1970, p 851

³⁹⁸Cour d'appel Troyes, chambre criminelle, affaire M. Legras, 20 Novembre 1982, France

³⁹⁹G. Denis: légitime défense et auto-défense, GP, T. 1, 1979, p 74 - 80

مستمر إلى اليوم، صمت المشرع في سياق كهذا أمر غير مفهوم وغريب في الآن نفسه، خصوصا وأن فرصة إنهاء الجدل، وإقصاء كل الشكوك حول الموضوع قد أتيحت له غداة إعداد مشروع المدونة الجنائية الجديدة.

خاتمة:

وهكذا يتضح أن التدوين الحالي لمبدأ الدفاع الشرعي عن الأموال، لا ينص بشكل صريح على أسلوب الدفاع الآلي عن الأموال، ويتجسد هذا الأمر من خلال وجود فراغ تشريعي على مستوى النص القانوني المؤطر لمبدأ الدفاع الشرعي عن الأموال، الذي يعتبر من القضايا التي لا زالت في طور التطور، ولم تتبلور بشأنها مبادئ قضائية مؤسسية من طرف القضاء عموما المغربي على الخصوص، كما يعتبر هذا الشكل الدفاعي من المواضيع التي لم تحظى بنقاش فقهي معمق، باستثناء وجود إشارات عابرة، وهو ما يؤشر على تعاظم الإشكالات المتعلقة بهذا الأسلوب الدفاعي المستحدث سيما في ظل إقبال المالكين على استعمال التقنيات الآلية الحديثة لتأمين أموالهم من الاعتداءات الإجرامية التي تطالها، كما يشكل هذا الأسلوب أحد تجليات التطورات التكنولوجية وعلاقتها بالمال والقانون الجنائي، وعدم صلاحية المقتضيات القانونية الكلاسيكية في معالجة حالات الدفاع الآلي، والتي تتطلب تدخلا تشريعا لتأطير هذه الممارسات الدفاعية وإمداد القضاء بألية قانونية لضبط استعمال الوسائل الآلية في الدفاع عن المال. مما يتوجب معه تدخل المشرع في تأطير الدفاع الآلي عن الأموال ضمن مدونة القانون الجنائي، خضوعا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والإجراءات الجنائية الواجبة التطبيق، متى ثارت واقعة الدفاع الآلي عن الأموال، ومعالجة آثارها المختلفة فيما يخص أطراف الخصومة الجنائية والمدنية

العمل لأجل المنفعة العامة كعقوبة بديلة

في ضوء مشروع القانون الجنائي

دكتوراه في القانون الخاص

دكتوراه في القانون الخاص

مشروع القانون الجنائي، يعد في جزء كبير منه رائد في تبني سياسة جنائية حديثة زاوجت بين الخصوصية المغربية والانفتاح على التجارب المقارنة، وذلك من خلال إدراج العقوبات البديلة في مشروع القانون الجنائي، وفي هذا الصدد فإن القيمة العقابية والإصلاحية التي تتمتع بها العقوبات البديلة باعتبارها وسيلة للعقاب والتأهيل، تنسجم بشكل كبير مع شخصية الجاني وخطورته الإجرامية وطبيعة الإجراء الموجه له أيضا، كانت عاملا رئيسيا دفع العديد من التشريعات إلى الأخذ بهذه العقوبة كبديل من الحبس القصيرة المدة، يهدف تجاوز سلبياته، والتخفيف من اكتظاظ المؤسسات السجنية، وفق مقارنة عقابية تأهيلية، يعد العمل من أجل المنفعة العامة بديلا مهما للعقوبات السالبة للحرية القصيرة الأمد، وهو ليس وليد تطور السياسة العقابية الحالية، وإنما دعى إليه الفقيه الإيطالي "بيكاريا" منذ أمد، بحيث اعتبر هذه العقوبة مناسبة للمذنب من خلال خدمته للمجتمع من أجل إصلاح الاستبداد الذي مارسه لخرق العقد الاجتماعي، وفي جانب آخر نظرا لأهمية هذه العقوبة أكدت عليها العديد من المؤتمرات الدولية منها المؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات المنعقد في لاهاي خلال غشت 1950، وكذا المؤتمر الثاني للأمم المتحدة لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين في لندن 1960، حيث اعتمدت التشريعات العقابية المقارنة هذا البديل في صورته الحديث بإحدى الآليات لمكافحة الظاهرة الإجرامية، وتأهيل المحكوم عليه وإدماجهم داخل المجتمع في الوقت ذاته⁴⁰⁰، وهو السبب الذي دفع التشريعات العقابية المعاصرة لتبني هذه العقوبة البديلة⁴⁰¹ من هنا سوف نطرح الاشكال التالي مدى فعالية نظام العمل من أجل المنفعة العامة للتخفيف من أزمة السياسة العقابية؟

المبحث الأول: القيمة العقابية للعمل من أجل المنفعة العامة

يعتبر العمل من أجل المنفعة العامة من أهم بدائل العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة وقد أخذت به أغلب التشريعات العقابية المعاصرة، رغم أنها اختلفت في تطبيقه، بحيث اعتبرته بعض الأنظمة كعقوبة أصلية في حين طبقته بعض الأنظمة بوصفه عقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة.

⁴⁰⁰ عبد الجليل عينوسي : تشغيل السجناء في المغرب بين القانون والواقع، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الأولى 2012.

⁴⁰¹ من المؤتمرات التي نادى بذلك :

- مؤتمر الأمم المتحدة الخاصة للوقاية من الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في جنيف سنة 1975 والذي كان من توصياته، اعتماد تدابير بديلة عن السجن تكون أكثر جدوى وأثر في تأهيل المحكوم عليهم.
- مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية الذي انعقد في البرازيل سنة 2010، وقد تم تخصيص حلقة من حلقاته لمناقشة إشكالية اكتظاظ السجون وكان من توصياته توجيه دعوة إلى الدول بتحديث أنظمتها الوطنية واتخاذ إجراءات العمل ببدائل الاعتقال والحبس ومن بينها الخدمة المجتمعية.

المطلب الأول: ماهية عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة

يعد العمل للمصلحة العامة أو للمنفعة العامة أو العمل لخدمة المجتمع أحد بدائل الحبس القصير المدة، وهو في الوقت ذاته أحد أساليب المعاملة العقابية التي تطبق على الجناة خارج المؤسسة العقابية.

فقد ذهب البعض إلى تعريف هذا النظام بأنه: "إلزام الشخص المحكوم عليه أو المسلوبه حريته بالقيام بأعمال معينة لخدمة المجتمع بدون مقابل خلال المدة التي تقررها المحكمة أو النيابة العامة، وذلك في الحدود المنصوص عليها قانوناً"⁴⁰². كما عرف هذا النظام بأنه: "إلزام المحكوم عليه بالشغل مجاناً خدمة للصالح العام في إحدى المؤسسات العامة أو الجمعيات عدداً من الساعات خلال مدة معينة تحدد في الحكم"⁴⁰³. كذلك فقد عرفه البعض بأنه: "تكليف المحكوم عليه بالقيام بأعمال معينة لخدمة المجتمع بدون مقابل خلال المدة التي ستقررها المحكمة، وذلك في حدود المنصوص عليها قانونياً"⁴⁰⁴. ويلاحظ أنه وإن كانت هذه التعاريف تختلف في ألفاظها إلا أنها متفقة في دلالتها فهي تدور حول تكليف المحكوم عليه بعمل يعود بالنفع على المجتمع في أوقات معينة، وفقاً للضوابط المبينة قانوناً.

ويعد عقوبة زجرية، تهدف إلى تعويض العقوبة البدنية، وتتجلى في قيام المحكوم عليه - بموافقة - بالقيام بعمل غير مؤدى عنه لفائدة الجماعات أو المؤسسات العمومية أو الجمعيات لمدة معينة⁴⁰⁵. كما عرف بكونه: "تلك العقوبات البديلة التي تقوم على إلزام الجاني بالقيام بالعمل في إحدى المؤسسات الحكومية بعدد معين من الساعات، خلال فترة العقوبة سواء بصفة يومية أو لعدد معين من الأيام خلال أشهر يحددها الحكم الصادر، والذي يحدد كذلك المؤسسة التي سيقوم المحكوم عليه بتنفيذ الحكم بها، وكذلك نمط العمل الذي سيقوم به وعدد ساعاته والفترة التي يجب عليه إتمام تنفيذ تلك الساعات ويجب أن يحدد القاضي نوع العمل الذي سيلزم به المحكوم عليه بأدائه في ضوء دراسته لخبرات الجاني ومهارته الفنية وقدراته البدنية والصحية والنفسية ومؤهلاته العلمية التي يبينها ملف دراسة الحالة"⁴⁰⁶.

مع العلم أن العمل لأجل المنفعة العامة يتم برضاء المحكوم عليه، علاوة على أنه يختلف في مسألة الأجر، فبعض التشريعات تجعل العمل غير مؤدى عنه، وبعضها جعله بمقابل مبلغ قليل. ولعل هذا التباين في هذه الناحية راجع إلى اختلاف التشريعات.

ويتجلى هذا العمل عادة فيما يلي:

- المشاركة في أعمال يدوية أو مهنية.
- المشاركة في حملات نظافة البيئة بالتشجير والتنظيف من الأعشاب الضارة.

⁴⁰²P. Coouart : Les traisvisayes du travail d'mterel généra rev.sc.Crim, 1989, P : 159.

⁴⁰³ محمد أبو العلا عقيدة : أحوال علم العقاب، دراسة تحليلية وتأسيسية للنظام العقابي المعاصر مقارنة بالنظام العقابي الإسلامي، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، سنة 1995، ص : 439.

⁴⁰⁴ شريف سيد كامل : علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1995، ص : 348.

⁴⁰⁵ بوجمعة الزناكي : بدائل العقوبات السالبة للحرية للشغل من أجل المنفعة العامة، مجلة الإشعاع، العدد 24، دجنبر 2011، ص : 92 - 93.

⁴⁰⁶ عبد الرؤوف حنان : العمل العام كبديل عن عقوبة الحبس، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية : 2013 - 2014، ص : 41.

- القيام بأعمال وأنشطة ثقافية لمصلحة الجماعة أو المؤسسة العمومية...
- صيانة وتجديد المباني (الطلاء، النجارة، الكهرباء...) .

والجدير بالذكر أن جل التشريعات خصصت هذه العقوبة للجنح التي لا تكتسي خطورة كبيرة، فهناك تشريعات استبعدت جرائم العنف الخطير وجرائم العرض وهناك من التشريعات التي استبعدت الجرائم المقتزنة بحالات العود (المغرب من خلال مسودة مشروع القانون الجنائي) .

إن التعريفات التي أعطيت للعمل لفائدة النفع العام بصفته بديلا عن العقوبات الحبسية القصيرة المدة متعددة ومتنوعة، وعليه يمكن اختيار التعريف التالي للعمل لفائدة النفع العام : " العمل للنفع العام هو عبارة عن عقوبة صادرة من جهة قضائية مختصة، تكمن في إلزام المحكوم عليه القيام بعمل⁴⁰⁷ بدون أجر بعد موافقته لفائدة المجتمع لدى مؤسسة عمومية بدلا من إدخاله لمؤسسة عقابية لقضاء عقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة وذلك بعد تحقق شروط حددها القانون " ⁴⁰⁸.

وتبدو أهمية نظام العمل لخدمة المجتمع في كونه وسيلة إضافية من وسائل الكفاح ضد مساوئ العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وتتنضح أهمية هذا الدور على وجع التحديد بالنسبة للمجرمين الذين لا يمثلون خطورة إجرامية كبيرة على المجتمع، ويتبين للمحكمة أنه ليس من الملائم الحكم عليهم بعقوبة الحبس لتجنبهم الأضرار المترتبة على الاختلاط بالمحكوم عليهم الأشد خطورة داخل السجن، وأنه يكفي لإصلاحهم وتأهيلهم اجتماعيا مجرد تقييد حريتهم عن طريق إلزامهم بالقيام ببعض الأعمال لخدمة الصالح العام وفرض مجموعة من تدابير الرقابة والإشراف عليهم⁴⁰⁹.

ومن ناحية أخرى، فإن العمل لخدمة المجتمع من شأنه أن ينمي قيمة العمل لدى المحكوم عليه ويعوده على ترك الكسل، وبذلك قد يكون العمل لخدمة المصلحة العامة سببا للقضاء على عامل من العوامل المؤدية إلى ارتكاب المحكوم عليه للجريمة، وليكون هذا العمل لخدمة المجتمع فإن هذا بلا شك سيدرب المحكوم عليه على احترام القيم الاجتماعية والقوانين السائدة داخل المجتمع، الأمر الذي يساهم بشكل فعال في إصلاح المحكوم عليه وتأهيله اجتماعيا.

ومن ناحية أخرى، يساهم نظام العمل لخدمة المجتمع في حل مشكلة اكتظاظ السجون، ويقلل من التكاليف الباهظة التي تنفقها الدولة على السجون وبرامج الإصلاح والتأهيل التي تطبق على المسجونين.

⁴⁰⁷ إن اختيار نوع العمل لا يتطلب موافقة المعني، بل يوكل أمر ذلك إلى القاضي، وخاصة فاضي تنفيذ العقوبات أو من يقوم مقامه حيث يتوفر على مساعدين اجتماعيين يطلعونه على نوعية الأعمال المتوفرة داخل الجماعة، وكما يقدمون له أبحاثا تتعلق بشخصية الظنين لمعرفة مدى كفاءته البدنية ومؤهلاته وقدرته على العمل وانضباطه ومعتقداته الدينية.

⁴⁰⁸ يدخل ضمن الأعمال على سبيل المثال، الأعمال اليدوية والتي يمكن تنفيذها في إطار العمل للمنفعة العامة كحماية البيئة وهذا بالاشتراك في حملات النظافة، أعمال التشجير، صيانة وتجديد المباني العمومية، تصليح الأثاث المدرسي، العمل في المطاعم المدرسية. أنظر : - صفاء أوتاني : العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصر - دراسة مقارنة، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الثاني 2009، ص : 431.

- محفوظ علي علي : البدائل العقابية للحبس وإعادة إصلاح المحكوم عليه، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016، ص : 116.

⁴⁰⁹ أنظر شريف سيد كامل : علم العقاب، مرجع سابق، ص : 349.

ومع ذلك فقد ذهب البعض إلى أن نظام العمل لمصلحة المجتمع يصادف عدة صعوبات : أولها، تتمثل في مدى تقبل الجمهور لفكرته. ذلك أن تنفيذه يحتاج غالباً إلى متطوعين ومنظمات خاصة تساعد على إنجاحه، والصعوبة الثانية تتعلق بنوع العمل نفسه، إذ يخشى، في ظل النظام الاقتصادي الحر من منافسة بعض أنواع العمل لنشاط الخاص، ومن الناحية العملية، أمكن التغلب على هذه الصعوبة بتوجيه المحكوم عليهم إلى أعمال يحجم عنها القطاع الخاص عادة، أما الصعوبة الثالثة تكمن في دقة المراقبة والإشراف على الخاضعين للنظام محل الدراسة أثناء تنفيذه، وصعوبة إيجاد المشرفين عليه. أما الصعوبة الأخيرة، فتتمثل في تعارض هذا النظام مع مبدأ أساسي حرصت على تكريسه المعاهدات الدولية ومواثيق حقوق الإنسان وهو حظر العمل الإجباري، وقد أمكن تفادي هذه الصعوبة بتعليق تنفيذ نظام العمل لخدمة المجتمع على رضا المحكوم عليه، وهو ما يجري عليه العمل في غالبية التشريعات التي تتبنى هذا النظام⁴¹⁰. وهو ما تم التنصيص عليه في مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية (المواد 647-2 / 647-2 / 647-7).

الفقرة الثانية: خصائص عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة

بعدما تطرقنا للتعريف السابقة المرتبطة بعقوبة العمل من أجل المنفعة العامة كبديل للعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة، نجد أنها تتميز بعض الخصائص تشترك بها مع باقي العقوبات في حين تنفرد بخصائص تميزها عن باقي العقوبات الأخرى.

أولاً- الخصائص العامة لعقوبة العمل من أجل المنفعة العامة

تخضع عقوبة العمل لأجل المنفعة العامة لمبدأ الشرعية بعدم إمكانية توقيع عقوبة العمل للنفع العام وغيرها على أحد حالة لم ينص القانون عليها، حيث يهدف مبدأ الشرعية⁴¹¹ إلى حماية حقوق الأفراد من كل تجاوز الحدود التي وضعها المشرع أي أن السلطة التشريعية هي التي تنص على كامل الجرائم والعقوبات وتحدد القواعد المنظمة لأي عقوبة، وكذلك الحال مع عقوبة العمل للنفع العام فالسلطة التشريعية هي التي تحدد الحالات التي تفرض فيها، وكذلك شروط تطبيقها⁴¹²، وتترك التشريعات عادة للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تحديد طبيعة العمل وشروطه وعدد ساعات العمل وجهة العمل. وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المغربي حينما نص على عقوبة العمل لفائدة المنفعة العامة في مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية حيث حدد في المواد من 647-1 إلى 647-7 تدابير تنفيذ هذه العقوبة.

أما الخاصية الموالية فترتبط بضرورة صدور حكم قضائي لعقوبة العمل من أجل المنفعة العامة ذلك أن الجزاء الجنائي عمل قضائي لا يجوز أن يعهد به لغير القضاء⁴¹³، فالقضاء بما له من صفات النزاهة والخبرة والعلم مؤتمن على توقيع الجزاء،

⁴¹⁰ أحمد عوض بلال : علم العقاب، النظرية العامة والتطبيقات، دار الثقافة العربية، الطبعة الأولى 1983 - 1984، ص : 455 - 456.

رامي متولي القاضي : المراقبة الإلكترونية في القانون الفرنسي والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 63، يوليو 2015، ص : 40.

⁴¹¹ يختلف مبدأ الشرعية في مجال القانون الجنائي بأنه له مصدرا واحدا، وهو القانون المكتوب وهو بذلك يختلف عن فروع القانون الأخرى التي تضيف إلى نص القانون، مصادر أخرى كالعرف والشريعة الإسلامية. وللتوسع أكثر في مبدأ الشرعية راجع :

- أحمد الرزاقى : محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الفسيفساء للطباعة والنشر، طرابلس 2013، ص : 29 - 44.

- أكرم نشأت إبراهيم : السياسة الجنائية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008، ص : 62 - 63.

⁴¹² سعداوي محمد صغير : عقوبة العمل للنفع العام، دار الخلد، ونية للنشر، الجزائر، سنة 2013، ص : 97.

⁴¹³ يعد العمل القضائي بمثابة ضمان هامة للحريات العامة نص عليها الدستور في الفصل 117، يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات...".

وعليه فلا يجوز للسلطة التنفيذية أن توقع الجزاء المنصوص عليه في القانون، ولو اعترف المتهم بالجريمة، إذ لا بد من رفع الدعوى الجنائية أمام القضاء كي يصدر حكما يحدد الجزاء نوعا ومقدارا⁴¹⁴، وهذا لاعتبار السلطة القضائية الهيئة الوحيدة صاحبة الاختصاص في إصدار العقوبات، وبالتالي فإن الحكم بعقوبة العمل للنفع العام لا يصدر إلا من قبل المحاكم الجزائية المختصة التي حددها القانون المنظم لأحكام هذه العقوبة⁴¹⁵.

ما يميز عقوبة العمل للنفع العام، هو أن سلطة القاضي الجنائي في النطق بهذه العقوبة مقيدة بقيد لا يتوافر في العقوبة التقليدية، وهو ضرورة موافقة المحكوم عليه عليها، وهذا يعني مشاركة المحكوم عليه في تقديرها، مما قد يتعارض مع قاعدة أن نصوص قانون العقوبات هي من النظام العام لا تجيز للأطراف التفاوض بشأنها ولا التعبير عن قبولها أو عدم قبولها، فعقوبة العمل للنفع العام لا تصبح ملزمة إلا بعد الإتفاق على تبنيها وقبولها من طرف المحكوم عليه⁴¹⁶.

بالإضافة للمبادئ السابقة فإن عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة تخضع لمبدأ الشخصية والمساواة ويقصد بشخصية العقوبة بأنه لا يسأل عن الجريمة إلا الشخص المذنب الذي ثبتت إدانته بارتكاب جريمة معينة⁴¹⁷، أي من ارتكبها أو شارك أو ساهم في حدوثها بصفة أصلية أو تبعية وكان أهلا للمسؤولية الجنائية فيها فحسب، فلا يجوز أن يمتد لينال وضمن قواعد المسؤولية الجنائية أحد غيره من أفراد أسرته أو ورثته⁴¹⁸.

أما المساواة في العقوبة تتجلى في مخاطبة القاعدة الجنائية الناس كافة وتأميرهم بضرورة احترام السلوك الاجتماعي، فلا يقتصر الخطاب على فئة دون أخرى، ولا يختص بجماعة معينة، فالناس سواسية أمام القانون، ولا يمكن لأحد أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو أي ظرف آخر شخصي أو اجتماعي.

وعليه بمقتضى هذا المبدأ يفرض هذا النظام دون أي تمييز بين الأفراد ممن تنطبق عليهم شروط فرضه، وهو مبدأ لا يتعارض مع ما يترك للمشرع للمحكمة من سلطة تقديرية في تحديد طبيعة العمل المفروض على المحكوم عليه نظرا لمؤهلاته، وكذلك الحرية في تحديد عدد ساعات العمل بين حدين أعلى وأدنى، وذلك حسب جسامة الفعل المرتكب، وإمكانية التأهيل في شخصية الفاعل وظروفه⁴¹⁹، بل لعل استعمال هذه السلطة يؤكد تحقيق هذا المبدأ، حيث يمكن القاضي من تحديد طريقة تنفيذها حسب ظروف كل جانح. وبخصوص أيضا الخصائص المميزة للعمل من أجل المنفعة العامة، فتتعلق بالفحص والموافقة، وفي ما يرتبط بفحص المحكوم عليه فلم تشمل مسودة مشروع القانون الجنائي سوى شخص الحدث في الفقرة الأخيرة من المادة 35 مكرر 9 التي أوجبت من خلالها المشرع على ما يلي: " يتعين على قاضي الأحداث أن يتأكد من مدى ملائمة العمل لأجل المنفعة العامة لمصلحة الحدث والحاجيات تكوينه وإعادة إدماجه "⁴²⁰.

⁴¹⁴ عبد الله سليمان : شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2005، ص : 407 - 408.

⁴¹⁵ عثمانية لخميسي : عولمة التجريم والعقاب، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2008، ص : 161.

⁴¹⁶ - طيباش عز الدين : عقوبة العمل للنفع العام بين تارة الردع والإصلاح، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للعقاب، لبنان 2015.

⁴¹⁷ لحسن بن الشيخ : مبادئ القانون الجزائري العام، دار حومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2000، ص : 147.

⁴¹⁸ عبد الله سليمان : شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص : 421.

⁴¹⁹ صفاء أوتاني : العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصر - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص : 437.

⁴²⁰ محمد العروصي : العمل لأجل المنفعة العامة وفقا لمسودة مشروع القانون الجنائي، مجلة العلوم الجنائية، العدد الثاني 2015، ص : 115.

و ما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن المشرع المغربي نص في مشروع قانون المسطرة الجنائية في المادة (2-647) في فقرتها الثالثة والمتمثل في منح المحكوم عليه الحق في اختيار عمل معين من بين الأعمال المعروضة التي تلائم قدراته ومهاراته، والتي من شأنها أن تحافظ على اندماجه دون التأثير سلبا على المسار العادي لحياته العائلية أو المهنية أو الدراسية.

ثانيا- الخصائص التي تنفرد بها عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة

يعتبر الفحص الطبي من أهم ما يميز عقوبة العمل للنفع العام، وتتمثل في خضوع المحكوم عليه لفحص شامل ودقيق يسبق قيامه بأداء العمل المسند إليه، حيث توضح المادة (2-647) من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية على أن قاضي تطبيق العقوبات يمكن أن يأمر بعرض المحكوم عليه على خبرة طبية لفحصه وتقديم تقرير على حالته الصحية من أجل اختيار طبيعة العمل الذي يناسب حالته البدنية من ناحية، ومن ناحية ثانية التأكد من أن جريمته ظرفية وأنه يستحق فرصة، لأن وجوده في المجتمع لا يشكل اضطرابا أو خطرا على الآخرين كما يبرز هذا الفحص غرض التشريعات العقابية التي تبنت هذا النظام - عقوبة العمل للنفع العام - على نجاحه، حتى لا يسهم بصورة غير مباشرة في خلق شعور لدى الرأي العام بأن هناك تراخيا من قبل السلطات القضائية في ردة الفعل الاجتماعي على الجريمة، أو أن الدولة لم تعد قادرة على وقايتها من الجريمة والتصدي لمن يعيث بآمنها بوسائل رادعة وفعالة⁴²¹.

بالإضافة لتطبيق هذا البديل يتطلب المشرع ضرورة موافقة المحكوم عليه بالخضوع للعمل من أجل المنفعة العامة بعض القوانين العقابية التي أقرت هذه العقوبة اشترطت موافقة المحكوم عليه، والمشرع المغربي اهتم بهذه الميزة، واعتبرها من بين الشروط الأساسية لتطبيق العقوبة، حيث خصت هذه العقوبة بانفرادها بكونها لا نفذ إلا إذا أبدى المحكوم عليه موافقته الصريحة بالخضوع لها، حيث أنه لا مجال لإكراهه على قبولها، وتجدر الإشارة كذلك إلى أن بعض القوانين لا تشترط موافقة المحكوم عليه،

فقد اعتبرت عقوبة أصلية وأعطت القضاء الحرية في الحكم بها منفردة أو مع عقوبة أخرى. إلا أن فكرة الرضا والاختيار في الحقيقة لا تتعارض مع خاصية الإيجاب والإلزام في العقوبة، فالمحكوم عليه إذا اختار عقوبة العمل للنفع العام وصدر الحكم بها أصبح مجبرا على التنفيذ، فهي تعتبر عقوبة بديلة للحبس بحكم إخضاع المحكوم عليه بهذا الإجراء لجملة من الالتزامات والقيود التي تعوق حرية جولانه وتقيده من حريته، وذلك من خلال استجابته للاستدعاءات الموجهة إليه ودعوات الحضور وانصياعه لبعض القيود التي يفرضها عليه قاضي تنفيذ العقوبات فضلا عما يبذله المحكوم عليه من مجهودات يومية في العمل، والتقيده بسلوك معين من حيث الوقت والحضور واحترام المتواجدين بالمؤسسة التي يعمل بها مع التقيد ببعض الضوابط حتى لا يستبدل عقوبة العمل بالحبس.

أيضا تتميز عقوبة العمل للنفع العام باعتبارها تتصف بالطابع الاجتماعي، لما له من آثار إيجابية على المحكوم، حيث يبقى في بيئته الاجتماعية قريبا من أسرته وعمله مجتمعه الذي يعيش فيه⁴²²، حتى أنها اعتبرت من العقوبات الاجتماعية⁴²³،

⁴²¹ مصطفى العوجي : التأهيل الاجتماعي في المؤسسات العقابية، مؤسسة بحسون، بيروت، سنة 1993، ص : 190.

⁴²² عائشة حسين على المنصوري : بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة الأمد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص : 13.

⁴²³ بركاني أمعر : نحو ضرورة تعميم بدل عقوبة الحبس قصيرة الأمد، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2015، ص : 936.

لأنه من خلال مجانية العمل الذي يقوم به المحكوم عليه تنتفع المؤسسة العمومية التي يتم تنفيذ العمل فيها، ويظهر تحقيق عقوبة العمل لأحد أهدافها وهو خدمة المجتمع⁴²⁴.

وباعتبار أن العمل المقدم من طرف المحكوم عليه مجاني، فهو بدون شك يحقق المصلحة العامة، وعليه فإن جوهر العقوبة البديلة يتمثل في إسداء مقترف الجريمة عملا لفائدة المجموعة، وذلك بعنوان تعويض رمزي لما ألحقه من ضرر بالمجتمع.

إن النظام العقابي المعتمد في المغرب وفي كثير من الدول يعتمد على العقوبة السالبة للحرية كعقوبة أساسية، غير أن التوجهات والدراسات الحديثة في السياسة العقابية المعاصرة قد أثبتت محدودية العقوبة السالبة للحرية في تحقيق الأهداف المرجوة في العقوبة، وذلك بالعمل على استبدال بعض العقوبات السالبة للحرية بعقوبات بديلة. وفي هذا الصدد عمل المشرع المغربي في إطار مسودة القانون الجنائي والمسطرة الجنائية بتضمين عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة.

المبحث الثاني : العمل لأجل المنفعة العامة من خلال مسودة مشروع القانون الجنائي

إن اعتماد المشرع الجنائي لنظام العمل من أجل المنفعة العامة في السياسة العقابية الحديثة ذلك بالتنصيص عليه في مسودة القانون الجنائي، جاء بعد اقتناع المشرع بعدم فعالية السجن وبأن السجن ليس ضروريا في بعض الحالات، وليس القضاء المناسب لإجراء أي عملية عقابية هادفة لتحقيق الإصلاح والإدماج والتأهيل، ومنح الترخيص بوضع المحكوم عليه بعقوبة حبسية في الخارج مع العمل من أجل المنفعة العامة طرح بعض الصعوبات فيما يتعلق بالمسايرة للتوجهات الحديثة للسياسة العقابية من جهة، وفلسفة حقوق الإنسان من جهة ثانية.

المطلب الأول : بديل عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة في ضوء مشروع القانون الجنائي

وحرى بالذكر أن الشغل يعد من أهم أساليب معاملة السجناء في التشريعات الحديثة، ومن بينها القانون المغربي المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية الصادر سنة 1999 الذي وضع النصوص التي تنظم تشغيل السجناء⁴²⁵ لقد تبنى هذا القانون على وجه الخصوص المقترحات الواردة في مجموعة القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، خلافا لما كان سائدا في النصوص القانونية السابقة، ولاسيما ظهير 11 أبريل 1915 المتعلق بتنظيم السجناء، وظهير 26 يونيو 1930 الخاص بتنظيم مصلحة السجناء المعدة للاعتقال الجماعي⁴²⁶.

ولقد خصت مناظرة إفران لتدارس موضوع العقوبات البديلة عدة توصيات تحث على ضرورة اعتماد عمل من أجل المنفعة العامة كبديل يأمر به القضاء، غايته تكليف الجاني بعمل بدون مقابل لمدة معينة لفائدة المجتمع بشروط محددة بعد موافقة المعني⁴²⁷.

⁴²⁴ رضا خمائم : العدالة الجزائية في تونس، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، تونس، دون سنة نشر، ص : 200.

⁴²⁵ خصص المشرع المغربي الفرع الثالث من الباب الثالث من القانون المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية لما سماه " عمل السجناء " (المواد من 35 إلى 45).

⁴²⁶ عبد الجليل العيوني : تشغيل السجناء في المغرب بين القانون والواقع، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2012، ص : 29.

⁴²⁷ بوجمعة الزناكي : بدائل العقوبات السالبة للحرية للشغل من أجل المنفعة العامة، مرجع سابق، ص : 95.

وتجدر الإشارة أن بدائل العقوبات التي ذكرتها المادة 35 (2) من المسودة ليست شيئاً جديداً أو بدءاً مستحدثة من المسودة، فقد جرت الممارسة العملية على الجنوح، قدر المستطاع وفي حدود معينة، إلى تنفيذ بدائل العقوبات السالبة للحرية بأخرى تحل محلها، ويكون من شأنها نشر الرحمة بين المجتمع وبين شريحة من أفرادها الذين تعرضوا للإبتلاء وربما كانوا ضحية عتاه المجرمين والطفاة والأشرار أو ضحية ظروف اجتماعية لم يكن لهم بها قبلا من جهة، ولمساعدة المستفيد من بديل العقوبة على إعادة الائتلاف، والاندماج والتأقلم مع الحياة الاجتماعية⁴²⁸.

وقد ذهبت في نفس التوجه المناظرة الوطنية للسياسة الجنائية بالمغرب : واقع وأفاق المنعقدة بمكناس أيام 9-10-11 ديسمبر 2004 حيث أكدت على أهمية إيجاد عدالة جنائية بديلة تكون عقوبة الشغل من أجل المنفعة العامة أبرز ملامحها.

ونظرا للأهمية القصوى لهذا البديل في السياسة العقابية الذي من خلاله يتم إشراك الجاني في اختيار العقوبة المناسبة بعد موافقته عليها يتم الشروع في تنفيذها، وبشكل هذا المستجد إحدى أهم تمظهرات أنسنة العقاب ومجالا خصبا لإنجاح فلسفة العقوبة وتحقق أهدافها ووعيا من المشرع المغربي بأهمية العدالة البديلة في التخفيف من أزمة العقوبات القصيرة، بادر إلى إقحام عقوبة الشغل من أجل المنفعة العامة ضمن مسودة مشروع القانون الجنائي من خلال المادة 2-35 التي حددت العمل من أجل المنفعة العامة من ضمن العقوبات البديلة، وقد نظمت أحكام العمل لأجل المنفعة العامة بالمواد (35-5 إلى 35-8 من مسودة مشروع القانون الجنائي) وتتجلى فيما يلي :

- ضرورة وجود جريمة معاقب عليها بالحبس لمدة لا تتجاوز سنتين.
- أن يكون المحكوم عليه بالغا من العمر 15 سنة على الأقل وقت ارتكاب الجريمة.
- موافقة المحكوم عليه على القيام بالخدمة من أجل المنفعة العامة، وإشعاره بأنه في حالة عدم تنفيذه للالتزامات المفروضة عليه، فإنه سيتم تنفيذ العقوبة الأصلية المحكوم بها عليه (المادة 4-35).
- إلزام المحكوم عليه بالقيام بعمل بدون مقابل لفائدة شخص اعتباري عام أو جمعية ذات منفعة العامة لمدة تتراوح بين 40 و 600 ساعة، وتحدد ساعات العمل لأجل المنفعة العامة المحكوم بها بموازاة كل يوم من مدة العقوبة الحبسية لساعتين من العمل (المادة 35-7)، ويتم تنفيذ هذا العمل داخل أجل لا يتجاوز اثني عشر شهرا من تاريخ صدور المقرر التنفيذي، مع إمكانية تمديد هذا لأجل بناء على طلب المحكوم عليه، بقرار صادر عن قاضي تطبيق العقوبات (المادة 7-35) من مشروع القانون الجنائي.

من خلال تفويض المشرع لقاضي تطبيق العقوبات صلاحية تتبع التنفيذ، وفي حالة خرق الالتزامات، ينفذ المحكوم عليه العقوبة الأصلية المحكوم بها بقرار صادر عن هذا الأخير.

وغني عن البيان أنه إذا تعلق الأمر بحدث فإن قاضي الأحداث هو الذي يتولى هذه المهام (الفقرة الأخيرة من المادة 35-5 و 35-8) مراعيًا في ذلك مصلحة الحدث وحاجيات تكوينه وإعادة إدماجه.

⁴²⁸ أحمد زوكاغي : ملاحظات حول الأحكام العامة في مسودة مشروع القانون الجنائي، مجلة العلوم الجنائية، العدد الثاني، 2015، ص : 261.

ولا يمكن تطبيق هذه العقوبة على المتهم في حالة رفضه أو غيابه⁴²⁹ عن جلسة الحكم وهذا المقتضى أو الشرط يستمد روحه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تنص على أنه : " لا يجوز فرض عمل عن طريق القوة والإلزام"⁴³⁰.

وبالعودة لمسودة نجد المشرع المغربي حدد المدة الحبسية الممكن استبدالها بعمل لأجل المنفعة العامة في سنتين، لكن يجب أن ترد في منطوق الحكم، وليس من الممكن أن يعاقب بها القانون الجنائي، بحيث يمكن أن يكون الحد الأقصى للعقوبة أكثر من سنتين⁴³¹.

لكن الحد الأدنى يكون يساوي السنتين أو يقل عنها فيحكم بها، فيحق الحكم بالعمل للأجل المنفعة العامة في مثل هذه الحالة ولقد نصت المادة (4-35) من المسودة على ضرورة حضور وموافقة الجاني وإشعاره بحقه في الرفض، كما استلزم المشرع أن لا يكون المحكوم عليه في حالة العود، وهنا يظهر أن المشرع المغربي سار في نفس النهج الذي سلكته التشريعات المقارنة فيما يخص الشروط الموضوعية، والمشرع اعتد بمنطوق الحكم وليس بمنطوق النص بحيث ورد في المادة 7-35 : " ألا تتجاوز العقوبة المنطوق بها سنتين حبا "، وللمحكمة في حالة رفض الجاني للبدل المتعلق بالمنفعة العامة نقضي بالعقوبة الحبسية في حق الجاني :

- ومن أجل الحكم بعقوبة العمل من أجل المنفعة العامة لا بد أن تقضي المحكمة أولا بالعقوبة الحبسية تم تقرر لاحقا تعويضها بعقوبة العمل من أجل المنفعة العامة، أي أن المحكمة ملزمة بأن تقرر العقوبة الأصلية في حق الجاني الحاضر في الجلسة، على أن يتم تعويضها بالعقوبة البديلة مع التنبيه إلى أن عدم احترام الالتزامات المفروضة يترتب عنه تنفيذ العقوبة الحبسية⁴³².

وبما أن عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة تعد عقوبة بديلة فإن المحكمة تكون ملزمة بالحكم بالعقوبة الأصلية قبل أن تقرر العقوبة البديلة وهو ما ذهب إليه المشرع حيث نص في المادة (4-35) : " يجب على المحكمة أن تحكم بالعقوبة الحبسية الأصلية وأن تقرر استبدالها بعقوبة بديلة وتحدد الالتزامات الناتجة عنها "، ونفس التوجه أيضا تؤكده أغلب التشريعات منها التونسي والجزائري، غير أن بعض التشريعات خصوصا المتقدمة تخول للقاضي النطق ببدل العقوبة الحبسية بشكل مباشر⁴³³.

لكن ما يلاحظ على مسودة القانون الجنائي المغربي بالأساس في تكريس بدائل العقوبات السالبة للحرية، هو أنها لم تجعل هذه البدائل بمثابة عقوبات أصلية، مما يدع الباب مفتوحا أمام إمكانية الولوج لتطبيق العقوبات الحبسية بشكل غير مرضي وهذا لا يتماشى والتوجه الذي اختاره المغرب بخصوص النظام العقابي⁴³⁴.

⁴²⁹ كما نصت الفقرة الأولى من الفصل 3-15 من المجلة الجزائية التونسية : " يشترط للتصريح بعقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة أن يكون المتهم حاضرا بالجلسة ويعبر عن ندمه ولا يكون عائد ... " .

⁴³⁰ المادة الرابعة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

⁴³¹ المادة 6-35 من مسودة القانون الجنائي تنص على : " ... ألا تتجاوز العقوبة المنطوق بها سنتين حبا " .

⁴³² جمال مجاطي : بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي والمقارن، الطبعة الأولى 2015 ص : 189 .

⁴³³ هذا ما أحدثته المواد 11-131 إلى 18-131 من القانون الجنائي الفرنسي.

⁴³⁴ رضوان الصيوكي : بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في السياسة الجنائية المعاصرة، مرجع سابق، ص : 110 .

وبالرجوع أيضا لمقتضيات مشروع القانون الجنائي اشترط تحديد الغلاف الزمني لتنفيذ عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة، حيث نجد المشرع المغربي في المسودة جعل المدة تتراوح بين 40 و 600 ساعة على أساس أن يكون المعدل هو ساعتين مقابل كل يوم حيسا⁴³⁵.

وما يلاحظ هو أن هذه المدة تبدو الأطول في حدها الأقصى مقارنة مع العديد من التشريعات منها الفرنسي، حيث حدد ما بين 40 و 240 للجنح و 20 و 120 بالنسبة للمخالفات، وبحيث التنفيذ داخل أجل لا يتعدى 18 شهرا، سواء كانت هذه العقوبة أصلية أو إضافية ونفس المدة اعتمدها المشرع الإنجليزي، أما المشرع التونسي فقد خول للقاضي السلطة التقديرية في تحديد ساعات العمل التي على المحكوم عليه أن يلتزم بها، شرط أن لا يتعدى 600 ساعة كحد أقصى⁴³⁶.

ولعل المشرع المغربي رغم رفعه المدة لـ 600 ساعة فإن له نية ترك المجال بيد هيئة الحكم لتحديد المدة المناسب خصوصا أن المشرع منح حيزا كبيرا للقاضي عندما حدد الحد الأدنى في 40 ساعة والأقصى في 600 ساعة، غير أن هذا يرد عليه قيد في المادة 6-35 من المسودة، وهو أنها تجعل مقابل كل يوم حبس ساعتين من العمل، وهذا التحديد قد يراعي ويناسب بعض المحكوم عليهم في حين قد لا يراعي البعض الآخر، خصوصا إذ كانوا موظفين أو أطر وكانت جرائمهم ارتكبت من غير عمد.

ويمتاز العمل لفائدة المنفعة العامة بكونه يتم في وسط مفتوح مما يسمح بسهولة إدماج المحكوم عليه في محيطه، بحيث يكون إقباله على العمل أكثر نجاعة بسبب تهديده بالسجن في حالة عدم الامتثال⁴³⁷. وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض التشريعات المقارنة (كالتشريع الألماني والإيطالي) تعتمد عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة كبديل للغرامة التي يعجز المحكوم عليه أدائها، وذلك لتفادي إشكالية الإكراه البدني⁴³⁸.

المطلب الثاني: العمل لفائدة المنفعة العامة من خلال مشروع قانون المسطرة الجنائية

عمل المشرع المغربي على تضمين مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية مجموعة من المقتضيات المتعلقة بكيفية عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة وهي مقتضيات شأنها أن تزيل اللبس والغموض وتجب عن الإشكاليات المطروحة حول الجهة المعهودة بالسهر على تنفيذ إجراءات هذه العقوبة وكذا الجزاءات التي يمكن أن تطال المحكوم عليه في حالة إخلاله بالالتزامات المحددة له في المقرر التنفيذي لأداء عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة، وأيضا عن الحالات التي يتعذر معها على المحكوم عليه لسبب من الأسباب القيام بهذه الأعمال وما هي الجهات التي منحها المشرع امتياز الاستفادة من الأعمال المقدمة من قبل المحكوم عليهم.

⁴³⁵ تنص المادة 7-35 من مسودة القانون الجنائي على أنه : " ... المدة تتراوح بين 40 و 600 ساعة "، وتعتبر المحكمة في هذا الإطار موازاة كل يوم من مدة العقوبة الحبسية المنطوق به لساعتين من العمل، مع مراعاة الحد الأقصى لعدد ساعات العمل.

⁴³⁶ عبد الرؤوف حنان : العمل للنفع العام كبديل عن عقوبة الحبس، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، الجزائر، السنة الجامعية : 2013 - 2014، ص : 61.

⁴³⁷ مقال تحت عنوان : " العمل لفائدة المنفعة العامة "، مقال منشور بمجلة الشؤون الجنائية، يصدرها مركز الدراسات والأبحاث الجنائية بمديرية الشؤون الجنائية والعفو، وزارة العدل، مطبعة إيت، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد الثاني، أكتوبر 2012.

⁴³⁸ عبد المجيد برطال : العقوبات البديلة غير السالبة للحرية واتجاهات تطبيقها، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي - الرباط، السنة الجامعية : 2011 - 2012، ص 89.

تلتم إشكاليات سوف لن نجد سبيل لإجابة عنها غير التعرض للمواد التي ضمنها المشرع في مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية وهنا الحديث بالتحديد عن الباب الخامس مكرر من هذه المسودة فنجد أن المشرع قد نص في المادة 647-1 على أن النيابة العامة تقوم بتبليغ الحكم المتضمن لعقوبة العمل من أجل المنفعة العامة بعد اكتسابه لقوة الشيء المقضي به إلى قاضي تطبيق العقوبات الذي يتولى السهر على تنفيذ إجراءات هذه العقوبة.

ويتضح من خلال هذه المادة بما لا يدع مجالاً للشك بأن الجهة التي أناط بها المشرع مهمة تنفيذ إجراءات عقوبة العمل لفائدة المنفعة العامة هو قاضي تطبيق العقوبات الذي يقوم بمجرد توصله بالحكم من طرف النيابة العامة بالاستماع للمحكوم عليه حول هويته ووضعيته الاجتماعية والمهنية والعائلية، كما ويمكن لقاضي تنفيذ العقوبات الاستعانة بالنيابة العامة للتأكد من صحة المعلومات التي يدلي بها المحكوم عليه ويمكنه أيضاً أن يأمر بعرض المحكوم عليه على خبرة طبية لفحصه وتقديم تقرير عن حالته الصحية من أجل اختيار طبيعة العمل الذي يناسب حالته البدنية إذا اقتضى الأمر ذلك⁴³⁹.

تبقى الإشارة إلى الجهات التي خولها امتياز الاستفادة من الأعمال المقدمة من طرف المحكوم عليهم بالعمل من أجل المنفعة العامة، وقد حددت مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية هذه الجهات وحصرتها في كل من الجماعات المحلية والإدارات العمومية والمحاكم والمؤسسات الخيرية والمنظمات الغير حكومية العاملة لفائدة الصالح العام⁴⁴⁰.

نفس التوجه أخذ به المشرع التونسي والذي جاء في الفصل 17 من المجلة الجنائية التونسية أنه يتم قضاء عقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة بالمؤسسات العمومية أو الجماعات المحلية أو الجمعيات الخيرية ولإسعافه أو الجمعيات ذات المصلحة القومية والجمعيات التي يكون موضوعها لمحافظة على البيئة⁴⁴¹ والمشرع التونسي في هذا الإطار عمل على تنزيل وتحديد شروط تطبيق العقوبات البديلة المرتبطة بالعمل في أجل المنفعة العامة في إطار الحد من آثار العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة.

وكذا تجدر الإشارة إلى حالة إخلال المحكوم عليه بالالتزامات المحددة له في المقرر التنفيذي لأداء عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة، ففي هذه الحالة يمكن لقاضي تطبيق العقوبات إصدار مقرر لوضع حد لهذه العقوبات. وتطبق حينها في حق المحكوم عليه العقوبات الحبسية الأصلية بعد خصم عدد ساعات العمل المؤداة⁴⁴² والتي يتم احتسابها وفقاً لما هو منصوص عليه في الماد 647-3 من ذات المسودة⁴⁴³.

كما هناك نقطة لا تقل أهمية عن سابقتها لا تفوتنا الإشارة إليها والمتمثلة في كون قاضي يطبق العقوبات يجوز له إما تلقائياً أو بناء على طلب من المحكوم عليه أو دفاعه أن يصدر مقررًا بوقف تطبيق العقوبات إلى حين زوال السبب الجدي

⁴³⁹ المادة 647-2 من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية.

⁴⁴⁰ المادة 647-4 من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية.

⁴⁴¹ أبو لبابة العثماني النظام القانونية لعقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة كبديل عن العقوبة السجنية مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع

وزارة العدل التونسية العدد 4 أبريل 2004 ، ص 92

⁴⁴² المادة 647-5 من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية.

⁴⁴³ تخصم مدة الاعتقال المؤقت أو الحبس التي قضاها المحكوم عليه بحساب ساعتين عمل عن كل يوم حبس ثم تستبدل المتبقية من عقوبة الحبس الأصلية ليؤديها لنفع عام.

متى استدعت ذلك الظروف الاجتماعية أو الصحية أو العائلية أو الدراسية أو المهنية للمحكوم عليه أو إذا تعلق بظروف المؤسسة التي يقضي بها العقوبة⁴⁴⁴.

وبالرجوع للمقتضيات التي نص عليها المشرع المغربي في هذا الصدد سواء على مستوى مسودة قانون المسطرة الجنائية ومسودة القانون الجنائي، نجده قد سار على نهج المشرع الجزائري، بحيث أنط بالنيابة العامة صلاحيات مهمة لتنفيذ عقوبة العمل لأجل المنفعة العامة، فهي تقوم بتبليغ الحكم المتضمن لعقوبة العمل لأجل المنفعة العامة بعد أن يصبح مكتسبا لقوة الشيء المقضي به، إلى قاضي تطبيق العقوبة، هذا الأخير الذي يسهر على عملية التنفيذ.

ولقد سلك المشرع لبلوغ الهدف المتعلق بتبليغ الحكم بعقوبة المنفعة العامة بطريقتين، فالملف يبلغ لقاضي تطبيق العقوبة من طرف كتابة الضبط وتشعر النيابة العامة بذلك، كما يبلغ له من طرف النيابة العامة، الشيء الذي نرى معه ضمانا لفعالية هذه العقوبة البديلة⁴⁴⁵.

أما إذا كان المحكوم عليه موجود رهن الاعتقال، فقد خوله المشرع إذ هو تنازل عن استثنائه، الحق في أن يطلب من المحكمة تنفيذ عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة، ففي هذه الحالة تحيل النيابة العامة ملف المحكوم عليه لقاضي تطبيق العقوبة لإصدار قرار يقضي بتنفيذ هذه العقوبة البديلة حسب المادة 2-647 من مسودة قانون المسطرة الجنائية.

كما خول المشرع للنيابة العامة أيضا صلاحية إبداء وجهة نظرها في البرامج التي يعدها قاضي تطبيق العقوبة والذي يتعين عليه أن يحيل عليها نسخة منه، كما تتلقى التقارير تعدها المؤسسة المستقبلية التي يؤدي العمل لأجل المنفعة العامة لديها، وذلك في حالة ما إذا أنهى المحكوم عليه تنفيذ العمل أو انقطع عنه أو رفض القيام به⁴⁴⁶. وفي إطار تتبع النيابة العامة لعملية التنفيذ، فإنه يمكن لوكيل الملك، أن يقوم بزيارة تفقدية للمحكوم عليهم الذي يقضون عقوبة العمل لأجل المنفعة العامة، وينجز على إثر ذلك تقريرا يحيل نسخة منه لقاضي تطبيق العقوبة، ويمكنه كذلك تكليف موظفي من كتابة الضبط أو أحد الموظفين المكلفين بالمساعدة الاجتماعية داخل المحاكم للقيام بهذه الزيارة وإعداد تقرير بشأنها.

وفي الأخير فإن الاتجاهات المعاصرة للسياسة الجنائية في العقوبة تهدف للتخفيف من أزمة السياسة العقابية و التخفيف من اكتظاظ السجون وظاهرة العود، ومن جهة مواكبة التغيير الذي تعرفه الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ومن هنا فقد عمدت التشريعات إلى تبديل بعض العقوبات وألغت مجموعة من العقوبات مع مراعاة وجود توازن وناسب بين القيم والمصالح المتطورة والمتغيرات داخل المجتمع وبين الحقوق والحريات الفردية.

⁴⁴⁴ المادة 7-647 من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية.

⁴⁴⁵ عبد الفتاح لغزالي: العقوبات البديلة - العمل لأجل المنفعة العامة نموذجا، دراسة على ضوء بعض القوانين المقارنة ومسودة القانون الجنائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية: 2014 - 2015، ص: 95.

⁴⁴⁶ الفقرة الثانية من المادة 6-647 من مسودة قانون المسطرة الجنائية.

تكوين اتفاق التحكيم الداخلي

د. ناصر فتيحة

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة وهران 2 محمد بن احمد
- الجزائر -

د. عيمور رشيد

دكتوراه ل.م.د
تخصص القانون الإقتصادي الخاص
مخبر القانون الإقتصادي و البيئة

الملخص:

يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08 الصادر بتاريخ 25 أبريل 2008 الذي ألغى قانون الإجراءات المدنية بتاريخ 08 جوان 1966 في كتابه الخامس "الطرق البديلة لحل المنازعات من الصلح والوساطة إلى التحكيم".

خصص المشرع الباب الثاني من هذا الكتاب الخامس "للتحكيم الداخلي" فتناول في الفصل الأول من هذا الباب "اتفاقيات التحكيم" ابتداء من المادة 1006 إلى المادة 1018.

تعرف المادتين 1007 و1011 اتفاق التحكيم بأنه اتفاق الطرفين لعرض النزاعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن عقد على التحكيم.

كما تبين أن اتفاق التحكيم عقد ككل العقود يتكون بشروط عامة وهي الرضاء، المحل، السبب، وشروطا خاصة وهي كتابة اتفاقية التحكيم، تحديد موضوع النزاع وأهلية الأطراف وإلا كان اتفاق التحكيم باطلا بطلانا مطلقا.

الكلمات المفتاحية:

الإجراءات المدنية والإدارية، التحكيم الداخلي، اتفاقيات التحكيم، عقد على التحكيم، النزاع.

Résumé :

La loi n°08-09 du 25 février 2008 de procédure civile et administrative abrogeant la loi de procédure civile du 08 juin 1966 comporte dans son livre V « des modes alternatifs de règlement des litiges ».

Le législateur a prévu dans le titre II du livre V « de l'arbitrage » et dans son chapitre I « des conventions d'arbitrage » a partir de l'article 1006 à l'article 1018.

Le chapitre I traite dans la section 1 de « la clause compromissoire » et dans la section 2 « du compromis ». L'articles 1007 et 1011 définissent la « convention d'arbitrage » comme étant la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage un litige né ou un litige qui pourrait naître à ce contrat.

De même qu'il ressort de ces différents texte que la convention d'arbitrage est un contrat comme tout contrat qui se forme par des conditions générales : consentement, objet et la cause et par des conditions spéciales de validité qui sont : l'écrit de la convention arbitrale et la capacité des parties.

Mots clés :

L'arbitrage, clause compromissoire, convention d'arbitrage, arbitrage interne, litige

المقدمة:

صدر أول قانون للإجراءات المدنية بالجزائر، في ظل نظام الاشتراكي بتاريخ 08 جوان 1966⁽⁴⁴⁷⁾ لكن اعتناق الجزائر نظام اقتصاد السوق سنة 1988، في ظل العولمة الاقتصادية، القائم على مبدأ "حرية التجارة والصناعة"⁽⁴⁴⁸⁾ الذي أدى إلى اتساع نطاق العقود الداخلية والعقود الدولية، دفع بالمشروع أن يعدل ويتمم أحكام الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الصادر بتاريخ 08 جوان 1966 بأحكام المرسوم التشريعي رقم 93-03 الصادر بتاريخ 25 أبريل 1993⁽⁴⁴⁹⁾.

جاء هذا الأخير ليطبق أحكام دستور 1989 الذي يتبين منه الاتجاه الليبرالي للنظام الاقتصادي الجزائري وانتهاء مرحلة النظام الاشتراكي.

لتنماشى هذه القوانين ومعطيات الواقع الذي نعيشه ومسايرة لدستور سنة 1996 الذي ينص صراحة على أن "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون"⁽⁴⁵⁰⁾ ومسايرة كذلك للاتجاهات الحديثة في التحكيم ألغى المشروع الجزائري قانون الإجراءات المدنية القديم لسنة 1966⁽⁴⁵¹⁾. ووضع قانون جديد للإجراءات المدنية والإدارية بتاريخ 25 أبريل 2008⁽⁴⁵²⁾. يتضمن هذا الأخير في كتابه الخامس "الطرق البديلة لحل المنازعات من الصلح والوساطة إلى التحكيم".

خصص المشروع الجزائري الباب الثاني من الكتاب الخامس "للتحكيم الداخلي". فتناول في فصله الأول "اتفاقيات التحكيم" ابتداء من المادة 1006 إلى المادة 1018. ويؤكد على أهمية التحكيم دستور سنة 2016 الذي جاء بعد جديد هو حرية الاستثمار خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية⁽⁴⁵³⁾.

لمعرفة معنى مختلف هذه النصوص، نتساءل كيف ينعقد اتفاق التحكيم الداخلي؟ للإجابة على هذا الإشكال، نتطرق في القسم الأول إلى "الشروط العامة لانعقاد اتفاق التحكيم الداخلي"، ثم نتطرق في القسم الثاني إلى "الشروط الخاصة لانعقاد اتفاق التحكيم الداخلي".

1- الشروط العامة لانعقاد اتفاق التحكيم الداخلي

تستوجب دراسة الشروط العامة لصحة اتفاق التحكيم الداخلي التطرق قبل كل شيء إلى تعريف اتفاق التحكيم الداخلي (أ) لكي يمكننا أن نتطرق إلى الشروط العامة المكونة له (ب).

⁽⁴⁴⁷⁾ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المعدل والمتمم المتضمن قانون الإجراءات المدنية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 48.

⁽⁴⁴⁸⁾ كرس مبدأ حرية التجارة والصناعة صراحة دستور سنة 1996 المعدل والمتمم في مادته 37 التي تنص على أنه: "حرية التجارة والصناعة مضمونة تمارس في إطار القانون" ج ر ج العدد 76.

⁽⁴⁴⁹⁾ المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 25/04/1993.

⁽⁴⁵⁰⁾ دستور 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 08 ديسمبر 1996، العدد 76، المعدل والمتمم.

⁽⁴⁵¹⁾ السالف الذكر.

⁽⁴⁵²⁾ القانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، ص3.

⁽⁴⁵³⁾ المادة 43 من دستور سنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج ر ج العدد 14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016 المتضمن بتعديل دستور سنة 1996 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438، ج ر ج العدد 96.

أ- تعريف اتفاق التحكيم الداخلي:

يعرف الفقه والقانون اتفاق التحكيم الداخلي لكن لا يكتمل هذا التعريف إلا بدراسة الطبيعة القانونية التي تستخلص من تعريفه.

1- التعريف الفقهي والقانوني لاتفاق التحكيم:

حسب ما يتفق عليه جل الفقه التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم، وقد يكون هذا الاتفاق بندا في العقد ويسمى شرط التحكيم (la clause compromissoire)، وقد يكون بعد قيام النزاع بين الخصوم ويسمى اتفاق التحكيم (le compromis)⁽⁴⁵⁴⁾.

وحسب الفقيه فوشار (Fouchard) اتفاق التحكيم يشمل من جهة شرط التحكيم (la clause compromissoire) وهو الشرط المنصوص عليه في العقد لفصل أي نزاع يمكن أن يقع بسبب هذا العقد عن طريق التحكيم، ومن جهة أخرى، اتفاق التحكيم (le compromis d'arbitrage) والذي هو اتفاق بين الأطراف لإخضاع النزاع اللاحق لإبرام العقد إلى محكمة أو هيئة تحكيمية⁽⁴⁵⁵⁾.

يفهم من التعريف الفقهي إن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على تسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما من تنفيذ عقد معين عن طريق التحكيم.

رجح جل الفقه هذا التعريف لاتفاق التحكيم⁽⁴⁵⁶⁾. ويرى الفقه أن شرط التحكيم هو الأكثر استعمالاً خاصة في العقود الدولية وأن هذا الشرط هو "حجر الأساس الذي يقوم عليه الصرح التحكيمي"⁽⁴⁵⁷⁾.

فما هو موقف القانون من تعريف اتفاق التحكيم؟

تعرف بعض القوانين العربية⁽⁴⁵⁸⁾ اتفاق التحكيم بأنه اتفاق الطرفين لعرض النزاعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن عقد على التحكيم.

⁽⁴⁵⁴⁾ إشراف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 223 وما بعدها.

⁽⁴⁵⁵⁾ Ph.Fouchard, l'arbitrage commercial international, Dallos, Paris, 1986, p53.

محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ج الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، س 1995، ص 77.

⁽⁴⁵⁶⁾ En ce sens Berthold Goldman, Arbitrage commercial international, Cd tint Fox 586-1, 1989, p.

- E.Gaillard, arbitrage commercial international, J.CL d tint, 1994, n°8, p.

- Ph.Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Delta, Paris, 1996, p

- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1988، ص 15 وما بعدها.

- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم دار النهضة العربية، 1984، ص 75 وما بعدها.

⁽⁴⁵⁷⁾ إشراف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق ذكره، ص 225.

⁽⁴⁵⁸⁾ القانون المصري رقم 27 الصادر بتاريخ 1994، المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المادة 10 منه تنص على أنه: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

لم تعرف الكثير من الدول العربية⁽⁴⁵⁹⁾ ومن بينها الجزائر اتفاق التحكيم بنص خاص حيث اكتفى المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر بتاريخ 25 فبراير من سنة 2008 الساري المفعول بتاريخ 23 أبريل 2009 في الفصل الأول منه الذي خصصه "لاتفاقيات التحكيم" من الباب الثاني المعنون "بالتحكيم" إلى تعريف، من جهة، الشرط التحكيمي في المادة 1007 بقوله: "هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه⁽⁴⁶⁰⁾، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم". وتعريف، من جهة أخرى، اتفاق التحكيم في المادة 1011 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم".

وفي نظرنا بهذين التعريفين اللذين ضمهما المشرع في الفصل الثاني تحت عنوان "اتفاقيات التحكيم" قد عرف اتفاق التحكيم بصورة غير مباشرة. وهذا ما تؤكد لنا المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد خاصة الفقرة الأولى منها التي تنص على أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

وبتقريب المادة 1040 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالمادتين 1007 و1011 من نفس القانون في رأينا أن المشرع لا يختلف في تعريفه لاتفاق التحكيم الداخلي والدولي. وفي هذا الاتجاه كل من القانون المغربي والقانون الفرنسي حيث يتضح من النصوص القانونية أن المشرع المغربي والفرنسي عرفا التحكيم في صورتين اتفاق التحكيم⁽⁴⁶¹⁾ (le compromis) وشروط التحكيم⁽⁴⁶²⁾ (la clause compromissoire). ويتضح من النصوص المقدمة أن القانون الجزائري والمغربي والفرنسي قد اعتمد التمييز بين اتفاق التحكيم وشرط التحكيم وعرف التحكيم في صورتيه اتفاق التحكيم وشرط التحكيم.

كما نلاحظ أن هذه القوانين اتجهت اتجاها حديثا في تعريفها لشرط التحكيم (la clause compromissoire) واتفاق التحكيم (le compromis) مما جعل هذه التعاريف تتفق بما جاءت به اتفاقية نيويورك⁽⁴⁶³⁾ المتعلقة باعتماد وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي في تسميتها لصور اتفاق التحكيم: "شرط التحكيم" و"اتفاق التحكيم"⁽⁴⁶⁴⁾.

- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين....

- كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية....".
⁽⁴⁵⁹⁾ القانون اللبناني، الأردني، السعودي، السوداني، المغربي وغيرهم، أنظر مقال نور الدين بكلي، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية، المجلة القضائية العدد الخاص، الجزء 1، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة والصلح والتحكيم، سنة 2009، ص264.
⁽⁴⁶⁰⁾ تنص المادة 1006 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.
 - ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.
⁽⁴⁶¹⁾ أما اتفاق التحكيم، تعرفه المادة 114 من القانون المغربي والمادة 1447 من القانون الفرنسي بأنه الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه أطراف نزاع معين قائم بإخضاعه إلى محكم أو محكمين للفصل فيه.

⁽⁴⁶²⁾ فيما يخص الشرط التحكيمي، المادة 316 القانون المغربي والمادة 1442 من قانون المرافعات المدنية اللتان عرفتا الشرط التحكيمي بأنه الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه أطراف عقد معين على عرض ما قد ينشأ من منازعات بخصوصه إلى التحكيم.
⁽⁴⁶³⁾ اتفاقية نيويورك المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة بتاريخ 15 جوان 1958 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 8 جوان 1959.

⁽⁴⁶⁴⁾ Ph.Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman, traité de l'arbitrage commercial international, Dallos, Paris, 1986, p290 et s.

وإن كانت اتفاقية نيويورك في تعريفها لاتفاق التحكيم جمعت بين الصورتين اتفاق التحكيم وشرط التحكيم على عكس القانون الجزائري، المغربي والفرنسي الذي عرف كل صورة على حدى إلا أن الفرق يبدو شكلي وليس جوهري.

تجربنا هذه التعاريف الفقهية والقانونية إلى التساؤل عن الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم؟

2- الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم

إن المشرع الجزائري يعرف كل من شرط التحكيم في المادة 1007 قانون الإجراءات المدنية والإدارية واتفاق التحكيم في المادة 1011 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنهما "اتفاق بين الأطراف".

فما المقصود بهذه العبارة؟

هل هذا معناه إن اتفاق التحكيم عقد ككل العقود؟

يرى جانب من الفقه أنه "مستقل عن العقد... لأنه يمتاز بخصائص يفقدها العقد العادي"⁽⁴⁶⁵⁾.

يرى الفقه الآخر أن اصطلاح العقد والاتفاق لهما نفس المعنى⁽⁴⁶⁶⁾. أي أن اتفاق التحكيم "عقد من العقود أي تصرفا من التصرفات التي تتعد بإرادتين فإنه يلزم لوجود هذا الاتفاق، توافر أركانه وهي الرضا والمحل والسبب. وأنه يلزم لصحة هذا الوجود أن يكون الرضا به صادرا عن أهلية يعتد بها القانون وأن يكون خاليا من العيوب المفسدة له..."⁽⁴⁶⁷⁾.

نتفق مع الرأي الثاني لأن برجعنا إلى الشريعة العامة وبالضبط إلى القانون المدني نجد المشرع يعرف العقد في المادة 54 قانون مدني⁽⁴⁶⁸⁾ بأنه "اتفاق بين الأطراف... أي توافق إرادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني.

هذا التعريف ينطبق على "اتفاق التحكيم" لاسيما أن مكونات العقد: الرضاء، المحل، السبب والشكلية هي نفس مكونات اتفاق التحكيم.

في هذا الصميم المادة 4 من القانون المصري المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية⁽⁴⁶⁹⁾ التي تعرف التحكيم بأنه التحكيم الذي "يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة...". وفي هذا الاتجاه القانون المغربي الذي يسمى "اتفاق التحكيم" "بعقد التحكيم" في المادة 114 من قانون المسطرة المدنية.

ومما سلف نستنتج أن للعقد والاتفاق مدلول واحد وأن اتفاق التحكيم هو عقد ككل العقود له خصائصه تميزه كما لكثير من العقود لها خصائصها تميزها وأنه ينعقد ككل العقود بنفس الشروط العامة التي يجب أن تتوفر فيه وإلا كان باطلا.

⁽⁴⁶⁵⁾ نور الدين بكلي، دور وأهمية التحكيم في العقود التجارية الدولية، مقال بمجلة القضاء، عدد خاص، جزء 1، سنة 2009، ص 270.

⁽⁴⁶⁶⁾ أحمد صالح علي مخلوف، اتفاق التحكيم لتسوية المتزعات التجارية الدولية، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003، ص 37.

⁽⁴⁶⁷⁾ إشراف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 295.

- محمود هاشم، المرجع السابق، ص 95.

⁽⁴⁶⁸⁾ القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

⁽⁴⁶⁹⁾ القانون السالف الذكر.

ب- الرضا، المحل والسبب شروط عامة لانعقاد اتفاق التحكيم الداخلي:

ينعقد اتفاق التحكيم ككل عقد بشروط عامة، هي الرضا، المحل والسبب.

1- الرضا (le consentement):

رضاء المتعاقدين شرط هام في العقد ويقصد به توافق الإرادين وهذا ما تنص عليه المادة 59 قانون المدني الجزائري بقولها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"⁽⁴⁷⁰⁾.

ويقوم اتفاق التحكيم على رضا الأطراف للجوء إلى التحكيم لحل النزاعات الناشئة أو المستقبلية، وإلا كان اتفاق التحكيم باطلا⁽⁴⁷¹⁾. هذا عملا بالقواعد العامة، أي أحكام القانون المدني الجزائري الذي تنص مادته 54 في تعريفها للعقد بأنه توافق إرادتنا أو أكثر على إحداث أثر قانوني.

يفهم من هذه النصوص يجب توافر ركن الرضا لوجود اتفاق التحكيم وأن يكون صادر عن أهلية يعقد بها القانون⁽⁴⁷²⁾، وإلا كان اتفاق التحكيم باطلا بطلانا مطلقا.

2- المحل (l'objet):

تنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري المعدلة بقانون 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"⁽⁴⁷³⁾

ويفهم من نص المادة أن محل الالتزام في العقد إما أن يكون إعطاء أي نقل حق الملكية وإما أن يكون القيام بعمل وإما أن يكون امتناع عن القيام بعمل⁽⁴⁷⁴⁾. وتطبيقا لما سلف إن محل اتفاق التحكيم هي المنازعات الناشئة أو اللاحقة في عقد متصل بحقوق يسمح بشأنها القانون⁽⁴⁷⁵⁾.

وتطبيقا للمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقصد بعبارة "بحقوق يسمح بشأنها القانون أنه يستطيع كل شخص اللجوء إلى التحكيم في حقوقه التي له مطلق التصرف فيها". ومعنى هذا أنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم.

⁽⁴⁷⁰⁾ القانون المدني الجزائري المذكور أعلاه.

- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مطبعة السلام، شبرا، ص130.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، ص135.

⁽⁴⁷¹⁾ قرار المحكمة العليا رقم 5144 بتاريخ 11/11/1978 قضية (د ب) ضد (ب-ل)، المجلة القضائية الجزائرية، 1990.

⁽⁴⁷²⁾ المادة 40 قانون المدني الجزائري تنص على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يجبر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

⁽⁴⁷³⁾ القانون المدني الجزائري المذكور سالفا.

⁽⁴⁷⁴⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص137.

⁽⁴⁷⁵⁾ تنص المادة 1006 إجراءات المدنية والإدارية الجديدة على أنه:

"يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في... أو في إطار الصفقات العمومية".

أما الأشخاص المعنوية العامة فلا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم لحل نزاعها إلا في ما تبرمه من عقود اقتصادية دولية أو فيما يتعلق بالصفقات العمومية.

3- السبب:

يقصد بالسبب الباعث الدافع للتعاقد⁽⁴⁷⁶⁾.

وهذا ما تنص عليه المادة 2/98 قانون مدني جزائري بقولها: "يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

ويفهم من نص المادة أن السبب شرط من شروط انعقاد العقد ويجب أن يكون مشروعاً وإلا بطل العقد بطلانا مطلقاً. فسبب إبرام اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف بحسن نية على حل نزاعهم عن طريق التحكيم.

ويرى الفقيه "نور الدين بكلي" أن "سبب إبرام اتفاق التحكيم هو اللجوء إلى التحكيم لعدالة خاصة لما فيها من مميزات وتفادي قضاء الدولة لما فيه من تعقيدات إجرائية ووقتيّة، ولما يحققه من سرية مطلوبة ويديره متخصصون في مجال التجارة الدولية، مع فرض حسن النية"⁽⁴⁷⁷⁾.

يفهم مما سلف أن سبب اتفاق التحكيم يجب أن يكون موجوداً أو مشروعاً وإلا بطل اتفاق التحكيم بطلانا مطلقاً. كما يجب، بجانب هذه الشروط العامة، توافر شروط خاصة لانعقاد اتفاق التحكيم.

II- الشروط الخاصة لانعقاد اتفاق التحكيم الداخلي:

يقصد بالشروط الخاصة لانعقاد اتفاق التحكيم الوطني شروط المنصوص عليها في النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم وهي: كتابة اتفاقية التحكيم، تحديد موضوع النزاع، أهلية أطراف اتفاقية التحكيم (أ) والمحكومون (ب).

أ- كتابة اتفاقية التحكيم، تحديد موضوع النزاع وأهلية الأطراف:

1- كتابة اتفاقية التحكيم:

نتساءل: هل الكتابة تعد ركناً لانعقاد اتفاق التحكيم أم هي مجرد وسيلة لإثباته؟

حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد إن اتفاقية التحكيم شكلية أي أن الكتابة شرط لوجودها وبدونها لا تتم.

وهذا ما تنص عليه المادة 1008 في شأن شرط التحكيم بقولها "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".

⁽⁴⁷⁶⁾ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مطبعة السلام، شيرا، ص284 يرى "السبب أنه ركن في إرادة الالتزام".

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص414. يرى: "السبب عنصر في الالتزام العقدي".

⁽⁴⁷⁷⁾ نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص274.

وما تنص عليه المادة 1012 قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقرة الأولى بقولها: "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا". ويفهم من النصين أن الكتابة شرط من شروط انعقاد كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم وليس وسيلة للإثبات. ويجب الإشارة إلى أن البطلان الشرط التحكيم لا يؤدي إلى بطلان العقد بل وحده شرط التحكيم هو الذي يعتبره وكأن لم يكن⁽⁴⁷⁸⁾.

وفي هذا الاتجاه الكثير من التشريعات كالتشريع المصري المادة 12 من القانون رقم 25 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية التي تنص على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا"، والقانون المغربي المادة 357 منه.

والقانون الفرنسي المادة 1443 من قانون المرفعات التي حسبها يبطل شرط التحكيم إذا لم يكن مكتوبا. ويتضح مما تقدم من النصوص يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإن الكتابة ليست وسيلة من وسائل إثباته وإنما هي ركنا لانعقاده وإلا بطل اتفاق التحكيم بطلانا مطلقا لأنه متعلق بالنظام العام. وهكذا تتطابق هذه التشريعات مع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 حيث تنص المادة 2 منها⁽⁴⁷⁹⁾ التي حسبها الكتابة ركن لانعقاد اتفاق التحكيم يترتب عن تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا ولا يمكن اعتباره وسيلة من وسائل الإثبات.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ماذا يقصد المشرع بالكتابة؟ هل الكتابة الرسمية أو المحضر الموقع أمام المحكمين أو يقصد بها مجرد الكتابة العرفية؟.

وفي رأينا المشرع لم يشترط للكتابة شكلا خاصا بل ترك المجال واسعا، ومن تم إذا الكتابة يمكن أن تكون بعقد رسمي أو عرفي أو بمحضر يحرر أمام المحكمين أو الهيئة التحكيمية المختارة.

وفي هذا الاتجاه جاءت المادة 313 من قانون المسطرة المغربي التي تنص على أنه: "وعملا بما جاءت به المادة 2، الفقرة الثانية من اتفاقية نيويورك قد يكون الاتفاق الكتابي في صورتين :

- أ- إفراغ اتفاق التحكيم في وثيقة موقع عليها من الأطراف.
- ب- أو وجود تبادل المستندات كتابية بين الأطراف يفيد قبولهم للتحكيم".

2- تحديد موضوع النزاع في التحكيم الداخلي

حسب قانون التحكيم الداخلي يجب أن يحدد اتفاق التحكيم موضوع النزاع المقصود عرضه على التحكيم.

ويقصد بالنزاع الادعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم، وهذا ما تنص عليه المادة 1012 قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقرة 2 بقولها: "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع...".

⁽⁴⁷⁸⁾ عبد الباسط محمد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم المكتوب الجامعي الحديث الإسكندرية، 2005، ص 156.

- نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 277.

⁽⁴⁷⁹⁾ اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة في نيويورك بتاريخ 15 يونيو 1958 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 8 يونيو 1959.

ويفهم من نص المادة أن الامتناع عن تحديد موضوع النزاع يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم.

كما لا يجوز أن يكون موضوع النزاع مخالفا لما جاءت به المادة 1006 قانون الإجراءات المدنية والإدارية أي لا يكون موضوع النزاع من المواضيع التي يرفض النظام العام التحكيم فيها وإلا كان اتفاق التحكيم المتضمن لهذا النزاع باطلا وكأنه لم يكن. وهذا ما تنص عليه المادة 1006 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم.

لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا... في إطار الصفقات العمومية".

كما يفهم أن على المحاكم التحكيمية التقيد بموضوع النزاع المحدد⁽⁴⁸⁰⁾ أي أنها لا تتجاوز حدود الوقائع التي يتكون منها موقف كل من الأطراف كما هو منصوص عليه في اتفاق التحكيم⁽⁴⁸¹⁾ أي على المحكم أن يفصل في حدود ما يطلبه الأطراف لا أكثر ولا أقل.

ومن هذا الاتجاه ما جاءت به المادة 1/315 من قانون المسطرة المغربي التي تنص على أنه "يجب أن يتضمن عقد التحكيم تحت طائلة البطلان: "تحديد موضوع النزاع...."⁽⁴⁸²⁾.

3- الأهلية في التحكيم الداخلي:

تنص المادة 1006 قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقرة 1 على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

يفهم من نص المادة أن القانون يشترط أهلية التصرف وهي 19 سنة كاملة حسب ما جاءت به المادة 40 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁸³⁾ وليس مجرد أهلية التقاضي وإدارة الحقوق.

كما أصبحت للأشخاص المعنوية العامة أهلية التحكيم في الصفقات العامة أي الأشغال العامة بحكم المادة 1006 قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقرة 3 التي تنص على أنه: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا... في إطار الصفقات العمومية".

ويفهم من نص المادة أن الدولة والولايات والبلديات والمؤسسات العامة ذات الصبغة الإدارية لها أن تطلب التحكيم في الأشغال العامة الداخلية التي أصبحت قابلة للتحكيم الداخلي.

⁴⁸⁰- J.Robjert : l'arbitrage, p94.

⁴⁸¹ قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف ذكره.

⁴⁸² عبد الحميد الأحديب، السالف ذكره، ص 56-57 "يبطل موضوع النزاع اتفاق التحكيم إذا ما اختص المحاكم القضائية".

- Juris-classeur procédure civile, Fasc, p6-7, n°16 à 24.

⁴⁸³ في هذا الاتجاه المادة 317 فقرة 2 من قانون المسطرة المغربي.

وهذا ما تؤكد المادة 975 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيمها إلا في الحالات الواردة... في مادة الصفقات العمومية" والأشخاص المذكورة في المادة 800 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: الدولة، الولاية، البلدية وإحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

وتنص المادة 1010 على أنه: "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية".

ويفهم من نص المادة أن الشخص الطبيعي الذي أسند إليه مهمة التحكيم لا تكون له الأهلية إذا كان محجوراً عليه أي إذا كان ممنوعاً بالقضاء من ممارسة حقوقه المدنية، وهذا ما تنص عليه المادة 40 قانون مدني جزائري.

إذن لا يكون المحكم أهلاً للتحكيم في ممارسة حقه المخول له بحكم المادة 1014 قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر.

ب- المحكمون:

1- تشكيل هيئة التحكيم: تعيينهم وعددهم

أوجب المشرع الجزائري تعيين المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو اتفاقاً واعتبره شرطاً أساسياً لوجوده يترتب على مخالفته البطلان. وهذا ما تنص عليه المادة 2/1008 لشرط التحكيم بقولها: "يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم"⁽⁴⁸⁴⁾. وتنص عليها المادة 2/1012 بقولها: "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان.. أسماء المحكمين وكيفية تعيينهم". ويفهم من النصين لقانون التحكيم الداخلي الجديد أن سلطان الإدارة يعين المحكمين أو يحيل على نظام تحكيمي تعيين المحكمين.

كما يفهم من النصين أن المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم شرط من شروط اتفاقيات التحكيم يترتب على مخالفته البطلان.

وحسب المادة 1009/ قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا اعترضت تشكيل محكمة التحكيم صعوبة يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل لتنفيذه. وحسب الفقرة الثانية من نفس المادة إذا كان شرط التحكيم غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم أو كان باطلاً، يعين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأول وجه للتعيين. وتنص المادة 1017 من قانون التحكيم الداخلي على أنه: "تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي". ويفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري اختار الطبيعة القضائية لحسم النزاع الخاضع للتحكيم⁽⁴⁸⁵⁾.

وحسب المادة 1013 قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكن للأطراف الاتفاق على التحكيم أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية. ويفهم من هذا أن النزاع الخاضع للمحكمة القضائية للدولة مهما كانت درجته يمكن توجيهه إلى التحكيم⁽⁴⁸⁶⁾.

⁽⁴⁸⁴⁾ قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف ذكره.

⁽⁴⁸⁵⁾ في هذا الاتجاه عبد الحميد الأحدث، المرجع السابق، ص75.

⁽⁴⁸⁶⁾ عبد الحميد الأحدث، المرجع السابق الذكر، ص56-57.

2- المحكم شخص طبيعي أو معنوي

تنص المادة 1014 فقرة 2 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم".

يفهم من النص المادة أن الشخص المعنوي تنحصر مهمته في تسمية محكم أو محكمين من أعضائه.

فإذا، حالت اتفاقية التحكيم على الفصل في النزاع مثلا على غرفة التجارة فإن هذه الأخيرة تنحصر مهمتها في تسمية تجار من أعضائها محكمين. وهذا على خلاف ما جاء به القانون الفرنسي بحيث نقابة المحامين أو الغرفة التجارية إذا أحال شرط التحكيم الفصل في النزاع، فإنها تسمى المحكمين ليسوا بالضرورة من أعضائها وتضع إجراءات المحاكمة التحكيمية⁽⁴⁸⁷⁾.

3- شروط قبول المحكم مهمته:

تنص المادة 1015 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم".

ويفهم من نص المادة أن رضا المحكم بقبول المهمة المسندة إليه شرط من شروط صحة تشكيل محكمة التحكيم وبدونها لا تتشكل محكمة التحكيم، وأن للمحكم حق الرفض وإذا رفض عين القضاء غيره المادة 1012 قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقرة 3.

4- رد المحكم:

تنص المادة 1015 قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقرة 2 على أنه: "إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم".

فما هي الأسباب التي يمكن أن يرد بها المحكم؟⁽⁴⁸⁸⁾.

حسب المادة 1016 يمكن رد المحكم للأسباب الآتية:

- 1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
- 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم اتفق عليه الأطراف.
- 3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاله لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.

وتوجب نفس المادة السالفة الذكر إبلاغ المحكمة التحكيمية والطرف الآخر بسبب الرد⁽⁴⁸⁹⁾. من يفصل في طلب الرد؟.

⁽⁴⁸⁷⁾ قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف ذكره.

⁽⁴⁸⁸⁾ عبد الحميد الأحمدي، المجلة التحكيمية، 2009، العدد 2، ص 75.

⁽⁴⁸⁹⁾ المادة 5/1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، السالف الذكر.

تجيب عن هذا التساؤل الفقرة 6 من المادة 1016 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "في حالة، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كفاءات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل. هذا الأمر غير قابل لأي طعن". ويفهم من نص المادة أن أسباب الرد يمكن تسويتها إما بما اتفق عليه الأطراف من تسوية أو ما يتضمن نظام التحكيم من تسوية. إذا لم يتسع الحل بطريقتين يفصل القاضي بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل.

ويستنتج مما سبق أن أسباب الرد ليست من النظام العام وأن الأمر الصادر من القاضي لتسوية نزاع الرد لا يمكن للطرف المتضرر أن يطعن فيه.

الخاتمة:

وفي الختام يمكن القول بأن المشرع الجزائري خطا خطوة جيدة في التشريع الجديد لما حظيت به اتفاقيات التحكيم من اهتمام.

لقد خصص لكل من "شرط التحكيم" و"اتفاق التحكيم" بقسم خاص لما لهما من أهمية في نظام التحكيم. فاعتبر اتفاقيات التحكيم عقد ككل العقود له خصوصياته.

يتضح لنا مما درسنا أن اتفاق التحكيم أو اتفاقيات التحكيم كما سماه المشرع الجزائري هو الأساس الذي يبنى عليه نظام التحكيم.

فهي الوسيلة الحديثة البديلة لحل النزاعات بين الأطراف التي تسهل الوصول للحق مراعاة لمصالح الأطراف بأقل كلفة وبسرعة أعلى بالنسبة للإجراءات القضائية العادية، فهي تحقق العبيء عن المحاكم في القضايا الشخصية التي لا تمس النظام العام.

دراسة في المقننات الجديدة الضابطة لعمل البنوك الإسلامية في موريتانيا على ضوء التجربة المغربية

دكتور في الحقوق

دكتور في الحقوق

مقدمة:

عرفت موريتانيا البنوك الإسلامية منذ العام 1985 من خلال بنك البركة الإسلامي، بنك الوفاء حاليا، إلا أن الاعتماد الذي مُنح لبنك البركة والبنوك الإسلامية التي دخلت السوق لاحقا، لم يكن يراعي خصوصيتها الإسلامية، نظرا للمنع الصريح الوارد في المادة 20 من قانون مؤسسات القرض التي تنص بالحرف على أنه لا يجوز لمؤسسات القرض أن تقوم لحسابها الخاص أو لحساب الغير بنشاطات زراعية أو صناعية أو تجارية... إلا إذا كانت هذه النشاطات ضرورية أو مرتبطة بتحصيل ديونها.

وبعد انتظار دام ما يربو على الثلاثة عقود جاءت المقننات الجديدة خلال العام 2018 بعد تعديل قانون مؤسسات القرض لإدماج المنتجات المالية الإسلامية المختلفة عن التمويل التقليدي، كما أتى تعديل القانون المتضمن النظام الأساسي للبنك المركزي من أجل استحداث لجنة مراقبة خارجية تمارس مهمة مطابقة أنشطة البنوك الإسلامية مع المقننات الشرعية. وقد اعتمد المشرع الموريتاني على غرار المغربي مقارنة الإدماج من أجل خلق انسجام داخل الحقل البنكي، وهي ذات المقاربة التي اعتمدها المشرع المغربي وتجلت في مظاهر عدة أجملها في نقاط:

- إدماج المقننات الضابطة لعمل البنوك الإسلامية في صلب القانون البنكي
- منح التراخيص لبنوك تشاركية برؤوس أموال مملوكة في معظمها لبنوك تقليدية في المغرب.
- انخراط البنوك الإسلامية إلى جانب البنوك التقليدية في ذات الجمعيات المهنية
- الانتساب لصندوق واحد لضمان الودائع مع اختلاف بين التشريعين⁴⁹⁰

وهي المقاربة التي تخدم التنافسية وتوفر للبنوك الإسلامية جوا يمكنها أن تنمو فيه وتنضج بعيدا عن الضربات التي كان بالإمكان أن تواجهها من خصمها التقليدي القوي والمتمكن. مقارنة الإدماج هذه التي اعتمدها المشرع الموريتاني مؤخرا أتت بعد الهبة التي عرفتها المالية الإسلامية على مستوى المملكة والتي تمخضت عن تعديلات قانونية واستحداث الهيئات الرقابية والتنظيمية الضرورية لضمان نجاح التجربة، ويبدو جليا تأثير المشرع الموريتاني بالمغرب وهو ما سنلتمسه عند مقارنة المقننات، وهو استمرار لمنهج التأثر الواضح في المدونة التجارية وقانون الالتزامات والعقود الموريتاني.

⁴⁹⁰ فبالإضافة إلى انسجامها في صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية تلزم هذه البنوك بالانضمام للصندوق الجامع المعني بضمان الودائع البنكية والمسمى في قانون مؤسسات الائتمان بالصندوق، بينما لا وجود في التشريع الموريتاني نص على صندوق خاص بالبنوك الإسلامية ما يعني الاكتفاء بصندوق واحد تنسجم فيه كافة البنوك العاملة على أرض الجمهورية الإسلامية الموريتانية.

ونقف هنا على إيجابيات مقارنة الإدماج:

أ. عدم تشتيت المقتضيات المنظمة للمجال البنكي، على اعتبار أن حقبة القطيعة ومناصبه العداء بين النظامين أصبحت متجاوزة، لكونها لا تخدم النظامين وخصوصا البنوك الإسلامية لأنها تدخل على نظام ضارب في القدم اكتسب قوته ومكانته مع الزمن.

ولكون البنوك بغض النظر عن طبيعتها تمارس نفس الأنشطة من الناحية الشكلية من قبيل الإيداع وتقديم التمويل مع اختلاف الآليات المعتمدة.

فالبنوك التقليدية تعتمد آلية واحدة هي القرض بالفائدة في حين تعتمد البنوك الإسلامية آليات متعددة تصل إلى ست عشرة آلية للتمويل من قبيل المرابحة والإيجار والمشاركة... وقد نص المشرعين المغربي⁴⁹¹ والموريتاني⁴⁹² على الستة المعروفة. وترك الباب مفتوحا أمام باقي المنتجات مع شرط المطابقة مع المقتضيات الشرعية والمقتضيات المنصوصة في القانون البنكي.

ب. وحدة الجهة الوصية على المجال في كلا النظامين وهي البنك المركزي الذي ينهض بمهمة الرقابة والإشراف، من خلال هيئاته مع اختلاف في طبيعة التعامل مع النظامين نظرا للطبيعة المختلفة، وفي إطار الرقابة الشرعية فقد منحها القانون المغربي للمجلس العلمي الأعلى في حين أبقى عليها موريتانيا في دائرة اختصاص البنك المركزي من خلال لجنة مستحدثة لهذا الغرض.

ومن تجليات الإدماج كذلك الترخيص للبنوك التقليدية بممارسة الصيرفة الإسلامية من خلال فروع أو شبائيك إسلامية نص القانون الموريتاني بهذا الخصوص على مقتضيات ظاهرها المحافظة على أسلمة تلك العمليات واستقلالها استقلالاً مالياً تاماً عن البنك الأصيل، حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 40 من قانون مؤسسات القرض الموريتانية على أنه "تمنح الشبائيك الإسلامية مخصصات من رأس المال وتتمتع باستقلالية تمكنها من فصل أنشطتها كلياً عن الأنشطة التقليدية لمؤسسات القرض المعنية".

وتجسيدا لمسيرة الإدماج أتى النص صراحة على سريان القانون البنكي على البنوك الإسلامية فيما عدا الحالات التي أتى النص عليها في القسم الثالث من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها بعنوان "البنوك التشاركية"، ويقابلها الباب الثالث من قانون مؤسسات القرض الموريتاني تحت عنوان "المالية الإسلامية".

وفي هذه الورقة أتناول المقتضيات المستحدثة من خلال القانون 034.2018 المعدل للنظام الأساسي للبنك المركزي والمنشئ لهيئة المطابقة الشرعية (المحور الأول)، قبل الخوض في المقتضيات الجديدة المدمجة في القانون رقم 036.2018 المنظم لمؤسسات القرض في موريتانيا (المحور الثاني).

⁴⁹¹ المادة 58 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها " يمكن البنوك التشاركية أن تمول العملاء، بواسطة المنتجات التالية على الخصوص (عددت المادة المنتجات: المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم والاستصناع)

⁴⁹² المادة رقم 36 من م ق م ق " يمكن للبنوك الإسلامية المعتمدة أن تمول زبائنها بواسطة كل المنتجات المطابقة لضوابط الشريعة وخاصة المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم والاستصناع.

المحور الأول-استحداث هيئة المطابقة مع أحكام الشريعة

تم سن القانون رقم 034.2018 ويتضمن النظام الأساسي للبنك المركزي الموريتاني، ويهدف حسب المادة الأولمته إلى تحديد مهام وأهداف وصلاحيات وأدوات وعمليات البنك المركزي الموريتاني المنشأ⁴⁹³ بموجب القانون رقم 118/73 الصادر بتاريخ 30 مايو 1973 الذي يلغي ويحل محل القانون رقم 004-2007 الصادر بتاريخ 12 يناير 2007).

وقد أتت هذه التعديلات للمواءمة مع قانون مؤسسات القرض الذي تم تعديله مؤخرا من أجل إدخال المقننات الضابطة لعمل البنوك الإسلامية ولتكتمل الصورة، حيث يتطلب الاعتراف بالبنوك الإسلامية احترام خصوصيتها الأبرز المتمثلة في استحداث هيئة للمطابقة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وأدرس في هذا المحور تشكيلة هذه الهيئة -أولا- قبل الوقوف على العمل المنوط بها-ثانيا-

أولا-تشكيلة الهيئة:

نصت المادة الثامنة⁴⁹⁴ من هذا القانون على استحداث هيئة سمتها بهيئة المطابقة مع الشريعة الإسلامية، كما نصت على استحداث هيئات أخرى للرقابة والتدقيق.

وهي خطوة هامة أتت بالموازاة مع إصدار القانون البنكي المعروف بقانون مؤسسات القرض والذي تضمن بابا باسم المالية الإسلامية، وهي الخطوة التي تشكل التكامل بين الجوانب التنظيمية والرقابية الأساسية لعمل البنوك الإسلامية.

وتعتبر الرقابة الشرعية أمرا ضروريا في إطار الصيرفة الإسلامية وهو ما جعل كل الأنظمة القانونية تنشأ هيئات من هذا القبيل، وإن كانت لم تعتمد نفس الأسلوب ولم تمنح الهيئة نفس المكانة للنهوض بدورها الهام.

وقد دخلت هذه التعديلات الجديدة من البوابة التي دخلت منها أهم القوانين الموريتانية وهي البوابة الشمالية الغربية وأقصد الشقيقة المغرب، والتي عرفت البنوك الإسلامية مؤخرا باسم مختلف وهو البنوك التشاركية، وقد شكلت لذات الغرض هيئات جديدة من ضمنها هيئة للرقابة الشرعية أسستها باللجنة الشرعية للمالية التشاركية حسب ما ورد في الفصل الخامس

⁴⁹³ تعتبر التجربة المصرفية قصيرة نسبيا، فقد كانت البلاد تابعة في نظامها المالي للبنك المركزي لدول غرب إفريقيا الذي أنشأ سنة 1952 وياشر العمل 1962 يوجد في أفريقيا اتحادين ماليين يرتبطان بعدة مصارف مركزية؛ الأول هو "البنك المركزي لدول غرب أفريقيا (BCEAO)" والثاني هو "بنك دول وسط أفريقيا (BEAC)" تستخدم دول هذين الاتحادين الفرنك الإفريقي في التداولات القانونية.

وأول بنك ظهر على أرض الجمهورية الإسلامية الموريتانية كان البنك الموريتاني للتنمية BMD يناير 1973 وتوالى بعد ذلك ظهور البنوك، ولم يظهر البنك المركزي إلا سنة 1973 بعد استقلال البلاد عن النظام النقدي لدول غرب إفريقيا واتخذت موريتانيا من الأوقية عملة لها وكانت عملية الاستقلال النقدي جريئة جدا ومفيدة لتكوين رأس المال القومي الفتى وحمائته وتتم معادلته على أساس سلة عملات تضم الفرنك الفرنسي والليرة الإيطالية ... قديما قبل ظهور العملة الأوروبية الموحدة

⁴⁹⁴ في إطار الفصل الثاني المخصص لهيئات الحكامة في البنك المركزي، حيث نصت المادة على «تتألف هيئات القرار في البنك المركزي من:

(1) المحافظ ويساعده محافظا مساعدا

(2) المجلس العام

(3) مجلس السياسة النقدية

(4) مجلس الاحتراز والتسوية والاستقرار المالي

للبنك المركزي كذلك لجنة للمطابقة مع ضوابط الشريعة ولجنة للتدقيق ومراقب ومدقق خارجي.

من الظهير الشريف الذي أحدثت بموجبه هذه اللجنة⁴⁹⁵ التابعة للجنة الإفتاء بالمجلس العلمي الأعلى الذي تم تعديل نظامه الأساسي من أجل إنشاء هذه الهيئة.

والاختلاف البارز بين النظامين القانونيين في هذا المجال أن المملكة أوكلت مهمة الرقابة الشرعية -وهو عمل فقهي - إلى المجلس العلمي الأعلى بصفته الهيئة العليا المسؤولة وحدها عن الفتوى على مستوى المملكة، والتي تحظى بمكانة دستورية هامة جدا حيث يتراأس الملك هذا المجلس ويضم في عضويته وزير الأوقاف بالإضافة إلى كبار علماء وفقهاء المملكة. وبالتالي فقد أعطوا القوس باريها ومنحوا الرقابة لأصحابها الذين تعودوا إصدار الفتوى، ولكون المجلس -نظرا لمكانته المعنوية- بمنأى عن التأثير بوسائل الضغط.

أما في موريتانيا فقد بدا الأمر مختلفا حيث تم إلحاق هيئة المطابقة بصفة مباشرة للمجلس العام للبنك المركزي⁴⁹⁶، وهو الجهة التي تحدد السياسات العامة للبنك المركزي والمسؤول الأول عن الجانب الإداري فيه، وبالتالي فهو المسؤول عن اختيار أعضاء الهيئة والمشكلة من خمسة أعضاء لمدة سنتين قابلة للتجديد، وذلك وفق شروط منصوصة:

أ. حسن السيرة والسلوك

ب. التكوين الأكاديمي وهو ما يعني استبعاد غير الأكاديميين

ت. كفاءتهم في مجال المالية الإسلامية والشريعة الإسلامية وهو ما يفيد التخصص في المجال

ث. الخبرة الواسعة في المجال ومختلف المجالات ما يعني أن يكون صاحب ثقافة شمولية

هذا بالإضافة إلى الشروط العامة المنطبقة على أعضاء الهيئات الأخرى من قبيل شرط الجنسية وعدم التعارض وعدم وجود مصلحة في المسائل المعروضة على الهيئة⁴⁹⁷. وقد أحاطهم المشرع بنوع من الاستقلالية، من خلال النص في المادة 33 من القانون 034.2018 أنه لا يجوز لهم أن يقبلوا تعليمات من أي شخص أو هيئة ولا يلحق بهم أي ضرر في سبيل تنفيذ مهامهم.

ولمقارنتها من حيث التشكيلة بنظيرتها المغربية والمسماة بمقتضى القانون المنشئ لها باللجنة الشرعية للمالية التشاركية نجد الأخيرة تشكل من منسق وتسعة أعضاء من العلماء الفقهاء المشهود لهم بالعلم والمعرفة والإلمام بأحكام الشرع والمقاصد، وتستعين على سبيل الاستشارة بخمسة خبراء دائمين ذاتيين أو اعتباريين تحدد وضعيتهم بموجب عقود، ويمكن كذلك الاستعانة بكل شخص على سبيل الاستشارة من ذوي الخبرة والاختصاص قصد تقديم إفادات إلى اللجنة بخصوص القضايا المعروضة.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ - الظهير الشريف رقم 02.15.1 صادر في 28 من ربيع الأول 1436 (20 يناير 2015) بتتيمم الظهير الشريف رقم 300.03.1 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية.

⁴⁹⁶ - تناول المشرع من خلال القسم الثالث وحدد من خلال 19 المهام الكبيرة المنوطة به بصفته الأعلى في البنك ويرأسه استحقاقا السيد محافظ البنك المركزي ومساعدته بالإضافة لعضوين يقترحهما الوزير الأول والائتئين يقترحهما وزير الاقتصاد والمالية وعضو منتخب من طرف العمال محمي في إطار مهامه كمثل للعمال بمقتضى المواد 125 وما بعدها من مدونة الشغل (المادة 25).

⁴⁹⁷ - وهي الشروط المنصوصة في المواد من 29 إلى 33 من القانون المنشئ للهيئة 034-2018

⁴⁹⁸ - المادة 10 المكررة مرتين من الظهير الشريف السالف الذكر 300.30.1

وهذه التشكيلة الكبيرة والمتخصصة تجد مبررها في المهام الكبيرة المنوطة باللجنة وهي المنصوصة في المادة 10 المكررة مرتين من القانون 02.15.1، والتي تتجاوز البنوك التشاركية نحو استصدار الصكوك والتأمينات التكافلية، وكل الأقسام المستجدة والمتعلقة بالمالية التشاركية، وهو ما لا نجد له مثيلا في نظيرتها الموريتانية التي فيما يبدو أنها أنشئت حكرا لمطابقة أعمال البنوك الإسلامية لا أكثر وذلك نظرا لكون المشرع لم يتجاوز بعد نحو باقي أقسام المالية الإسلامية، وإن كان في إطار تنظيم عمل هذه البنوك أطلق مسمى المالية الإسلامية على الباب الثالث التي تنضوي تحته تلك المقترضات كما أتى بمقتضيات مجتمعة حول مهام اللجنة من خلال المادة 37 من القانون رقم 2018-034 المنشئ لها⁴⁹⁹.

ثانيا- المهام المنوطة بالهيئة

لأجل المهام المستحدثة لأجلها تجتمع اللجنة كل شهرين وكلما رأت ضرورة لذلك، ولم يتم النص صراحة على إلزامية الاجتماع هذه لكنها واضحة عندما عاد المشرع ليؤكد على إمكانية الاجتماع كلما دعت الضرورة، وهو ما يفيد أن الحالة الأولى إلزامية نظرا لطابع التخيير في الثانية.

وفيما يتعلق بالهدف الذي أنشئت لأجله اللجنة وهو المطابقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، نلاحظ أن في الإشارة إلى أحكام الشريعة الإسلامية استمرارا لما انتهجه المشرع الموريتاني في مدونة التجارة التي نصت على أنه يرجع إلى أحكام الشريعة فيما لم يتم النص عليه في هذا القانون⁵⁰⁰.

ما يعني أن المشرع حين يتعلق الأمر بالمعاملات المالية ينتهج نهج التوسع وعدم التخندق في مذهب واحد⁵⁰¹ وهو واضح في باب المعاملات، وخلافه في باب الأحوال الشخصية⁵⁰² والمعاملات المدنية حيث لا يخفي المشرع تشبته بالمذهب المالكي⁵⁰³. ولعل السب وراء هذا الانفتاح في باب المعاملات هو عامل العالمية التي تتسم بها المعاملات التجارية، والتي تقوم على مبدأ الاستيراد والتصدير والحوالات المصرفية ويتداخل فيها المحلي بالدولي، فمن غير الوارد في هذا الباب مراعاة مذهب بعينه خصوصا حين الحديث عن الحقل البنكي.

⁴⁹⁹ تختص لجنة المطابقة مع ضوابط الشريعة بالنظر في مطابقة المنتجات والعمليات والأنشطة المصرفية والمالية مع ضوابط الشريعة الإسلامية... عبارة والمالية التي أضافها المشرع بعد المصرفية في هذه المادة تعتبر نافذة بالإمكان أن تدخل منها كل ما قد يستحدثه البنك المركزي لاحقا من عمليات مالية من قبيل الائتمان التكافلي واستصدار الصكوك

⁵⁰⁰ المادة 1465 من مدونة التجارة الموريتانية تنص على أنه "يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم ينص عليه في هذه المدونة. وكل غموض في النص الفرنسي يرجع في معناه إلى النص باللغة العربية.

⁵⁰¹ أعتقد أن القانون المغربي نص في إحدى المواد على أن مذهب مالك هو مذهب الدولة إلا أنه ما فتى يكرر في القانون المحدث للجنة الشريعة على المطابقة مع الشريعة الإسلامية ومقاصد الشريعة (أذكر هنا الحالات التي أثبت المشرع تمسكه بالمقاصد وهل اختلف فيها عن المشرع الموريتاني)

⁵⁰² المادة 311 "يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الإشكال إلى مشهور مذهب مالك".

كل ما لم ينص عليه في هذه المدونة يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك.

⁵⁰³ وأستعرض هنا المواد من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني وهي ثلاث مواضع وردت في ثلاث مواد على النحو التالي:

المادة 455 كل ما لم ينص عليه في هذا الفصل يرجع فيه إلى المذهب المالكي.

المادة 472 يرجع في تخطيط اليمين بالزمان والمكان والهيئة إلى ما هو مقرر بالمذهب المالكي.

المادة 1179 يرجع إلى مذهب مالك في كل ما لم ينص عليه في هذا الأمر القانوني.

وكل غموض في النص الفرنسي يرجع في معناه إلى النص باللغة العربية.

وهذه الهيئة في إطار المطابقة تبدي الرأي في الأمور المرفوعة إليها من قبل هيئات القرار في البنك المركزي⁵⁰⁴ وهو ما يعني عدم وجود علاقة مباشرة مع البنوك الإسلامية، وهي الوضعية المثيرة والتي نجد لها شبيها في القانون المغربي⁵⁰⁵ الذي لم ينص صراحة على وجود صلة مباشرة بين البنك التشاركي والمجلس العلمي، وتجد هذه المسألة مبررها في أن المجلس يستقبل الطلبات فقط من جهات الرقابة والإشراف وفق شكلية محددة. إلا أنه بالإمكان تلمس وجود علاقة مباشرة في الشق المتعلق بالتقرير السنوي الذي تُلزم البنوك التشاركية⁵⁰⁶ برفعه إلى المجلس نهاية كل عام من خلال وظيفة التقيد بآراء اللجنة.

وقد حددت المادة 37 من القانون 2018-034 الصلاحيات الممنوحة للهيئة على النحو التالي:

- 1- تقوم بإعداد الدراسات وتعطي رأيها: بخصوص الأعمال المتعلقة بالمالية الإسلامية التي ينوي البنك المركزي القيام بها.
 - 2- تقوم بإعداد الدراسات وتعطي رأيها في مسائل تطبيق الشريعة لأنشطة البنك الإسلامي والمؤسسات الأخرى التي يرخّص لها البنك بالقيام بالعمليات الإسلامية حين يتعلق الأمر بهذه العمليات
 - 3- وحدها المسؤولة عن إجازة المنتجات المالية الإسلامية لضمان مطابقتها للشريعة الإسلامية
 - 4- تعطي الرأي بخصوص إجراءات التدخل المتعلقة بأدوات التمويل المرفوعة من طرف مجلس السياسة النقدية.
- ولأجل المهام الموكلة إليها تجتمع مرة كل شهرين إلزاما وكلما اقتضت الحاجة، وتكون مداولاتها صحيحة بحضور ثلاثة أعضاء على الأقل.

وعند مقارنة هذه الصلاحيات بتلك الممنوحة للجنة المالية التشاركية نجد الأخيرة جاءت محددة للمهام بدقة أكبر ومن خلالها تحديد للجهات المتدخلة وهي:

1. البنك المركزي في إطار علاقته بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها حين يتعلق الأمر بالمنتجات ونماذج العقود المتعلقة بها، وحين يتعلق الأمر بالمناسبات المتعلقة بالمنتجات التشاركية والودائع الاستثمارية وعمليات صندوق ودائع البنوك التشاركية.
2. هيئة مراقبة التأمينات في إطار علاقتها بمقاولات التأمين وإعادة التأمين عندما يتعلق الأمر بالتأمين التكافلي

⁵⁰⁴ - في فقرتها الأخيرة أكدت المادة 37 من القانون 2018-034 " تبدي لجنة المطابقة مع ضوابط الشريعة رأيها بناء على طلب من إحدى هيئات القرار في البنك المركزي.

⁵⁰⁵ - المادة 10 المكررة ثلاث مرات: تحال إلى اللجنة الشرعية للمالية التشاركية طلبات إبداء الرأي في الأنشطة والعمليات المشار إليها في المادة الثالثة أعلاه عن طريق:

- بنك المغرب بالنسبة لطلبات إبداء الرأي المقدمة من قبل مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

- هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي...

- الهيئة المغربية لسوق الرساميل...

⁵⁰⁶ - المادة 37 من قانون مؤسسات القرض " يجب على البنوك الإسلامية والمؤسسات الأخرى المعتمدة أن ترفع إلى البنك المركزي... تقارير تقييمية حول مطابقة عملياتها وأنشطتها لآراء لجنة المطابقة مع ضوابط الشريعة.

المادة 63 من قانون مؤسسات الائتمان المغربي " ترفع البنوك التشاركية إلى المجلس الأعلى المشار إليه في المادة 62 أعلاه عند نهاية كل سنة محاسبية تقريرا تقييميا حول مطابقة عملياتها وأنشطتها للآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى السالف الذكر.

3. الهيئة المغربية لسوق الرساميل في إطار العلاقة بالجهات المصدرة لشهادات الصكوك كيفما كانت.

وتمارس هذه المهام من خلال طلبات إبداء الرأي المرفوعة للجنة وفق الشكليات المحددة.

ويبدو من الجلي أن عمل اللجنة يتجاوز البنوك التشاركية نحو التأمين وسوق الرساميل وهو ما لا نجد له شبيها عند نظيرتها الموريتانية التي يختصر عملها في إطار علاقتها بالبنك المركزي ومن خلاله البنوك الإسلامية، وذلك نظرا لعدم وجود تأمين تكافلي ولا شهادات صكوك إسلامية لا من حيث الواقع ولا من حيث التنظيم القانوني. وتصدر اللجنة آراءها باسم المجلس العلمي الأعلى وبإجماع أعضائها الحاضرين الذين شاركوا في مداولاتها، وتحدد الإجراءات العملية للتطبيق بواسطة النظام الداخلي للجنة المصادق عليه من طرف المجلس.

المحور الثاني-المقتضيات المنصوصة في القانون رقم 2018/036 المنظم لمؤسسات القرض

لأول مرة وبعد فترة من الإهمال التشريعي الذي عرفه الحقل المصرفي الإسلامي أتى القانون البنكي الجديد المعروف بقانون مؤسسات القرض مستجيبا لنداءات متكررة بضرورة مراعاة خصوصية البنوك الإسلامية، أتى هذه القانون المنظم لمؤسسات القرض وهو الضابط لأعمال البنوك والهيئات المعتمدة في حكمها.

وقد عمد المشرع إلى تعريف عمليات القرض وأشار إلى أنه لأغراض هذا القانون تعتبر بمثابة عمليات قرض عمليات التمويل الخالية من نسبة الفائدة و/أو تلك المبنية على تقاسم الأرباح والخسائر، في إشارة إلى اعتبار المنتجات المعتمدة في البنوك الإسلامية إنما هي قروض مختلفة عن القروض التقليدية، وهو مسعى منه لضبط المصطلحات ما أمكن وتماشيا مع مقاربة الإدماج والانسجام التي يأتي القانون مجسدا لها، ومن أجل الابتعاد ما أمكن عن التنافر الذي كان يطبع علاقة البنك الإسلامي بالتقليدي قديما.

وفي هذا المحور أتناول المنتجات المنصوصة كبديل للقرض التقليدي (أولا) قبل تناول أحكام متفرقة (ثانيا) ومستحدثة في إطار تنظيم البنوك الإسلامية.

أولاً-المنتجات الإسلامية (التشاركية)

من المعروف أن الآلية الوحيدة للتمويل المعتمدة في البنوك التقليدية هي القرض بفائدة والأمر مختلف في البنوك الإسلامية حيث توجد ستة عشر منتجا بديلا للقرض، وقد نص القانون الموريتاني كما المغربي على الصيغ الست المعروفة، وترك الباب مفتوحا أمام أي منتج آخر بشرط المطابقة مع الشريعة والمقاصد، واعتماد الخصائص الفنية المعتمدة، وهذه الصيغ المنصوصة هي:

أ. **المرابحة:** وهي بصيغتها الفقهية عملية بيع عادية يصرح فيه البائع بالثمن الأول ويضع عليه ربحا لتنتقل السلعة إلى المشتري بثمنها الأول وزيادة ربح معلوم، وهي المنتج الأهم والذي يكاد يحتاج عمليات البنوك الإسلامية نظرا لبساطتها ودرجة المخاطرة المنخفضة فيها خصوصا في ظل الإلزام بالوعد، وهي النقطة التي أثارت إشكالات شرعية كبيرة حاول المهتمون تجاوزها ببعض الآليات من قبيل البيع على الخيار كأداة للتحوط أمام الخسارة التي يمكن أن تلحق بالبنك فيما لو نكث الزبون عن الشراء، بالإضافة إلى التعويض الملزم للعميل جراء نكوله.

ب. **الإجارة:** وهي عقد يراد به تمليك منفعة مشروعة معلومة لمدة معلومة بعوض مشروع معلوم، وهي غالباً على نوعين: **تشغيلية** يتم بعد انتهائها رد العين إلى البنك، و**تمليكية** في نهايتها تنتقل الملكية إلى العميل عن طريق عقد هبة -مثلاً- معلق على سداد جميع الأقساط، وبخصوص الصيانة اللازمة للتشغيل السليم للمعدات أو الآلات المؤجرة، فقد ذهب الفقهاء المعاصرون إلى أن ما يتطلبه ذلك من صيانة ومتابعة دورية يتحملها المستأجر باعتبارها لازمة لكمال الانتفاع لأصله، وعملاً بالعرف في ذلك، ولأنها معلومة ومنضبطة فتعتبر كأنها جزء من الأجرة التي يلتزم بها المستأجر⁵⁰⁷، ويبقى الإيجار المنتهي بالتمليك عقد مركب مثير ينبغي تحويله إلى عقد بسيط مبني على البيع بأجل⁵⁰⁸.

ت. **المشاركة:** وأسلوب المشاركة يعني قيام المصرف الإسلامي بمشاركة غيره بقصد تنمية أحواله بشروط وضوابط يتفق عليها مع ذلك الغير، ويكون الغرض من هذا العقد مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق ربح، يشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهماتهم وفي الأرباح بنسب محددة مسبقاً بينهم⁵⁰⁹.

وتتخذ المشاركة شكل **المشاركة الثابتة** وبمقتضاها يبقى الأطراف شركاء إلى حين انقضاء العقد الرابط بينهم، و**المشاركة المتناقصة** وبمقتضاها ينسحب البنك تدريجياً من المشروع وفق بنود العقد.

ث. **المضاربة:** وهي عقد على المشاركة بين مالك المال وعامل يقوم بالاستثمار بما لديه من خبرة، ويقتسمون الأرباح ويتحمل رب المال وحده الخسائر، وهذه هي المضاربة الفقهية قبل تطويرها في إطار العمل البنكي إلى ما أصبح يعرف بالمضاربة المشتركة التي يتعدد فيها الأطراف: ملاك المال من جهة، والمضاربون من جهة ثانية، وهي محل إشكالات شرعية.

ج. **السلم:** يعرفه علماء الشافعية والحنابلة بأنه عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد، وعرفه المالكية بأنه "بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثلث لأجل"، فهو البيع الذي يتم فيه تسليم الثمن في مجلس العقد وتأجيل تسليم السلعة الموصوفة بدقة إلى وقت محدد في المستقبل.

وإذا دخل المسلم إليه في عقد سلم مستقل مع طرف ثالث على سلعة مواصفاتها مطابقة للسلعة المتعاقد على تسليمها في السلم الأول فإن هذا العقد يسمى السلم الموازي، وعقد السلم وعقد السلم الموازي يجب أن يكون كل واحد منهما مستقلاً عن الآخر في جميع الحقوق والالتزامات، فإن أخل أحد الطرفين في عقد السلم الأول بالتزاماته لا يحق للطرف الآخر أن يُحيل ذلك الضرر إلى من عقده معه سلماً موازياً، سواء بالفسخ أو تأخير التنفيذ.

ح. **الاستصناع:** عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع، وذلك نظير ثمن معين وقد يستصنع المصرف بعض المنتجات لنفسه ثم يتصرف فيها بياعاً أو تأجيراً أو مشاركة أو قد يقوم بذلك بتوكيل من جهة أخرى⁵¹⁰ فيكون

⁵⁰⁷ - فتاوى دار البركة 20/1

⁵⁰⁸ - عبد السلام بللجي، إعادة هيكلة وتمويل منتجات الصيرفة الإسلامية، المؤتمر العالمي الحادي عشر لعلماء الشريعة في المالية الإسلامية،

ص16

⁵⁰⁹ - المادة 58 من القانون رقم 12-103 قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

⁵¹⁰ - هذا الأسلوب يمكن أن يحقق ما يلي:

مُسْتَصْنَعاً، وقد يكون صانعا من خلال تلقي طلبات العملاء لتوفير سلع أو منشآت صناعية أو معمارية بمواصفات محددة، فيقوم البنك هنا بالاتفاق مع مُصَنِّع لتوفير المنتجات المطلوبة فنكون أمام عقدين منفصلين عن بعضهما، فلا توجد أية علاقة قانونية أو التزامات مالية بين المشتري النهائي للسلعة وبين الصانع في عقد الاستصناع الموازي، وفي حالة وجود خلاف فإنه يُحَلُّ في إطار كل عقد على حده وفق الشروط الواردة فيه⁵¹¹.

وهذا الأسلوب في تطبيق الاستصناع هو السائد في المصارف الإسلامية لملاءمته لطبيعة العمل المصرفي والمسمى بعقد الاستصناع الموازي.

وقد أردت من استعراض هذه المنتجات توضيح مسائل هي:

■ هذه الصيغ تم تغييرها عن صيغتها الفقهية المعروفة لتتلاءم مع متطلبات التمويل والضمانات التي تراها البنوك ضرورية لأجل التخفيف من هامش المخاطرة. وهو ما نلاحظه في الوعد الملزم بالشراء في المراجعة، والوعد بنقل الملكية في الإجارة التمليلية والمشاركة المتناقصة، ومسألة الوعد هذه محاطة بإشكالات شرعية كبيرة، وقد خلص الفقه والقانون إلى اعتبار الوعد ملزماً، لكن الإلزام لا يعني إرغام الملتزم على الشراء إنما يعني تحمله للأضرار التي قد تلحق البنك من جراء نكول العميل.

■ ولضرورة التماسي مع حاجيات الزبناء ولاستغلال المنتجات الشرعية تم تغيير عقد السلم المعروف إلى سلم موازي، والاستصناع إلى استصناع موازي وهو ما أثار إشكالات من قبيل طبيعة العلاقة والتشابك بين العقد الأول بين العميل والبنك، والعقد الثاني بين البنك والمسلم أو المستصنع الموازي، وأكد العلماء على أهمية استقلال العقدين عن بعضهما وعدم توقف نفاذ أحدهما على الآخر. وبالتالي فإنَّ أحد الطرفين في عقد السلم الأول بالتزاماته لا يحق للطرف الآخر أن يحيل ذلك الضرر إلى من عقد معه سلماً موازياً، سواء بالفسخ أو تأخير التنفيذ.

■ المشرع الموريتاني لم يتعرض بالتفصيل لهذه المنتجات إنما عددها في المادة 36 من القانون 036.2018 وأوكل مسألة الشروط والخصائص الفنية إلى البنك المركزي بعد أخذ الرأي بالمطابقة، بينما تعرض المشرع المغربي لتعريف هذه الصيغ وتبيين أنواعها وأشار إلى أن المواصفات الفنية لهذه المنتجات موكلة إلى منشور يصدره بنك المغرب⁵¹².

وبشكل عام فقد أقر المشرع أنه بالإمكان الاستفادة من أي منتج في إطار الهندسة المالية التي ما فتئت تتطور بشكل واضح يجسده تحول المراجعة الفقهية المعروفة قديماً إلى مراجعة للأمر بالشراء بشروط جديدة مختلفة بشكل كبير عن الصيغة

1. قيام المصرف بوظيفتين تمويلية وتجارية من خلال تمويله للمنتجين بشراء منتجاتهم مسبقاً

2. توفير السيولة النقدية للمنشآت الصناعية بدل اللجوء إلى القروض الربوية

3. استثمار موارد المصرف وتحقيق أرباح من وراء ذلك

⁵¹¹ - شوقي أحمد دنيا - الجعالة والاستصناع تحليل فقهي واقتصادي - ط2، جدة البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب 1998 - ص45

⁵¹² - المادة 58 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها المغربي.

المعهودة، ونفس الشيء نلاحظه في السلم والسلم والموازي والاستصناع والاستصناع الموازي، وكذا المضاربة المشتركة في الاتجاهين حيث يتعدد المضاربون كما يتعدد ملاك رأس المال.

والأمر ينطبق على كافة الصيغ وليس هذا بالأمر المنكر في الشريعة، حيث من المعروف أن الفتوى تختلف باختلاف الأعصار والأمصار، وتتطورها تتجدد الشروط الناظمة للمعاملات، وهو أمر مقبول ما لم يتجاوز مناطق الحظر المحددة بالربا والغرر وأكل أموال الناس بالباطل، وإن كان الشارع يطالب بالابتعاد عن الشبهات خصوصا عندما يتعلق الأمر بشبهة الربا.

ثانيا: أحكام متفرقة:

جاء في القانون المنظم للبنوك الإسلامية في موريتانيا كما في المغرب بعض الأحكام المتفرقة أحاول هنا الوقوف عليها بإيجاز:

أ. الشكل الذي يتخذه البنك الإسلامي:

نصت المادة 8 قانون مؤسسات القرض على أنه يجب على مؤسسات القرض أن تأخذ شكل شركة خفية الاسم وهي المعروفة بشركة المساهمة في القانون المغربي، كما نصت ذات المادة أن يكون رأس مالها ثابت، وتأخذ أسهم البنك الإسلامي شكلا اسميا ذا قيمة محددة.

ب. الاعتماد:

تخضع البنوك الإسلامية للقواعد العامة للاعتماد كما أشارت إلى ذلك المادة 33 وذلك فيما لا يتعارض مع الأحكام الخاصة بهذه المؤسسات والنصوص التطبيقية التي يتخذها البنك المركزي حيث أكدت المادة 20 أنه: "يحدد البنك المركزي بواسطة نصوص تنظيمية الشروط التي تنطبق فيها أحكام هذه المادة على مؤسسات القرض التي تمارس النشاطات المشار إليها في الباب الثالث من هذا القانون"،

ت. حظر التعامل بالفائدة:

على غرار التشريعات الضابطة لعمل البنوك الإسلامية حظر المشرع الموريتاني التعامل بالفائدة وليس الأمر بالمستغرب فهو تأكيد لما ورد في قانون الالتزامات والعقود الموريتاني⁵¹³. حيث جاءت المادة صريحة شاملة لجميع أعمال البنك وليست فقط تلك الموجهة للجمهور وذلك تلافيا لما قد تنتهجه بعض البنوك من أسلمة علاقتها بالزبناء، والإبقاء على علاقتها بالوسط البنكي المحلي والدولي كما هي، فجاءت المادة لقطع الطريق أمام أي تعامل بالفائدة.

وعليه فالفائدة وهي تمظهر للربا بوصفه المحظور الشرعي الأول تعتبر محظورا شرعيا، وقد نصت على ذلك المادة 54 من قانون مؤسسات الائتمان المغربية "يجب ألا تؤدي هذه الأنشطة والعمليات المشار إليها أعلاه إلى تحصيل أو دفع فائدة أو هما معا".

ث. الودائع:

نصت المادة 35 موريتانية على مسألة استقبال الودائع بجميع أنواعها بما فيها الاستثمارية، وعرف الأخيرة بأنها تلك التي يتم تلقيها من العملاء من أجل استثمارها في المشاريع حسب الصيغ المتفقة مع الشريعة

⁵¹³- نص في قانون الالتزامات والعقود في ستة مواضع على منع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الربا، وبصيغة السلامة من الربا أحيانا.

وأقف على ملاحظات:

- اختلاف الوديعة الاستثمارية من حيث الأصل عن الوديعة العادية لأن صاحبها يسلمها بدءاً للبنك من أجل استثمارها لا من أجل حفظها.

- يترتب على التمييز كما هو واضح في المادة أنه على البنك استفسار الزبون وأخذ الإذن من أجل استثمار وديعته.

وهو ما يثير مسألة الضمان: لأن المبالغ المسلمة على سبيل الاستثمار غير مضمونة بينما المسلمة كوديعة عادية تكون مضمونة فيما لو استغلها البنك وخسر في استثمارها، فمسألة الضمان هي الفيصل بين النوعين

- الوديعة الاستثمارية يمكن استثمارها من خلال صيغ عدة فلم ينص القانون على صيغة واحدة من الضروري الالتزام بها، والأمر متوقف على نصوص تنظيمية بعد أخذ رأي لجنة المطابقة.

ج. التقيد بالآراء بالمطابقة:

لأجل احترام الآراء بالمطابقة نص القانون المنشئ لهيئة المطابقة على تقيد البنوك الإسلامية باستحداث لجان داخلية تعنى بالمطابقة مع مقتضيات الشريعة، وهي نفسها وظيفة التقيد بآراء المجلس العلمي الأعلى التي نص عليها قانون مؤسسات الائتمان⁵¹⁴ وأوضح المهام المنوطة بها وهي:

- التعرف على مخاطر عدم المطابقة
- ضمان تتبع وتطبيق الآراء بالمطابقة
- السهر على وضع واحترام الدليل والمساطر الواجب احترامها

ومن الواضح أن المشرع حين استحداث لجنة المالية التشاركية ارتأى أن عمل هذه اللجنة يحتاج لرقيب داخل المؤسسات المعنية ينهض بالمهام الموضحة أعلاه ويتولى مسألة رفع التقارير بالمطابقة للمجلس العلمي وللبنك المركزي، وهو التقرير التقييمي الذي أشار إليه المشرع في المادة 63 ق م إ المغربية، وهو ما أكدته المادة رقم 37 ق م ق الموريتاني.

وبالتالي فإن هذه اللجنة كما في التشريع الموريتاني أو الوظيفة كما سماها المشرع المغربي مُلزمة بمراقبة أعمال المطابقة ورفع تقرير تقييمي بخصوصها، ولعل اختيار التقرير التقييمي مهم ليطمئن من خلاله تقييم مدى احترام البنوك لتلك الآراء.

ج. صندوق ضمان الودائع:

نصت المادة 130 من ق م ق الموريتانية على إنشاء صندوق ضمان الودائع والتسوية لصالح مودعي البنوك العاملة في موريتانيا، وأوجبت المادة الموالية أنه على البنوك العاملة في موريتانيا الانتساب لهذا الصندوق، ولم تستثن هذه المادة ولا المواد الواردة في هذا القانون أي فئة ولا بنك، وهو ما يعني ضرورة انتساب البنوك الإسلامية لهذا الصندوق في تأكيد على اعتماد مقارنة الاندماج والانسجام داخل الحقل المصرفي بوجهيه التقليدي والإسلامي، وعلى خلاف مع المشرع المغربي الذي خص البنوك التشاركية بصندوق موحد بالإضافة إلى صندوق آخر تجتمع فيه مختلف البنوك العاملة في المملكة، كما

⁵¹⁴- المادة 34 من قانون مؤسسات القرض الموريتاني، وتقابلها المادة 64 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها المغربية.

أوكل تسييرها لشركة مساهمة تؤسس لهذا الغرض يعهد إليها بتدبير هذا الصندوق بالإضافة إلى الصندوق المنصوص عليه في المادة 128 "يحدث صندوق جماعي لضمان الودائع لأجل حماية المودعين" وتسمى بالشركة المسيرة (م 132 ق م إ 12.103)، ولم ينص القانون الموريتاني على تفاصيل إدارة صندوق الودائع إلا ما ورد في المادة 136 من تخويل البنك المركزي بواسطة نصوص تنظيمية بتحديد إجراءات إدارته وكافة الأمور المتعلقة به.

ولعل للتمييز الذي انتهجه المشرع المغربي ما يبرره في ظل الاختلاف الكبير بين ودائع البنوك التشاركية ونظيرتها في البنوك التقليدية من حيث عنصر المخاطرة الذي تقوم عليه عمليات الاستثمار الإسلامية انطلاقا من القاعدة الفقهية القائلة: "الغنم بالغنم والخراج بالضمان"، وما دامت الطبيعة تختلف فهذا يعني وجود اختلافات جوهرية كان من الوارد مراعاتها.

خ. الدلتساب للجمعيات المهنية:

البنوك الإسلامية ملزمة بالانتساب لإحدى هذه الجمعيات حسب الفئة التي تنتمي إليها وهو ما يعني انخراط البنوك الإسلامية إلى جانب التقليدية في جمعية واحدة حسب المادة 145 ق م ق الموريتانية.

ويتم اعتماد هذه الجمعيات من البنك المركزي وتسهر على مراعاة أعضائها لأحكام القانون وتبلغ البنك المركزي بأبي إخلال في هذا المجال، كما تمثل أعضائها وتدرس التحسينات التقنية ومسائل القرض وحماية المنافسة والمستهلك وتكوين العمال، كما يمكن استفسارها من قبل البنك المركزي، ويمكنها التقاضي دفاعا عن مصالح المهنة (م 147 ق م ق الموريتانية).

وقد تم رفع الحظر عن عمل البنوك الإسلامية الذي كانت تقره المادة 20 من ق م ق قبل التعديل حيث كانت تنص على أنه يمنع على مؤسسات القرض الأنشطة الصناعية والتجارية والعقارية والخدماتية.

وقد أضاف المشرع لذات المادة أعلاه "يحدد البنك بواسطة نصوص تنظيمية الشروط التي تنطبق فيها أحكام هذه المادة على مؤسسات القرض التي تمارس النشاطات المشار إليها في الباب الثالث من هذا القانون" وهو الباب المخصص للمالية الإسلامية، وهو ما يفهم منه عدم إطلاق الحرية الكاملة للبنوك الإسلامية لمزاولة هذه الأنشطة ما يعني أنه لا مناص من انطباق هذه المادة على البنوك الإسلامية، لكن وفق شروط تحدد بنصوص لاحقة، وهو ما يفيد عدم إطلاق يد البنك الإسلامي ليمارس من النشاطات التجارية والعقارية وغيرها ما يراه مناسبا

الختامة:

في إطار التسمية المعتمدة مغربيا "البنوك التشاركية" وهي التسمية المعتمدة في تركيا، يبدو أن المشرع أراد التخلي عن كل ما من شأنه خلق تنافر بين النظامين التقليدي والإسلامي، نظرا لما توحى به التسمية من تنافر، وربما يريد التأكيد على أن الطابع العام الذي يطبع مجال عمل البنوك التشاركية هو التشارك بين البنك والعميل انطلاقا من القاعدة الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية "الغنم بالغنم والخراج بالضمان"، وقد أطلق ذات التسمية على القسم المخصص للمقتضيات المتعلقة بهذه البنوك، في حين نجد المشرع الموريتاني يعتمد التسمية المعهودة "البنوك الإسلامية" ويطلق "المالية الإسلامية" على الباب الضابط لعملها، وهو ما يوحي بالتوسع في تناول باقي أقسام المالية الإسلامية، وهو ما لم تتم ترجمته في صميم هذا القانون الذي لم يتجاوز البنوك الإسلامية نحو باقي أقسام المالية الإسلامية.

وفي إطار الرقابة الشرعية لعمل البنوك الإسلامية كان الأخرى بالمرشح الموريتاني الابتعاد بهيئة المطابقة عن وصاية البنك المركزي نظرا لطابعها الشرعي، ولما في إخضاعها لسلطة محافظ البنك المركزي من منح الاختصاص لغير أهله، في حين أن هذه اللجنة نظرا لعملها الفقهي -في المقام الأول- كان الأخرى الرفع من مستواها، من أجل تحقيق الاستقلالية المطلوبة التي تجعلها بمنأى عن التبعية والتأثر بكل ما من شأنه المس من مسارها الرقابي المهم والحساس، فكان الأخرى استلهام التجربة المغربية ومنح صلاحية المطابقة لهيئة من خارج الحقل البنكي، خصوصا أن موريتانيا استحدثت مؤخرا هيئة للفتوى والمظالم، وكان من المناسب جدا منحها هذه الوظيفة خصوصا أنها تحظى بمكانة هامة وتضم في عضويتها علماء أكفاء تتحقق فيهم شروط الكفاءة المطلوبة.

وإكمالا لاستلهام التجربة المغربية كان من المناسب تخصيص صندوق لضمان الودائع خاص بالبنوك الإسلامية يراعي خصوصية هذه الودائع والضمانات في إطار المالية الإسلامية المختلفة عن المنطبقة في مجال عمل البنوك التقليدية.

وفي الختام أشير إلى أنه في إطار المقتضيات المنظمة للبنوك الإسلامية في موريتانيا والمغرب تم إسناد جل الأمور التفصيلية المتعلقة بتطبيق المقتضيات الجديدة إلى نصوص تنظيمية أو تطبيقية في القانون الموريتاني⁵¹⁵، ومناشير صادرة عن والي بنك المغرب بعد أخذ رأي لجنة مؤسسات الائتمان أحيانا، ورأي لجنة المالية التشاركية في أحيان كثيرة، وهو يدل على عدم نضج هذه التشريعات لأنه في تشييت المقتضيات بين مقتضيات تنظيمية وتطبيقية دليل على التسرع في سن مقتضيات لم ترقى بعد إلى درجة من الثبات يسمح بإدماجها في القوانين العادية، وبالتالي تركها للمقررات والمناشير التي لا تصل المكانة التي تحظى بها القوانين العادية وبالتالي يكون طابعها المرنة وإخضاعها للتغيير حسب المستجدات.

⁵¹⁵ - نجد كل المواد في الفصل الثاني والثالث مختومة بفقرة: " يحدد البنك المركزي...بواسطة نصوص تنظيمية بعد رأي لجنة المطابقة: وهي العبارة التي تكررت 8 مرات في الباب الثالث المكون من 9 مواد تتضمن المقتضيات المتعلقة بالمالية الإسلامية. وهو الأمر الملاحظ في قانون مؤسسات الائتمان الذي طالما نص على عبارة من قبيل " تحدد شروط وكيفيات ... بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان والرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى " المادة 69.

مسؤولية الصحفي المدنية إثر الاعتداء على الحق في الصورة في القانون الجزائري

كـ نورة رحوم

باحثة في القانون كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة الجليلي الياس سيدي بلعباس

محمد سليم حمادي

أستاذ بكلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة علي لونيبي البلدية 02

مقدمة:

لقد استعمل الإنسان الصورة منذ وجوده على الأرض للتعبير عن أغراضه، و ما يجول في ذهنه ويحيط في بيئته ثم انتقل بعدها إلى الرسم الذي أصبح فنا قائما بذاته، لبيدع الإنسان في رسم الشخصيات برضا أصحابها، إلى أن ظهر التصوير الضوئي و الذي أصبح لا يستلزم رضا الأفراد لتيسر التقاط الصور عن بعد دون الحاجة لرضا صاحبها بل ربما بدون علمه.

و تعرف الصورة بأنها " كل امتداد ضوئي للجسم البشري، يدل دلالة واضحة على شخصية صاحبها، و يستوي أن يكون هذا ناقلا للصورة على حقيقتها، أو يدل عليها تحريفا بحيث يعطيها منظرا هزليا. " والصورة ترتبط ارتباطا وثيقا بالإنسان ما جعل الفقه و القضاء يعترف بأنها حق لكل شخص في موافقته على التقاط صورته و نشرها من رفضه، بالإضافة إلى حقه في الاعتراض على المساس بصورته أو تحريفها.

و بظهور وسائل الإعلام أصبحت الصورة أبرز وسائل التعبير الفعالة في العصر الحديث والتي يمكن استخدامها في أغراض مختلفة، كما يمكن الاعتداء عليها من طرف الصحفيين خصوصا بعد التطور الهائل في مجال تقنيات التصوير و الاتصال، حيث ازدادت نسبة الاعتداء على الصورة بعد تطور وسائل سرعة نقل المعلومات و برامج التلاعب بالصورة.

و الملاحظ أن حماية الحق في الصورة في مختلف التشريعات لم يكرس إلا في القوانين الجنائية، ولا يوجد نص صريح يكرس الحق في الصورة بصفة عامة، و عليه فإن تقرير الحماية المدنية للصورة تقتضي التعرض لقواعد المسؤولية المدنية باعتبار أن الحق في الصورة يدخل ضمن الحق في الخصوصية، علما أن هذه الحماية ليست مطلقة بل ترد عليها العديد من الاستثناءات باعتبار حق الجمهور في الإعلام.

و من هنا نطرح الإشكالية التالية: ما مدى تفعيل قواعد المسؤولية المدنية لحماية صور الأشخاص من الاعتداء سواء بالتقاطها أو نشرها عبر وسائل الإعلام؟

و على ضوء ما سبق سنتطرق في هذا الموضوع إلى أساس المسؤولية المدنية للصحفي عن نشر الصور و شروط قيامها في المبحث الأول ثم نتناول في المبحث الثاني أحكام المسؤولية الناتجة عن الحق في الصورة.

المبحث الأول: أساس المسؤولية المدنية للصحفي عن نشر الصور و شروط قيامها

إن الحديث عن المسؤولية المدنية في حالة الاعتداء على الصور يستوجب البحث في أساس هذه المسؤولية عن هذا الاعتداء، فلا يمكن مساءلة الصحفي ما لم يرتكب فعلا غير مشروع و سبب ضررا للغير، و بالرغم أن الفقه اهتم بضرورة حماية الصورة، إلا أنه لغاية اليوم لا يوجد نص واضح ينظم الحق في الصورة، إضافة للبحث في شروط قيام المسؤولية المدنية للصحفي للمتضرر و استحقاقه للتعويض.

المطلب الأول: أساس المسؤولية المدنية للصحفي عن نشر الصور

اختلف الفقه في طبيعة الحق في الصورة حيث يرى الاتجاه الأول أنه لا وجود للحق في الصورة لعدم وجود نص تشريعي يقرر حق الإنسان في صورته و كذا انتفاء المصلحة للاعتراف بهذا الحق، فلا يوجد ضرر من تصوير الشخص و نشر صورته.⁵¹⁶

أما الاتجاه الثاني فيؤيد فكرة وجود الحق في الصورة، و لقد رد على الاتجاه الأول في عدم الاحتجاج بوجود نص تشريعي خاص بالحق في الصورة كمبرر لعدم الاعتراف بهذا الحق القائم بذاته مستوجبا الحماية القانونية، أما بخصوص عدم وجود مصلحة فلا شك أن الاعتداء على الحق يعد مصلحة مشروعة تكفي لقيام المسؤولية.⁵¹⁷

الفرع الأول: فكرة الحياة الخاصة كأساس تقليدي لمسؤولية الصحفي

إن الحديث عن مسؤولية الصحفي في هذا النطاق يقتضي معرفة مفهوم الحياة الخاصة، إذ تعرف بأنها "النطاق المادي أو المعنوي و الذي يرتبط بالشخص ارتباطا وثيقا، و بداخله تكون للشخص مكنة الانزواء عن الأعين لينشد بعض الهدوء و ليحفظ أسرار ذاته." ⁵¹⁸ و تعرف أيضا أنها "النطاق الذي يكون للمرء في إطاره مكنة الانسحاب أو الانزواء عن الآخرين، بقصد تحقيق نوع من السكينة و الحفاظ على سرية الحياة الخاصة." ⁵¹⁹

و الحقيقة أن قيام مسؤولية الصحفي تكون عن طريق التعدي على حقه في نشر صور الضحايا عبر وسائل الإعلام المختلفة، و لاعتبار فكرة الحياة الخاصة كأساس لقيام المسؤولية، لا بد من دراسة بعض النصوص القانونية في مختلف التشريعات:

في التشريع الفرنسي: جرم المشرع الفرنسي من المادة 1/226 من القانون الجنائي انتهاك الحق في الصورة و ربطها بالحياة الخاصة بقولها "معاقة كل من يلتقط أو يسجل أو ينشر صورة شخص موجود في مكان خاص دون رضائه بالسجن و الغرامة." ⁵²⁰

⁵¹⁶ مها يوسف خصاونة، المسؤولية المدنية للصحفي عن الاعتداء على الحق في الصورة في القانون المدني الأردني، مجلة جامعة الشارقة، العدد 2، 2015، ص 175.

⁵¹⁷ مها يوسف خصاونة، المرجع السابق، ص 175.

⁵¹⁸ مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للصحفي عن انتهاك حرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، سنة 2004، ص 59.

⁵¹⁹ عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية و مسؤولية الصحفي، دار الفكر الجامعي، سنة 2004، ص 52.

⁵²⁰ Art 266/1 du code pénal français, dispose que « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

أما بالنسبة للقانون المدني فقد نصت المادة 9 منه على "لكل شخص حق في احترام حياته الخاصة و يستطيع القضاة دون المساس بحق المضرور في التعويض أن يأمر باتخاذ كل الإجراءات كالحراسة و الحجز و أي إجراء آخر يكون من شأنه منع أو وقف الاعتداء على ألفة الحياة الخاصة وهذه الأمور يمكن أن يأمر بها قاضي الأمور الوقتية في حالة الاستعجال".⁵²¹

في التشريع المصري: أشارت المادة 309 من القانون الجنائي المصري إلى تجريم أفعال الاعتداء على الخصوصية و تحديد عقوبات لمن يعتدي عليها عن طريق التقاط أو نقل صورة شخص من مكان خاص بأي وسيلة و على كل من ذاع أو سهل إذاعة أو استعمل الطرق الممنوعة قانوناً⁵²² على الحياة الخاصة للأشخاص.

أما بالنسبة للقانون المدني فلم يرد نص يحمي الحياة الخاصة للأفراد بشكل خاص، ما دفع الفقه المصري بالاستناد إلى المادة 50 من القانون المدني المتعلقة بالحقوق الملازمة للشخصية مثل الحق في الشرف و رد الاعتبار أو الحق في السمعة، و غيرها من الحقوق اللصيقة من أجل الوصول إلى نفس الحماية المقررة بموجب المادة 9 من القانون المدني الفرنسي.⁵²³

في التشريع الجزائري: لا بد من الإشارة إلى تأسيس المسؤولية عن انتهاك الحق في الحياة الخاصة موجود في الدستور⁵²⁴ من خلال المادة 46 بقوله "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، و حرمة شرفه و يحميها القانون...". غير أن مصطلح مواطن يثير التساؤلات حول مدى وجود هذه الحماية لغير المواطنين المقيمين في التراب الوطني.

و المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري فقد أعطى أهمية بالغة من خلال تجريمه لبعض الأفعال كالتقاط و النشر و التشهير حيث نصت المادة 303 مكرر من قانون العقوبات⁵²⁵ على: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 50000 دج إلى 300000 دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت و ذلك:

- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية في غير إذن صاحبها أو رضاه
- في التقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه.

1- En captant, enregistrantou, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel

2- En fixant, enregistrant ou, sans le consentement de celle-ci l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. »

⁵²¹Art 09 du code civil français, dispose que «Chacun a droit au respect de sa vie privée, les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. »

⁵²² المادة 309 من القانون الجنائي المصري يفقرتها أ – ب و قد حددت عقوبة الحبس على كل من اعتدى على الحياة الخاصة للأشخاص.
⁵²³ جعفر كاظم جبر الموازي، نعيم كاظم جبر الموازي، نحو نظام قانوني لمسؤولية الصحفي المدنية عن عرض صور ضحايا الجريمة، بدون اسم المجلة، العدد 7، سنة 2008، ص 64.

⁵²⁴ دستور الجزائر المؤرخ في 8 ديسمبر 1996، عدد الجريدة الرسمية 76، المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، عدد الجريدة الرسمية 14.

⁵²⁵ الأمر رقم 66-156 المتعلق بقانون العقوبات، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المعدل و المتمم بقانون 02-16 المؤرخ في 19 يونيو 2016، الجريدة الرسمية عدد 04.

كما يعاقب المشرع الجزائري في المادة 303 مكررا 1 كل من نشر خصوصيات الأفراد إذ تنص المادة على "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة كل من احتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير بأي وسيلة كانت التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من هذا القانون... " بالإضافة إلى المادة 122 من قانون الإعلام⁵²⁶ التي "تعاقب كل من نشر أو بث بإحدى وسائل الإعلام صورا أو رسوما أو أية بيانات توضيحية أخرى تعيد تمثيل ظروف ارتكاب الجنايات أو الجنح...." كما أن المادة 93 من نفس القانون جعلت من ضمن أخلاقيات المهنة و آدابها عدم انتهاك الحياة الخاصة للأفراد و شرفهم و اعتبارهم.

و بدوره قانون السمعي البصري اهتم بحرمة الحياة الخاصة من خلال إلزام المؤسسات التي تمارس نشاط السمعي البصري السهر على عدم المساس بالحياة الخاصة للأشخاص.⁵²⁷

أما في إطار القانون المدني⁵²⁸ فلا يوجد ما يؤسس قيام مسؤولية انتهاك الحياة الخاصة بشكل خاص، أما إذا عدنا إلى المادة 47 منه و المتعلقة بالحقوق الملازمة لشخصية الإنسان بغية الوصول إلى نفس الحماية المقررة في المادة 9 من القانون المدني الفرنسي، لكن فقط إذا تم التسليم بأن الحق في الحياة الخاصة و الحق في الصورة تدخل ضمن الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان.

الفرع الثاني: فكرة الكرامة الإنسانية كأساس حديث لمسؤولية الصحفي

إن فكرة الحق في الكرامة الإنسانية قديمة جدا، إذ لعبت الأخلاق دورا هاما في الحياة القانونية وتكوين القواعد القانونية، زيادة على أنها فكرة مرنة لا يمكن تحديدها في إطار معين فهي تعني "حظر كل تصرف لا إنساني في مواجهة الإنسان" و توظيف فكرة الكرامة الإنسانية في إطار حماية حق الأشخاص من عرض مآساتهم علنا تتجلى في كونها تعني الحفاظ على الكرامة الإنسانية ضد الاستبداد والتجريح، وهي تعني في نفس الوقت انتساب الإنسان إلى معنى جلي واسع و هو الإنسانية بصفة عامة.

و لقد سعى الفقه الفرنسي لتبرير هذه الفكرة بالاستناد إلى بعض القواعد العامة، منها القاعدة التي تقول أن الكرامة الإنسانية تمثل قيда على الحريات، و كذلك القاعدة التي تعطي لكل الإنسان الحق في اللجوء إلى القضاء في حالة الاعتداء على كرامته الإنسانية حتى مع عدم وجود اعتداء على حق شخصي.⁵²⁹

و يمكن تأصيل فكرة الكرامة الإنسانية كأساس لقيام المسؤولية المدنية بالرجوع إلى الأديان كمصدر أساس لها، و يعتبر الدين الإسلامي على وجه الخصوص في مقدمة الأديان التي كرست هذه الفكرة، فلقد جاء في قوله تعالى "و لقد كرمنا بني آدم و حملناه في البر و البحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا."⁵³⁰

⁵²⁶ قانون عضوي رقم 12 - 05 المتعلق بقانون الإعلام، المؤرخ في 12 يناير 2012، عدد الجريدة الرسمية 02.

⁵²⁷ المادتين 33 و 48 من قانون 14 - 04 المتعلق بنشاط السمعي البصري، المؤرخ في 24 فيفري 2014، عدد الجريدة الرسمية 16.

⁵²⁸ الأمر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم، عدد الجريدة الرسمية 78.

⁵²⁹ جعفر كاظم جبر الموازي، نعيم كاظم جبر الموازي، المرجع السابق، 65.

⁵³⁰ الآية 70 سورة الإسراء

أما على المستوى الدولي فلقد كان لهذه الفكرة صدى كبير على مستوى الاتفاقيات الدولية، و أيضا على مستوى قانون الصحافة الفرنسي أشارت المادة 4/35 المضافة بالقانون الصادر في سنة 2000 إلى تحديد عقوبة لنشر صور ضحايا الجريمة إذا كان النشر اعتداء خطير على كرامة الضحية و أن النشر قد تم دون رضا صاحب الشأن.⁵³¹

و قد نص الدستور الجزائري في المادة 40 على "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة..." كما نص قانون الإعلام أيضا على احترام كرامة الإنسان و الحريات الفردية من أخلاقيات المهنة و من الالتزامات الملقاة على عاتق الإعلامي الصحفي،⁵³² إضافة إلى قانون السمعي البصري الذي نص على السهر على احترام الكرامة الإنسانية.⁵³³

المطلب الثاني: شروط قيام مسؤولية الصحفي المدنية عن انتهاك الحق في الصورة

لقيام المسؤولية المدنية للصحفي لابد من توافر ثلاثة شروط هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية و هو ما سيتم معالجته في هذا المطلب.

الفرع الأول: الاعتداء الغير مشروع

تنص المادة 124 من القانون المدني على "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" بالعودة إلى القواعد العامة فإن كل اعتداء أو فعل غير مشروع يستوجب المسؤولية، حيث يمكن تأسيس المسؤولية عند الاعتداء على الحق في الصورة على أساس أنها فعل ضار يمس الحق في الصورة بالتقاط الصور و نشرها دون إذن صاحبها⁵³⁴ معتديا أو متعمدا، و على المتضرر إثبات تعمد الصحفي و تعديه، و التعدي على الحق في الصورة يحدث في عدة صور هي:

أولاً: تشويه صورة الإنسان عن طريق التحريف

نتيجة للتطور الهائل الذي شهده العالم في مجال الكاميرات الرقمية و برامج الحاسوب، أصبح من الممكن إدخال تعديلات على الصور الحقيقية حتى يظهر صاحبها في وضع لم يكن فيه، و تنسب له سلوكات لم تصدر منه، حيث يقتنع من يشاهد تلك الصور أنها مطابقة للواقع باعتبار أن الصورة لا تكذب.

و يتحقق التحريف الصورة عن طريق إحداث تغيير فيها، و من أهم تلك الطرق نجد المونتاج و يتحقق الفعل الغير مشروع باستعمال مجموعة من الحيل لخلق نظر غير حقيقي، أي خلق صورة لشخص في موقف لم يوجد فيه

⁵³¹ Article 35/4 Créé par Loi 2000-516 du 15 Juin 2000, art. 97, JORF 16 juin 2000 Ordonnance 2000-916 du 19 Septembre 2000, art. 3, JORF 22 septembre 2000, dispose clairement que: " La diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière, est punie de 15000 euros d'amende".

⁵³² المادة 02 من قانون 12 - 05 المتعلق بقانون الإعلام

⁵³³ المادة 7/54 من قانون 14 - 04 المتعلق بالسمعي البصري.

⁵³⁴ بوزيدي سليم و حميطوش الجيدة، الاعتداء على الحق في الصورة في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2016، ص 40.

في الواقع، كذلك برنامج الفوتوشوب الذي يقوم بإدخال تعديلات على الصورة أو حذفها أو دمجها مع صورة أخرى، بالإضافة إلى ما يعرف بالفوتومونتاج الذي يحول الصورة المتحركة إلى ثابتة و ذلك باجتزاء مقطع من الصور المتحركة و نشرها كصورة ثابتة.⁵³⁵

و قد يؤثر تشويه الصورة عن طريق التحريف في الجانب الاجتماعي، الفكري، السياسي و المهني لصاحب الصورة كما يؤدي إلى الخلط بين شخصيتين بشكل يسيء إلى أحدهما أو كليهما،

و من أمثلة ذلك ما عرض على القضاء الفرنسي في قضية جنانة الرئيس الفرنسي السابق "جورج بومبيدو" حيث التقط المصور الصحفي صورة لعمال المركب الجنائزي و هم يحملون نعش الرئيس، و عن طريق التركيب قام الصحفي بوضع شارة الجيش الألماني على كتف الحاملين للنعش، و نشرت الصورة متبوعة بتعليق أن الجيش الألماني قد اقتحم باريس، إذ حكم القضاء بمسؤولية الصحيفة على أساس الاعتداء على الحق في الصورة، و تشويه صورة إنسان بنشر صورته لا يمثل فقط اعتداء على المصلحة الخاصة لصاحب الصورة، و إنما هو أيضا اعتداء على المصلحة العامة.⁵³⁶

فإذا كانت الصورة الإعلامية تعطي معاني غير حقيقية، فيعني ذلك أن الجمهور يتلقى إعلاما مزيفا و غير صادق، خصوصا إذا تعلق الأمر بالشخصيات المشهورة، و لقد جرم المشرع الفرنسي نشر الصور و الأحاديث المركبة عن طريق المونتاج في المادة 8/226 من قانون العقوبات الفرنسي.⁵³⁷

ثانيا: تشويه سمعة إنسان بواسطة نشر صورته

هي من أكثر الحالات شيوعا و انتشارا كما يطلق عليها التزييف المعنوي، و بموجبها لا يحدث الصحفي أي تغيير مادي على الصورة، بل تبقى كما هي لكنها لا تعكس حقيقة صاحبها كونها تقترن بتعليق خاطئ، و في سياق معين ما يؤدي إلى تشويه سمعة الشخص و إيذاء كرامته فيتعرض إلى الذم والقذح،

و مثال ذلك أمام القضاء الفرنسي ما نشرته إحدى الصحف حول صورة أم و هي تنادي ابنها، وقد ظهرت في الصورة أنها مرهقة و صاحب نشر الصورة تعليق للصحفي تحت عنوان "الأمومة السعيدة التي اختارتها بحريتها" و حكم القضاء بمسؤولية الصحيفة لأن التعليق يشوه شخصية الأم، و يعطي انطباعا بتعاسة هذه الأم و هو أمر مخالف للحقيقة.⁵³⁸

⁵³⁵ بوزيدي سليم و حميطوش الجيدة، المرجع السابق، ص 15.

⁵³⁶ مها يوسف خصاونة، المرجع السابق، ص 181.

⁵³⁷ Art 266/ 8 du code pénal français, dispose que «Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention. Lorsque le délit prévu par l'alinéa précédent est commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables »

⁵³⁸ مها يوسف خصاونة، المرجع السابق، ص 182.

ثالثا: الكاريكاتير

هو رسالة بصرية هزلية تعتمد على الفعل، الحدث، المعنى، وهو وسيلة اتصال جماهيرية في الجرائد و المجلات لتتسلل بها إلى الفرد، و هو فن التصوير الساخر من أجل التعليق على حدث ما والنقد من أجل سلوك اجتماعي أو التعبير عن سلوكيات اجتماعية و سياسية.

و مبدئيا يعد مشروعاً في ظل الديمقراطية و حرية الرأي باعتباره نمط اتصال يقوم على الرسم حاملا مضمونا قصد تحقيق أهداف و أداء رسالة من خلال تصليح الواقع،⁵³⁹ و على الرغم من تمتع رسام الكاريكاتير بحرية واسعة، فإنه يجب أن تهدف تلك الحرية للضحك و النقد فقط، فلا يقصد من ورائه الإضرار بالغير أو الاعتداء على حقه في الصورة. و قد جرى العرف في الدول الديمقراطية على التسامح في الكاريكاتير التي يعتبر من أعمال الصحفي بناء على حقه في النقد المترتب على الحق في الإعلام، و تبقى الأحكام المتعلقة برسومات الكاريكاتير نادرة، إلا أن الكاريكاتير يبقى مقيدا بعد الاعتداء على سمعة الأفراد و تشويه سمعتهم فإذا تم الاعتداء يصبح الصحفي مسؤولاً عنه.⁵⁴⁰ ولقد قضى بعدم جواز رسم كاريكاتير لأحد زعماء اليمين المتطرف في فرنسا، و هو يرتدي زي ضابط مظلات يغوص في بانيو مملوءة بالماء، مع تعليق يشير إلى أنه قاتل أثناء عمله كعسكري أثناء حرب الجزائر عام 1957.⁵⁴¹

الفرع الثاني: الضرر

يعرف الفقه الضرر بأنه "الإخلال بمصلحة محققة، مشروعة للمضروب في ماله أو شخصه."⁵⁴² ويعتبر الضرر ركن أساسي من أركان المسؤولية المدنية فإذا أمكن الخطأ في فعل المسؤول فلا يمكن تصور قيام هذه المسؤولية دون وجود ضرر، و ما يميز ركن الضرر هنا هو وقوع الاعتداء على الصور من وسائل الإعلام، و يفترض معه وقوع الضرر بالضحية لأن الاعتداء على هذا الحق يستتبع بالضرورة توافر الضرر، و من ثمة فإن الاعتداء الحق في الصور بالنشر يسبب دائما ضررا حقيقيا يتمثل في تحويل صورهم لمشهد عام يعرفه الكافة. و الواقع أن الضرر غالبا ما يكون معنويا يتمثل بالاعتداء على الشعور بالحياة من قبل الضحية من جراء النشر علنا دون إذنه، أما الضرر المادي فيمكن تصوره أحيانا في من خلال استغلال الصور تجاريا أو تفويت فرصة القيام بنشره. لهذا نجد القضاء يقوم بتقدير مبلغ التعويض بما يغطي الضرر المادي و المعنوي معا.⁵⁴³

الفرع الثالث: العلاقة السببية

يشترط لقيام المسؤولية المدنية عن الفعل الضار بالإضافة إلى الأركان التي تم ذكرها ركن العلاقة السببية و يقصد بها أنه يجب أن يكون الفعل الضار هو سبب الضرر، و الذي ما كان ليقع لولا الفعل الضار، و ركن العلاقة السببية مستقل عن بقية الأركان الأخرى للفعل الضار، و عدم وجودها يعني عدم وجود الفعل الضار⁵⁴⁴، و لقد جاء في المادة 124 من القانون

⁵³⁹ بلحاج يوسف، الحماية القانونية للحق في الصورة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الإعلام، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة الجبلالي اليباس سيدي بلعباس، ص 53.

⁵⁴⁰ مها يوسف خصاونة، المرجع السابق، ص 183.

⁵⁴¹ بلحاج يوسف، المرجع السابق، ص 54.

⁵⁴² بوزيدي سليم و حميطوش الجيدة، المرجع السابق، ص 41.

⁵⁴³ جعفر كاظم جبر الموازي، نعيم كاظم جبر الموازي، المرجع السابق، ص 68.

⁵⁴⁴ مها يوسف خصاونة، المرجع السابق، ص 184.

المدني أن "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". والعلاقة السببية في حالة تعدي الصحفي على حق الأشخاص، في اشتراط أن يكون الاعتداء على حق الأشخاص "ركن الخطأ" هو السبب في حدوث الضرر و الضرر الناشئ عن هذا الاعتداء، ومنه فإن انقطاع العلاقة السببية بين خطأ الصحفي و الضرر الذي ألم بالضحية يؤدي إلى انعدام مسؤولية الصحفي المدنية عن الأضرار التي لحقت بالضحية، و لا يحق لهذا الأخير الرجوع عليه بالتعويض.⁵⁴⁵

المبحث الثاني: أحكام المسؤولية الناتجة عن الحق في الصورة

سيتم التطرق في هذا المبحث إلى التعويض باعتباره الهدف الرئيسي الذي يسعى إليه المعتدى عليه في المطلب الأول، و بما أن مسؤولية الصحفي ليست مطلقة حيث يمكنه دفع هذه المسؤولية في تصوير بعض الحالات لنشرها باستعمال حقه في الإعلام و ذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التعويض

التعويض هو الوسيلة التي يتم من خلالها تصحيح التوازن الذي اختل و أهدر، نتيجة وقوع الضرر و إعادة الحال على عهد سابقه قبل حدوث الخطأ، و ذلك على حساب المسؤول، و الغاية منه جبر الأضرار التي لحقت بالشخص المعتدى عليه بنشر صورته سواء كانت مادية أو معنوية.⁵⁴⁶

و الملاحظ في مجال تقدير التعويض أنه يقوم على اعتبارات شخصية، فالضرر المعنوي تحدده ضوابط مرنة، و يظهر ذلك من خلال اختلاف المحاكم في تقدير مبلغ التعويض⁵⁴⁷، و لقد ظهرت عدة اتجاهات في كيفية تقدير التعويض الناتج عن الضرر المعنوي، فهناك من قال بفكرة الربح الذي ناله المسؤول بسبب التقاطه للصور دور في تحديد التعويض. و هناك اتجاه آخر يرى أن التعويض يحدد من خلال معرفة سعر النسخ التي وزعت و تم بيعها ومن ثمة معرفة الربح المحقق، و ذهب اتجاه آخر إلى تحديد حد أدنى للتعويض عن الضرر المعنوي من خلال جداول معينة مسبقا.⁵⁴⁸

و العقبة القانونية في مجال تقدير التعويض بالنسبة للمسؤولية يكون بقدر الضرر دون الاعتداد بالنفع الذي عاد على المعتدي، فالمضرور يتضرر من الخسارة التي لحقت به و ليس من الكسب الذي عاد على المسؤول، كما أن الضرر الذي أصاب الشخص جراء نشر صورته يكون في الغالب أدبيا.⁵⁴⁹ و بالرجوع إلى المادة 47 من القانون المدني الجزائري فإنها تعطي أفضل الحلول لجبر الضرر من خلال منح القاضي سلطات أكثر ملائمة.

و يكون التعويض إما عيني أو بمقابل من خلال رد الحال إلى ما كان عليه سابقا و تصحيح المعتدي لما نشره سابقا في نفس الوسيلة الإعلامية المستعملة، أو بإتباع إجراءات وقائية لدرء الخطر قبل وقوع الاعتداء أو وقفه إذا وقع عن طريق

⁵⁴⁵ جعفر كاظم جبر الموازي، نعيم كاظم جبر الموازي، المرجع السابق، ص 68.

⁵⁴⁶ لعلا محمد مهدي، المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور ضحايا الجريمة، مجلة الفقه و القانون، العدد 33، سنة 2015، ص 31.

⁵⁴⁷ بلحاج يوسف، المرجع السابق، ص 83.

⁵⁴⁸ جعفر كاظم جبر الموازي، نعيم كاظم جبر الموازي، المرجع السابق، ص 71.

⁵⁴⁹ بلحاج يوسف، المرجع السابق، ص 83.

"دعوى وقف الاعتداء" التي تسمح للقاضي بوقف المساس بمصالح الأشخاص، و وقف نشر صورهم و تداولها و مصادرة و حجز الأجهزة أو الصحيفة طبقا للمادة 47 من القانون المدني الجزائري و المادة 9 من القانون المدني الفرنسي.

و في حالة استحالة اللجوء إلى التعويض العيني أو عدم كفايته، يتم التعويض بمقابل أي عن طريق النقود و تكون للقاضي السلطة التقديرية في ذلك،⁵⁵⁰ تجدر الإشارة إلى أن التعويض النقدي لا يزيل الضرر ككل بل هو بمثابة تخفيف و ترضية للمضرور. و الملزم بالتعويض في المسؤولية المدنية للصحفي هم كل المسؤولون عن الضرر، و لذلك توزع المسؤولية حسب حالة الاعتداء، و هي تأخذ أشكالا متعددة منها:

1- في حالة الاعتداء الصادر من الصحفي المستقل فإن المسؤولية هنا تكون تقصيرية موزعة بالتضامن بين الصحفي و الصحيفة و رئيس التحرير.

2- في حالة الاعتداء من الصحفي التابع لصحيفة فإن الصحفي يسأل على أساس الخطأ الشخصي، أما الصحيفة فتسأل على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، و هذا ما نص عليه قانون الإعلام الجزائري في المادة 115.⁵⁵¹

و مادام نشر صورة الضحية من طرف الصحفي يمثل جريمة، فإن المجني عليه يصبح مدعيا مدنيا، حيث يمكن إرفاق الدعوى المدنية بالعمومية طبقا للمواد 02 و 03 و 04 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري⁵⁵² و الاستفادة من تبعية حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية من خلال المواد 1/316 و 2/357 من نفس القانون. و في الأخير يمكن انتقال الدعوى المدنية إلى الورثة في حالة ما إذا تسببت لهم ضرر شخصي مباشر من جراء الاعتداء على حق مورثهم في الصورة.⁵⁵³

المطلب الثاني: مدى إمكانية نشر صور الأشخاص بالاعتماد على حق الصحفي في الإعلام " وسائل دفع المسؤولية"

الأصل أنه يمكن للأشخاص في الاعتراض على التقاط صورهم و نشرها من قبل الغير، إلا أنه هناك حالات تسمح للصحفي بنشر الصور دون قيام المسؤولية القانونية.

الفرع الأول: الرضا بالتصوير

يعد رضا الإنسان بإنتاج صورته و نشرها سببا من أسباب إباحة عمل الصحفي في نشر الصور، و يتم ذلك عادة بموجب عقد، إذ يوافق صاحب الصورة على استخدام صورته لأغراض محددة في العقد.⁵⁵⁴ و الراجع في الفقه أن يكون رضا الأشخاص بنشر صورهم صريحا، كما يشترط أن يكون متعلقا بالماضي لا المستقبل، إلا أنه يصح الرضا بعد نشر الصور لأن

⁵⁵⁰ لعلام محمد مهدي، المرجع السابق، ص 31.

⁵⁵¹ تنص المادة 115 من قانون الإعلام على " يتحمل المدير مسؤول النشرية أو مدير جهاز الصحافة الإلكترونية و كذا صاحب الكتابة أو الرسم مسؤولية كل كتابة أو رسم يتم نشرهما من طرف نشرية دورية أو صحافة إلكترونية ويتحمل مدير الاتصال السمعي البصري أو عبر الإنترنت وصاحب الخبر الذي تم بثه المسؤولية عن الخبر السمعي و/ أو البصري المبتث من قبل خدمة الاتصال السمعي البصري أو عبر الإنترنت."

⁵⁵² الأمر 66 - 155 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المعدل و المتمم.

⁵⁵³ لعلام محمد مهدي، المرجع السابق، ص 31.

⁵⁵⁴ مها يوسف خصاونة، المرجع السابق، ص 189.

الرضا اللاحق بمثابة إذن سابق، كما أن نشر الصور يجب أن يكون بالصيغة المتفق عليها دون تعديل أو تحوير من قبل الصحفي.

فإذا خالف الصحفي ذلك ينشأ له حق التعويض، بالإضافة إلى المسؤولية الجنائية في نشر الصور دون إذن مسبق مما ينفي أسباب الإباحة.⁵⁵⁵ و يثار التساؤل فيما إذا يستطيع الصحفي الذي حصل على إذن مسبقا بنشر صورة شخص في إعادة نشر الصورة في تقرير آخر دون الحصول على إذن، هنا استقر القضاء على رأسه محكمة النقض الفرنسية على أن إعادة نشر ما سبق نشره بصورة متفرقة هو أمر محظور متى تم إعادة النشر دون موافقة الشخص، و عليه لا يجوز للصحفي إعادة نشر الصور دون الحصول على إذن جديد.⁵⁵⁶

الفرع الثاني: الحق في الإعلام كسبب لإباحة نشر الصور

يقصد بالحق في الإعلام بأنه حق كل إنسان في تلقي أو نقل المعلومات و الأنباء و الآراء على أي صورة دون تدخل، فللمجتمهون حق في الاطلاع على كل ما يحدث في المجتمع، الأمر الذي يؤدي إلى تحول الخصوصية إلى العلن و تصبح الأحداث العامة و حياة المشاهير موضوعا للإعلام و الصحافة. و لا يعني الحق في الإعلام التطفل و التعدي على خصوصيات الأفراد، بل يلزم الإعلام بنقل المعلومات في إطار المصلحة العامة، إلا أنه في كثير من الأحيان يتعارض الحق في الإعلام مع خصوصيات الشخصيات العامة و المشاهير، و من هنا كان لابد من إيجاد توازن بينهما لتحقيق المصلحة العامة.

أولاً: الوقائع و الحوادث العلنية

إن ضحايا الجرائم و الحوادث يتمتعون بالحق في حماية صورهم و عدم عرض مآساتهم، لكن هؤلاء يصعب عليهم ممارسة حقهم هذا إذا كانوا ضحايا الحوادث، و الرأي العام الذي له الحق في الإعلام. إذ أن الحق في الإعلام يتوسع في الأوقات الغير العادية، و لقد كان قانون الإعلام الفرنسي سنة 1881 قبل تعديله يغلب حق الجمهور في الإعلام على حق الضحايا بعدم نشر صورهم، إلا أن الوضع تغير بعد تعديله سنة 2000 في المادة 4/35 التي جرمت نشر صور الضحايا بناء على الحق في الكرامة الإنسانية⁵⁵⁷، أين لقت صدى أيضا في قانون الإعلام الجزائري باعتبارها مبدأ دستوري منصوص عليه في المادة 40 من الدستور.⁵⁵⁸

و تطبيقا لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية إلى القول بجواز نشر صور الأحداث الهامة تطبيقا لحق الإعلام شرط احترام الكرامة الإنسانية للضحايا، و يمتد الحق في الكرامة ليشمل حق ضحايا الأموات في عدم تناول صورهم في وسائل الإعلام، و تطبيقا لذلك أدانت محكمة النقض نشر جثمان -PrefetErignac- ليس على أساس الحق في الصورة إنما على أساس الحق في الكرامة الإنسانية.⁵⁵⁹ كما أن نشر الصور يكون بناء على هدف و مغزى، و أن تكون لها علاقة مباشرة مع الحدث المراد تغطيته.

⁵⁵⁵ جعفر كاظم جبر الموازي، نعيم كاظم جبر الموازي، المرجع السابق، ص 69.

⁵⁵⁶ مها يوسف خصاونة، المرجع السابق، ص 190.

⁵⁵⁷ لعلام محمد مهدي، المرجع السابق، ص 30.

⁵⁵⁸ تنص المادة 40 على "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، و يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة ..."

⁵⁵⁹ بلحاج يوسف، المرجع السابق، ص 46.

ثانيا: صور الشخصيات الشهيرة

يقصد بالشخصيات العامة الأشخاص الذين يتولون وظائف عامة في الدولة كرئيس الدولة والوزراء وأعضاء البرلمان وغيرهم، إضافة إلى كل من يقوم بدور بارز في تسيير الأموال العامة في الدولة.⁵⁶⁰

و يباح نشر الصور إذا ارتبطت الصور بممارسة أعمال عامة في حدود المصلحة العامة التي تقتضيها، حيث يحق للجمهور متابعة تلك الشخصيات العامة إذا كانت الصور تدخل في إطار الملك العام من لحظة تقدمه لشغل وظيفة عامة كرئيس الجمهورية، فمنذ طبعه و توزيعه للصور عبر وسائل الإعلام تفقد هذه الصور صفتها الخاصة لتدخل في نطاق الملك العام، إذ لا يحق له المطالبة بالتعويض إذا قامت وسائل الإعلام بنشر صورته كما يشترط أن لا يكون النشر لأغراض تجارية أو دعائية حتى لا تسيء لهذا الشخص العام، و لقد استقر القضاء الفرنسي على أنه لا يجوز استعمال صور الشخصيات العامة من أجل الدعاية دون إذن الشخصية كأن يقوم رئيس الجمهورية بافتتاح معرض السيارات للدعاية و قضى أيضا بأنه لا يجوز استخدام صورة إمبراطور النمسا للدعاية لإحدى شركات الإعلام.⁵⁶¹

الخاتمة:

و في النهاية الموضوع نستنتج أن:

- 1- أن الحماية المدنية للحق في الصورة جراء الاعتداء الذي يلحقها من طرف الصحفيين عن طريق التقاط الصور و نشرها وجب أن يصاحبها قواعد خاصة، و إجراءات وقائية لمنع الاعتداء في ظل التطور التكنولوجي.
- 2- يتمتع الحق في الصورة بميزتين أولهما أن الحق في الصورة يتعلق بالحياة الخاصة، و ثانيها أن الحق في الصورة هو حق ذاتي مستقل عن الحق في الخصوصية.
- 3- لقيام المسؤولية المدنية للصحفي وجب توفر العناصر الثلاثة المكونة للمسؤولية المدنية بصفة عامة و هي الخطأ، الضرر، العلاقة السببية، و أن التعويض يكون بقدر الضرر.
- 4- أخيرا فإن الحق في الصورة مقيد إلا أنه قد ترد عليه بعض الاستثناءات التي تسمح للصحفي بالتصوير و نشر الصور.

كما نوصي ب:

- 1- ضرورة زيادة الحماية للحق في الصورة و ذلك من خلال تنظيم مواد خاصة بها في قانون الإعلام و القانون المدني كما فعل المشرع الفرنسي.
- 2- حث المشرع الجزائري على تنظيم إجراءات وقائية عند الاعتداء على الحقوق الملازمة للشخصية.

⁵⁶⁰ مها يوسف خصاونة، المرجع السابق، ص 192.

⁵⁶¹ بلطاج يوسف، المرجع السابق، ص 161.

المعاملات التجارية الالكترونية ومسألة إثباتها بين التقييد والحرية وفق التشريع الجزائري

ب. زهدون كوش

أستاذة محاضرة قسم أ بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم، الجزائر

مديرة مخبر القانون العقاري و البيئة و رئيسة تحرير مجلته

مقدمة:

قامت الجزائر بتحديث منظومتها التشريعية بتعديل القوانين و سن قوانين جديدة تماشيا مع سياستها الاقتصادية التي توجهت نحو اقتصاد السوق الحر، و ما تطلبه من انفتاح حول العالم و ذلك من خلال اتخاذ أساليب حديثة في التعاملات المدنية و التجارية بالاعتماد على شبكة الانترنت في التعاقد و إتمام التصرفات القانونية من خلالها نظرا لما تتيحه من سهولة وسرعة و يسر بغية تشجيع الاستثمار و تحسين مناخ الأعمال و تشجيع ازدهار المؤسسات خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية، فبدأت بتعديل أحكام القانون المدني سنة 2005 باعتمادها على الكتابة الالكترونية كوسيلة إثبات، ثم أصدرت قانون التوقيع و التصديق الالكترونيين وتلتهما مباشرة بقانون التجارة الالكترونية و فيه نظمت و قننت مختلف الأنشطة التجارية الالكترونية.

و بالرغم من أن وسائل الاتصال الإلكتروني تتيح إنجاز التصرفات بسرعة و أمان إلا أن استعمالها لا يخلو من المشكلات القانونية التي تطرح أو يمكن طرحها أمام القضاء و على رأس هذه الإشكالات مسألة الإثبات خاصة بعدما أصبحت معظم التصرفات تتم عن طريق المحررات الإلكترونية لذلك لم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات التصرفات القانونية و هي التوقيع التقليدي ملائمة للتعاقدات الحديثة التي تتم في الشكل الإلكتروني، فظهر بديل عن التوقيع التقليدي المتمثل في التوقيع الإلكتروني الذي يتوافق و طبيعة التصرفات التي تتم باستخدام الوسائل الإلكترونية.

ومن المعلوم أنه ينازع تنظيم الإثبات مذهبان: مذهب الإثبات المطلق أو الحر أين تطلق يد القاضي في البحث عن الحقيقة بأي وسيلة كانت، فله واسع النظر في قبول الأدلة و تقدير قيمتها. ومذهب الإثبات المقيد أو القانوني، والذي فيه تحدد لكل وسيلة من وسائل الإثبات قوتها وكذا الحالات التي يتم فيها الإثبات بها و يمنع على القاضي في هذا المذهب تقدير الدليل أو إعطائه القوة التي لم يحددها له القانون. ونظرا للتفارق الكبير بين المذهبين، فالأول يحقق العدالة و يغفل عن استقرار المعاملات و يعكسه النظام الثاني حيث يعمل على استقرار التعامل و يحول دون تحقيق العدالة، ذهبت الشرائع الحديثة إلى اعتناق اتجاه يجمع بين المذهبين السالفين فهو يتوسطهما و يعرف بالمذهب المختلط في الإثبات الذي يحقق العدالة و يضمن استقرار التعامل مع الأ وهو النظام المختلط في الإثبات الذي يجمع بين الحرية و التقييد في الإثبات، حيث أخذ بحرية الإثبات في المواد الجنائية و التجارية و قيده في المسائل المدنية.

أما الأولى، فأطلق الإثبات فيها لأنه في المسائل الجنائية كل الأمور تخضع لقناعة القاضي. فكما يُعرف محكمة الجنابات هي محكمة اقتناع لا يخضع فيها القاضي إلا لضميره وللقانون بطبيعة الحال، بالإضافة إلى استحالة تقديم الدليل الكتابي غالبا في المسائل الجنائية. ونفس الأمر بالنسبة للمواد التجارية لأن التجارة في حد ذاتها يحكمها عنصران وهما السرعة والائتمان لذا يستحيل تقييد التعاملات بوسائل معينة لإثبات حقوقهم ما عدا مسائل محددة نظرا لأهميتها حدد لها المشرع طرقا لإثباتها. وأما الثانية، وهي المسائل المدنية فلقد قيد المشرع وسائل إثباتها تقييدا شديدا نظرا لطبيعتها.

و عليه، كأصل عام يخضع الإثبات في المسائل التجارية لمبدأ الإثبات المطلق، و لكن وبالنظر إلى أن مصداقية المعلومات التي يتم نقلها و تحويلها عبر شبكة الانترنت و تحديد شخصية طرفي العمليات التعاقدية تتوقف على استعمال التوقيع الإلكتروني الذي تشرف على إصداره هيئة تصديق الكتروني معتمدة من طرف الدول جعل من مسألة المعاملات التجارية الالكترونية هي الأخرى لا تخلو من المشكلات القانونية التي تطرح أو يمكن طرحها أمام القضاء و على رأس هذه الإشكالات مسألة الإثبات خاصة بعدما أصبحت معظم التصرفات تتم عن طريق المحررات الإلكترونية،

فالسؤال الذي يطرح نفسه هو هل يلزم التجار بإثبات معاملاتهم الالكترونية التجارية بالكتابة لزاما أم لهم مطلق الحرية في إثباتها بأي وسيلة كانت؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنقسم بحثنا إلى محورين اثنين، نخصص المحور الأول لدراسة المعاملات التجارية الالكترونية طبقا لقانون التجارة الالكترونية، أما المحور الثاني فسندرسه لدراسة مسألة إثبات هذه المعاملات.

المحور الأول: المعاملات التجارية الالكترونية طبقا لقانون التجارة الالكترونية الجزائري.

نظم المشرع الجزائري المعاملات الالكترونية في القانون رقم 05-18 المؤرخ في 10-05-2018 المتضمن قانون التجارة الالكترونية⁵⁶² الذي بدأ بتحديد مجال تطبيق هذا القانون حيث جعله يطبق على المعاملات الالكترونية التي يكون فيها أحد أطراف العقد الالكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري أو كان العقد محل ابرامه أو تنفيذه بالجزائر.

وما يلاحظ على هذا القانون، أنه أخرج من محل العقود الالكترونية المعاملات الآتية⁵⁶³: لعب القمار والرهان واليناصيب، المشروبات الكحولية⁵⁶⁴ والتبغ، المنتجات الصيدلانية المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية، كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي⁵⁶⁵، كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به.

ولتمام المعاملة التجارية عبر شبكة الانترنت لابد من تتبع بعض الإجراءات الخاصة نص عليها القانون السالف الذكر وفي حالة اتمامها إلا وتترتب عليها بعض الآثار، هذا ما سندرسه تباعا في مايلي.

⁵⁶² جريدة رسمية عدد 24 لسنة 2018، ص04.

⁵⁶³ المادة 03 من قانون 05-18.

⁵⁶⁴ حيث يخضع ممارسة هذا النشاط لأحكام خاصة نظمها كل من الأمر 26-75 المؤرخ في 29-04-1975 و قانون الضرائب الغير مباشرة (المواد من 46 إلى 255 منه) الذي تضمنه الأمر رقم 104-76 المؤرخ في 09-12-1976.

⁵⁶⁵ و ذلك لغياب التوثيق الالكتروني في الجزائر.

أولاً: إجراءات إتمام المعاملة التجارية الالكترونية.

للقيام بأي معاملة تجارية الكترونية لابد من اتباع ثلاث خطوات وهو ما بيته المادة 12 من قانون التجارة الالكترونية والتي تتمثل في الاتي:

كمرحلة أولى، على التاجر وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الالكتروني حتى يكون على دراية تامة بطبيعة العقد وشروطه. ثم يأتي دور المستهلك الالكتروني كمرحلة ثانية وذلك من خلال التحقق من موضوع العقد "الطلبية" لاسيما من حيث الكمية والعدد والتمن، لتأتي المرحلة الثالثة وبها يبرم العقد وتتم المعاملة وهي تأكيد الطلبية من طرف المستهلك. وفي الحقيقة، يعتبر العقد الذي تضمن المعاملة التجارية عقد كالعقود التقليدية إلا أنه يتم بواسطة دعامة الكترونية ولقد عرفته المادة 03 من القانون 02-04 المؤرخ في 23/06/2004 والمتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁵⁶⁶ المحال إليها بموجب قانون التجارة الالكترونية بأنه كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه. وما يميز هذا العقد أنه لا يتم في مجلس واحد وإنما يتم التعاقد عن بعد عن طريق عدة وسائل الكترونية: عن طريق الواب أو عن طريق البريد الالكتروني أو الفاكس أو الهاتف الذكي.

و يتم بتبادل الايجاب مع القبول، أما الايجاب الالكتروني لا يختلف من حيث المبدأ عن الايجاب التقليدي مادام الموجب قصد عرضه ترتيب آثار قانونية بطريقة ظاهرة إلا أنه وبالرغم من ذلك يبقى الايجاب الالكتروني يتمتع بخصوصية وهو كونه يتم عن طريق وسيلة الكترونية اي عن طريق الواب أو عن طريق البريد الالكتروني⁵⁶⁷. فإذا تم عن طريق الواب يتخذ شكل قائمة متاحة على الموقع أو المتجر الافتراضي⁵⁶⁸. أما إذا تم عن طريق البريد الالكتروني فغالبا ما يتم ارسال العروض التعاقدية عن طريق البريد الالكتروني في شكل رسالة نصية تحتوي على مستندات مرتبطة بها في شكل نصوص أو صوت أو صورة⁵⁶⁹. و لصحة الايجاب لابد من توفره على شروط معينة تتمثل في وجوب كونه كاملا ومحددا أي أن يكون محتويا على كافة العناصر الرئيسية الضرورية لإبرام العقد⁵⁷⁰، وأن يكون جازما أي معبرا عن إرادة عازمة و حرة على إبرام العقد.

وأما القبول الالكتروني فهو التعبير الثاني عن الإرادة يصدر عن الطرف الثاني يعرب من خلاله موافقته على بنود العقد وهو يتوافق في مضمونه مع ذلك المعنى المشار إليه في القواعد التقليدية فضلا عن خصوصيته المتمثلة في صدوره من خلال وسيط الكتروني ويتم عن بعد مع عدم الحضور المادي لأطراف العملية التعاقدية في لحظة تبادل الرضاء. ويتم التعبير عنه هو الاخر عن طريق البريد الالكتروني أو بالنقر بالفأرة على الأيقونة الخاصة بقبول العقد المعروض على موقع الويب حيث

⁵⁶⁶ الجريدة الرسمية عدد 41 لسنة 2004، ص03.

⁵⁶⁷ عبد الله محمد سعيد رابعة، التعاقد الالكتروني، دراسة فقهية قانونية، مقال، مؤتمر المعاملات الالكترونية، ص 264 وما بعدها.

⁵⁶⁸ تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، سنة 2008، ص 59.

⁵⁶⁹ تامر محمد سليمان الدمياطي، نفس المرجع، ص 60.

⁵⁷⁰ François Terre, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit Civil, les obligations. 8^{ème} Ed, Dalloz, 2002, p116.

يرسل حاسوب القابل رسالة رقمية إلى حاسوب الخادم (الوسيط مقدم خدمة الواب) الذي يستضيف موقع الانترنت الخاص بالموجب وتعد هذه الحركة تعبيراً عن إرادة القابل أو باستعمال التوقيع الالكتروني⁵⁷¹.

وبعد مرحلة تطابق الايجاب مع القبول تأتي مرحلة الدفع التي تكون في اغلب الأحوال عبارة عن دفع الكتروني والذي يتخذ عدة صور وان احتوت كلها على ما يضمن مصداقيتها وأمانها التوقيع الالكتروني ونظراً لاعتماد المشرع الجزائري في القانون المدني للتوقيع الالكتروني وباعتباره وسيلة فعالة في الإثبات سنقتصر على دراسة القبول باستخدام التوقيع الالكتروني والذي يأخذ عدة صور كما أسلفنا الذكر.

ثانياً: الأثر المترتب على القيام بالمعاملات التجارية الالكترونية.

بالرجوع إلى قانون 05-18 المؤرخ في 10/05/2018 والمتضمن قانون التجارة الالكترونية نجده نص على التزامات كل من المتعاقدين، المورد الالكتروني والمستهلك الالكتروني وحدد وقت وطرق دفع الثمن، فيتم تنفيذ العقد عن طريق قيام الطرف الأول في العقد بتنفيذ ما التزم به من على شبكة الانترنت بان يسلم السلعة أو يؤدي الخدمة مقابل تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه بدفع الثمن. أما موضوع التسليم فهو الشيء المباع، وقد يكون سلعة ذات كيان مادي ملموس أو كياناً معنوياً أي ليس له وجود مادي ملموس مثل برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات فإذا كانت السلع ذات كيان مادي ملموس فعلى المشتري تسليم المبيع بالحالة نفسها التي كان عليها وقت أبرام العقد أو إذا كانت السلعة ذات كيان معنوي (كالمعلومات) فعلى المورد إقامة كل جديد من المعلومات التي تتعلق بالمجال الذي يهتم المتعاقد وان تكون شاملة⁵⁷² و أما عن نفقات التسليم فالأصل أن تكون على البائع إلا إذا كان هناك اتفاق أو نص بغير ذلك ولكن توجد بعض الصعوبات البريدية والتي تسبب التأخير في تسليم السلعة أو أداء الخدمة.

ويقابل التسليم أداء المشتري للثمن عن طريق الوفاء الالكتروني الذي يتم عن طريق الدفع الالكتروني بواسطة بطاقات الوفاء التي تعرف بأنها بطاقة تصدرها مؤسسة مجازة وتسلمها إلى عميلها بهدف استعمالها بشكل متكرر في سحب النقود أو بهدف تسديد ثمن السلع والخدمات للموردين دون أن يكون قبولها محصوراً بالمؤسسة مصدرة البطاقة فقط⁵⁷³.

ولقد أقر المشرع الجزائري بمسؤولية المورد الالكتروني العقدية بموجب المادة 18 من قانون التجارة الالكترونية و جعل مسؤوليته قائمة بقوة القانون بمجرد ابرام العقد و لا يمكنه دفع المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي من قوة قاهرة أو خطأ المستهلك الالكتروني.

ويعتبر التوقيع الالكتروني على العقد الالكتروني من بين أهم النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد و ذلك بإهمال الموقع في حماية البيانات الخاصة بالتوقيع الالكتروني من خلال تركها في متناول العامة مما قد يتسبب في ضرر للمتعاقدين الثاني كما إذا عمد شخص يشتغل لدى تاجر معروف يتمتع بثقة مالية و سمعة طيبة على اختراق البيانات الخاصة بالتوقيع الالكتروني كالرقم السري لبطاقة الائتمان فقام بإبرام مجموعة من العقود و حصل من خلالها على خدمات من تاجر

⁵⁷¹ تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 73.

⁵⁷² نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الالكتروني. مقال، مؤتمر المعاملات الالكترونية، ص 216.

⁵⁷³ احمد السيد لبيب ابراهيم، المرجع السابق، ص 9 و ما بعدها.

آخرين، مستفيدا بذلك مما يتمتع به التاجر من ثقة واثمان فإن هؤلاء التجار باعتبارهم طرفا في هذه العقود هم المتضررون من إهمال هذا التاجر صاحب التوقيع الالكتروني و باعتبار أن الإهمال هو صورة من صور الخطأ الأمر الذي يجعله مسؤولا عن تعويض التاجر.

ويكفي للمتضرر إثبات الضرر الذي لحق به نتيجة لتعويله على توقيع الكتروني وفقا لاتفاق عقدي حتى تقوم المسؤولية العقدية للتاجر المورد فالخطأ مفترض في الموقع .

كما يمكن إثارة المسؤولية التقصيرية الالكترونية للتاجر إذا ما تم الاخلال بالتزام غير مستمد من العقد كحالة الاعتداء على التوقيع الالكتروني. وصورته الدخول بطريق الغش أوالتدليس على قاعدة البيانات المتعلقة بالتوقيع الالكتروني أو حيازة برنامج لإعداد توقيع الكتروني دون موافقة صاحبه أو تزوير أو تقليد توقيع الكتروني أو شهادة اعتماد الكترونية⁵⁷⁴. ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية التقصيرية للمعتدي إلا أنه و في غياب أي نص قانوني ينظم المسؤولية التقصيرية الالكترونية فيتوجب الرجوع إلى أحكام المسؤولية التقصيرية العامة الواردة في القانون المدني و إسقاط حكمها على المعاملات الالكترونية لنخلص في الأخير إلى أنها نفس الأحكام المطبقة على المعاملات الالكترونية من حيث أركانها (لا بد من توفر كل من الخطأ و الضرر و أن يكون هذا الأخير ناتجا عن الخطأ) ومن حيث نوعها (هي مسؤولية واجبة الإثبات أي يجب إثبات الخطأ فيها) و من حيث انتفاؤها (تنتفي بثبوت السبب الأجنبي من قوة قاهرة و خطأ الغير و خطأ المتضرر) وأخيرا من حيث الأثر المترتب عليها و هو التعويض. و مثال المسؤولية التقصيرية الالكترونية استعمال احد الأشخاص التوقيع الالكتروني المتعلق بشخص ثان لنفرض انه تاجر معروف و ابرام اتفاق باسمه مع احد المشتريين و يبيعه سلعة مقلدة فهنا تقوم مسؤولية هذا الشخص و هي مسؤولية تقصيرية الكترونية مجال تطبيقها نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري تقوم على توفر كل من الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما.

أما الخطأ في هذه الحالة مثله مثل الخطأ التقصيري يشتمل على عنصرين واحد مادي و آخر معنوي فالعنصر المادي يتبلور في إقدام البائع على استعمال التوقيع الالكتروني الخاص بالتاجر المعروف و استعماله في بيع السلع المقلدة و هذا يعد انحرافا عن السلوك المألوف⁵⁷⁵. ويتمثل العنصر المعنوي الادراك والتمييز وهو أمر مفترض في مجال المسؤولية الالكترونية إلى أن يثبت العكس حيث استعمال التوقيع الالكتروني للقيام بالتبادلات التجارية يتطلب قدرا من المهارة والخبرة التي لا تتوفر إلا في شخص عاقل أقل ما يوصف به أنه مميز و له إدراك⁵⁷⁶.

وأما الضرر، فهو أيضا نفسه الضرر في المسؤولية التقصيرية التقليدية حيث يقصد به المساس بمصلحة مشروعة يعرض الضرر المباشر منه، ووقوعه يعتبر مسألة موضوعية يرجع في تقديرها لمحكمة الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك من المحكمة العليا، و بما أن الضرر يعتبر من قبيل الوقائع المادية فيجوز للمضرور إثباته بكافة وسائل الإثبات.

⁵⁷⁴ محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 2006، ص152.

⁵⁷⁵ جمال زكي اسماعيل الجريدلي، المسؤولية المدنية الناشئة عن بيع السلع المقلدة عبر الانترنت. مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ط 1، سنة 2011، ص 202.

⁵⁷⁶ جمال زكي اسماعيل الجريدلي، المبرج السابق، ص 203.

وأخيرا العلاقة السببية بين الخطأ والضرر أي أن يكون الضرر ناتجا عن الخطأ أي بمفهوم آخر أن يكون الخطأ سببا في وقوع الضرر بمعنى لو لا استعمال التوقيع الإلكتروني في هذه الحالة لما وقع التصرف و بالضرورة الضرر⁵⁷⁷.

هذا عن قيام المعاملات التجارية الإلكترونية والاثار المترتبة عنها بصفة مختصرة، إلا أنه قد تنشأ عن هذه المعاملات بعض النزاعات القضائية وإذا وجدت نازلة فبالضرورة تثار مسألة الإثبات إذ الحق بدون وسيلة إثبات هو والعدم سواء.

المحور الثاني: إثبات المعاملات التجارية الإلكترونية.

تتعدد المعاملات الإلكترونية وتختلف في ما بينها اختلافا كبيرا، فمن ناحية قد تكون هذه المعاملات على شبكات اتصال مفتوحة للكافة دون تمييز كشبكة الأنترنت أو شبكات مغلقة يقتصر التعامل من خلالها على عدد محدود من الأفراد أو الهيئات و مثالها الشبكات الخاصة بالشركات و المؤسسات الحكومية و الهيئات التي تقدم خدمات مثل الرعاية الصحية والتأمينية⁵⁷⁸.

وقد أسهمت نظم جديدة في الاتصالات في زيادة أهمية و كفاءة المعاملات الإلكترونية التي بمقدورها إتمام التصرف في لحظات معدودة و كذلك وسائل الاتصال عن بعد و نظم التبادل الإلكتروني للبيانات⁵⁷⁹. وتتم هذه المعاملات أي إبرام التصرفات والصفقات عن طريق السند الإلكتروني الذي ينطوي على ثلاثة عناصر، أولها أنه يتضمن تعبير عن الأفكار الإنسانية المترابطة و ثانيها أن يكون هذا التعبير له قيمة قانونية، و ثالثها أن يتصف هذا المستند بالصفة الإلكترونية أي أن كتابة المستند و نقله يتم بصورة إلكترونية.

كما تجب الإشارة إلى أن أول نص قانوني تضمن التعامل الإلكتروني في القطاع المصرفي هو القانون رقم 03-15⁵⁸⁰ المتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11-581 المتعلق بالنقد والقرض من خلال اعتماده على وسائل الدفع الإلكترونية في نص المادة 69 بقوله: " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل ". ثم استعمل المشرع الجزائري مصطلح التعامل الإلكتروني في الأمر رقم 06-05 المؤرخ في 23-08-2005 المتعلق بمكافحة التهريب⁵⁸² وبالضبط في المادة 03 منه استعمل صراحة مصطلح " وسائل الدفع الإلكتروني " حيث اعتبرها من بين التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب. وبموجب القانون رقم 02-05 المؤرخ في 06-02-2005⁵⁸³ أضاف فقرة ثالثة للمادة 414 في وفاء السفتجة نص على ". يمكن أن يتم التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما " و هي نفس الفقرة التي تم اضافتها في المادة 502 بمناسبة تقديم الشيك للوفاء. وأضاف

⁵⁷⁷ احمد السيد لبيب ابراهيم، الدفع بالنقود الإلكترونية. دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2009، ص 371 و ما بعدها.

⁵⁷⁸ عبد الله مسفر الحيان، حسن عبد الله عباس، التوقيع الإلكتروني. دراسة نقدية لمشروع وزارة التجارة و الصناعة الكويتية، مجلة العلوم الاقتصادية و الإدارية، المجلد 19، العدد 1، ص 8،

مجلة الموثق، العدد 12، سنة 2005، ص 26. Mohamed Fares, le législateur Français crée l'acte authentique électronique.

⁵⁸⁰ الجريدة الرسمية، العدد 52،

⁵⁸¹ الجريدة الرسمية، العدد 64.

⁵⁸² الجريدة الرسمية، العدد 59.

⁵⁸³ الأمر المعدل والمتمم للأمر 75-59 ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 11.

المشروع بموجب نفس القانون إلى الكتاب الرابع من القانون التجاري والمعنون بالسندات التجارية، المادة 543 مكرر 23 التي تضمنت بطاقات السحب والدفع.

أما عن الطبيعة القانونية لهذه البطاقات، فلقد اعتبرها المشرع الجزائري أوراق تجارية جديدة إضافة إلى الأوراق التجارية الكلاسيكية وهي السفتجة والشيك والسند لأمر، و بهذا يكون المشرع استحدث نظام الوفاء الإلكتروني في المعاملات التجارية و الذي يكون موضوع دراستنا في ما يلي.

أولاً: وسائل الدفع الإلكتروني في المعاملات التجارية.

تنوع وسائل الدفع الإلكتروني وتتخذ عدة صور من بينها الشيكات الإلكترونية، بطاقات السحب الآلي و البطاقات الذكية و بطاقات الائتمان.

أما الشيكات الإلكترونية، فهي عبارة عن رسالة تحتوي على كافة البيانات التي يحتويها الشيك الورقي العادي من ذكر كلمة شيك في السند نفسه، اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)، المكان الذي يبرم فيه الدفع، تاريخ إنشاء الشيك و مكانه وتوقيع من أصدر الشيك⁵⁸⁴ (الساحب) مع العلم أن هذا التوقيع الذي يتضمنه الشيك يكون توقيعاً إلكترونياً و في غالب الأحيان يكون توقيعاً رقمياً. فيقوم المسحوب عليه بإرسال الشيك إلكترونياً عبر أي وسيلة إلكترونية كالفاكس أو البريد الإلكتروني في أغلب الأحيان⁵⁸⁵.

وتتم عملية استخدام الشيك الإلكتروني كوسيلة للدفع كالآتي:

يقوم المسحوب عليه (المشتري مثلاً) بفتح حساب جاري لدى البنك الذي يلعب دور الوسيط والذي يقوم بإجراء عملية التحويل - تعتمد عملية استخدام الشيك الإلكتروني كوسيلة للدفع على وجود وسيط وهو البنك - حيث يتم تحديد التوقيع الإلكتروني للمسحوب عليه وتسجيله في قاعدة البيانات الخاصة بالبنك شرط أن يكون الساحب (أي البائع مثلاً) هو الآخر لديه حساب جاري بنفس البنك و أن يكون توقيع الشيك الإلكتروني محددًا و مسجلاً بالمثل في قاعدة البيانات الخاصة بهذا البنك. و يقوم بعد ذلك المسحوب عليه (المشتري) بتوقيع الشيك بالتوقيع الإلكتروني المشفر و يرسله للساحب (البائع) عن طريق البريد الإلكتروني و عند استلام هذا الأخير أي الساحب (البائع) الشيك الإلكتروني يقوم بالتوقيع عليه كاستيفاد بتوقيعه الإلكتروني المشفر و يرسله إلى البنك فيتولى هذا الأخير مراجعة الشيك و التحقق من مدى صحة الأرصدة و التوقعيات و بعد تأكده يعلن كل من المسحوب عليه و الساحب (المشتري و البائع) إتمام العملية أي أنه تم خصم الرصيد من المشتري و إضافته للبائع⁵⁸⁶.

أما بطاقات السحب الآلي و البطاقات الذكية، فأغلب المعاملات البنكية تتم اليوم من خلال أجهزة الصرف الآلي و التي تتم عن طريق إدخال العميل بطاقة السحب الآلي إلى داخل الجهاز مع الرقم السري و من ثم متابعة العملية من

⁵⁸⁴ راجع المادة 472 من القانون التجاري الجزائري.

⁵⁸⁵ قدرى عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الإلكتروني و لائحته التنفيذية و التجارة الإلكترونية في التشريع المصري و العربي و الأجنبي. دار

النهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة 2005، ص446.

⁵⁸⁶ قدرى عبد الفتاح الشهاوي، نفس المرجع، ص447.

خلال الخيارات المتاحة على الشاشة كالسحب و تحويل المبالغ⁵⁸⁷. و مما تجدر الإشارة إليه في ما يخص المشكل الذي يواجه استعمال بطاقات السحب الآلي هو فقدان هذه البطاقة أو ضياع الرقم السري مما قد يؤدي إلى استخدامها من قبل الغير مما دفع إلى خلاف بين الفقهاء حول مصداقية و ثقة هذا النوع من أنواع التوقيع الإلكتروني و مدى حجيته على صاحبه و هذا ما سيتم الإشارة إليه لاحقا حين التطرق إلى حجية التوقيع الإلكتروني.

ثم ظهر إلى الوجود إلى جانب بطاقات السحب الآلي، البطاقات الذكية فهي تعتبر وسيلة مستقلة للدفع الإلكتروني و هي عبارة عن بطاقة بلاستيكية ذات مواصفات و مقاييس محددة تحتوي على رقاقة إلكترونية تعمل كالحاسوب حيث يمكن تخزين بعض البيانات عليها كالبيانات الخاصة بحاملها من اسم و عنوان و المصرف المصدر لها و تاريخ حياة العميل المصرفية و الأرصدة القائمة لصاحب البطاقة و قيود المصروفات المالية التي يقوم بها فضلا عن بياناته الشخصية و الرقم السري⁵⁸⁸.

و أهم ما يميز هذه البطاقات هو الحماية التي توفرها ضد عمليات التزوير و التزيف و سوء الاستخدام من جانب الغير في حالة سرقتها أو محاولة تقليدها، و من أهم مرجعياتها: الشريط المغنط و الصورة الفوتوغرافية للعميل و الرقم السري و عدم القدرة على فتح الغطاء الخارجي لها⁵⁸⁹.

كما أن البطاقات الذكية تعتبر حافظة نقود إلكترونية في الإمكان أن تملأ و تفرغ من النقود و عملية تحويل النقود من المشتري إلى البائع لا تحتاج إلى عملية تصديق أو إثبات من قبل طرف ثالث (أي البنك)، فالبائع ليس في حاجة إلى الرجوع إلى البنك للتأكد من وجود مبالغ في حساب العميل لأن البطاقة مزودة بذاكرة ذات سقف مالي لا يمكن تجاوزه إثر إنجاز المعاملات⁵⁹⁰.

و أخيرا، بطاقات الائتمان التي أصبح استخدامها عبر شبكة الأنترنت منتشرا على نطاق واسع خاصة على مستوى المعاملات التجارية التي تتم بين البائع و المستهلك. و لاستخدام بطاقات الائتمان لابد من توافر عاملين هما:

1: فتح حساب خاص بأحد البنوك يُعرف باسم الحساب التجاري و لا يعتبر هذا الإجراء سهلا حيث أن معظم البنوك لا تقبل تحمل مخاطرة ضمان بائع غير معروف لديها فقد يكون من المحتالين إذ لو تحقق مثل هذا الاحتيال فإن البنك يجد نفسه ملزما بوفاء الالتزامات التي لم يوف بها التاجر تجاه حامل البطاقة الائتمانية. لذلك البنك عند منحه للحساب التجاري يطلب سعر فائدة مقابل ذلك الحساب التجاري كنوع من الضمان له لمواجهة أي إخلال يمكن أن يصدر من البائع تجاه المشتريين حاملي بطاقات الائتمان⁵⁹¹.

2: أن يتوافر ما يسمى مدخل الدفع الآمن حيث يقوم هذا المدخل بعمل السيارة التي تقوم بنقل البيانات الخاصة ببطاقة الائتمان و المعلومات المالية بصورة آمنة من الموقع الخاص بالتاجر إلى معالج بطاقة الائتمان الذي يعتبر طرفا ثالثا

⁵⁸⁷ عبد الله مسفر الحبان، حسن عبد الله عباس، المرجع السابق، ص 17.

⁵⁸⁸ رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية. المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ط 1999، ص 54.

⁵⁸⁹ رأفت رضوان، المرجع السابق، ص 55.

⁵⁹⁰ قدرتي عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 445.

⁵⁹¹ قدرتي عبد الفتاح الشهاوي، نفس المرجع، ص 449.

يعمل ما بين شركة الائتمان و البنك الخاص بالتاجر إذ يعمل على الكشف عن حقيقة بطاقة الائتمان و بياناتها و كذا التأكد من صلاحيتها لقيام حاملها بالشراء لإمكانية المصادقة و الموافقة على عملية البيع. ثم يقوم معالج بطاقة الائتمان بتحويل المبلغ المستحق للتاجر إلكترونيا من حساب المشتري إلى الحساب الخاص بالبائع والعكس في حالة رد أي مبالغ للعميل. وحتى لا يتم السطو على البيانات المدونة والاستلاء على ما بها من أموال فإنه لابد من استخدام وسائل أمينة من أهمها إرسال طلب الشراء حاملا للتوقيع الرقمي⁵⁹².

و الملاحظ، أن كل هذه الوسائل تعتمد على ما يطلق عليه التوقيع الإلكتروني فكل معاملة تجارية إلكترونية إلا و ذيلت بتوقيع إلكتروني و هو الذي نظم المشرع حجيته في الإثبات كما سنبينه في الآتي.

ثانيا: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

إن التوقيع الإلكتروني يلعب دورا هاما في إرساء نوع من الأمن و الخصوصية للمتعاملين مع شبكة الانترنت من خلال قدرته في الحفاظ على سرية المعلومات أو الرسالة المرسله و عدم قدرة أي شخص آخر الاطلاع أو تعديل أو تحريف الرسالة. كما أنه بواسطة التوقيع الإلكتروني تحدد شخصية و هوية المرسل و المستقبل إلكترونيا و التأكد من مصداقية هذه الشخصيات⁵⁹³.

و بالنتيجة و كما سبق توضيحه سابقا تبرز أهمية تشفير البيانات لضمان سريتها عند نقلها عبر الشبكة حيث تقوم عملية التشفير على مفهوم أساسي مفاده أن كل معلومة تم تشفيرها تحتاج لفكها و إعادتها إلى وضعها الأصلي من قبل صاحبها و ذلك باستخدام مفاتيح خاصة و بهذا تضمن سلامة المستند المرسل و التأكد من هوية المرسل معا.

و التشفير أنواع، فهناك نوع من التشفير يستخدم فيه مفتاح واحد للتشفير و فك التشفير و هناك نوع آخر يستخدم فيه مفتاحين واحد للتشفير و الآخر لفك التشفير إلى جانب أنواع أخرى.

نعم، تتعدد أشكال التوقيع الإلكتروني و أنواعه بحسب الوسيلة أو التقنية التي تستخدم في إنشاء التوقيع و من هذه الأشكال أو الصور التوقيع الرقمي، التوقيع البيومتري، التوقيع بالماسح الإلكتروني و التوقيع الكودي.

التوقيع الرقمي يقوم على أساس تحويل المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى الصيغة المقررة ماعدا الشخص الذي يملك المعادلة الخاصة بذلك و التي يطلق عليها المفتاح⁵⁹⁴. و هذا النوع من التوقيعات الإلكترونية (التوقيع الرقمي) يعتبر أكثر أمنا و سرية و آخر ما توصلت إليه التكنولوجيا فهو يعتمد على استخدام طريقة حسابية باستعمال مفتاحين مختلفين و إن كانا مرتبطين رياضيا⁵⁹⁵ و هذا ما يعرف بنظام التشفير اللامتناظر أو نظام " شفرة المفتاح العام " حيث يستعمل الطرف الموقع على الرسالة ما يعرف بالمفتاح الخاص لوضع التوقيع الرقمي و هو مفتاح يحتفظ به الموقع و يحفظه على درجة عالية من السرية فمن الضروري أن يظل سريا. بينما يستعمل الطرف الآخر

⁵⁹² قدرتي عبد الفتاح الشهاوي، نفس المرجع، ص450.

⁵⁹³ ممدوح محمد علي مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات. دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، سنة 2005، ص140.

⁵⁹⁴ عبد الله مسفر الحبان، حسن عبد الله عباس، المرجع السابق، ص21،

⁵⁹⁵ قدرتي عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص400.

(مستقبل الرسالة) المفتاح العام للتحقق من صحة التوقيع الرقمي الموضوع بواسطة المفتاح الخاص و هو معروف لأكثر من شخص يستطيع بموجبه فك شفرة النص الذي تم تشفيره بواسطة المفتاح الخاص.

أما التوقيع البيومتري فهو نوع من التوقيعات الإلكترونية التي يعتمد بشكل أساسي على الخصائص الذاتية للإنسان و من أبرزها قزحية العين⁵⁹⁶ و بصمة الإصبع و نبذة الصوت و بصمة الشفاه و درجة ضغط الدم و غير ذلك من الصفات الجسدية والسلوكية. يتم عن طريق أجهزة تقوم بإدخال المعلومات إلى الحاسب الآلي كالفأرة و لوحة المفاتيح التي تقوم بالتقاط صوت الموقع أو صورة دقيقة لعينه أو بصمة إصبعه و يتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي، و للتحقق من صحة التوقيع يعاد فك التشفير و ذلك لمقارنة صفات الموقع مع الصفات التي تم تخزينها في الحاسب الآلي⁵⁹⁷.

أما التوقيع بالقلم الإلكتروني فصورته تتمثل في قيام الموقع بكتابة توقيعه الشخصي باستخدام قلم إلكتروني ضوئي خاص و حساس يمكنه الكتابة على شاشة جهاز الحاسب الإلكتروني عن طريق برنامج خاص يقوم بخدمة التقاط التوقيع و التحقق من صحته بالاستناد إلى حركة هذا القلم على الشاشة و الأشكال التي يتخذها من دوائر أو انحناءات أو التواءات أو نقاط أو درجة الضغط بالقلم و غير ذلك من سيمات التوقيع الشخصي الخاصة بالموقع و الذي يكون قد سبق تخزينه بالحاسب الآلي⁵⁹⁸. و يحتاج هذا النوع من التوقيعات إلى تقنية عالية و نوع خاص من الحسابات يقبل الكتابة على شاشته مباشرة⁵⁹⁹.

و أخيرا التوقيع الكودي أو السري فيقصد به استخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما يختارها صاحب التوقيع لتحديد هويته و شخصيته و يتم تركيبها و ترتيبها في شكل كودي معين بحيث لا يعلمها إلا صاحب التوقيع فقط و من يبلغه بها⁶⁰⁰.

و هذا النوع من التوقيع يعتمد على مفتاح واحد للتشفير و فك التشفير عكس التوقيع الرقمي الذي يعتمد على مفتاحين كما رأينا سابقا أي مفتاح عام للتشفير و مفتاح خاص لفك التشفير.

و للحصول عليه نتبع الخطوات التالية⁶⁰¹:

⁵⁹⁶ هي الجزء الموجود خلف قرنية العين و الذي يعطي للعين لونها و هي تختلف من شخص إلى آخر.

⁵⁹⁷ سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني. ماهيته، صورته، حقيقته في الإثبات بين التدويل و الاقتباس دار الجامعة الجديدة للنشر، ط 1، سنة 2004، ص 70.

⁵⁹⁸ عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية. أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة 1998، ص 113.

⁵⁹⁹ أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني. دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص 27. و عبد العزيز المرسي حمود مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية. ط 1، سنة 2005، ص 33.

5 ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية. مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط 1، سنة 2003 ص 158.

⁶⁰¹ Michel Jaccard, droit de la concurrence et signature numérique. p16. Jaccard@ttv.ch,28/11/2000.

1: نرفق كل حرف من الحروف الأبجدية برقم معين كالتالي:

أ	ب	ت	ث	ج	ح	خ	د	ذ	ر	ز	س	ش	ص
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
ض	ط	ظ	ع	غ	ف	ق	ك	ل	م	ن	ه	و	ي
15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28

2: نقوم بترميز النص و ذلك بإلحاق كل حرف منه بالرقم المرفق و نضيف لكل حرف من أحرف النص، حرف من الكلمة التي تسمى المفتاح و الذي هو بدوره يكون قد رمز برقم مع الإشارة أن كلمة السر أي المفتاح هي التي يختارها المعني بالأمر و التي ينبغي حفظها. ولنضرب مثالا على ذلك: النص هو: "نلتقي على الساعة السادسة" و المفتاح هو كلمة "صباح"، فالتشفير يكون كالتالي:

أ- النص الأصلي: " نلتقي على الساعة السادسة".

س	ل	ا	ى	ل	ع	ي	ق	ت	ل	ن
12	23	1	28	23	18	28	21	3	23	25
	ة	س	د	ا	س	ل	ا	ة	ع	ا
	3	12	8	1	12	23	1	3	18	1

ب- كلمة السر (المفتاح): " صباح".

ص	ب	ا	ح
14	2	1	6

ج- النص المشفر:

ن+ص	ل+ب	ت+أ	ق+ح	ي+ص	ع+ب	ل+أ
14+25	2+23	1+3	6+21	14+28	2+18	1+23
ي+ح	أ+ص	ل+ب	س+أ	أ+ح	ع+ص	ت+ب
6+28	14+1	2+23	1+12	6+1	14+18	2+3
أ+أ	ل+ح	س+ص	أ+ب	د+أ	س+ح	ت+ص
1+1	6+23	14+12	2+1	1+8	6+12	14+3

3: لفك تشفير النص يكفي الحصول على كلمة السر أي المفتاح و القيام بفك التشفير بواسطة عملية الطرح و التي تتم كالتالي:

أ- يصل النص المشفر إلى المرسل إليه كالتالي: ن+ص=14+25=39 ل+ب=2+23=25،...، فنتحصل على:

13	25	15	34	24	20	42	27	4	25	39
	17	18	9	3	26	29	2	5	32	7

ب- نقوم بطرح هذه الأرقام كالتالي:

1-24	2-20	14-42	6-27	1-4	2-25	14-39
2-5	14-32	6-7	1-13	2-25	14-15	6-34
14-17	6-18	1-9	2-3	14-26	6-29	1-2

ج- فنتحصل على:

12	23	1	28	23	18	28	21	3	23	25
	3	12	8	1	12	23	1	3	18	1

د- ثم نقوم بإلحاق كل رقم بالحرف الخاص به فنتحصل على النص الأصلي كالتالي:

12	23	1	28	23	18	28	21	3	23	25
س	ل	ا	ى	ل	ع	ي	ق	ت	ل	ن
	3	12	8	1	12	23	1	3	18	1
	ة	س	د	ا	س	ل	ا	ة	ع	ا

أي نتحصل على: " نلتقي على الساعة السادسة ".

و تجب الإشارة إلى أن التوقيع الكودي أو السري غالبا ما يستخدم في المراسلات و إبرام عقود التجارة الإلكترونية والمعاملات المصرفية البنكية . كما أصبح للتوقيع الإلكتروني عدة تطبيقات في الحياة العملية فظهرت الشيكات الإلكترونية و بطاقات الصرف الآلي و بطاقات الائتمان و أخيرا التعاقد الإلكتروني .

و يلعب التوقيع الإلكتروني دورا هاما في إرساء نوع من الأمن و الخصوصية للمتعاملين مع شبكة الانترنت من خلال قدرته في الحفاظ على سرية المعلومات أو الرسالة المرسله و عدم قدرة أي شخص آخر الاطلاع أو تعديل أو تحريف الرسالة . كما أنه بواسطة التوقيع الإلكتروني تحدد شخصية و هوية المرسل و المستقبل إلكترونيا و التأكد من مصداقية هذه الشخصيات⁶⁰².

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع نظم التوقيع الإلكتروني في القانون المدني بالضبط في نص المادتين 323 مكرر و 327 منه وجعله يتمتع بذات الحجية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي و بعد صدور قانون 04-15 المؤرخ في 01/02/2005⁶⁰³ و المتضمن

⁶⁰² مجلة الموثق، العدد 12، سنة 2005، ص26. Mohamed Fares, le législateur Français crée l'acte authentique électronique.

⁶⁰³ جريدة رسمية عدد 06 لسنة 2015، ص06.

قانون التوقيع و التصديق الالكترونيين أكد على المبدأ و حدد شروط ما يعرف بالتوقيع الالكتروني الموصوف و هو التوقيع الذي يحمله السند الالكتروني والصادر بموجب شهادة تصديق الكتروني.

و لقد اتفق الفقه و القضاء على وجوب استفاء الكتابة مجموعة من الشروط حتى تكون لها حجية في الإثبات⁶⁰⁴ و هي:

1: أن تكون الكتابة مقروءة.

حتى تكون للكتابة حجية في الإثبات لابد أن تكون مقروءة و هنا ما يقتضي أن يكون المحرر مدونا بحروف أو رموز أو إشارات معروفة و مفهومة لمن يحتج عليه بها. أما في ما يخص المحرر الإللكتروني فلا يمكن الاطلاع عليه و الوصول إلى محتواه بمجرد الرؤية المجردة و إنما عن طريق حفظه في نظام تشغيل إلكتروني⁶⁰⁵. و لكن رغم أن قراءة المحرر الإللكتروني لا تتم بطريقة مباشرة بل يقتضي الأمر استخدام الحاسب الآلي لقراءتها فهذا ليس من شأنه أن يحول دون اعتبار هذه المحررات مقروءة⁶⁰⁶. فكما أن القلم وسيلة للكتابة الخطية، فإن الحاسب الإللكتروني وسيلة لقراءة الكتابة الإللكترونية⁶⁰⁷.

2: أن تكون الكتابة مستمرة.

بالإضافة إلى الشرط الأول و هو كون الكتابة مقروءة لابد أن تكون مستمرة أيضا أن تكون الكتابة مدونة على وسيط يسمح بثبات الكتابة و استمرارها ليتمكن الرجوع إلى المحرر عند الحاجة فالوسيط الورقي متوفر على هذا الشرط لا محالة أما الوسيط الإللكتروني فقد استطاعت التقنية الحديثة من جعله يتصف بالاستمرارية و الديمومة⁶⁰⁸.

3: عدم قابلية الكتابة للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي عليه.

إن حجية المحرر الكتابي في الإثبات مرهونة بعدم وجود عيوب مادية من شأنها أن تقلل من قيمته الثبوتية كالإضافة أو المحو أو الشطب، فإذا وجد عيب من هذه العيوب وجب أن يكون له أثر مادي ظاهر على المحرر⁶⁰⁹. و غالبا ما يسهل اكتشافه في السند الورقي نظرا للحبر الذي يمتصه الورق بحيث لا يمكن فصل الكتابة عن الورق إلا بإتلاف الورق أو إحداث تغييرات مادية به يسهل التعرف عليها من خلال الاستعانة بالخبرة الفنية⁶¹⁰.

أما بالنسبة للدعائم الإللكترونية فالأطراف يمكنهم التعديل من التصرف الذي تتضمنه هذه الدعائم بالإضافة أو الإلغاء دون وجود أثر مادي⁶¹¹. و لكن بعد اكتشاف برامج تسمح بتحويل النص إلى صورة ثابتة لا يمكن تعديلها أصبحت المحررات الإللكترونية تؤدي نفس الدور الذي تؤديه المحررات العادية من كونها مقروءة و مستمرة و لا يمكن تعديلها إلا من

⁶⁰⁴ F.Lorentz, rapport du commerce électronique, une nouvelle donnée pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics, Ed Ber 1998,p 5 et s.

⁶⁰⁵ أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص10.

⁶⁰⁶ حسن جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت. دار النهضة العربية، ط 2000، ص2.

⁶⁰⁷ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص16.

⁶⁰⁸ حسن جميعي، المرجع السابق، ص21.

⁶⁰⁹ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص17.

⁶¹⁰ A.Raynoward, la dénaturalisation des titres, étude sur la forme scripturale, thèse, Paris 2, 1998, n65.

⁶¹¹ أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الانترنت. دراسة مقدمة إلى مؤتمر موضوعه " القانون و الكمبيوتر و الانترنت "، جامعة الإمارات العربية، سنة 2000، ص37، منشور على شبكة الانترنت.

خلال ترك أثر مادي عليها خاصة بعدما أصبح يلجأ إلى حفظ المحررات الإلكترونية في صناديق تكون تحت إشراف جهات موثوق فيها حيث تؤدي محاولة تعديل الوثيقة الإلكترونية إلى إتلافها⁶¹².

يظهر مما سبق أن المحرر الإلكتروني له نفس حجية المحرر العادي و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر1 المذكورة آنفا و التي يستخلص منها نتيجتان:

النتيجة الأولى: عدم التمييز بين الكتابة بسبب الوسيط الذي تتم من خلاله. فسواء تمت الكتابة على وسيط ورقي أو عبر وسيط إلكتروني فإن هذا الأمر لا يحول دون قوتها في الإثبات.

النتيجة الثانية: المساواة الوظيفية بين المحرر الإلكتروني و المحرر التقليدي أي منح نفس الحجية للمحرر الإلكتروني التي يتمتع بها المحرر العرفي التقليدي بشرط التمكن من خلال التوقيع الذي يحمله المحرر تمييز الشخص الذي أصدره و تحديد هويته. وأن هذا التوقيع كان إنشأؤه و حفظه قد تما في ظروف و بطريقة جديرة بالحفاظ عليه من التحريف أو التعديل و بالنتيجة المساواة بين التوقيع التقليدي و التوقيع الإلكتروني و الاعتراف لهذا الأخير بذات الحجية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي.

و لكن شرط التأكد من إعداد المحرر و حفظه في ظروف تضمن سلامته لا يمكن أن ينفذ و يطبق بشكل دقيق إلا عند وجود طرف ثالث و هو ما يعرف بالهيئة التي تصدر شهادات التصديق الإلكتروني. فهذه الهيئة تعمل على تثبيت الارتباط بين الموقع و بيانات إنشاء التوقيع و التي نظم أحكامها المشرع الجزائري في قانون التوقيع و التصديق الإلكترونيين.

و عليه، و كخلاصة لما سبق يظهر أن المشرع أضفى الحجية على مثل هذه المعاملات بشرط حملها لتوقيع الكتروني موصوف و هو التوقيع الذي حدد شروطه قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين و لخصهما في ثلاثة، أن يكون صادرا عن هيئة التصديق الإلكتروني أن يضمن هوية صاحبه و أن يضمن سلامة المحرر الموقع.

كما أن المشرع الجزائري جعل من وسيلة إثبات المعاملة التجارية الإلكترونية تتلخص في الكتابة الإلكترونية الحاملة لتوقيع الكتروني لا غير و من تم حدد وسائل إثبات المعاملات التجارية الإلكترونية و يكون ذلك استثناء عن القاعدة العامة التي جعلت من الإثبات في المواد التجارية إثباتا حرا بشكل يتلاءم و المعاملة التجارية إلا أنه عندما تكون هذه الأخيرة الكترونية فإثباتها يكون عن طريق الكتابة الإلكترونية، و بالتالي يكون المشرع جعل من مبدأ الإثبات في المواد التجارية الإلكترونية يختلف عن المواد التجارية التقليدية ففي الأول قيده بالكتابة والثاني جعله مطلقا على حسب التصرف و الواقعة و حسن ما فعال ذلك لخطورة عالم الانترنت فحتى يضمن سلامة التصرفات القانونية عبر الشبكة جعل من طريقة إتمامها ووسيلة إثباتها محددة بنص القانون.

⁶¹² محمد حسام الدين لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية. دراسة قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، القاهرة، ط 2002، ص28.

تفاعل المغرب مع الشريعة الدولية لحقوق الإنسان

د. عبد الغني السرار

دكتور في القانون العام والعلوم السياسية

مقدمة:

يقصد بتعبير الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، مجموع العهود والاتفاقيات الدولية التي تعتبر المرجعية الأساسية الصلبة لحقوق الإنسان المعترف بها دولياً، والتي أقرها القانون الدولي لحقوق الإنسان، من خلال هيئة الأمم المتحدة، بهدف تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها من كل انتهاك⁶¹³، وهذه المكانة التي أصبحت تشغلها حقوق الإنسان في النظام الدولي دفعت العديد من الدول إلى العمل على تبني سياسات عامة في مجال حقوق الإنسان، خاصة وأن التشبث بالسيادة الداخلية أضحى من المبررات التي لا تشفع لأي دولة من التنصل بالتزاماتها الدولية تجاه مبادئ حقوق الإنسان وامثالها لما تتضمنه هذه المواثيق من مبادئ، بل إن هذه المواثيق تتيح لهيئات دولية إمكانية مراقبة مدى امتثال الدول واحترامها لمبادئ ومقتضيات القانون الدولي لحقوق الإنسان⁶¹⁴، الأمر الذي يدفع للقول بأن تطور المسألة الحقوقية في أية دولة لا يتم بشكل منفصل عن المحيط الدولي الذي تتفاعل معه، بحيث يؤثر في برامجها وسياساتها سلباً وإيجاباً.

⁶¹³ - الشريعة الدولية لحقوق الإنسان تدل على خمس وثائق أساسية وتم استعمال هذا المصطلح لأول مرة، من طرف لجنة حقوق الإنسان في دورتها الأولى المنعقدة في دجنبر 1947، على سلسلة الوثائق الجاري إعدادها وقتئذ وهي: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، غير أن الفترة اللاحقة على سنة 1966 شهدت صدور مجموعة من الوثائق الأخرى ذات الأهمية البالغة في مجال حقوق الإنسان على الصعيدين المحلي والعالمى التي تهتم أساساً بحقوق المرأة وحقوق الطفل وتجريم التعذيب الاختفاء القسري والتمييز العنصري، ... وتتكون الشريعة الدولية لحقوق الإنسان من:

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948،

2- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وفتح باب التوقيع والتصديق عليه والانضمام إليه بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/ يناير 1976، طبقاً للمادة 27 منه،

3- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وفتح باب التوقيع والتصديق عليه والانضمام إليه بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ ديسمبر 1966 - تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، طبقاً لأحكام المادة 49 منه،

4- البروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بشأن تقديم شكاوي من قبل الأفراد - اعتمد وفتح باب التوقيع والتصديق عليه والانضمام إليه بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966 - تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976 وفقاً لأحكام المادة 9 منه،

5- البروتوكول الاختياري الثاني الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ويهدف العمل على إلغاء عقوبة الإعدام، اعتمد وأعلن رسمياً بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 128/44 المؤرخ في 15 كانون الأول/ ديسمبر 1989.

⁶¹⁴ - يوسف البحيري: تأصيل مسؤولية الدولة المغربية في مجال حقوق الإنسان، المكتسب والرهان، وارد ضمن: المواطنة وحقوق الإنسان بالمغرب، أعمال الندوة الوطنية، مراكش 19 و20 مارس 2004. منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 22- المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2005، الصفحة 33.

في نفس السياق، أصبحت المؤسسات الدولية المانحة⁶¹⁵ والدول العظمى تربط مساعداتها المالية الموجهة للدول لأغراض تنموية بضرورة احترام هذه الأخيرة لمبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان، وهذا الربط بين احترام حقوق الإنسان والمنح المالية تم إعلانه لأول مرة من طرف الولايات المتحدة الأمريكية في فترة حكم الرئيس جيمي كارتر (Jimmy Carter) من خلال خطابه، بتاريخ 20 يناير 1977، الذي صرح فيه بربط أمريكا لمساعداتها المالية بمسألة احترام حقوق الإنسان ودمقرطة الأنظمة السياسية، ومما جاء في هذا الخطاب نجد ما يلي: "إن حسنا الأخلاقي يجعلنا نميل إلى تفضيل المجتمعات التي تتقاسم معنا هاجس احترام حقوق الإنسان"⁶¹⁶.

وهذا التوجه الجديد للسياسة الخارجية الأمريكية أكده في مرحلة لاحقة كاتب الدولة Warren Christopher، في خطابه بتاريخ 13 فبراير 1978، الذي صرح فيه بأن علاقات الولايات المتحدة الأمريكية مع باقي الدول، وخصوصا تلك الراغبة في مساعداتها الاقتصادية والعسكرية يحكمه معطى مدى احترام حقوق الإنسان. ومن جانبه، صوت الكونغرس على حذف المساعدات العسكرية الموجهة إلى دولتي التشيلي والأوروغواي وقرر خفض المساعدات المقدمة لكوريا الجنوبية لمدة سنة، كما اعتمد نصوص قانونية تقرر بإلغاء المساعدات الأمريكية الموجهة للدول التي ثبت بأنها مارست انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان⁶¹⁷.

⁶¹⁵ - يعتبر مبدأ اشتراط حقوق الإنسان والديمقراطية معطى ثابت في السياسة الأوروبية تجاه دول العالم الثالث، إذ تشير المادة 3 الفقرة 5 من معاهدة الاتحاد الأوروبي إلى أن علاقات هذا الأخير مع باقي دول العالم تنبني على احترام حقوق الإنسان، ومن أجل تحقيق هذه الغاية ابتكر الاتحاد الأوروبي بعض المقتضيات التي تتيح له إدماج مبدأ حقوق الإنسان في كل المساعدات المالية الممنوحة من قبله (des clauses relatives aux droits de l'homme et à la démocratie dans ses accords internationaux) وتضمنها في جل اتفاقاته مع الدول المتلقية للمساعدات الاقتصادية والمالية.

واستخدم هذا الشرط لأول مرة، من قبل الاتحاد الأوروبي بمناسبة توقيع اتفاقية لومي الرابعة، بتاريخ 15 دجنبر 1989، بالطوع بين الاتحاد الأوروبي والدول الإفريقية ودول الكاريبي والمحيط الهادي (ACP)، التي نصت في مادتها الخامسة بأن هذا الاتفاق يربط التنمية وربطاً وثيقاً باحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، بحيث شكل هذا الشرط ولا زال عنصراً أساسياً في جميع الاتفاقات الدولية التي أبرمها الاتحاد الأوروبي مع دول العالم الثالث، بل يضمن كل اتفاقاته بنوداً إضافية تنص على إمكانية تعليق اتفاقاته مع هذه الدول في حالة ما تبين بأنها مارست انتهاكات لحقوق الإنسان.

في نفس السياق، نصت المادتين 8 في فقرتها الرابعة و9 في فقرتها الأولى والثانية، من اتفاق التعاون الموقع بتاريخ 23 يونيو 2000، بمدينة كوتونو بالبينين بين الدول الإفريقية ودول الكاريبي والمحيط الهادي (ACP) والمجموعة الأوروبية، على أن الطرفين يؤكدان على أن الحوار يرتكز على جملة من الأمور السياسية والتجارية والعسكرية الأساسية من بينها القيام بتقييم منتظم للتطورات في مجال حقوق الإنسان، والمبادئ الديمقراطية وسيادة القانون، واحترام الحقوق والحريات الأساسية والديمقراطية القائمة على دولة الحق والقانون والشفافية باعتبارهما جزءاً لا يتجزأ من التنمية المستدامة.

Voir:

Pamphile Sebahara: La coopération politique entre l'UE et les États ACP Bilan des politiques et des pratiques sous les 4 conventions de Lomé (1975-1998), Document de réflexion, ECDPM n° 7, Juin 1999, page 8.

⁶¹⁶ - Dans son discours inaugural du 20 janvier 1977, Carter a déclaré : « Notre sens moral nous incline à préférer nettement les sociétés qui partagent avec nous le souci constant de respecter les droits de l'Homme... ». Voir: Droits de l'Homme en Afrique centrale, Colloque de Yaoundé, 9-11 novembre 1994, sous la direction de Denis Maugeness et Paul- Gérard Pougoué. Pesses de l'UCAC, Paris France- Karthala 1995, page 234.

⁶¹⁷ - Droits de l'Homme en Afrique centrale, Colloque de Yaoundé, 9-11 novembre 1994, Op, Cit, page 234.

ومن جانبها، أكدت فرنسا على لسان رئيسها فرنسوا ميتران في قمة لابلول، المنعقدة ما بين 20 و 22 يونيو 1990، بأن المعايير الأساسية لإقامة دولة ديمقراطية، تتمثل أساسا في توسيع هامش الحريات والحقوق وإقامة أنظمة تمثيلية عن طريق انتخابات نزيهة، وضمان حرية الصحافة واستقلال القضاء⁶¹⁸. وفي هذا الإطار، أكد فرانسوا ميتران بأن فرنسا ستربط مساعدتها المالية بالجهود التي تبذلها الدول لتحقيق مزيد من الحرية، في مقابل فتورها بالنسبة للأنظمة التي تُسبّر بطريقة استبدادية أو ترفض الديمقراطية كمنهج للحكم⁶¹⁹، خاصة بالنسبة للدول التي ترغب في مساعدات فرنسا المالية⁶²⁰، وهو نفس المنحى الذي اعتمده العديد من الدول، مثل كندا وهولندا اللتان أكدتا على تعزيز ثقافة حقوق الإنسان كمعيار وشرط لازم لتقديم المساعدات المالية للتنمية⁶²¹.

وقد تزامن هذا التوجه الدولي المتعلق بربط المنح المالية بالديمقراطية وحقوق الإنسان مع تبني منظمة الأمم المتحدة لقضايا الديمقراطية وحقوق الإنسان، وما حملته ميثاقها من أهداف ومبادئ⁶²² وآليات مؤسساتية كفيلة بحماية الحقوق الفردية والجماعية من أي انتهاك، كما أنه في سنة 1990 أصدر برنامج الأمم المتحدة الإنمائي تقريره الأول عن التنمية البشرية في العالم، حيث تم اعتماد مؤشرات جديدة أكثر شمولية لقياس نسبة التنمية البشرية في العالم، وبموجبه تم الانتقال من الحديث عن الرأسمال الاقتصادي إلى الحديث عن الرأسمال البشري⁶²³. وهكذا، أصبحت مؤشرات النمو على المستوى الدولي تقاس بالمكانة التي يحتلها الفرد في السياسات الاجتماعية والاقتصادية للدولة، وكذا بمدى تمتع الأشخاص بحياة رغيدة تضمن لهم كافة شروط العيش الكريم فضلا عن احترام الدول للصكوك والمواثيق الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان.

والمغرب بدوره، بحكم علاقاته مع المنتظم الدولي، لا يشكل استثناء عن هذه القاعدة، إذ هو الآخر من بين الدول التي تتفاعل مع النسق الدولي المهتم بحقوق الإنسان، خاصة وأنه انخرط في وقت مبكر في القانون الدولي لحقوق الإنسان

⁶¹⁸ -El Hadji Omar Diop :Partis politiques et processus de transition démocratique en Afrique noire, Editions Publibook, Paris France, 2006, pages 479 – 480.

⁶¹⁹ " -La France liera tout son effort de contribution aux efforts qui seront accomplis pour aller vers plus de liberté". en fin "l'aide normale de France sera plus tiède envers les régimes qui se comporteraient de façon autoritaire sans accepter l'évolution vers la démocratie, et plus enthousiaste pour ceux qui franchiront le pas avec courage". Extrait de l'allocution prononcée par François Mitterrand président de la république française à l'occasion d'ouverture de la 16 éme conférence des chefs d'état de France et d'Afrique. La Baule, le 20 juin 1990. Citée par Crispin Ngandu Mualaba :République Démocratique du Congo, tout est à refaire - À qui la faute?, Editions Publibook ; Paris 2008, Page 350.

⁶²⁰ - Michel-Ange Tsiba :Pourquoi la violence refuse l'état et la république au Congo Brazzaville, le processus démocratique liquidé, Préface de Alpha Ousmane Diangolo Barry, Editions Publibook, Paris 2009, Page 400.

⁶²¹ عبد العزيز لعروسي: التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، ملاءمات قانونية ودستورية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة العدد 87- 2014، الصفحة 130.

⁶²² - حيث نصت المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة على أن هذه الهيئة تسعى لحفظ السلم والأمن الدوليين، (...)، وإلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا (...).

⁶²³ - والجدير بالذكر أنه منذ 1990 وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي يصدر تقارير عن التنمية البشرية استنادا للأعمال والأبحاث التي قام بها كل من امارتيا صن، اقتصادي هندي حاصل على جائزة نوبل في اقتصاد الرفاه والباكستاني محبوب الحق، الحاصل بدوره على جائزة نوبل في الاقتصاد الحديث، بالتنمية بحسبهما تعني توسيع هامش الحقوق والحريات الفردية والجماعية.

والقانون الدولي الإنساني، فبعد مرور حوالي 8 سنوات على صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، لسنة 1948، شرعت المملكة المغربية في الانضمام الفعلي للمنظومة الدولية لحقوق الإنسان، حيث صادقت في سنة 1956 على الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين، وعلى اتفاقيات جنيف الأربع الخاصة بالقانون الدولي الإنساني في 26 يوليوز 1956، بالإضافة إلى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، في 26 شتنبر 1972، وهذا الأمر يلزمه استنادا إلى مرجعية القانون الدولي بإدماج الشريعة الدولية لحقوق الإنسان في سياساته العامة ذات الصلة بحقوق الإنسان وفقا لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان.

وتنتيجة لكل هذه المعطيات السالفة الذكر، وخاصة تلك التي تتعلق بالتوجه الدولي القائم على تعزيز ثقافة حقوق الإنسان داخليا وتعزيز مقومات دولة الحق والقانون وكمحصلة طبيعية لآليات التعاون الاقتصادي والسياسي مع الخارج وبحكم الوضع المتقدم الذي يجمع المغرب بدول الاتحاد الأوروبي، فإنه أصبح معتادا في الممارسة المغربية الامتثال لمقتضيات المواثيق الدولية وكل ما يتعلق بحقوق الإنسان والديمقراطية، بحيث أصبح المغرب ملزما بالتفاعل وبشكل أكثر تفاعلية مع الشريعة الدولية لحقوق الإنسان عامة وهيئات الأمم المتحدة خاصة، وذلك انسجاما مع التطور الدولي الذي يولي عناية خاصة لحقوق الإنسان وكل الأمور المرتبطة بها.

وعليه، فإن تطرقنا لدور الشريعة الدولية لحقوق الإنسان في رسم السياسة الحقوقية بالمغرب، سيتم تناوله من خلال عدة جوانب، نخص منها بالذكر تقديم التقارير الدورية أمام هيئات المعاهدات المنشأة لهذا الغرض، أو عبر آلية الاستعراض الدوري الشامل، والقبول بالآليات الدولية المنشأة للمراقبة، أو من خلال عضوية المغرب بمجلس حقوق الإنسان، مع تبيان مدى نجاعة إسهامات المغرب بهذه الهيئات الحقوقية، خصوصا بمجلس حقوق الإنسان، وكذا مدى احترامه للمعايير الدولية والأجال المعمول في مجال التقارير الدورية المقدمة أمام هيئات المعاهدات.

المطلب الأول: تقديم التقارير الدورية لهيئات المعاهدات

تضطلع هيئات المعاهدات⁶²⁴، بالعديد من الاختصاصات كتلقي التقارير الدورية من الدول والنظر فيها وإصدار ملاحظات وتوصيات بشأنها، وتشكل هذه التقارير آلية أساسية في عمل اللجان التعاقدية، بحيث تلزم الحكومات بتقديم تقارير بصفة دورية ومنتظمة لهيئة المعاهدة المعنية، وتبين فيها الدولة الطرف التقدم الحاصل في الحقوق والحريات الأساسية التي ترعاها اللجنة المعنية وتنص عليها المعاهدة وعلى الكيفية التي يجري بها أعمال تلك الحقوق دون إغفال الإكراهات والصعوبات التي تحول دون التمتع بها في حالة وجود صعوبات في أجرائها وتزليلها على أرض الواقع والتدابير التي تعتمدها الدول الطرف اتخاذها قصد تجاوز هذه الإكراهات.

وهكذا، يجب على الدولة الطرف أن تقدم بصورة دورية ومنتظمة تقارير للجنة المعنية، عادة ما تكون مرة كل أربع أو خمس سنوات بحسب ما تنص عليه أحكام كل معاهدة، وتبين الدول في تقاريرها الإجراءات والتدابير القانونية والتشريعية

⁶²⁴ - Il ya 9 organes de traités sur les droits de l'homme qui surveillent la mise en œuvre des principaux traités internationaux sur les droits de l'homme, il s'agit des: 1) Le Comité des droits de l'homme (CCPR) 2) Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) 3) Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) 4) Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) 5) Le Comité contre la torture (CAT) et Sous-comité pour la prévention de la torture (SPT) 6) Le Comité des droits de l'enfant (CRC) 7) Le Comité des travailleurs migrants (CMW) 8) Comité des droits des personnes handicapées (CRPD) 9) Comité des disparitions forcées (CED).

بما في ذلك الشق المتعلق بالسياسات العمومية التي اتخذتها من أجل تنفيذ وإعمال أحكام المعاهدة، علاوة على إشارتها في تقاريرها إلى الصعوبات والعراقيل التي تعيق أعمال الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية المعنية⁶²⁵.

هذا، ولا بد من التأكيد على أن الغرض من إعداد وتقديم التقارير الدورية يشكل للدول الأطراف فرصة سانحة لإجراء حوارات ونقاشات تفاعلية الغاية منها تعزيز التمتع الفعلي بالحقوق التي تكفلها الاتفاقيات الدولية، وذلك بخلاف النظرة السائدة والتي تنظر للتقارير باعتبارها مناسبة لإحراج الحكومات بالمحافل الدولية، بل يجب النظر إليها باعتبارها آلية تستهدف تعزيز ثقافة حقوق الإنسان والتمتع والنهوض بها من خلال الملاحظات التي تقدمها هيئات المعاهدات⁶²⁶.

يعتبر المغرب بدوره من الدول التي تلتزم بتقديم تقارير دورية أمام اللجان المعنية برصد تنفيذ مقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي صادق عليها وانضم إليها. وهكذا، فالمغرب وبالإضافة إلى الضمانات الدستورية والمؤسسية التي اعتمدها من أجل الوفاء بالتزاماته الدولية تجاه القانون الدولي لحقوق الإنسان، نجده كذلك ووفاء بمصادقته على العديد من الاتفاقيات الأساسية لحقوق الإنسان يقدم تقارير أمام اللجان التعاهدية المنشأة بموجب الاتفاقيات.

ولكن ما يعاب على المغرب بخصوص التقارير الدورية هو التأخر الحاصل في تقديمها للهيئات، بحيث أن العديد منها هذه التقارير لم يتم تقديمها في وقتها الذي كان ينبغي أن تقدم فيه، وهكذا إذا أخذنا، على سبيل المثال، الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لسنة 1987، نجد بأنه بدءاً من التقرير الدوري الثالث هناك تأخر يتراوح ما بين 1 سنة و3 سنوات، فإذا كان المغرب قدم التقرير الثالث في سنة 2003، فإنه كان ينبغي عليه تقديمه سنة 2002، وهو نفس الشيء الذي تكرر بمناسبة تقديمه للتقرير الرابع في سنة 2009، والذي كان يجب أن يقدم في سنة 2006، علماً بأنه لحدود شهر يوليوز 2017 لم يقدم التقرير الدوري الخامس الذي كان يجب تقديمه في سنة 2015.

ونفس الملاحظة تنطبق أيضاً على التقارير الدورية المتعلقة بإعمال مقتضيات العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، وخاصة التقرير الدوري السادس الذي قدمه المغرب في يوليوز من سنة 2015 بدل وقته الذي كان ينبغي أن يقدم فيه والمحدد في 01 نونبر من سنة 2008، نفس الملاحظة تسجل أيضاً على التقرير الدوري الثاني لنفس العهد المقدم في 22 مارس 1990 عوض تاريخه الذي كان مبرمجاً في 31 أكتوبر من سنة 1986 أي بتأخير دام حوالي 8 سنوات بالنسبة للتقرير السادس وأربع سنوات بالنسبة للتقرير الثاني.

كما أنه كان من المفروض تقديم التقريرين الثالث والرابع من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل والذين لم يتم تقديمهما في تاريخهما المحدد في 20 يناير 2009، بل تم تسجيل تأخر بشأنهما لمدة تفوق ثلاث سنوات، ولم يتم تقديمهما إلا بتاريخ 30 ماي 2012، وهو نفس الأمر الذي ينطبق على التقرير الدوري الأول من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال

⁶²⁵ - عصام الدين محمد حسن: التقارير الحكومية وتقارير الطفل، مصر ... والهيئات التعاهدية لحقوق الإنسان، منشورات مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، سلسلة تعليم حقوق الإنسان عدد (19)، سنة 2008، الصفحة 22.

⁶²⁶ - عصام الدين محمد حسن: التقارير الحكومية وتقارير الطفل، مصر ... والهيئات التعاهدية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، الصفحة 23.

المهاجرين وأفراد أسرهم الذي تأخرت الحكومة المغربية في تقديمه بحوالي ثماني سنوات، فقد كان من المفترض تقديمه في 01 يوليوز 2004، غير أنها تأخرت في تقديمه حتى حدود 12 يوليوز 2012.

وبتاريخ 24 يناير 2013، قدم المغرب التقرير الدوري الرابع المتعلق بإعمال مقتضيات العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، غير أنه كان عليه تقديم هذا التقرير بتاريخ 30 يونيو 2009، وهذا التأخير طال أيضا حتى التقريرين الأول والثاني المتعلقين بنفس العهد، الأول، تم تقديمه بتاريخ 16 مارس 1993، في حين كان محمدا عرضه على أنظار اللجنة المعنية بتلقي التقارير ودراستها، بتاريخ 30 يونيو 1990، أما الثاني فقدم بتاريخ 27 غشت 1998، بينما كان ينبغي على الدولة الطرف تقديمه في 30 يونيو 1995.

ويلاحظ كذلك أنه حتى حدود يوليوز من سنة 2017، لم يقيم المغرب بتقديم التقارير أرقام 19 و 20 و 21 حول إعمال الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة 1966، والتي كان يجب عليه تقديمها في 17 يناير 2014، كما أن التقرير الدوري الأول لتنفيذ اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لسنة 2006، الذي كان من المقرر تقديمه في 08 ماي 2011، تأخر المغرب في تقديمه بحوالي 3 سنوات ولم يعرضه على أنظار اللجنة المعنية إلا بتاريخ 17 مارس 2014. وهذا التأخر الحاصل في تقديم أغلب التقارير الدورية التي يقدمها المغرب لهيئات المعاهدات يمكن الوقوف عليه من خلال الجدول المبين فيما بعد.

وضعية التقارير الدورية المقدمة لهيئات المعاهدات

ملاحظات	وضعية التقارير	الاتفاقية الدولية
—————	التقرير الأول: تم تقديمه بتاريخ 28 يوليوز 1994؛	الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لسنة 1984؛
	التقرير الثاني: تم تقديمه بتاريخ 02 شتنبر 1998؛	
كان مقررا تقديمه في 20 يوليوز 2002؛	التقرير الثالث: تم تقديمه بتاريخ 24 مارس 2003؛	تاريخ مصادقة المغرب 1993؛
كان مقررا تقديمه في 20 يوليوز 2006؛	التقرير الرابع، تم تقديمه بتاريخ 27 أبريل 2009؛	
كان مقررا تقديمه في سنة 2015؛	التقرير الخامس، لم يتم تقديمه بعد	
كان مقررا تقديمه في 02 غشت 1980؛	التقرير الأول: تم تقديمه بتاريخ 9 فبراير 1981؛	العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966؛ تاريخ مصادقة المغرب 1979؛
كان مقررا تقديمه في 31 أكتوبر 1986؛	التقرير الثاني: تم تقديمه بتاريخ 22 مارس 1990؛	
كان مقررا تقديمه في 31 دجنبر 1992؛	التقرير الثالث: تم تقديمه بتاريخ 20 يوليوز 1993؛	

كان مقررا تقديمه 31 أكتوبر 1996؛	التقرير الرابع: تم تقديمه بتاريخ 27 يناير 1997؛	
كان مقررا تقديمه في 31 أكتوبر 2003؛	التقرير الخامس: تم تقديمه بتاريخ 10 مارس 2004؛	
كان مقررا تقديمه 01 نونبر 2008؛	التقرير السادس: تم تقديمه بتاريخ 07 يوليوز 2015؛	
كان مقررا تقديمه 14 يونيو 2015؛	التقرير الأول لم يتم تقديمه بعد	الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري لسنة 2006؛ تاريخ مصادقة المغرب 2013؛
—————	التقرير الأول: تم تقديمه بتاريخ 14 شتنبر 1994؛	الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979؛ تاريخ انضمام المغرب 1993؛
كان مقررا تقديمه 21 يوليوز 1998؛	التقرير الثاني: تم تقديمه بتاريخ 29 فبراير 2000؛	
—————	التقريرين 4/3: تم تقديمهما مجتمعين بتاريخ 18 شتنبر 2006؛	
كان مقررا تقديمهما في 21 يوليوز 2014؛	التقريرين الخامس والسادس: لم يتم تقديمهما بعد؛	
—————	التقرير الأول: تم تقديمه بتاريخ 10 يناير 1972؛ التقرير الثاني: تم تقديمه بتاريخ 07 فبراير 1974؛ التقرير الثالث: تم تقديمه بتاريخ 09 دجنبر 1976؛	الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة 1965؛ تاريخ مصادقة المغرب 1970؛
كان مقررا 17 يناير 1978؛	التقرير الرابع: تم تقديمه بتاريخ 07 أكتوبر 1977؛	
—————	التقرير الخامس: تم تقديمه بتاريخ 23 يناير 1980؛	

	التقرير السادس: تم تقديمه بتاريخ 29 أكتوبر 1982؛	
	التقرير السابع: تم تقديمه بتاريخ 07 شتنبر 1984؛	
	التقرير الثامن: تم تقديمه بتاريخ 14 يوليوز 1986؛	
كان مقررا تقديمها 1988؛ 1990 و 1992؛	التقارير أرقام 9 و 10 و 11: تم تقديمها في تقرير واحد بتاريخ 22 أبريل 1993؛	
كان مقررا تقديمها في 17 يناير 1994 و 1996؛	التقريرين رقمي 12 و 13: تم تقديمهما في تقرير واحد بتاريخ 06 نونبر 1997؛	
كان مقررا تقديمها في 17 يناير 1998 و 2000 ثم 2002؛	التقارير أرقام 14 و 15 و 16: تم تقديمهما في تقرير واحد بتاريخ 31 يناير 2002؛	
كان مقررا تقديمهما في 17 يناير 2006؛	التقريرين رقمي 17 و 18: تم تقديمهما بتاريخ 12 يناير 2009؛	
كان مقررا تقديمها في 17 يناير 2014؛	التقارير أرقام 19 و 20 و 21: لم يقدمها	
كان مقررا في 30 يونيو 1990؛	التقرير الأول: تم تقديمه بتاريخ 16 مارس 1993؛	العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966؛
كان مقررا في 30 يونيو 1995؛	التقرير الثاني: تم تقديمه بتاريخ 27 غشت 1998؛	تاريخ مصادقة المغرب 1979؛
—————	التقرير الثالث: تم تقديمه بتاريخ 27 أكتوبر 2004؛	
كان مقررا في 30 يونيو 2009؛	التقرير الرابع: تم تقديمه بتاريخ 24 يناير 2013؛	
كان مقررا في 01 يوليوز 2004؛	التقرير الأول: تم تقديمه بتاريخ 12 يوليوز 2012؛	الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لسنة 1990؛
كان مقررا في 13 شتنبر 2018؛	التقرير الثاني: لم يتم تقديمه بعد؛	تاريخ مصادقة المغرب 1993؛
—————	التقرير الأول: تم تقديمه بتاريخ 27 يوليوز 1995؛	اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989؛

	التقرير الثاني: تم تقديمه بتاريخ 4 شتنبر 2000؛	تاريخ مصادقة المغرب 1993؛
كان مقررا تقديمهما في 20 يناير 2009؛	التقريرين 4/3: قدما في تقرير واحد 30 ماي 2012؛	
كان مقررا في 08 ماي 2011؛	التقرير الأول: تم تقديمه بتاريخ 17 مارس 2014؛	اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لسنة 2006؛ تاريخ مصادقة المغرب 2009؛

وجبت الإشارة إلى أن منظمات المجتمع المدني تقدم بدورها تقارير موازية للتقارير الرسمية التي يقدمها المغرب، وهذا من شأنه المساهمة في تعزيز السياسة الحقوقية بالمغرب، وذلك من خلال لفت انتباه الدولة المغربية للنواقص والشوائب التي تعترى تنفيذ مقتضيات المعاهدات الدولية أو تعوق من إعمالها على أرض الواقع، هذا فضلا عن دعوة الدولة للالتزام بتعهداتها في هذا المجال من خلال احترام الآجال المخصصة لتقديم التقارير الدورية.

وقد تم فعلا تقديم مجموعة من التقارير الموازية من قبل جمعيات المجتمع المدني التي من الصعب جدا الإحاطة بها جميعها.

وهكذا، فقد تم تقديم أول تقرير دوري موازي من لدن منظمات المجتمع المدني بمبادرة من المنظمة المغربية لحقوق الإنسان، وذلك بمناسبة تقديم المغرب، بتاريخ 22 مارس 1990، لتقريره الدوري الثاني حول إعمال مقتضيات العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، وقد أرفقت الجمعية المذكورة تقريرها الموازي بملحق عن الإضراب العام والأحداث التي صاحبته في سنة 1990، كما قدم نفس التنظيم الحقوقي في سنة 1994 تقريرين موازيين للتقرير الدوري الحكومي الثالث في سنة 1993 المتعلق بإعمال مقتضيات العهد المذكور سابقا⁶²⁷.

وبمناسبة تقديم المغرب في سنة 2015 لتقريره الدوري السادس حول إعمال مقتضيات العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، تم تقديم حوالي 38 تقريرا موازيا من طرف جمعيات المجتمع المدني، نذكر منها التقارير التي تقدمت بها كل من مؤسسة الكرامة، بتاريخ 23 شتنبر 2016⁶²⁸، وجمعية منتدى الكرامة لحقوق الإنسان، فيراير 2016⁶²⁹، وهي نفس المبادرة التي قامت بها أيضا كل من جمعية ملتقى النساء المغربيات من خلال تقديمها لتقرير موازي في فبراير 2016⁶³⁰ للتقرير

⁶²⁷ - التقرير السنوي للمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان عن وضعية حقوق الإنسان برسم سنة 2009، مرجع سابق، الصفحة 26.

⁶²⁸ - Rapport soumis au Comité des Droits de l'Homme dans le cadre du sixième examen périodique du Maroc par Fondation Alkarama, le 23 septembre 2016.

⁶²⁹ - Rapport alternatif du forum de la dignité, en février 2016, commentaire sur le sixième rapport périodique du gouvernement marocain dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁶³⁰ - Rapport parallèle au sixième rapport périodique du gouvernement marocain dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, présenté par le forum des femmes marocaines, en février 2016.

الرسمي الحكومي، وكذا التنسيقية المغربية لمنظمات حقوق الإنسان عبر تقريرها المقدم للجنة المعنية بحقوق الإنسان في 17 شتنبر 2016⁶³¹، موازاة للتقرير الحكومي.

فإذا أخذنا، على سبيل المثال، التقرير الموازي الذي قدمته جمعية ملتقى النساء المغربيات نجده تطرق بتفصيل للتقدم الذي لحق المشاركة السياسية للمرأة المغربية في الحياة السياسية، وذلك من خلال مجموعة من التدابير التشريعية والقانونية المتخذة من طرف الحكومة المغربية بغية تشجيع تمثيلية النساء داخل المؤسسات المنتخبة⁶³²، دون أن يغفل التقرير التطرق للإكراهات التي تعترض مشاركة وتمثيلية المرأة في العملية السياسية، وبناء عليها قامت بتقديم مجموعة من التوصيات والتي ترى بأنها كفيلة بالنهوض بالمشاركة السياسية للمرأة، وذلك من قبيل⁶³³:

- ❖ اتخاذ التدابير اللازمة والتي من شأنها تحقيق المناصفة الحقيقية بين تمثيلية الرجل والمرأة داخل المؤسسات المنتخبة وهيئات الحكامة، وذلك على جميع المستويات، سواء المحلية أو الإقليمية والجهوية وحتى الوطنية؛
- ❖ العمل بنظام كوتا تدريجي لا يقل عن نسبة 33% بمناسبة إجراء الاستحقاقات التشريعية لسنة 2016؛
- ❖ تضمين القوانين التنظيمية المنظمة للمشاركة السياسية للمرأة كافة التدابير التحفيزية قصد تشجيع تقديم النساء ترشيحاتهم للاستحقاقات الانتخابية؛
- ❖ العمل بمبدأ التمييز الإيجابي وفقا للمقتضيات الدستورية بغية الحد من التفاوت الحاصل بين النساء والرجال في مجال الوصول لمناصب المسؤولية بالوظائف العمومية والمؤسسات العمومية؛
- ❖ اتخاذ تدابير عاجلة ومؤقتة بهدف تحقيق المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة، وفقا لأحكام المادة الرابعة من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، خاصة وأنها لم تكن موضوع تحفظ من قبل الحكومة المغربية؛
- ❖ ضمان مشاركة المغاربة المقيمين بالخارج داخل المؤسسات الاستشارية وهيئات الحكامة المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية؛
- ❖ تمتيع المغاربة المقيمين بالخارج بحق التصويت.

⁶³¹ - Rapport Alternatif de la société civile sur la mise en œuvre du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Soumis au Comité des Droits de l'Homme en vue de l'examen du sixième rapport périodique du Maroc, élaboré par la Coordination Maghrébine des Organisations de Droits Humains, le 16 décembre 2015.

⁶³² - Selon le Rapport, (la Page 3), présenté par le forum des femmes marocaines, il ya plusieurs textes et lois organiques ont été adoptés pour encourager la participation des femmes au champ politique notamment: loi organique n° 29-11 relative aux partis politiques qui stipule que tout parti politique œuvre pour atteindre une proportion d'un tiers de participation des femmes dans ses organes dirigeants aux niveaux national et régional, dans le but de la réalisation, à terme et d'une manière progressive, du principe de la parité entre les hommes et les femmes; loi organique n° 27-11 relative à la chambre des représentants qui a introduit un mécanisme qui prévoit l'élection de 60 femmes au titre de la circonscription électorale nationale (article 23), et loi organique n° 59-11 relative à l'élection des membres des conseils des collectivités territoriales (article 76).

⁶³³ - Voir Rapport parallèle au sixième rapport périodique du gouvernement marocain dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, présenté par le forum des femmes marocaines, en février 2016, page 5.

ومن جهتها، تطرقت جمعية مؤسسة الكرامة في تقريرها الموازي الذي قدمته لكافة الإصلاحات القانونية والتشريعية التي شهدتها المغرب بعد إقراره لدستور جديد، كإصلاح النظام القضائي وقانون العدل العسكري ومدونة الصحافة وقانون المسطرة الجنائية ومشروع إصلاح القانون الجنائي، بالإضافة إلى التقدم المحرز في الممارسة الاتفاقية للمغرب والمتمثل في المصادقة على الاتفاقية الدولية لحماية الأشخاص من الاختفاء القسري. وفي هذا الإطار، أوصت بضرورة إقامة مؤسسة وطنية لحقوق الإنسان بموجب قانون يصدره البرلمان بعد تشاور مع جمعيات المجتمع المدني وتعزيز استقلالية هذه المؤسسة الوطنية وضمان حصانة موظفيها⁶³⁴.

وبخصوص ممارسات التعذيب وكل المعاملات المهينة أو اللإنسانية أوصت المؤسسة المذكورة في تقريرها الموازي باستكمال تعريف مفهوم التعذيب في التشريع المغربي والوقاية منه وفقاً للمعايير الدولية المعمول بها في هذا المجال، وضمان أن تخضع كل الشكايات المتعلقة بالتعرض للتعذيب لتحقيق نزيه ومحاييد من قبل السلطة القضائية، بالإضافة إلى السماح للجمعيات بزيارة أماكن الاحتجاز وتعديل القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، مع الأخذ بعين الاعتبار طلبات المتهمين والمحامين المتعلقة بإجراء تقارير طبية في الموضوع في أقرب وقت ممكن مع ضمان استقلاليتهما وجعلها تحت سلطة وزارة الصحة⁶³⁵.

أما فيما يتعلق بالاختفاء القسري، فقد أوصت جمعية مؤسسة الكرامة بالاعتراف باختصاص اللجنة المعنية بحالات الاختفاء القسري، وذلك وفقاً للمادة 31 من الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري⁶³⁶، ورغم تأكيدها في تقريرها الموازي بعدم وجود حالات الاختفاء القسري في وقتنا الراهن، إلا أنها رغم ذلك طالبت الحكومة المغربية بضرورة إجراء تحقيق نزيه وشفاف في وفاة السيد عدنان رحالي⁶³⁷ وذلك استناداً إلى بروتوكول مينيسوتا⁶³⁸، مع إخبار أسرته بنتائج التحقيق وتزويدها بكافة الوثائق والصور أثناء عملية التحقيق والبحث، مع مطالبتها بوقف حالات النطق بالإعدام رغم توقف المغرب عن تطبيقها منذ سنة 1993⁶³⁹.

⁶³⁴- Rapport soumis au Comité des Droits de l'Homme dans le cadre du sixième examen périodique du Maroc par Fondation Alkarama le 23 septembre 2016, page 6.

⁶³⁵- Rapport soumis au Comité des Droits de l'Homme dans le cadre du sixième examen périodique du Maroc par Fondation Alkarama, précité, les pages 17-18.

⁶³⁶- Qui prévoit : "Tout État partie peut déclarer, au moment de la ratification de la présente Convention ou ultérieurement, qu'il reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications présentées par des personnes ou pour le compte de personnes relevant de sa juridiction qui se plaignent d'être victimes d'une violation, par cet État partie, des dispositions de la présente Convention..."

⁶³⁷- Alkarama a relevé que de fait, le phénomène des disparitions forcées est aujourd'hui quasi inexistant dans l'Etat partie, même si en 2015 elle a été saisi par la famille d'un jeune étudiant Adnane Rahali à Agadir de sa disparition, en date du 17 décembre 2015, page 18.

⁶³⁸- The Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death. Aims to protect the right to life and advance justice, accountability and the right to a remedy, by promoting the effective investigation of potentially unlawful death or suspected enforced disappearance.

⁶³⁹- Rapport soumis au Comité des Droits de l'Homme dans le cadre du sixième examen périodique du Maroc par Fondation Alkarama, précité, page 19 et 20.

المطلب الثاني: الاستعراض الدوري الشامل

يقصد بألية الاستعراض الدوري الشامل "EPU" L'Examen Périodique Universel قيام جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بإجراء استعراض لسجلات حقوق الإنسان، مرة كل أربع سنوات أمام مجلس حقوق الإنسان، وفي إطار هذه الألية يتم مراجعة أوضاع حقوق الإنسان في جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، وذلك قصد إبراز التقدم الحاصل في مجالات حقوق الإنسان، وتعتبر هذه الوسيلة من إبداعات مجلس حقوق الإنسان من خلال توفير فرصة لجميع الدول للإفصاح عن سياساتها العامة المتبعة للنهوض بثقافة حقوق الإنسان⁶⁴⁰.

أنشأت هذه التقنية في مارس 2006، وذلك بموجب مقتضيات قرار الجمعية العامة رقم 251/60 والذي أنط بمجلس حقوق الإنسان "إجراء استعراض دوري شامل يستند إلى معلومات موضوعية وموثوق بها لمدى وفاء كل دولة بالتزاماتها وتعهداتها في مجال حقوق الإنسان على نحو يكفل شمولية التطبيق والمساواة في المعاملة بين جميع الدول"⁶⁴¹، وفي يونيو 2007، وافق أعضاء المجلس على بناء مؤسساته التي توفر خريطة طريق ترشد عمله في المستقبل، وكان من بين العناصر الرئيسية التي تم الاتفاق عليها هو الاستعراض الدوري الشامل.

ويمكن القول بأن الهدف النهائي للاستعراض الدوري الشامل يتمثل أساسا في تحسين ودعم وتوسيع نطاق تعزيز حماية حقوق الإنسان وحمايتها من أي تعسف، ولهذا الغرض يقوم مجلس حقوق الإنسان من خلال لجانه بتقييم سجلات الدول بشأن حقوق الإنسان بحيث يضطلع الفريق المعني بالاستعراض الدوري بتلقي التقارير الوطنية للدول التي يجب ألا تتعدى 20 صفحة، ويعمل على تقييم مدى احترام الدول لالتزاماتها إزاء حقوق الإنسان المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان...، وبعد ذلك يقرر في التدابير التي يتعين اتخاذها من طرف حكومات الدول ويصدرها عادة تحت اسم توصيات وملاحظات ختامية⁶⁴². وفي هذا الإطار، يمكن للمنظمات غير الحكومية المهتمة بحقوق الإنسان أن تقدم تقارير موازية للتقرير الوطني الذي تقدمه الدولة المعنية كما يمكن لأي دولة أن تشارك في المناقشات التفاعلية، وتجري عملية الاستعراض الدوري الشامل استنادا إلى العديد من الصكوك الدولية⁶⁴³، وينبغي أن تحقق هذه التقنية مجموعة من الأهداف والغايات النبيلة في مجال حقوق الإنسان⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ محمد يعقوب: التقارير المتعلقة بالاستعراض الدوري الشامل، منشورات المركز الوطني لحقوق الإنسان، بدون تاريخ، الصفحة 3 وما بعدها.

⁶⁴¹ البند (هـ) الفقرة 5، من القرار رقم 251.60، A/RES/60/251، الصادر عن الجمعية العامة في دورتها 72، بتاريخ 15 مارس 2006.

⁶⁴² - <http://www.cndh.org>.

⁶⁴³ خصوصا: ميثاق الأمم المتحدة؛ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ صكوك حقوق الإنسان التي تكون الدولة طرفا فيها؛ التعهدات والالتزامات الطوعية من جانب الدول؛ أحكام القانون الإنساني الدولي الواجبة التطبيق، وذلك نظرا لما يتصف به القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي من طابع تكاملي ومترايب ومعزز لبعضه البعض. أنظر: المرفق الخاص بمجلس حقوق الإنسان، 1/5 بناء مؤسسات مجلس حقوق الإنسان. أولاً: آلية الاستعراض الدوري الشامل، الدورة الخامسة ما بين 11 و 18 يونيو 2007- إصدارات الجمعية العامة بتاريخ 7 غشت 2007 - A/HRC/5/21 - الصفحة 4 وما بعدها.

⁶⁴⁴ من قبيل: تحسين حالة حقوق الإنسان على أرض الواقع؛ الوفاء بالتزامات الدولة وتعهداتها في مجال حقوق الإنسان وتقييم التطورات الإيجابية والتحديات التي تواجهها الدولة؛ النهوض بقدرة الدولة وبالمساعدة الفنية المقدمة إليها، بالتشاور مع الدولة المعنية وبموافقتها؛ تبادل أفضل الممارسات فيما بين الدول وأصحاب المصلحة الآخرين؛ دعم التعاون في مجال تعزيز وحماية حقوق الإنسان؛ تشجيع التعاون والانخراط الكاملين مع المجلس وغيره من هيئات حقوق الإنسان ومع مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان. أنظر: المرفق الخاص بمجلس حقوق الإنسان، 1/5 بناء مؤسسات مجلس حقوق الإنسان. أولاً: آلية الاستعراض الدوري الشامل، مرجع سابق الصفحة 6.

طبقا لمقتضيات القرار رقم 251.60، وفي سياق التعهدات الطوعية للدول بخصوص الاستعراض الدوري الشامل أعربت المملكة المغربية، بمناسبة التقدم لعضوية مجلس حقوق الإنسان في سنة 2006، عن تعهداتها الطوعية في الالتزام بمقتضيات هذا القرار رقم 251.60⁶⁴⁵ الصادر عن الجمعية العامة في دورتها 72، في 15 مارس 2006، والخاص بتقديم تقارير دورية للاستعراض أمام مجلس حقوق الإنسان، وقد ساهمت بشكل كبير منذ إحداث هذه الآلية بتقديم التقارير الوطنية المتعلقة بوضعية تنفيذ مقتضيات الاتفاقيات التي صادقت عليها المملكة من خلال الحوارات التفاعلية مع خبراء هيئات المعاهدات المعنية بذلك من خلال الحرص على تتبع تنفيذ وتوصيات الهيئات التعاقدية وتضمينها في السياسات العمومية⁶⁴⁶.

عمل المغرب، في هذا السياق، على تقديم ثلاثة تقارير وطنية في جولات الاستعراض الدوري الشامل أمام الفريق المعني بالاستعراض الدوري الشامل، الأول كان في أبريل من سنة 2008، وقد سهر وزير العدل آنذاك عبد الواحد الراضي برفقة وفد يضم مجموعة من القطاعات الوزارية على تقديم أهم ما جاء فيه، والثاني كان في سنة 2012، أما التقرير الثالث فقد تم تقديمه في 2017، وقد تضمنت هذه التقارير إسهامات المملكة المغربية في مجال حماية حقوق الإنسان والنهوض بها داخليا من خلال التطرق للتقدم الحاصل في هذا المجال وكذا السياسات العمومية والإصلاحات التشريعية والسياسية وتعزيز البناء المؤسساتي للدولة بخصوص النهوض بالحقوق والحريات الأساسية كما نصت عليها المواثيق والعهود الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان.

ومن أجل إعداد التقرير الأول الذي قدمه المغرب في سنة 2008 تم تكوين لجنة مشتركة ما بين مجموعة من القطاعات الوزارية حيث أسندت مهمة تنسيق أعمالها لوزارة العدل والحريات، وانطلقت الأشغال التحضيرية في أكتوبر 2007، من خلال تنظيم لقاءات واجتماعات للتعريف بالآلية الاستعراض الدوري الشامل⁶⁴⁷، غير أن هذا لم يمنع بعض الجمعيات الحقوقية⁶⁴⁸ من إبداء مواقفها المنتقدة لمضمون هذا التقرير المعد للاستعراض الدوري وكذا المنهجية التي أعد بها، فرغم ارتياحها لما حققه المغرب من تقدم في مجال حقوق الإنسان، إلا أنها أثارت مسألة عدم رفع بعض التحفظات الخاصة بحقوق المرأة، وعدم تطبيق توصيات هيئة الإنصاف والمصالحة رغم التعهدات التي قطعها العاهل المغربي في عام 2006 وعدم استقلالية القضاء.

وبخصوص التقرير الأول لسنة 2008 فقد تطرق لمجمل الإصلاحات ذات الصلة بحقوق الإنسان وكل الإجراءات التي اتخذتها الدولة المغربية للوفاء بالتزاماتها تجاه محيطها الدولي، وخاصة هيئات المعاهدات المنضوية تحت لواء الأمم المتحدة بما في ذلك سياسة التصديق والانضمام إلى المعاهدات الدولية المهمة بحقوق الإنسان، أو على المستوى القضائي باعتباره

⁶⁴⁵ - Morocco's voluntary pledges and Commitments in accordance with resolution A/RES/60/251 .The permanent mission of the kingdom of the morocco in united nation, New York 17 April 2006. KM/hi. N⁰:VN/170/06.

⁶⁴⁶ - وضعية انخراط المملكة المغربية في الاتفاقيات الأساسية في مجال القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، منشورات المندوبية الوزارية المكلفة بحقوق الإنسان، فبراير 2015، الصفحة 1.

⁶⁴⁷ - التقرير الذي قدمته المملكة المغربية أمام الفريق المعني بالاستعراض الدوري الشامل في سنة 2008، A/HRC/WG.6/1/MAR/1، الفقرتين 10-11.

⁶⁴⁸ - كالمنظمة المغربية لحقوق الإنسان، منظمة الكرامة لحقوق الإنسان، المركز المغربي لحقوق الإنسان، العصبة الأمازيغية لحقوق الإنسان، الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، واتحاد العمل النسائي بالمغرب.

آلية من آليات ضمان ممارسة الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية وغيرها من الحقوق، وفيما يخص هذا التقرير وفي إطار تجميع المعلومات المنجزة من طرف المفوضية السامية لحقوق الإنسان، فقد أشارت هذه الهيئة إلى مجموعة من المطالب المعبر عنها في التقارير الموازية التي أعدتها بعض الهيئات الحقوقية الوطنية وكذا الدولية بخصوص الوضعية الحقوقية في المغرب⁶⁴⁹.

وفي إطار الجولة الثانية من الاستعراض الدوري الشامل فقد تمت صياغة التقرير الوطني الثاني في سنة 2012 بنفس المنهجية السابقة، بحيث شكلت مناسبة إعداده فرصة لتعزيز مسلسل التشاور الوطني حول موضوع السياسات العامة في مجال حقوق الإنسان وكذا التزامات المملكة المغربية تجاه هيئات الأمم المتحدة، بهذه المناسبة تم تنظيم عدة لقاءات وطنية وجهوية بمشاركة خبراء دوليين ومنظمات دولية كالمفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان، اللجنة الدولية للتنسيق بين المؤسسات الوطنية لحماية حقوق الإنسان والنهوض بها، ومنظمات غير حكومية دولية إضافة إلى فاعلين محليين في مجال حقوق الإنسان⁶⁵⁰.

ما ميز التقرير الثاني عن التقرير السابق هو كونه جاء بالموازاة مع الدينامية السياسية التي عرفتها البلاد والمتسمة بإقرار المملكة المغربية لعدة إصلاحات دستورية وسياسية شكلت أرضية ملائمة لتبني سياسات مختلفة تجلت أساسا في الشروع في ملاءمة التشريعات الوطنية مع القانون الدولي لحقوق الإنسان، والمصادقة على اتفاقية من أهم الاتفاقيات في مجال حقوق الإنسان ويتعلق الأمر بالاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، خاصة وأن الدستور المغربي لسنة 2011 أصبح يعاقب لأول مرة على جريمة الاعتقال التعسفي أو السري والاختفاء القسري⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ - مثل: 1/ مطالبة المنظمة المغربية لحقوق الإنسان بإدراج مبدأ المساواة في الدستور ومدونة الأسرة؛

2/ مطالبة اتحاد العمل النسائي بملاءمة التشريع الوطني مع أحكام اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة؛

3/ تشديد كل من المنظمة المغربية لحقوق الإنسان والاتحاد الدولي لحقوق الإنسان على أن بعض المحكوم عليهم بالإعدام لا زالوا مسجونين في انتظار تنفيذ الحكم؛

4/ تسجيل المركز المغربي لحقوق الإنسان لمجموعة من حالات الاعتداء الجنسي على الأطفال، ترتبط في بعض الحالات بالسياحة الجنسية المتمثلة أساسا في إنتاج أفلام خليعة؛

5/ أفاد المركز المغربي لحقوق الإنسان أن كثيرا من المؤسسات الإصلاحية تشهد حالة متردية ساهم فيها الاحتفاظ وسوء التغذية وتفشي الأمراض المعدية وتعاطي المخدرات والاعتداء الجنسي والفساد والعنف؛

6/ أوصت المنظمة المغربية لحقوق الإنسان والاتحاد الدولي لحقوق الإنسان بأن تُطبَّق بدقة أحكام قانون العمل عن طريق تعميم الضمان الاجتماعي على جميع العاملين، وحظر التسريح التعسفي للأجراء، ومنح تعويضات مقابل فقدان العمل لأسباب اقتصادية، واحترام شروط الصحة والسلامة المهنية ووضع سياسة عامة لكفالة المساواة بين ماجوري الصناعة والخدمات والزراعة.

أنظر: تقرير المفوضية السامية لحقوق الإنسان عن الاستعراض الدوري الشامل للمغرب برسم سنة 2008، A/HRC/WG.6/1/MAR/3، 11 مارس 2008.

تجدد الإشارة، إلى أن جزءا كبيرا من مطالب الحركة الحقوقية التي تم التعبير عنها بمناسبة تقديم المغرب لتقريره للاستعراض الدوري الشامل سنة 2008 أصبح متجاوزا بفضل التشريعات المتقدمة التي أقرتها المملكة المغربية خاصة مع تبني دستور 2011.

⁶⁵⁰ - التقرير الذي قدمته المملكة المغربية في إطار الجولة الثانية للاستعراض الدوري الشامل أمام الفريق المعني بالاستعراض الدوري الشامل في سنة 2012، A/HRC/WG.6/13/MAR/1.

⁶⁵¹ - الفصل 23 من دستور 2011، كما تم إصداره في الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432، (30 يوليو 2011) - الصفحة 3600.

وفي إطار المهام الموكولة إليه في مجال حماية وتعزيز حقوق الإنسان شارك المجلس الوطني لحقوق الإنسان باعتباره مؤسسة دستورية في الجولة الثانية بمناسبة الاستعراض الدوري الشامل للمغرب، حيث قدم تقريرا موازيا تضمن منجزات المملكة في مجال الحقوق والحريات وتضمن كذلك مجموعة من الملاحظات والتوصيات للحكومة المغربية⁶⁵².

التزم المغرب أمام مجلس حقوق الإنسان خلال جلسة المصادقة النهائية على التقرير عن شروع الحكومة المغربية في توفير كافة الشروط والضمانات الكفيلة بتأمين متابعة تنفيذ التوصيات طبقا لمقاربة تشاركية وإعداد خطة عمل لمتابعة تنفيذها بإشراك مختلف الفاعلين المعنيين من قطاعات حكومية ومؤسسات وطنية والانفتاح على آليات الاستعراض الدوري الشامل، معلنا انطلاق تنفيذ التوصيات المنبثقة عن هذا الاستعراض وكذا كل التوصيات الصادرة عن الآليات المعاهداتية الأخرى، وباقي المساطر الخاصة لدى مجلس حقوق الإنسان وكذا تقديم المغرب لتقرير نصف مرحلي أمام مجلس حقوق الإنسان عن مدى التقدم في تنفيذ التوصيات⁶⁵³.

وفي ماي 2017، تم تقديم التقرير الوطني الثالث للاستعراض الدوري الشامل أمام الفريق المعني بمجلس حقوق الإنسان بجنيف، وذلك برسم الدورة السابعة والعشرون التي تم عقدها خلال الفترة ما بين 1 و 12 ماي 2017،

وقد تم إعداد هذا التقرير وفقا لمقاربة يمكن القول بأنها تشاركية ساهمت فيها مختلف الأطراف المعنية بحقوق الإنسان بالمغرب من قطاعات حكومية وبرلمان ومؤسسات وطنية نسقت أعمالها المندوبية الوزارية المكلفة بحقوق الإنسان⁶⁵⁴.

يأتي هذا التقرير الثالث في سياق وطني يتميز باستكمال بناء المؤسسات المعنية بحقوق الإنسان والتي تم التنصيب عليها دستوريا، وذلك من خلال إخراج القوانين المتعلقة بإنشاء هذه الهيئات الدستورية لحيز الوجود، نذكر منها القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي⁶⁵⁵، والقانون المتعلق بالهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة

⁶⁵² - مثل:

- إشراك فعاليات المجتمع المدني في مسار إعداد القوانين المنصوص عليها في الدستور؛
- الاعتماد الرسمي لخطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان وتنفيذ مقتضيات الأرضية المواطنة للنهوض بثقافة حقوق الإنسان، كما يدعو إلى الإشراف القوي للمجلس الوطني لحقوق الإنسان والمجتمع المدني في تنفيذ وتقييم وتعيين هاتين الآليتين؛
- الدعوة إلى مراجعة شاملة للقوانين المنظمة لقطاع الاتصال والإعلام والمقتضيات الجنائية في مجال حرية التعبير، وذلك طبقا للمقتضيات الدستورية ومبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان مع الحرص على إلغاء العقوبات السالبة للحرية من قانون الصحافة؛
- دعوة الحكومة إلى تعزيز ممارستها الاتفاقية مع إحداث الآلية الوطنية التي تنص عليها الاتفاقيات الدولية وفي مقدمتها الآلية الوطنية للوقاية من التعذيب.

أنظر: تقرير المجلس الوطني لحقوق الإنسان برسم الدورة الثانية للاستعراض الدوري الشامل في سنة 2012، الصفحة 2 وما بعدها.
⁶⁵³ المحبوب الهيئة، إسهام آلية الاستعراض الدوري الشامل في تعزيز الحكامة في مجال حقوق الإنسان: تجربة المملكة المغربية، أشغال ندوة القاهرة حول الحكامة: المسؤولية الاجتماعية في سياق التحولات، والتأليات والفاعلون، القاهرة 26 - 29 نونبر 2012 .
⁶⁵⁴ التقرير الوطني المقدم وفقا للفقرة ه من مرفق قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 21/16 المتعلق باستعراض عمل وأداء مجلس حقوق الإنسان A/HRC/WG.6/27/MAR/1-2017.

⁶⁵⁵ - Loi Organique n° 128-12 du 31 juillet 2014 relative au Conseil économique, social et environnemental, B.O .N° 6284 - 24 chaoual 1435 (21 août 2014), P 3879.

ومحاربتها⁶⁵⁶، والقانون المتعلق بالمجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي⁶⁵⁷، ثم القانون المتعلق بالمجلس الاستشاري للأسرة والطفولة⁶⁵⁸،

هذا علما بأن مشروع القانون المتعلق بالمجلس الوطني لحقوق الإنسان يعطيه صلاحية ممارسة الاختصاصات المرتبطة بالآلية الوقائية من التعذيب⁶⁵⁹.

كما تم إخراج بعض القوانين التي تنظم ممارسة بعض المهن التي لها صلة بحقوق الإنسان لحيز الوجود من خلال نشرها بالجريدة الرسمية، ونخص بالذكر منها القانون المتعلق بالصحفيين المهنيين⁶⁶⁰ والقانون التنظيمي بمثابة القانون الأساسي للقضاة⁶⁶¹ وغيرها من القوانين المكملة لها كالقانونين المنشئين لكل من المجلس الوطني للصحافة⁶⁶² والمجلس الأعلى للسلطة القضائية⁶⁶³، وغيرها من النصوص التشريعية والتنظيمية الهادفة للنهوض بسير وعمل المؤسسات المعنية بحماية الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها دستوريا وكذا الدفاع عنها.

أما فيما يتعلق بالقوانين والنصوص التشريعية التي تمكن المواطنين من المشاركة في تدبير الشأن فقد تميزت الفترة التي شملها هذا التقرير بصدر مجموعة من القوانين التنظيمية التي تمكن المواطنين والمواطنات من المشاركة في تدبير الشؤون العامة سواء على المستوى المحلي، كما هو الحال مع القوانين التنظيمية للجماعات الترابية التي مكنت الأفراد من المشاركة في تدبير الشأن المحلي وفق منهجية تشاركية⁶⁶⁴، أو على المستوى الوطني كما هو الشأن مع القانون التنظيمي

⁶⁵⁶ - Dahir n° 1-15-65 du 21 chaabane 1436 (9 juin 2015) portant promulgation de la loi n° 113-12 relative à l'Instance nationale de la probité, de la prévention et de la lutte contre la corruption. Bulletin officiel N° 6388 du 4 kaada 1436 (20 août 2015), P 3357.

⁶⁵⁷ - Dahir n° 1-14-100 du 16 rejab 1435 (16 mai 2014) portant promulgation de la loi n° 105-12 relative au Conseil Supérieur de L'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique. B.O .N° 6284- 24 Chaoual 1435 (21août 2014), P 3872.

⁶⁵⁸ - Loi n° 78-14 du 20 juillet 2016 relative au Conseil consultatif de la famille et de l'enfance. Bulletin officiel, N° 6496- 28 Kaada 1437 (1-9-2016) P. 1357.

⁶⁵⁹ - التقرير الوطني المقدم وفقا للفقرة ه من مرفق قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 21/16 المتعلق باستعراض عمل وأداء مجلس حقوق الإنسان A/HRC/WG.6/27/MAR/1، الفقرة 11.

⁶⁶⁰ - Loi n° 89-13 du 27 avril 2016, relative statut des journalistes professionnelles, Bulletin officiel, N° 6506- 04 moharrem 1438 (06-10-2016), P 1478.

⁶⁶¹ - Loi organique n° 106-13 du 24 mars 2016 portant statut des magistrats, Bulletin Officiel N° 6492 du 14 kaada 1437 (18 -8- 2016), page 1313.

⁶⁶² - Loi n° 90-13 du 10 mars 2016 portant création du conseil national de la presse, Bulletin Officiel N° 6506- 04 moharrem 1438 (06-10-2016) P. 1470.

⁶⁶³ - Loi organique n° 100-13 du 24 mars 2016 relative au Conseil Supérieur du Pouvoir Judiciaire, Bulletin Officiel N° 6492 du 14 kaada 1437 (18 -8- 2016), p 1299.

⁶⁶⁴ - Notamment, Loi organique n° 111-14 relative aux régions; Loi organique n° 112-14 relative aux préfectures et provinces et Loi organique n° 113-14 relative aux communes, publiées au Bulletin Officiel N° 6440 du 09 Joumada I 1437 (18 Février 2016), PP 197- 231-260.

المتعلق بتحديد شروط وكيفيات ممارسة الحق في تقديم العرائض لدى السلطات العمومية⁶⁶⁵ أو القانون التنظيمي المتعلق بتحديد مسطرة وكيفيات ممارسة الحق في تقديم الملتزمات في مجال التشريع⁶⁶⁶.

وما يميز الاستعراض الدوري لسنة 2017 هو كونه تنمة للمجهودات السابقة والهادفة إلى تعزيز حقوق الإنسان، بما في ذلك السياسات العمومية والقطاعية المتعلقة بالحقوق الفئوية ومدى مراعاتها للالتزامات الدولية للمغرب في مجال حقوق الإنسان على أرض الواقع من خلال التركيز على التوصيات الموجهة للمغرب بمناسبة فحص التقرير السابق في سنة 2012.

وهكذا، فقد تطرق التقرير الثالث للمجهودات وكل السياسات الحكومية المتعلقة بتعزيز الحقوق المدنية والسياسية كالنهوض بأحوال السجناء⁶⁶⁷ وحماية حرية الرأي والتعبير⁶⁶⁸ وحق تأسيس الجمعيات⁶⁶⁹ ... وحتى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية كالحق في الصحة والعمل والتعليم والسكن اللائق ومحاربة الفقر والهشاشة الاجتماعية، وغيرها من المعطيات التي وردت في التقرير.

تطرق هذا التقرير لأهم التطورات التي حققها المغرب في مجال حقوق الإنسان، وكذا أهم المستجدات التي لحقتها منذ الاستعراض السابق، منها مواصلة التفاعل مع آليات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان والمتمثلة أساسا في تعزيز المغرب لممارسته الاتفاقية بانضمامه للبروتوكولين الاختياريين لاتفاقية مناهضة التعذيب واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والبروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وكذا استعراض هيئات المعاهدات لخمسة تقارير وطنية⁶⁷⁰

⁶⁶⁵ - Loi organique n° 44-14 déterminant les conditions et les modalités d'exercice du droit de présenter des pétitions aux pouvoirs publics, B. Officiel N° 6492 du 14 kaada 1437 (18 -8- 2016), p 1325.

⁶⁶⁶ - Loi organique n° 64-14 fixant les conditions et les modalités d'exercice du droit de présenter des motions en matière législative, B. Officiel N° 6492 du 14 kaada 1437 (18 -8- 2016), p 1327.

⁶⁶⁷ - بخصوص النهوض بأحوال السجناء، سجل التقرير بأن مشروع القانون الجنائي تضمن أحكاما تعزز العمل بعقوبات بديلة تسمح بتحسين أوضاع المحتجزين، من خلال الحد من اكتظاظ السجون، مشيرا إلى أن الحكومة السابقة تبنت برنامجا يرمي إلى النهوض بمجموع مرافق السجون، حيث تم فتح 10 مؤسسات سجنية في سنة 2015 بطاقة استيعابية تصل إلى 9000 سرير، ثلاثة منها بدأت عملها منذ يوليوز 2016 وخمسة توجد قيد التشييد.

⁶⁶⁸ - على مستوى حرية التعبير أشار التقرير إلى تكريس القانون الجديد المتعلق بالصحافة والنشر لمجموعة من المستجدات القانونية والمتمثلة أساسا في إلغاء العقوبات السالبة للحرية وتعويضها بغرامات مالية، والاعتراف القانوني بالصحافة الالكترونية وحماية الصحفيين من أي اعتداء وتعزيز دور القضاء باعتباره الجهة المختصة في حجز المنشورات والمطبوعات وكذا حجب المواقع الإلكترونية.

⁶⁶⁹ - أشار التقرير إلى أن المغرب يعمل بالنظام التصريحي في تأسيس الجمعيات، وأنه من حق الجمعيات المتضررة أن تلجأ إلى القضاء الإداري باعتباره الجهة المختصة للنظر في كل تجاوز أو شطط في استعمال السلطة، ولكن رغم ذلك هناك بعض الجمعيات التي تجد صعوبات إدارية في مسطرة التأسيس أو تجديد مكاتبها المسيرة.

⁶⁷⁰ - 1) Le sixième rapport périodique sur l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, examiné les 24 et 25 octobre 2016; 2) Le quatrième rapport périodique sur l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, examiné les 30 septembre et 1er octobre 2015; 3) Les troisième et quatrième rapports périodiques sur l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant et le deuxième rapport sur l'application du protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des

فضلا عن زيارة أربعة إجراءات خاصة للمغرب⁶⁷¹.

هذا، بالإضافة إلى الإشارة للإصلاحات الرئيسية التي باشرتها الحكومة المغربية في مجال إصلاح القضاء، وذلك وفقا لأحكام الدستور والمعايير الدولية المتعلقة بإنشاء نظام قضائي مستقل ونزيه يقوم على احترام حقوق الإنسان وسيادة القانون، وهذه الإصلاحات توجت بإصدار ميثاق إصلاح منظومة العدالة في سنة 2013 وإعداد مشروع قانونين يهدفان إلى ملاءمة قانون المسطرة الجنائية والقانون الجنائي المعمول بهما حاليا مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، مع الإشارة إلى التزام المغرب بالوقف الاختياري لعقوبة الإعدام منذ سنة 1993، فضلا على أن مشروع القانون الجنائي قيد التحضير عمل على تقليص عدد الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام ومكافحة جميع أشكال التعذيب وسوء المعاملة.

وإذا كان هذا التقرير تضمن مجموعة من الإجراءات والتدابير الإيجابية في مجال تعزيز الحقوق المدنية والسياسية وحتى الاقتصادية والاجتماعية والثقافية...، والتي لا يمكن لأحد أن ينكر أهميتها، إلا أنه لا بد من الإشارة أيضا، إلى أن هذا التقرير أتى في سياق يتميز بتنامي وثيرة الحركات الاحتجاجية، خاصة وأن كل الإصلاحات التي شهدتها المغرب همت في غالبيتها الجوانب السياسية أما الجوانب الاقتصادية والاجتماعية فلم تحظ بالقدر الكافي الذي حظيت به مثلتها على المستوى السياسي، ففي مجال السكن، مثلا، يلاحظ بأن هناك مجموعة من الفئات تجد صعوبة في الحصول على سكن لائق، بحيث يبين واقع الحال بجلاء استمرار ظاهرة سكان الصفيح، هذا علما بأن مشاريع السكن الاجتماعي، وكذا تجربة مدن بدون صفيح لم تؤت النتائج المتوخاة منها رغم الاعتمادات المالية المرصودة لها.

أما في المجال الصحي، فيلاحظ استمرار حالات الوفيات وذلك بسبب الخصائص المسجل في الأطر الطبية وشبه الطبية، حيث أن هناك العديد من الحالات كان بالإمكان تفاديها في حالة تواجد طاقم طبي كاف ومتخصص، علما بأن الولوج إلى الحق في الصحة يتفاوت بحسب المناطق الجغرافية إذ تعرف بعض المناطق عدة إكراهات متعلقة بصعوبة المسالك المؤدية إلى مراكز الاستشفاء، وفي ميدان التشغيل يلاحظ أيضا بأن هناك نقص مسجل فيما يخص توفير مناصب الشغل الشيء الذي ساهم في تنامي ظاهرة البطالة في أوساط النخب المثقفة الحاصلة على الشواهد العليا. وهنا تبدو الحاجة ضرورية للقيام ببعض الإصلاحات الاقتصادية والاجتماعية الموازية التي من شأنها تمكين المواطنين من التمتع بحقوقهم، بحيث هناك العديد من المواطنين والمواطنات غير قادرين على الحصول على الحد الأدنى من مستويات، التعليم والصحة والشغل والسكن اللائق وهي حقوق نص عليها العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، وهذا ليس نتيجة لانعدام الموارد وإنما يرجع بالأساس لانعدام توفر سياسات عمومية ناجعة وهادفة تأخذ بعين الاعتبار الحاجيات الأساسية للمواطنين.

enfants, présentés en un seul document et examiné le 3 septembre 2014; 4) Le rapport initial sur l'application du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, examiné le 4 septembre 2014; 5) Le rapport initial sur l'application de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille; examiné les 10 et 11 septembre 2013.

⁶⁷¹ - 1) Expert indépendant sur les droits de l'homme et la solidarité internationale (5-19 janvier 2016); 2) Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation (5-12 octobre 2015); 3) Groupe de travail sur la détention arbitraire (09-18 décembre 2013); 4) Rapporteuse spéciale sur la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants (17-21 juin 2013).

المطلب الثالث: عضوية المغرب في مجلس حقوق الإنسان

يعتبر مجلس حقوق الإنسان هيئة حكومية دولية تابعة للأمم المتحدة، وحل هذا الأخير محل لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، تتجلى مهمته في تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها في جميع أرجاء العالم⁶⁷² ورصد كل حالات انتهاك حقوق الإنسان وتقديم توصيات بشأنها فضلا عن تلقي الشكاوى وفحصها، ويتكون هذا الأخير من حوالي 47 دولة تنتخبها الجمعية العامة بالاقتراع السري والمباشر في شهر نونبر كل 3 سنوات لا تتجاوز ولايتين متتاليتين، ويؤخذ بعين الاعتبار في عملية الانتخاب مساهمات الدولة المرشحة في تعزيز حقوق الإنسان وكذا تعهداتها والتزاماتها الطوعية. ويعقد اجتماعاته في مكتب الأمم المتحدة في جنيف⁶⁷³. تستند تركيبة المجلس على التوزيع الجغرافي حيث يخصص لكل قارة عدد من المقاعد بناء على مساحتها⁶⁷⁴.

ساهمت المغرب بشكل كبير في تطوير نظام الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ووضع آلية الاستعراض الدوري الشامل، كما يعد من الدول الأكثر انفتاحا على مجلس حقوق الإنسان، باعتباره هيئة دولية مكلفة بالنهوض بحقوق الإنسان وحمايتها، وذلك وفقا للجهود التي يبذلها المغرب في مجال النهوض بحقوق الإنسان وخاصة فيما يتعلق بتعامله مع هيئات حقوق الإنسان. وفي هذا السياق، اضطلع المغرب خلال ولايتين متتاليتين، منذ سنة 2006، بهذا المجلس بمواصلة التزامه النشط داخل دوراته، وذلك عبر مجموعة من المؤسسات الوطنية المعنية بحقوق الإنسان⁶⁷⁵، وفي مقدمتها المجلس الوطني لحقوق الإنسان الذي يواصل المغرب من خلاله العمل على تطوير علاقات التعاون مع مختلف الأطراف والفاعلين الدوليين المكلفين بمراقبة حقوق الإنسان بكافة دول المعمور من خلال، التعاون والمشاركة في أشغال هيئات الأمم المتحدة المختصة في حقوق الإنسان وحتى بعض الآليات المنشأة للمراقبة⁶⁷⁶.

⁶⁷² - أنشأ المجلس بموجب القرار رقم 251/60، A/RES/60/251 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 15 مارس 2006 وعقد دورته الأولى في الفترة الممتدة من 19 إلى 30 يونيو 2006.

⁶⁷³ - دليل عملي حول مجلس حقوق الإنسان، إصدارات المفوضية السامية لحقوق الإنسان والمنظمة الدولية للفرنكفونية، مطبعة فيليار فرنسا، طبعة 2015، الصفحة 12 إلى 20.

⁶⁷⁴ - وذلك وفق التقسيم التالي:

- الدول الإفريقية: 13 مقعدا؛
- الدول الآسيوية: 13 مقعدا؛
- دول أمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي: 8 مقاعد؛
- دول أوروبا الغربية ودول أخرى: 7 مقاعد؛
- دول أوروبا الشرقية: 6 مقاعد.

أنظر: دليل عملي حول مجلس حقوق الإنسان، إصدارات المفوضية السامية لحقوق الإنسان، المرجع السابق الصفحة 20.

⁶⁷⁵ - Note n° VN/134/06, regarding the decision by the government of the morocco to present its candidature to the human right council in accordance with resolution A/RES/60/251. The Permanent Mission of the Kingdom Morocco in United Nation, New York 17 April 2006. KM/hi. VN/170/06

⁶⁷⁶ - من قبيل:

- التعاون مع المفوضية السامية لحقوق الإنسان؛
- المشاركة في أشغال دورات مجلس حقوق الإنسان والتعاون مع الإجراءات الخاصة المنبثقة عنه؛
- متابعة أشغال اللجان التعاهدية المكلفة بمراقبة تنفيذ مقتضيات اتفاقيات حقوق الإنسان؛

وفي هذا الإطار، وبمناسبة انعقاد الدورة 19 لمجلس حقوق الإنسان بجنيف قام وفد مغربي بتقديم ترشح المملكة المغربية لعضوية هذا المجلس خلال الفترة الممتدة من 2014-2016⁶⁷⁷، انتخب على إثرها المغرب، يوم 12 نونبر 2013، عضوا جديدا بمجلس حقوق الإنسان لولاية ثلاث سنوات ابتداء من فاتح يناير 2014، وحصل المغرب الذي كان ضمن المرشحين عن المجموعة الإفريقية على 163 صوتا، بدل 97 المطلوبة، وقد سبق وانتخب المغرب في سنة 2006 عضوا بهذا المجلس وشغل منصب نائب الرئيس باسم المجموعة الإفريقية، وهذا الانتخاب تم بفضل الجهود التي بذلها المغرب من أجل النهوض بحقوق الإنسان⁶⁷⁸.

يعتبر انتخاب المغرب عضوا بمجلس حقوق الإنسان، الذي يعد أحد أعضائه المؤسسين، اعترافا دوليا بالدور الذي يلعبه المغرب في تفعيل آليات مجلس حقوق الإنسان⁶⁷⁹، واعتبرت بعض الهيئات الحقوقية⁶⁸⁰ هذا الانتخاب بمثابة تنويع للإصلاحات التي عرفتتها المملكة منذ الحصول على الاستقلال، وذلك على الرغم من كونها لا زالت تعيش بعض مظاهر انتهاكات حقوق الإنسان متمثلة في كون العديد من الجمعيات لم تتسلم الوصولات القانونية بعد وضع ملفاتها، إلى جانب الاعتداءات التي تطال المواطنين أمام البرلمان وفي مناطق مختلفة بالمغرب⁶⁸¹، فضلا عن الوضعية المزرية للسجون المغربية خاصة في ظل ما يعانيه المعتقلون على خلفية قانون الإرهاب، إضافة إلى التضييقات التي يعيشها الصحفيون.

فمنذ حصول المغرب على العضوية بمجلس حقوق الإنسان التابع لهيئة الأمم المتحدة بجنيف، ساهم بشكل إيجابي في مجموعة من الإجراءات الخاصة بحماية حقوق الإنسان والنهوض بها في عدة مجالات، كما شارك في صياغة مجموعة

- متابعة أشغال الآليات الأممية غير التعاهدية؛
- التعاون مع الوكالات المتخصصة للأمم المتحدة؛
- المشاركة في أنشطة لجنة التنسيق الدولية للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان؛
- التعاون مع المنظمات الدولية غير الحكومية؛
- متابعة أنشطة وتقارير المنظمات الدولية غير الحكومية التي تهتم بأوضاع حقوق الإنسان في المغرب؛
- تيسير التعاون بين هذه المنظمات وبين السلطات الحكومية المغربية؛
- تنظيم لقاءات وندوات في مجال حقوق الإنسان بالتعاون مع المنظمات الدولية غير الحكومية؛
- استقبال وفود عن مؤسسات حكومية وغير حكومية أجنبية ومن المجتمع المدني قصد تبادل التجارب وتنمية مشاريع التعاون.

<http://www.cndh.ma>.

⁶⁷⁷ -See Annex to the note Verbale, dated 6 May 2013. The Permanent Mission of Morocco to the United Nations addressed to the Secretary-General, Regarding Candidature of Morocco to the Human Rights Council, 2014-2016. Publications the General Assembly A/68/83, 16 May 2013.

⁶⁷⁸ - أنظر تقرير المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان عن وضعية حقوق الإنسان خلال سنتي 2005 / 2006، منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان- الصفحة 109.

⁶⁷⁹ تأتي عضوية المغرب بهذا المجلس رفقة 13 دولة عن الدول الإفريقية ويتعلق الأمر بالدول التالية: المغرب 2016، الجزائر 2016، بوتسوانا 2017، الكونغو 2017، كوت ديفوار 2015، أثيوبيا 2015، الغابون 2015، غانا 2017، كينيا 2015، ناميبيا 2016، نيجيريا 2017، سيراليون 2015، جنوب أفريقيا 2016.

⁶⁸⁰ - نذكر على سبيل المثال منتدى الكرامة لحقوق الإنسان.

⁶⁸¹ - البيان الصادر عن المكتب التنفيذي للهيئة المغربية لحقوق الإنسان، حول بعض الأحداث والقضايا الحقوقية وطنيا وإقليميا. الرباط في: 31 مارس 2014.

من القرارات التي تهدف إلى حماية حقوق الإنسان والتربية عليها في جميع بقاع العالم⁶⁸². فبالإضافة، إلى التزامه بمكانيزمات الاستعراض الدوري الشامل⁶⁸³ وتفاعله الديناميكي مع هيئات الأمم المتحدة، علاوة على تنظيم ملتقيات بتنسيق مع المفوضية السامة لحقوق الإنسان والمنظمة الدولية للفرنكفونية حول التعريف بألية الاستعراض الدوري الشامل ومنهجية إعداد التقارير الدورية، نجده يقدم مساعدات مالية وتقنية لفائدة الدول النامية للالتزام بإعداد تقاريرها لدى المجلس المعني⁶⁸⁴.

المطلب الرابع: القبول بالتاليات الدولية المنشأة للمراقبة

أصبح المجتمع الدولي في ظل قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، وخلافا لما كان عليه الحال سابقا، طرفا أصيلا معنيا بمسألة حقوق الإنسان وصار يقف إزاءها على قدم المساواة مع الدولة المعنية أو تلك التي ينتمي إليها الأفراد الذين تنتهك حقوقهم، ولكي يتسنى له الاطلاع بهذا الدور الرقابي كان من الضروري أن يضع لنفسه آليات محددة يضبط بموجبها على الدول من أجل حثها على الإلتزام بالحقوق والحريات الأساسية التي تضمنها المواثيق الدولية للأفراد، فإلى جانب أساليب الضغط المعنوي والأدبي التي تتمثل عادة في اتخاذ قرارات وإصدار تقارير، تمارس بعض المنظمات الدولية سلطة الرقابة تحت إشراف دوليين فيما يتصل بمدى التزام الدول بالقواعد والمعايير الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان⁶⁸⁵.

أنشأت منظمة الأمم المتحدة ما يسمى بالزيارات القطرية أو الميدانية التي يقوم بها خبراء مكلفون بمراقبة أوضاع حقوق الإنسان⁶⁸⁶، حيث يعهد لهم بالقيام بزيارات للتحري عن أحوال حقوق الإنسان بالدول وتقييم الحالة العامة لحقوق الإنسان

⁶⁸² - منذ سنة 2007، ساهم وشارك المغرب في العديد من الإجراءات الملموسة والتي تناولت مختلف الجوانب المتعلقة بتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها، وذلك من قبيل:

(أ) القرار المنشئ للإجراءات الخاصة لتعزيز الحقيقة والعدالة والجبر وضمانات عدم التكرار، بالتعاون مع الأرجنتين وسويسرا؛

(ب) القرار المتعلق بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي بشراكة مع فرنسا والأرجنتين؛

(ت) القرار المتعلق بمكافحة التعصب والتمييز والتحريض على العنف أو ممارسته ضد أشخاص معينين بسبب دينهم أو معتقداتهم؛

(ث) أيد المغرب قيام مجلس حقوق الإنسان بإنشاء عدد من الإجراءات الخاصة، مثل الفريق العامل المعني بمسألة التمييز ضد المرأة، والخبير المستقل في مجال الحقوق الثقافية والمقرررين الخاصين المعنيين بحق الإنسان في مياه الشرب والمرافق الصحية والحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات؛

(ج) شارك المغرب مع سويسرا، في سنة 2007، في القرار الذي أعلن بموجبه البدء في عملية صياغة إعلان للأمم المتحدة بشأن التثقيف والتدريب في مجال حقوق الإنسان.

⁶⁸³ - منذ إنشاء مجلس حقوق الإنسان، ساهم المغرب بشكل كبير في عملية إنشاء وتعزيز آلية الاستعراض الدوري الشامل.

⁶⁸⁴ - منذ سنة 2011، ساهم المغرب بمبلغ فاق حوالي 500 000 دولار لفائدة الصندوق الطوعي للاستعراض الدوري الشامل المخصص للمساعدة المالية والتقنية للبلدان النامية، وذلك بهدف تنفيذ التزاماتها المتمثلة في الاستعراض الدوري الشامل.

Pour plus d'informations voir, Candidature du Royaume du Maroc au Conseil des Droits de l'Homme 2014 -2016. Adressée au Secrétaire général par la Mission permanente du Maroc auprès de l'Organisation des Nations Unies, A/68/83, 16 mai 2013.

⁶⁸⁵ - لا يخفى على كل متتبع بأن الاهتمام بحقوق الإنسان أضحت يمثل إحدى السمات الأساسية المميزة للنظام الدولي المعاصر الذي أرسيت دعائمه منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، فمنذ إنشاء منظمة الأمم المتحدة باتت مسألة حقوق الإنسان وضماناتها المختلفة تشكل ما يعرف الآن بالقانون الدولي لحقوق الإنسان إلى جانب ما أُصطلح على تسميته بالقانون الدولي الإنساني.

⁶⁸⁶ - تم اعتماد اختصاصات الزيارات القطرية عقب الاجتماع السنوي الرابع للمقرررين الخاصين (E/CN.4/1998/45) في سنة 1997 بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة.

في بلد معين من خلال عقد لقاءات واجتماعات مع ممثلي الدولة بما في ذلك أعضاء الهيئات القضائية والمجالس النيابية وأعضاء المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان والمنظمات غير الحكومية ومنظمات المجتمع المدني وكل من يعتبر نفسه ضحية من ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، وتتعهد الدولة موضوع الزيارة الميدانية بمنح المكلفين بهذه الإجراءات الخاصة مجموعة من الضمانات والتسهيلات نذكر من بينها⁶⁸⁷:

- حرية التنقل في البلد بأكمله، بما في ذلك تيسير الانتقال؛
- حرية التحقيق، ولا سيما من خلال السماح لهم بـ:
- ✓ النفاذ إلى السجون ومراكز الاحتجاز وغيرها؛
- ✓ الاتصال بالسلطات المركزية والمحلية التابعة للحكومة؛
- ✓ عقد اجتماعات مع ممثلي المنظمات غير الحكومية؛
- ✓ تنظيم جلسات استماع سرية مع الأشخاص المحرومين من حريتهم، وهو ما يعتبر ضروريا للوفاء بولاية المقرر الخاص؛
- ✓ الاطلاع على التشريع الوطني المتعلق بحقوق الإنسان.

تتعهد حكومة الدولة موضوع الزيارة بأن الأشخاص الذين كانوا على اتصال مع المقرر الخاص سواء كانوا مسؤولين أو أفرادا عاديين لن يتعرضوا لتهديدات أو أي عقوبات جراء لقاءهم بالمقررين الخاصين وأن تتخذ كل الترتيبات الأمنية اللازمة التي تسهل الزيارات التي يقوم بها فريق العمل لبلادها، ويعتبر المغرب واحد من بين الدول التي اتخذت موقفا ثابتا وواضحا بشأن الجهود الدولية الرامية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، وبشكل أكثر مع آليات الأمم المتحدة المنشأة للمراقبة ومنها الزيارات الميدانية التي يقوم بها خبراء أجانب تابعين للأمم المتحدة لتقصي الحقائق عن حالة ووضعية حقوق الإنسان في مختلف الأقاليم المغربية ونخص بالذكر:

* الزيارة التي قامت بها المقررة الخاصة المعنية بالأشكال المعاصرة للعنصرية والتمييز العنصري وكره الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب، السيدة إي. تيندايبي أشيومبي للمغرب في الفترة ما بين 13 و21 دجنبر 2018، وهي الزيارة الثانية عشر لآليات الإجراءات الخاصة التابعة لمجلس حقوق الإنسان للمغرب ما بين سنتي 2000 و2018، حيث عبرت المقررة الخاصة عن رغبتها في معرفة تقدم الإصلاحات الجارية في مجال حقوق الإنسان ونيتها في زيارة عدد من المدن المغربية بالإضافة إلى مدينة الرباط لمعرفة كيفية إعمال السياسات والقوانين والديناميات الجارية على الصعيد المحلي لإعداد تقرير شمولي ودقيق ومستقل عن الواقع المغربي بتنسيق مع الحكومة المغربية. فضلا عن تنظيمها للقاءات مع المجتمع المدني وباقي الفاعلين معها .

Report of the meeting of special rapporteurs/representatives, Experts and chairpersons of working groups of the special Procedures of the commission on human rights and of the Advisory services programme, Geneva, 20-23 May 1997, Rapporteur: Ms. Fatma-Zhora Ksentini. E/CN.4/1998/45.

⁶⁸⁷ - <http://www.ohchr.org>.

* الزيارة التي قام بها المقرر الخاص بمناهضة التعذيب وسوء المعاملة السيد خوان مانديز للمغرب ما بين 15 و22 شتنبر 2012، الذي نوه بالمجهودات والإجراءات الخاصة التي بذلتها السلطات المغربية للتعامل مع إرث التجاوزات التي ارتكبت خلال "سنوات الرصاص"، وذلك عن طريق هيئة الإنصاف والمصالحة، ورحب، بصفة عامة، بظهور ثقافة حقوق الإنسان في المغرب⁶⁸⁸. وبالمناسبة فقد وجه رئيس المجلس الوطني لحقوق الإنسان من أجل تسهيل هذه الزيارة دعوة إلى العديد من مسؤولي المؤسسات السجنية والأمراض العقلية من أجل التعامل بانفتاح وإيجابية مع زيارة مانديز، وذلك للتأكيد على أن المغرب قرر بشكل إرادي وطوعي التعامل مع جميع الآليات والمؤسسات الأممية المختصة بمراقبة وتقييم السياسات العمومية في مجال حقوق الإنسان انطلاقاً من مصادقته إرادياً على عدد من المعاهدات الدولية في هذا المجال⁶⁸⁹.

* الزيارة التي قام بها فريق العمل الخاص بالاعتقال التعسفي للمغرب، ما بين 9 و18 دجنبر 2013 لمدينة العيون، للوقوف على الجهود المبذولة لحماية حقوق الإنسان والنهوض بها، فتلقوا بشكل إيجابي اعتماد المغرب لدستور 2011 وخاصة المادة 23 منه التي تجرم الاعتقال التعسفي⁶⁹⁰.

* الزيارة التي قامت بها المقررة الخاصة المعنية باتفاقية الاتجار بالبشر سيما النساء والأطفال لمدينة الداخلة ما بين 17 و21 يونيو 2013، بغية الوقوف على الإجراءات المتخذة من لدن الحكومة المغربية لمكافحة هذه الظاهرة، حيث وجهت عدة توصيات للحكومة المغربية من ضمنها اعتماد إطار قانوني ومؤسسي للحد من هذه الظاهرة ودعم ومساندة ومواكبة الضحايا⁶⁹¹.

* الزيارة التي قام بها فريق العمل الخاص بالاختفاء القسري من 22 إلى 25 يونيو 2009، حيث نوه الفريق بتجربة المغرب في مجال هيئة الإنصاف والمصالحة معتبراً إياها نموذجاً يمكن لدول أخرى الاقتداء به⁶⁹².

خاتمة:

يتضح، من خلال ما سبق، بأن المغرب يبذل جهوداً حثيثة لتعزيز انخراطه في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان والتفاعل المثمر مع أجهزة رصد المعاهدات، وذلك من خلال تقديم التقارير الوطنية للاستعراض الدوري الشامل، أو عبر آلية التقارير الدورية، فضلاً عن إسهاماته، عبر مجلس حقوق الإنسان، في مجموعة من الإجراءات والقرارات الدولية التي تهدف إلى تعزيز ثقافة حقوق الإنسان وكذا من خلال توفير بعض المساعدات المالية لبعض الدول قصد وفائها بالتزاماتها في تقديم تقارير الاستعراض الدوري الشامل أمام مجلس حقوق الإنسان.

⁶⁸⁸- Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Mr, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53/Add.2, 28 février 2013.

⁶⁸⁹- وكالة المغرب العربي للأنباء: اليزمي يدعو مسؤولي السجون إلى التعامل بانفتاح مع زيارة المقرر الخاص بالتعذيب بتاريخ 17 يوليوز 2012.

⁶⁹⁰- Le Rapport du groupe de Travail sur La Détention Arbitraire , A/Hrc/27/48/Add.5, 4 Août 2014.

⁶⁹¹- Le Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la traite des êtres humains, en particulier les femmes et les enfants, Joy Ngozi Ezeilo, A/HRC/26/37/Add.3, 1er avril 2014.

⁶⁹²- Le Rapport du groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, A/HRC/13/31/Add.1, 9 février 2010.

وهكذا، فقد بادر المغرب منذ حصوله على استقلاله السياسي إلى الانخراط الطوعي والتدريجي في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، من خلال التصديق على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والتعاون مع أجهزة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان وكذا الالتزام بالإجراءات المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة والمتعلقة أساسا بصون السلم والأمن الدوليين وتنمية التعاون من أجل حل القضايا السياسية العالقة وكذا تعزيز ثقافة حقوق الإنسان واحترامها، وذلك سعيا منه لمسايرة التطور الذي تعرفه قضايا الديمقراطية وحقوق الإنسان.

في نفس السياق، شهدت الممارسة الاتفاقية للمغرب تقدما ملموسا سواء من حيث ارتفاع وتيرة التصديق أو رفع ومراجعة التحفظات والقبول ببعض الآليات الدولية المنشأة للرصد والمراقبة⁶⁹³، بحيث قام المغرب مباشرة بعد حصوله على استقلاله السياسي بالمصادقة على أهم الاتفاقيات الدولية التي تشكل النواة الصلبة للقانون الدولي لحقوق الإنسان، وبعدها تزايد اهتمام المغرب بقضايا حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وهو ما تجلّى من خلال الدينامية التي عرفتها الممارسة الاتفاقية للمغرب بشروع هذا الأخير في الانخراط التدريجي في المنظومة الدولية لحقوق الإنسان⁶⁹⁴، وبداية التوقيع والانضمام إلى مختلف المعاهدات الدولية المعنية بحقوق الإنسان وإدراجها في خانة السياسات العامة في هذا المجال.

ويمكن القول، بأن المغرب يعد طرفا في جل الاتفاقيات والصكوك الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان، خاصة وأنه صادق على اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 بتاريخ 26 شتنبر 1972⁶⁹⁵، علاوة على أن معطى حقوق الإنسان شكل إحدى أولويات ومرتكزات السياسة الأممية في تلك المرحلة، وبالتالي بداية بروز اهتمام الحكومة المغربية والفاعلين السياسيين بالمسألة الحقوقية بمختلف أبعادها الاقتصادية والسياسية بغية تحسين صورة المشهد السياسي المغربي على المستوى الدولي، وتعزيزت الممارسة الاتفاقية للمغرب بعد صدور دستور 2011، بحيث تمت المصادقة على الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري في سنة 2013، فضلا عن انضمام المملكة إلى الاتفاقيات الأساسية لمنظمة العمل الدولية، منذ سنة 1956، وكذا العديد من البروتوكولات الإضافية والملحقة بالاتفاقيات الدولية المذكورة.

⁶⁹³ - كقبول المغرب بآلية الاستعراض الدوري الشامل أمام مجلس حقوق الإنسان، وتقديم التقارير الدورية أمام هيئات المعاهدات المعنية بحقوق الإنسان، وقبوله كذلك بالزيارات الميدانية التي يباشرها محققون أجانب تابعين للأمم المتحدة لتقصي الحقائق عن حالة ووضع حقوق الإنسان في مختلف الأقاليم المغربية، كزيارة المقرر الأممي الخاص بمناهضة التعذيب وسوء المعاملة السيد خوان مانديز (Juan Mendez) للمغرب خلال الفترة الممتدة ما بين 15 و 22 شتنبر 2012.

⁶⁹⁴ - خطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان، 2012-2017 الصفحة 16.

⁶⁹⁵ - الظهير الشريف رقم، 1.73.348، بتاريخ 8 رجب 1393 (8 غشت 1973) الجريدة الرسمية عدد 3239، بتاريخ 12 ذو القعدة 1394 (27 نونبر 1974)، ص 3447.

مؤسسة المفوض الملكي بالمحاكم الإدارية

دكتوراه في القانون الخاص

دكتوراه في القانون الخاص

إطار بوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدن

مقدمة:

إن الركائز والدعامات الأساسية التي يجب أن تقف عليها دولة الحق والقانون، هو القانون نفسه وخاصة وضع إطار قانوني لتقنين وتنظيم العلاقة بين الحكام والمحكومين انسجاما مع مبدأ الشرعية الديمقراطية ومبادئ حقوق الإنسان المتعارف عليها دوليا، غير أن هذه العلاقة تفرض وجود طرفين أحدهما ذات صبغة عامة، والدولة باعتبارها واضعة للقانون وتملك سلطة تنفيذه، يثار التساؤل عما هو القانون الذي تخضع له؟

إن الدولة إما أن تخضع للقانون ذاته الذي يخضع له الأفراد-أو تخضع لقانون خاص يختلف عن الأول حسب ما إذا كانت هذه الدولة ذاتها تعتمد وحدة القانون أو ازدواجيته، غير أن الفقه في عمومها يجمع على أن القانون الذي تخضع له الدولة هو القانون الإداري.

إن تطور وتعدد وتنوع مجالات نشاط الإدارة حسب ما يتطلبه السير اليومي للمرافق العامة ومصالح الرعايا كان من اللازم والطبيعي أن تخطئ في تسييرها أو تتعسف في قراراتها اتجاه الأفراد نظرا لما لها من سلطات واسعة، مما فرض نشوب منازعات على أرض الواقع تكون الإدارة طرفا فيها يتعين الفصل فيها طبقا لأحكام القانون⁶⁹⁶ فكان لا بد أن يعهد برقابة الإدارة في ممارسة نشاطها إلى جهاز قضائي متخصص، لم يكن سوى القضاء الإداري.

وقد عرف القضاء الإداري المغربي تطورا مهما منذ نشأته إلى اليوم حيث لعب القضاء الإداري الفرنسي الدور الأكبر والهام في تطويره، كما مارس تأثير لا يمكن تجاهله.

وهكذا كان المغرب من الدول التي عرف تنظيمها القضائي إصلاحات هامة ومتوالية فرضتها التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي عرفها المجتمع، ويعتبر قانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية أهم هذه الإصلاحات، فكان في ذلك توضيح لكافة المواطنين أنه بإمكانهم مقاضاة الإدارة⁶⁹⁷. وبعد إحداث محاكم الإستئناف الإدارية بالمغرب أصبحت معالم نظام ازدواجية القضاء تتجلى بوضوح سيما وقد أعلن عاهل البلاد على تأسيس مجلس الدولة في المستقبل يعلو قمة هرم القضاء الإداري بالمغرب⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ حسن عثمان محمد عثمان " قانون القضاء الإداري " منشورات طبعة 2008 ص 7

⁶⁹⁷ الدكتور رشيد السبايطي: المفوض الملكي للدفاع عن القانون و الحق في المحاكم الإدارية سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية. منشورات ريمالد مطبعة دار النشر المغربية 2012.

⁶⁹⁸ خطاب 1999/12/15 بمناسبة إفتتاح دورة المجلس الأعلى للقضاء

وعليه فإذا كان إحداث المحاكم الإدارية حدثا جديدا وجديا وفتحة عهد حقوقي وقضائي مزدهر، فإنه استحدث معه وفي طياته مؤسسة لم يسبق لها وجود في القضاء الإداري المغربي على مر تاريخه وهي مؤسسة المفوض الملكي بالمحاكم الإدارية مخصصا لها المواد 2 و 4 و 5 من القانون 90-41. ولعل الهدف من إحلال مؤسسة المفوض الملكي للدفاع عن الحق والقانون محل النيابة العامة لدى المحاكم الإدارية هو فرض سلطة القانون وإعلاء صوته بكل موضوعية وحياد وتجرد وجعل الدولة ذاتها أول الخاضعين لأحكامه.

ونظرا لقصور وقلة النصوص القانونية المنظمة لمؤسسة المفوض الملكي تضعنا أمام عقبات محورية سنحاول الإجابة عنها من خلال هذا البحث حول مدى الإختصاصات والصلاحيات الممنوحة للمفوض الملكي للقيام بدوره الأساسي في الدفاع عن القانون والحق ومدى حصوله على الإستقلال المفروض.

هذه القلة في النصوص القانونية تفرض علينا معالجته وفق المنهج التاريخي ومبرره واضح في تتبع مراحل تطور ونشوء مؤسسة المفوض الملكي المقتبسة من نظيرتها في فرنسا ومصر، كما سيتم الإعتماد على المنهج التحليلي القانوني للوقوف على دوره في الدعوى الإدارية وكذا الإشكاليات المطروحة في الجانب القانوني والعملي على حد سواء.

وتجدر الإشارة إلى قيامنا بالتركيز على كل من التجربة الفرنسية باعتبارها النموذج والتجربة المصرية للخصوصية العربية والإسلامية المشتركة حتى يتسنى لنا الإستفادة من تجربة هذه الدول الرائدة لدعم المؤسسة فقها واجتهادا.

كما سنعمد تقسيم الموضوع إلى قسمين أساسيين سنحاول في الأول التركيز على التجارب المقارنة لفهم طبيعة عمل المؤسسة الحديثة ببلادنا، وسنخلص في القسم الثاني إلى التحليل القانوني لمؤسسة المفوض الملكي والإشكاليات المثارة، وفق التصميم التالي:

الفصل الأول: المفوض الملكي في القانون المقارن ونشأته بالمغرب

المبحث الأول: نظام المفوض الملكي في الأنظمة المقارنة

المبحث الثاني: نشأة المفوض الملكي بالمغرب

الفصل الثاني: مهام المفوض القضائي وتقييم عمله

المبحث الأول: الاختصاصات والمسطرة

المبحث الثاني: تقييم نظام المفوض الملكي والمشاكل المثارة بشأنه.

الفصل الأول: المفوض الملكي في القانون المقارن ونشأته بالمغرب

المبحث الأول: نظام المفوض الملكي في الأنظمة المقارنة

إذا كان معظم الباحثين في الفقه القانوني يؤكدون على أهمية الدراسة المقارنة حيث بواسطتها يدرس الباحث نقاط التلاقي ووجه الإختلاف بين التشريعات، فإنه في مجال القضاء الإداري وخاصة عندما يقف الباحث على دراسة موضوع جديد طرح على الساحة القانونية و يتميز بقلّة النصوص القانونية المنظمة و ندرة المراجع كما هو حال مؤسسة المفوض الملكي في القانون الإداري المغربي فإن أهمية الدراسات المقارنة تزداد لتصبح مادة خصبة تعطي للموضوع أفقا أرحب و أوسع للدراسة

و التحليل و تخرجه من إطاره الضيق إلى قضاء أعم يستطيع في خضمه الباحث التعرف على مدى القيمة الفعلية لقانون إحداث المحاكم الإدارية ببلادنا سيما و أن أهمية الدراسات المقارنة أصبحت تحتل الريادة في مجال البحث العلمي و الدراسات القانونية على وجه الخصوص.

وهكذا سنقوم بدراسة موجزة لبنية المفوض في القضاء الإداري المصري لما له من خاصية عالمية متميزة وفريدة مع اعتبار القضاء الإداري الفرنسي مرجعا أساسيا للدراسة والتحليل في هذا الموضوع.

المطلب الأول: النظام النموذج (مفوض الحكومة في فرنسا):

إن الاتفاق الحاصل في هذا الشأن بين الفقه والقضاء أن القضاء الإداري الفرنسي يعتبر بحق - النظام النموذجي على الساحة العالمية ولم يرق إلى سموه و رفعة مستواه إلا بفضل الجهود الموفقة التي بذلها مفوضو الحكومة والبحوث الفقهية على مر تاريخ فرنسا الحقوقي حيث بزغ هذا النظام - مفوض الحكومة - إلى الوجود سنة 1831 والذي كان يوجب في البداية بأن يتكلف ثلاث نواب من مجلس الدولة بوظيفة النيابة العامة أمام القضاء الإداري، وقد وضع هذا النظام كما بدل عليه إسم المكلفين به " مفوضو الحكومة " للدفاع عن الحكومة أولا وقبل كل شيء، حيث يقوم مفوض الحكومة بدور النيابة العامة كخصم منظم في الدعوى الإدارية، غير أنه يجب التوضيح هنا على أن مفوضو الحكومة ورغم ما يوحي به هذا الإسم لا يمثلون الحكومة ولا أي شخص آخر سوى القانون والدولة .

وقد توفق نظام مفوض الحكومة في فرنسا وبامتياز في أن يشيد لنفسه طريقا خاصا به يخالف بدرجة كبيرة ما تصوره ورسمه له واضعوه في البداية حيث أصبح مفوضو الحكومة في فرنسا لا يعملون لأي جهة عامة أو خاصة أو فردية بل لصالح القانون ولكلمة الحق المجردة المتسمة بالحياد التام والاستقلال البارز في مجال القضاء الإداري، بل في القانون العام بأكمله، وأن من ذلك التشابه في الاختصاص والدور مع النيابة العامة كطرف منظم إلى أن يصير مؤسسة ذات صبغة خاصة ووظيفة لا مثيل لها في القضاء العادي ترشد القضاء في أحكامهم إلى اتجاه الواجب 699.

تجدر الإشارة في هذا الباب إلى أن مفوض الحكومة في فرنسا وعلى ما له من حرية واستقلال وعلى ما يتمتع به من حصانة ضد كل التيارات الجارفة، آخر من يتكلم أمام القضاء الإداري. فمفوض الحكومة يعرض رأيه علنا بعد عرض الوقائع وانتهاء المرافعة 700 غير أن البعض يرى بأن القيمة الفقهية التي يتمتع بها آراء المفوض هي التي تجعله يدونها كي يتم نشرها في المجلات والدوريات القانونية.

▪ الأدوار القضائية لمفوضي الحكومة بالمحاكم الإدارية

من خلال تطور الأداء القضائي لمفوض الحكومة بالمحاكم الإدارية الفرنسية يمكن إبداء الملاحظات التالية :

يلتزم مفوض الحكومة لدى المحاكم الإدارية وكذلك لدى مجلس الدولة الفرنسي وفقا لما تقتضي به المادة 67 من مرسوم 31 يوليوز لسنة 1945 بإعداد تقرير عن النزاع وإبداء الحل القانوني الذي يراه مناسباً، ومن تم لا يستطيع المفوض أن يسلك ذات المسلك الذي قد يسلكه الخصوم بالاكْتفاء بترك الأمر لعدالة المحكمة لتقرر كما تشاء بل يجب عليه اقتراح الحق

⁶⁹⁹ محمد زكي النجار " تقويم نظام مفوض الدولة في المنازعة الإدارية " دار النهضة " طبعة أولى 1994 ص 7/6

⁷⁰⁰ مقال الأستاذ ريموند جليان أورده رشيد السبايطي (مرجع سابق)

القانوني، فإذا لم يف بهذا الالتزام عد الحكم مشوبا بالبطلان، وهذا ما قرره مجلس الدولة عندما شجب مسلك المفوض الذي انطوى على عدم إعداد تقرير عن النازعة مكتفيا بإحالتها إلى القضاء للفصل فيها، ولقد أشار المجلس إلى أن هذا المسلك يمثل انتهاكا للالتزام المنصوص عليه في المادة 167 من قانون المحاكم الإدارية والمادة 46 من قانون 22 يوليو 1889 الذي يفرض على المفوض ضرورة إعداد رأيه القانوني عن المنازعة، ولقد تأكد هذا الموقف في حكم (Adrasse) حيث ألغى المجلس الحكم المطعون فيه معتبرا مسلك المفوض الذي انطوى على ترك الأمر لعدالة المحكمة دون الإعلان عن رأيه انتهاكا لالتزامه بإعداد تقرير وتضمينه الحل القانوني الذي يقترحه، بل أكثر من ذلك أشار المجلس إلى أن وجود علاقة شخصية بين المفوض ورافع الدعوى لا تعفيه من التزامه باقتراح حل للمنازعة وإلا وصف مسلكه بعدم المشروعية .

لقد أشارت السيدة مفوض الحكومة (Grevisse) انطلاقا من الحكم السابق أن أهمية هذا الالتزام الذي يقع على عاتق المفوض لا يكمن في إعلان التقرير وإنما في تسبب الحل الذي اقترحه، هكذا يساهم التزام المفوض بإعداد رأي مسبب عن النزاع في تحقيق حسن سير العدالة، فهذا الالتزام بمثابة القاعدة الذهبية للمنطق القانوني، وهذا يعني أن الدور القضائي الذي يضطلع به مفوض الحكومة لا يقتصر على بيان الوقائع التي ينطوي عليها النزاع فقط، وإنما إنهاء دراسته باقتراح حل له وليس في مقدوره الامتناع عن تضمين تقريره رأيه القانوني .

ان مفوض الحكومة لا يستطيع الاستئناف في حكم يرى أنه لا يسند إلى أساس قانوني سليم، وهو ما تم التأكيد عليه من قبل مجلس الدولة ذاته في حكمه الصادر في أول ماي سنة 1931.

أن مفوض الحكومة يبتدئ دوره من حيث انتهى العضو أو المستشار المقرر، فيستلم مفوض الحكومة ملف الدعوى كاملا بما فيه تقرير المقرر ويقوم بدراسة وافية. ينبغي أن يتوصل مفوض الحكومة بملفات النزاع أو الدعوى في ظرف ثمانية أيام على الأقل قبل انعقاد الجلسات، وعندما يتوصل بالتقرير ويطلع عليه يكون واجبا عليه إجراء مقابلة مع المقرر في حالة رسم أو وضع حل مخالف لتصور هذا الأخير. ويتدخل مفوض الحكومة شفاهية ليعلن عن رأيه الذي انتهى إليه من دراسته لملف النزاع متمتعا بكامل الحرية والاستقلال

ولا يغير من ذلك لجوء المفوض إلى قراءة ما انتهى إليه في الجلسة العلنية من ورقة قام بكتابتها، وهو وإن كان يكتب رأيه في أغلب الأحيان، فإن ذلك لا يكون إلا اختيارا منه دون أن يكون ملزما بكتاباته، والبعض يرى أن القيمة الفقهية التي تتمتع بها آراء المفوض هي التي تجعله يدونها كي يتم نشرها في المجلات والدوريات القانونية.

أن مفوض الحكومة لا يتقيد بالقاعدة التي تفرض على القاضي عدم النظر فيما لم يتم إثارته من جانب أطراف الخصومة طالما لم يتعلق الأمر بالنظام العام، فيستطيع أن يبحث أمورا لم تتم إثارتها من قبل الأطراف.

تعتبر مذكرات مفوض الحكومة جزءا لا يتجزأ من إجراءات الدعوى، هذه المذكرات هي التي تعطي للجلسة العلنية قيمتها، فهي نوع من الحكم يسبق الحكم (Pré-jugement)، فالمفوض يستعرض عناصر القضية محولا كل منها إلى حيثيات يضيفها إلى ما يراه من حيثيات قانونية، جاعلا من الكل مشروع حكم يكون مائلا أمام المحكمة التي تحيل فيه نظرها إمعانا وتقديرا، وهنا يكمن الطابع الخاص بالإجراءات أمام القضاء الإداري، ذلك الطابع الذي يكشف عن سر المداولة المزدوجة والتي تبدأ بانتهاء الإجراءات التواجهية بمداولة باطنية، فالمفوض يبحث في تفصيلات كل حالة ابتداء من المبدأ

الأساسي إلى أبسط التفاصيل، وبهذا العمل يشترك مع القاضي حيث يقوم بتصنيف القضية وتكييفها من الناحية القانونية، والرؤية العلمية لقضية من القضايا تتوقف على هذا التكييف الذي يتأثر بمنطق المفوض الساعي من ورائه إلى حمل المحكمة على السير في نفس الاتجاه الذي سار فيه.

إن مفوض الحكومة في حقيقة الأمر هو مفوض قانون، ومشروع الحكم الذي يقترحه غالبا ما تتبناه المحاكم الإدارية، الشيء الذي جعل الكثير من الفقهاء - يرون أن المفوض هو بمثابة قاضي أول درجة. ثمة ملاحظة أخيرة وهي أن المفوض ليس له صوت محدود في المداولات فقد سبق أن أبدى رأيه، ولا يصدر الحكم إلا في جلسة مقبلة.

نخلص إذن إلى أن تحضير الدعوى الإدارية في فرنسا يتولاها (المقرر Le Rapporteur) الذي تحال عليه الدعوى من رئيس القسم الفرعي، أما دور المفوض فهو لا يتعدى عرض الحل الذي يراه في الجلسة العلنية المحددة بعد الانتهاء من تحضير الدعوى بمعرفة المقرر وإعداده مشروع الحكم، وعليه، لا يلعب المفوض أي دور في مرحلة تحضير الدعوى أو تهيئتها للمرافعة، وتلعب مذكرات المفوضين الحكوميين دورا كبيرا في توجيه الأحكام القضائية نحو الوجهة الصائبة نظرا لما تحتويه من مبادئ و اتجاهات قانونية بالغة الأهمية، الأمر الذي حدا بمجموعة من الدول بالأخذ بهذا النظام في أنظمتها القضائية.

المطلب الثاني: نظام مفوض الدولة بمصر: الخاصية العربية الاسلامية

أنشأ نظام هيئة مفوض الدولة بموجب القانون رقم 165 لسنة 1955 ومهمة مفوض الدولة هي إبداء الرأي المحايد في الدعوى الإدارية، وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور طبيعة عمل هيئة المفوض بقولها:

"إن مهمة هاته الهيئة أوضحتها المواد من 27 إلى 34 وتقوم على أغراض شتى منها تجريد المنازعات الإدارية من لدن الخصومات الفردية باعتبار أن الإدارة خصم شريف لا يبتغي إلا معاملة الناس جميعا طبقا للقانون على حد سواء ومنها معاونة القضاء الإداري من ناحيتين، إحداهما: ان يرفع عن القضاء عبء تحضير القضايا وتهيئتها للمرافعة حتى يتفرغ للفصل فيها، والأخرى تقديم معاونة فنية ممتازة تساعد على تمحيص القضايا تمحيصا يضيء ما اظلم من جوانبها ويحلى ما غمض في وقائعها برأي تتمثل فيه الحيدة لصالح القانون" وتتفرغ على ذلك ان هيئة مفوض الدولة تعتبر أمينة على المنازعة الإدارية وعاملا أساسيا في تحضيرها وتهيئتها للمرافعة وفي إبداء الرأي القانوني المحايد لها.

اختصاصات هيئة مفوض الدولة:

لقد حددت اختصاصات هيئة مفوض الدولة بموجب القانون 165 لسنة 1955 من المواد 27 إلى 34 في المجالات التالية:

- النظر في طلبات المساعدة القضائية.
- تحضير الدعوى الإدارية حتى تجعلها صالحة للحكم فيها.
- تسوية النزاعات الإدارية بين الأطراف وديا على أساس المبادئ القانونية التي استقر عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا.

- الطعن في الأحكام أمام المحكمة الإدارية العليا متى رأت وجها لذلك بعد موافقة رئيس هيئة مفوض الدولة.

والملاحظ ان المفوض في النظام المصري وعلى خلاف كل من النظام الفرنسي والمغربي جمع بين مهمة تحضير الدعوى الإدارية وبين إبداء الرأي القانوني في جميع القضايا التي تعرض على مجلس الدولة وبذلك يعد المفوض بحق حجر الزاوية في سير الدعوى الإدارية والمحور الأساسي الذي يتوقف عليه نجاح القضاء الإداري.

وفي ذلك يقول الدكتور محمد فؤاد مهنا "ولا نخطئ إذا قلنا ان نجاح النظام الجديد لمجلس الدولة كهيئة قضاء إداري أو فشله إنما مرده في الحقيقة إلى نجاح هيئة مفوض الدولة أو فشلها في أداء رسالتها".

1- إعداد التقرير:

متى إنتهى المفوض من تحضير الدعوى واستكمال أوراقها وتجهيتها للمرافعة قام بإعداد تقرير يحدد فيه وقائع الدعوى والمسائل القانونية المثارة ثم استخلاص الرأي القانوني المناسب وهو هنا يقوم بدور مفوض الحكومة في فرنسا.

2- تحضير الدعوى الإدارية وتجهيتها للمرافعة:

تقضي المادة 57 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 بأن تتولى هيئة مفوض الدولة تحضير الدعوى وتجهيتها للمرافعة، ولمفوض الدولة في سبيل تهيئة الدعوى الاتصال بالجهات الحكومية المعنية للحصول على ما يكون لازماً من بيانات وأوراق، باستدعاء ذوي الشأن لسؤالهم عن الوقائع التي يرى لزوماً تحقيقها أو إدخال شخص ثالث في الدعوى أو تكليف ذوي الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق، والغاية من ذلك هو رفع عبء تحضير الدعوى وتجهيتها للمرافعة عن القضاء حتى يتفرغ للفصل فيها، والملاحظ ان دور المفوض في المنازعة الإدارية يعتبر دوراً إيجابياً يتمثل في الهيمنة على المنازعة وتوجيهها الوجهة السليمة حتى تصبح صالحة للحكم فيها.

3- تسوية النزاع وديا بين أطراف الخصومة:

تقضي المادة 28 من القانون 47 لسنة 1972 أن لمفوض الدولة أن يعرض على الأطراف تسوية النزاع على أساس المبادئ القانونية التي استقر عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا خلال اجل يحدده، فإذا ما تمت هاته التسوية تحرر في محضر موقع عليه بين الخصوم أو وكلائهم ويكون لهذا المحضر قوة السند التنفيذي وتعطى صورة منها للأطراف وفق القواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام.

وحول أهمية نظام مفوض الدولة بمصر يقول د.النجار "ان التنظيم الذي أتى به المشرع المصري لهيئة مفوض الدولة هو تنظيم مبتكر من أساسه لم يحاول المشرع فيه تقليد النظام الفرنسي كما جرت على ذلك العادة في اغلب التنظيمات التي لها أصل فرنسي، وانما ابتدع نظاماً أصيلاً يناسب ظروفنا الخاصة ويجمع بين مزايا نظام المقرر ونظام مفوض الحكومة في فرنسا مع سلطات أوسع في سبيل تهيئة الدعوى".

المبحث الثاني: نشأة المفوض الملكي بالمغرب

انطلاقاً من كون المشرع الفرنسي يعتبر المادة الخام أو الخزان القانوني للمشرع المغربي وذلك لعدة اعتبارات تاريخية وسياسية، ونظراً كذلك للتطور الذي سار عليه نظام المفوض الحكومي بفرنسا، ونظراً للتطور العام داخل المغرب واتجاه إرادة

الإدارة السياسية -على حد تعبيرها - إلى القطع مع تسلط وتعسف السلطات الإدارية وحماية المواطنين من التجاوزات التي قد يتعرضون لها في تعاملهم مع الإدارة.⁷⁰¹

إضافة إلى التطور الملحوظ للقضاء الإداري بالمغرب وكذا نظرا للأسباب الخارجية المتمثلة في هاجس الديمقراطية وحقوق الإنسان والتي تعتبر من الانشغالات الأساسية لبعض المنظمات الدولية كمنظمة هيومان رايس ووتش التي قامت بحملات واسعة في هذا المجال، وباعتبار المغرب جزءا لا يتجزأ من المنظومة الدولية فرض على المشرع المغربي الانفتاح أكثر على النظام الغربي، خاصة الفرنسي نظرا للروابط التاريخية كما أشرنا، كل ذلك شكل دوافع أساسية لإنشاء المحاكم الإدارية وإحداث نظام المفوض الملكي.

ولدراسة المفوض الملكي بالمغرب لابد من التطرق إلى مركزه القانوني (المطلب الأول) والاطلاع على وضعيته الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المركز القانوني للمفوض الملكي.

إن تبيان المركز القانوني للمفوض الملكي يتطلب أولا قراءة في تسميته (الفقرة الأولى) ثم القيام بمقارنة بينه وبين النظم المشابهة له (الفقر الثانية).

الفقرة الأولى: قراءة في تسمية المفوض الملكي

إن الهدف المعلن من وراء إنشاء المحاكم الإدارية هو إرساء دولة القانون والحق، واعتبار مؤسسة المفوض الملكي ضمانا حقيقية للمتقاضين في مواجهة الإدارة.

إلا أنه ما يلفت الانتباه في القانون المحدث للمحاكم الإدارية هو الخروج عن المألوف وعن كافة الأنظمة المقارنة فيما يتعلق بالتسمية، إذ أن المصطلح الذي اختاره المشرع المغربي يثير العديد من التساؤلات، فمصطلح مفوض الحكومة في فرنسا كان في بداية الأمر يدافع عن الحكومة كما سبقت الإشارة إلى ذلك، قبل أن يتجه اليوم إلى حماية حقوق الأفراد من تعسف الإدارة، ومصطلح مفوض الدولة بمصر يعتبر تفوق رائد للمشرع المصري.

أما مصطلح المفوض الملكي فقد اعتبرها البعض -ونحن مع هذا الاتجاه- تسمية غير موفقة لان استقلال القضاء بشكل عام هو من الاستقلال الفعلي لمثل هذه الأجهزة عن الحكومة وعن كل سلطة، خصوصا إذا كانت هذه السلطة أصلا غير

⁷⁰¹ المرجع: ماهر الجبوري- مبادئ القانون الإداري- دراسة مقارنة-كلية الحقوق بغداد.المصدر: الدكتور عثمان خليل عثمان.يقول في هذا الصدد (...فيما يتعلق بالسلطة التنفيذية هنا مصدر الخطر الأكبر على الحريات العامة وذلك لأسباب عدة كون الأصل الغالب في عمل السلطة التنفيذية هو مباشرة تنفيذ القانون بقرارات فردية ينقصها حياد القواعد العامة التي تتسامى عن الاعتبارات الفردية ثم أن لدى رجال السلطة التنفيذية من الاختصاصات التقديرية ومن المهام المتعلقة بسلامة الدولة والسيادة والضرورة والتنفيذ المباشر وصيانة الأمن العام والصحة العامة والدفاع والبوليس وغيرها مما يجعل مجال الممارسة والمطالبة أوسع من السلطتين الأخريين ويجعلها أكثر خطراً منها على الحريات وأولى بالرقابة والاحتياط) مؤلف- الاتجاهات الدستورية الحديثة- جامعة بغداد- طبع رونيو- عام 1968- ص196-197.

خاضعة للمساءلة والمحاسبة - حتى وان كنا نتحدث فقط على التسمية - لان هذه التسمية لها بالغ التأثير في مجرى الدعوى الإدارية وتوحي بالتبعية.

في الواقع لقد تم اختيار مصطلح المفوض الملكي بعد خطاب الملك الذي أكد فيه: "عدم الإبقاء على مؤسسة النيابة العامة في المنازعات الادارية واستبدالها بهذا النظام، والذي عليه ان يضع حدا لكل اتصال مع الإدارات والتعليمات الإدارية".

كان بإمكان المشرع الاستفادة من القانون الفرنسي أو المصري ومن اقتراحات أصحاب الاتجاه المتحدث عنه واختيار مصطلح أكثر دقة كمفوض الدولة أو مفوض الشعب.

الفقرة الثانية: تميزه عن غيره من الانظمة المشابهة

المفوض الملكي هو رجل محايد يمثل القانون ويدافع عن الحق، وهذا الحياد الذي يتصف به هو حياد تام لصالح القانون، فلا يمكن أن يمثل أحد من أطراف المنازعة ولا يمثل مصلحة شخصية بل يهدف إلى تحقيق مبدأ الشرعية وسيادة الحق والقانون، إلا أن هذه الميزة لا ينفرد بها وحده وهو ما يدفعنا لتبيان طبيعة نظام المفوض الملكي عبر التمييز بينه وبين النظم المشابهة:

1- المفوض الملكي والفقير.

إن مذكرات المفوض الملكي وتقاريره في القضايا تشبه إلى حد كبير المؤلفات الفقهية والتقارير والمذكرات التي تتناول النظريات القانونية والمشكلات العملية في كون كلاهما يعطيان الحلول العلمية لها.

وقد كتب الأستاذ جيز702 عن تعاون مجلس الدولة والفقير في استنباط قواعد القانون الإداري الفرنسي إذ اعتبر جيز مفوض الحكومة: بالمفسرين الرسميين لقضاء مجلس الدولة، وأنه بقدر ما يكون وصف المظاهر الخارجية لمهمته سهلاً ميسراً بقدر ما يكون وصف سير العمل الداخلي الذي يقوم به مفوض الحكومة عسيراً.

إن هذا التشابه ينبثق من كون المفوض الملكي يراعي منطق التوازن بين المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير المرافق الإدارية والمصالح الخاصة، أما أوجه الاختلاف فتكمن في كون تقارير المفوض الملكي تتضمن الحلول العملية المناسبة التي تتماشى مع الواقع ومع القانون، أما الفقير فيعمل في نطاق الحياة النظرية بحيث انه حتى ولو كانت الحلول التي يبتكرها تتفق مع القانوني السليم إلا انها تصطدم بالواقع العملي، من جهة أخرى يبقى مجال كل منهما مستقل تماماً عن الآخر.

2- المفوض الملكي وقاضي الحكم.

جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المحدث للمحاكم الادارية 90-41 مايلى: " وتسري على قضاة المحاكم الادارية أحكام الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.74.467 الصادر في 26 شوال 1394 (11نونبر 1974) بتحديد

⁷⁰² المرجع - تاريخ الزيارة: 2012/12/17. الساعة: 13:00. thiqaruni.org/lowthises/2/1

-المرجع: ماهر صالح الجبوري- مبادئ القانون الإداري- دراسة مقارنة - كلية القانون جامعة بغداد.
المصدر: مؤلف الاستاذ جيز: المبادئ العامة للقانون الإداري. الطبعة الثالثة. الجزء الثالث. ص87 وما يتبعها.

النظام الأساسي للقضاة، مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة فيه باعتبار خصوصية المهام المنوطة بقضاة المحاكم الإدارية⁷⁰³. اذن ما ومن المقصود بهذه الخصوصية؟

فكما هو واضح ليست هناك خصوصيات معينة للقاضي الإداري عن تلك التي للقاضي العادي، فيتضح اذن أن الخصوصية المتحدث عنها تعني المفوض الملكي على اعتبار انه يقوم بدور خاص في المنازعات الإدارية.

ومن أهم الفوارق بين المفوض الملكي وقاضي الحكم ما يلي:

1- المفوض الملكي لا يعتبر عضو بالهيئة المصدرة للحكم وان كان حضوره وجوبيا⁷⁰⁴، أما القاضي المقرر فهو عضو بالمحكمة-هيئة الحكم - وله صوت معدود إلى جانب قاضيين آخرين المكونين للهيئة.

2- قرارات المفوض الملكي لا تعتبر من القرارات الصادرة عن المحكمة مثل قرارات القاضي المقرر.

3- القاضي المقرر لا يبدي رأيه في الدعوى قبل حجزها للمداولة عكس المفوض الملكي الذي يقدم تقارير يضمونها الرأي القانوني الذي يراه مناسباً أثناء الجلسات.

3- المفوض الملكي وممثل النيابة العامة.

يقع الكثير في الخلط بين مؤسسة النيابة العامة والمفوض الملكي إلا أن الاختلاف بينهما شاسع بكافة المقاييس، فالنيابة العامة جهاز فريد ولها صلاحيات كثيرة، من تحريك الدعوى ومتابعتها، ومراقبة مراكز الاعتقال الاحتياطي والسجون والتدخل في الدعاوى كطرف أصلي أو منظم.... فثمة اختلاف كبير بين المفوض وممثل النيابة العامة هذا الأخير يستمد رأيه من وكيل الملك او من الوكيل العام للملك ولا يجوز له مخالفة هذا الرأي باعتباره وكيلاً له، أما المفوض الملكي لا يعد وكيلاً لأحد، كما أن أعمال المفوض الملكي جميعها ذات صفة قضائية على العكس من أعمال النيابة العامة فهي ليست جميعها كذلك إذ لها أعمال إدارية كمرقبة السجون مثلاً.

كما أن المفوض الملكي لا يعد طرفاً في الدعوى لا أصلياً ولا منظمياً عكس عضو النيابة العامة الذي يعد طرفاً في الدعوى.

إلا أن الخلط أو التداخل يتجلى أكثر في الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، هل ممثل الحق والقانون بها والمشار إليه في الفصل 327 من ق.م.م هل هو المفوض الملكي أو ممثل النيابة العامة.⁷⁰⁵

من جهة أخرى فالنيابة العامة تملك حق الطعن وهو ما لا يملكه المفوض الملكي عكس مفوض الدولة في مصر والذي يملك إلى جانب ذلك حق تسوية النزاع ودياً، أما جوانب الالتقاء بين المفوض الملكي وممثل النيابة العامة فتتجلى أساساً في كون كلاهما يسهران على حسن سير تطبيق القانون وإحقاق الحق، إلا أن لكل واحد اختصاصاته وصلاحياته وذاتيته

⁷⁰³-احميد واكري ومحمد محجوبي: المفوض الملكي ومهامه لدى المحكمة الادارية م.س.ص 43

⁷⁰⁴-المادة 5 من قانون 41.90

⁷⁰⁵- د.رشيد مشقافة: وجهة نظر قانونية-الجزء الاول-القسم الثامن-ص 393-394

المستقلة الخاصة به دون أن تمتد إليه من أي نظام آخر، مما يجعل المفوض الملكي يتمتع بخصوصية ذاتية في مركزه القانوني.

المطلب الثاني الوضع الإداري للمفوض الملكي

كي يعتبر إحداث المحاكم الإدارية بحق إصلاحا قضائيا ناجعا لابد للتصدي للقرارات المجحفة الصادرة عن الإدارة الماسة بحقوق الأفراد، ولتحقيق ذلك لابد للمفوض الملكي من وضعية إدارية مستقلة ومضبوطة وواضحة تساهم في صدور الأحكام بشكل سريع وعاجل بداية من تعيينه، إلى إمكانية تجريحه (الفقرة الأولى) وكذا استقلاليتها وضبط علاقته برئيس المحكمة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعيين وتجريح المفوض القضائي

يتم تعيين المفوض الملكي من طرف رئيس المحكمة (أولا) ويتم التجريح فيه طبقا لقواعد المسطرة المدنية مما يعرض الحكم الذي شارك فيه للبطلان (ثانيا).

أولاً) التعيين

تنص الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون إحداث المحاكم الإدارية على أن الرئيس يعين من بين القضاة مفوضا ملكيا أو مفوضين ملكيين للدفاع عن القانون والحق باقتراح من الجمعية العمومية لمدة سنتين.⁷⁰⁶

نفس الشيء سار عليه قانون إحداث محاكم الاستئناف الإدارية رقم 03.08: "يعين الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية من بين المستشارين مفوضا ملكيا أو أكثر للدفاع عن القانون والحق باقتراح من الجمعية العمومية لمدة سنتين قابلة للتجديد"

فالمفوض الملكي هو قاضي من بين قضاة المحكمة قبل تعيينه لمهمته تلك، هذا التعيين الذي يتم باقتراح من الجمعية العمومية سواء في دورة عادية أو استثنائية يقدم لرئيس المحكمة الذي منحه المشرع حق تعيين المفوض وبالتالي لا يمكن لأي جهة أن تعينه أو أن تعفيه سواء كان وزير العدل أو حتى المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

وبما أننا نتحدث عن تجاوز السلطة ماذا لو قام الرئيس بهذا التعيين بشكل فيه تجاوز يعرضه للطعن للشطط في استعمال السلطة طالما هو إجراء إداري؟

يرى البعض أن ذلك يدخل في إطار التنظيم الداخلي فلا يدخل ضمن القرارات الإدارية المستوفية لجميع شروط ومقومات القرار الإداري⁷⁰⁷ القابلة للطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة.

⁷⁰⁶ - تتألف الجمعية العمومية من رئيس المحكمة وقضااتها بمن فيهم المفوض الملكي او المفوضيين .

⁷⁰⁷ - عرض للأستاذ محمد القصري، منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 151

إن تعيين المفوض الملكي يختلف عن تعيين مفوض الحكومة في فرنسا الذي يعين بمرسوم من رئيس الوزراء بناء على اقتراح من وزير العدل مع مراعاة الخبرة الطويلة، كما يختلف عن مفوض الدولة في مصر الذي يعين بقرار من الرئيس الجمهورية بعد موافقة المجلس الخاص بالشؤون الإدارية لمجلس الدولة.⁷⁰⁸

ويمكن تعيين أكثر من مفوض واحد بالمحكمة، وفي هذه الحالة قد تكون هناك ازدواجية الصفة لذا بعض القضاة بحيث قد يكون قاضيا في قضية ومفوض ملكي في أخرى داخل نفس المحكمة مما يعرض القضايا التي يشارك فيها للتجريح.

ثانيا) التجريح

ان المفوض الملكي حتى وان كان له دور حيادي ويدافع عن الحق والقانون، فمثله مثل النيابة العامة يمكن تجريجه⁷⁰⁹ لان العلة التي يقوم عليها التجريح متوفرة في كل من ممثل النيابة العامة وفي المفوض الملكي، لكونه يعد تقريرا يضمه رأيه ولو انه غير ملزم وبمثابة ملاحظة إلا انه قد يكون له تأثير على اتجاه المحكمة وهو ما نصت عليه المادة السادسة من قانون 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية والتي تحيل على قواعد التجريح الواردة في قانون لمسطرة المدنية.

ومسألة التجريح تثير نقاشا بين رأيين مختلفين: الأول يقول بعدم خضوع المفوض الملكي لقواعد التجريح لكونه لا يبيد إلا رأيا استشاريا غير ملزم للمحكمة، أما الرأي الثاني فيستند إلى كون تقرير المفوض الملكي وان كان غير ملزم فهو لا شك يؤثر على المحكمة.⁷¹⁰ كما انه بدون إبداء مستنتاجاته يبطل الحكم الصادر في الدعوى.

ورغم وجهة كلا الرأيين فقد ذهب اغلب الفقه والاجتهاد القضائي إلى تغليب الرأي الثاني على اعتبار أن المفوض الملكي هو جزء من المحكمة والتجريح فيه يتم باعتباره قاضيا⁷¹¹ وله تأثير كبير على اتجاه المحكمة، إذن يجوز التجريح في المفوض الملكي من طرف المتقاضين، ويبلغ إليه التجريح ليصرح خلال عشرة أيام كتابة بموافقته على التجريح أو رفضه له، ويحال طلب التجريح إذا تعلق الأمر بمفوض ملكي من المحكمة الإدارية خلال 3 أيام من جوابه أو سكوته إلى محكمة الاستئناف الإدارية لتبت فيه خلال 10 أيام بعد الاستماع إلى إيضاحات الطرف المجرح و القاضي الجرح، وإذا كان يتعلق الأمر بمفوض ملكي بمحكمة الاستئناف الإدارية فالنظر في الطلب يعود لنفس المحكمة (طبقا للمادة 296 من قانون المسطرة المدنية) .

عموما وطبقا لما هو وارد في قانون المسطرة المدنية يجوز تجريح كل قاض كيفما كان نوع المحكمة والعمل القضائي الذي يقوم به حيث أن كلمة قاضي واردة على إطلاقها.⁷¹²

⁷⁰⁸ - محمد محجوبي: الوجيز في القضاء الإداري المغربي بعد احداث المحاكم الادارية. دار القلم. طبعة اولى 2002.ص 55

⁷⁰⁹ - مرجع: محمد بن طلحة الدكالي - المحاكم الادارية بالمغرب - دار الثقافة للنشر والتوزيع. الدار البيضاء 1997-ص:224.

المصدر: د.رشيد مشقاقة " المفوض الملكي وممثل النيابة العامة في ضوء المحاكم الادارية " جريدة العلم -السبت 29 يناير 1994-ص7.

⁷¹⁰ - ذ. احميد واكري /ذ.محمد محجوبي. مرجع سابق. ص 38

⁷¹¹ -ذ.محمد بن طلحة الدكالي. مرجع سابق ص 63.

⁷¹² - ذ.محمد بن طلحة الدكالي. مرجع سابق. ص 63.

الفقرة الثانية: استقلالية المفوض الملكي

إن استقلالية القاضي عند ممارسته لمهامه يجد أساسه في دستور البلاد، حيث تم التنصيص على استقلالية القضاء وتم اعتباره سلطة قائمة بذاتها على غرار السلطة التنفيذية والتشريعية، من جانب آخر هذا لا يعني استقلال المحاكم الإدارية عن المحاكم العادية حيث أنهما يخضعان لنفس الهيئة القضائية المتمثلة في مجلس النقض، ويعملون جميعاً تحت إشراف الرئيس الأول بالمجلس الأعلى بشكل هرمي بما فيهم المفوض الملكي.

فالقاضي الإداري يخضع لسلطة رئيسه المباشر من الناحية الإدارية، أما من الناحية القضائية أي من خلال نظره في الدعاوى وإبداء آرائه فليست هنا أي تبعية، حيث لا يمكن أن يتلقى أوامر من أجل إصدار نوع معين من الأحكام أو تلقي تعليمات بشأن التعامل مع ملف معين.

وفي إطار الحديث عن استقلالية المفوض الملكي يثار إشكال فيما يتعلق بالعلاقة بينه وبين رئيس المحكمة خصوصاً بعد تعديل المادة 19 من النظام الأساسي لرجال القضاء، ففي بحث أجراه الأستاذ محمد القصري لاحظ أنه طرأ على المادة المذكورة بعد التعديل تغيير تام غير مضمونها، في حين ظل مضمون النص بالفرنسية نفسه، وبذلك كان الرؤساء يمارسون رقابتهم على قضاة الأحكام أصبحوا بعد التعديل يمارسون رقابتهم على قضاة المحاكم حيث تم الخلط بين كلمتي الأحكام والمحاكم ولم يكونا هما موضوع التعديل على ما يبدو، لأن النص الفرنسي ظل كما هو وكلا النصين منشور بالجريدة الرسمية، وهو ما يثير التساؤل أي نص يجب العمل به؟

عموماً فالمفوض الملكي خارج الدعوى الإدارية يكون مرئوساً للرئيس وداخل الدعوى الإدارية يعتبر شخصاً مستقلاً بذاته لا يخضع لأي إملاءات.

وستتضح لنا هذه الاستقلالية النسبية أكثر من خلال تناول الاختصاصات التي خصه المشرع بها (الفصل الثاني).

الفصل الثاني: مهام المفوض القضائي وتقييم عمله.

إن معرفة مدى نجاح نظام ما في تحقيق الأهداف التي أنشئ من أجلها لا يتأتى إلا من خلال الوقوف على ما حققه من نجاح، وذلك يستلزم الإلمام أولاً بمهام المفوض الملكي (المبحث الأول) ومن ثم الإلمام بمدى الإيجابيات التي حققها، وكذلك مدى ما لحقه من سلبيات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الاختصاصات والمسطرة.

خص المشرع المغربي المفوض الملكي باختصاصات محددة مما ميزه عن دور النيابة العامة سواء بالمحكمة الإدارية (المطلب الأول) أو بمحكمة الاستئناف الإدارية (محكمة الاستئناف الإدارية).

المطلب الأول: مسطرة عمل المفوض الملكي بالمحكمة الإدارية.

تتجلى مهام المفوض الملكي أولاً في الوسائل التي منحها إياه المشرع لمباشرة اختصاصاته بدءاً بحضور المفوض الملكي لجلسات المحكمة مروراً بعرضه لآرائه المكتوبة والشفهية أي المستنتجات، وصولاً إلى الممارسة القضائية أو ازدواجية المهام المتوصل إليها.

الفقرة الأولى: حضور المفوض الملكي لجلسات المحكمة

من خلال الاطلاع على صياغة الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون 41.90 والمتعلق بالمحاكم الإدارية نجد أن المشرع أكد على إلزامية حضور المفوض الملكي للدفاع عن الحق والقانون لجلسات المحكمة الإدارية.

كما نصت أيضا على ما يلي " ... ويجب أن يحضر الجلسة المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق ".

لقد استهل المشرع الفقرة الثانية بصفة الوجوب والتأكيد دون التنصيص على البطلان صراحة عند تخلف المفوض الملكي عن حضور إحدى جلسات المحكمة، وللقول ببطلان الحكم الذي لا يشير إلى حضور المفوض لجلسة المحكمة الإدارية يجب معرفة أية جلسة بالضبط يقصدها المشرع.

فإذا تعلق الأمر بالجلسة التي تكون فيها القضية جاهزة وبالتالي حجزها للمداولة فلا شك أن حضور المفوض الملكي ضروري لتقديم رأيه في القضية شفويا أو كتابيا على أن هذا الدور هو الغاية الأساسية من وجود هذه المؤسسة.

أما إذا اقتصر الأمر على جلسة للنطق بالأحكام فيبدو ان حضوره غير مجد انطلاقا من إعتبره مجرد مستمع، ولا يحق له أن يستأنف أحكام المحاكم الإدارية ولا أن يطعن فيها بأي طريق آخر من طرق الطعن، هذا بالإضافة بأنه لا يمثل لا إدارة ولا أفرادا، فهو إن صح القول ممثل القانون وما دام ليس من حقه الطعن لفائدة القانون فلا جدوى من حضوره الجلسات المخصصة للنطق بالأحكام⁷¹³، عكس ما سار عليه المشرع المصري الذي اعطى له صلاحية الطعن في الاحكام، مما قوى دوره وحضوره بجلسات النطق بالحكم ورتب على عدم حضوره البطلان.

الفقرة الثانية: عرض المفوض الملكي لمستنتجاته المكتوبة والشفهية

لقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة السالفة الذكر من قانون 41.90 أنه "يعرض المفوض الملكي للدفاع عن الحق والقانون آراءه المكتوبة والشفهية على هيئة الحكم بكامل الاستقلال...". ويعبر عن ذلك في كل قضية من القضايا المعروضة على المحكمة بالجلسة العامة، ويحق للأطراف أخذ نسخة من مستنتجات المفوض الملكي بقصد الإطلاع.

وما يلاحظ على هذه المادة هو استعمالها لمفهومين مختلفين للتعبير عن التقرير الذي يعده المفوض الملكي وهي (آراءه) و(مستنتجاته) وهكذا نجد ان الرأي هنا مرتبط أكثر بالتعبير عن التفكير الذاتي والشخصي الناتج عن دقة الملاحظة بينما المستنتجات فهي مرتبطة اساسا بالمستخلصات والاستنتاجات التي تبرز من خلال الاجتهادات والمقارنات والقياسات القانونية والواقعية.

لكن عندما قررت المادة الخامسة عرض المفوض الملكي لآرائه ومستنتجاته المكتوبة والشفهية بكامل الموضوعية على هيئة الحكم من اجل تبيان القانون الواجب تطبيقه على المنازعة الإدارية، لم يتم تحديد شكل هذه المستنتجات أو محتواها، وما هي طبيعتها وعلاقتها بالحكم، وهل لدى المفوض الملكي إمكانية للإكتفاء بتأكيد ما ورد في التقرير الكتابي دون تلاوته، علاوة على ما مدى إمكانية التعقيب من طرف أطراف الدعوى.

⁷¹³ - د. أحمدو أكري/ ذ محمد محجوبي، مرجع سابق، ص: 69-70.

ففيما يخص الشكلية التي تجب أن تقوم عليها مستنتجات المفوض الملكي، وبالرجوع الى مقتضيات المادة 50 من ق.م.م نرى ان هناك شكليات وبيانات من الواجب احترامها في كل حكم قضائي تحت طائلة البطلان، وتتجلى بالأساس في صدوره بجلسة علنية وباسم جلاله الملك وإشتماله على اسم القاضي أو الهيئة التي أصدرته، وأسماء وصفات ومهمن وموطن إقامة الأطراف، والإشارة بإيجاز لوسائل دفاعهم، والمناقشات الواقعة، وتعليل الأحكام الصادرة، وتسليم نسخة للأطراف من منطوقها، وتوقيعها من طرف رئيس الجلسة والقاضي المقرر وكاتب الضبط...⁷¹⁴

ويرى البعض أن عدم تحديد شكليات المستنتجات أمر إيجابي لمنح حرية أكثر للمفوضين الملكيين حول كيفية صياغة مستنتجاتهم دون التقييد بشكليات معينة.

فقياسا على القواعد اللازم احترامها في الأحكام المنصوص عليها أنفا بالإضافة إلى تطبيق القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية طبقا للمادة 50 السابقة وحسب المادة 7 من قانون 41.90 يستنتج البعض⁷¹⁵ أنه طالما تعلق الأمر بطلبات ومقترحات مقدمة من طرف المفوض الملكي إلى المحكمة ينبغي أن تخصص في شكلياتها (رقم القضية وكل ما يتعلق بالأطراف ودفاعهم ووقائع الدعوى مع استعراض الاشكاليات القانونية المعروضة للمناقشة والقواعد الواجبة التطبيق علاوة على التعريف بالرأي القانوني المعروض للمناقشة والقواعد الواجبة التطبيق مع التعريف بالرأي القانوني الملعل).

وفيما يخص أيضا مضمون وجوه هذه المستنتجات فإن الهدف من تقديم المفوض الملكي لها هو مساعدة الهيئة القضائية على الإهتمام إلى الحل الراشد والعاقل للنزاع الإداري المعروض عليها، وحتى يتمكن من العرض السليم لهذه المستنتجات يجب عليه تتبع خطوات قبل اقتراحه الحل القانوني لنزاع، استعراض الاشكالية والإحاطة بجوانبها القانونية والواقعية، وأن يبين للمحكمة الاجتهادات القضائية السابقة في الموضوع حتى يضمن بذلك استقرار العمل القضائي بالمحكمة.⁷¹⁶

بالنسبة لطريقة تقديم المفوض لمستنتجاته: ورد بالمادة الخامسة على أنه يعرض آراءه المكتوبة والشفهية...، أي أنه بمجرد ما تصبح القضية جاهزة للحكم سواء أثناء انعقاد الجلسة العلنية أو بعد صدور أمر بالتخلي من قبل المقرر وتعيين القضية في آخر جلسة علنية تعطى آخر كلمة للمفوض الملكي للتعبير عن وجهة نظره بواسطة مستنتجاته.

وعليه فرغم استعمال المشرع عبارة الآراء الكتابية والشفهية فليس من الضروري أن يدلي المفوض الملكي بآرائه الشفهية في كل ملف، وهو ما يجري عليه العمل بالمحاكم الإدارية المغربية.

وبالنسبة لمسألة إثارة الدفع: فعلى اعتبار أن الدفع المتعلقة بالنظام العام واجبة الدفع في كل مراحل الدعوى الإدارية ومن أي كان، يجوز بل ويجب على المفوض الملكي الدفع بها، غير أن الخلاف يبقى قائما فيما يخص دفع المفوض الملكي بدفع لا علاقة بها بالنظام العام.

⁷¹⁴- للمزيد من التفصيل أنظر الفصل 50 من قانون المسطرة المدنية.

⁷¹⁵- ذ. محمد القصري، مرجع سابق، ص: 159-160.

⁷¹⁶- ذ. محمد القصري، مرجع سابق، ص: 160.

وبالنسبة لمسألة تعقيب الخصوم على ملاحظات المفوض الملكي: فالأمر محسوم فقهيًا أي لا يحق لهم التعقيب عليها باعتبار أن المفوض الملكي لا يعتبر طرفًا في النزاع كما أشرنا سابقًا، ومحسوم قضائيًا حيث جرى عمل المحاكم الإدارية بعد إلقاء المفوض الملكي لتقريره يقفل باب المرافعة، فلا يقبل تقريره أي مناقشة أو تعقيب حيث يرفض رئيس الهيئة إعطاء الكلمة للأطراف أو ممثليهم الذين يرغبون أحيانًا في التدخل للتعقيب على آراء المفوض الملكي.

ومن حيث تصرف المفوض الملكي في بسط آرائه، فلا تحتوي المواد على ما يبين إلزامية وقوف المفوض الملكي لبسط مستنتاجاته من عدمها، لكن جرت العادة تقليدًا لهيئة مفوضي الحكومة بفرنسا بوقوف المفوضين للإدلاء بآرائهم نظرًا لما يضيف ذلك من قيمة على علينة الجلسات ولما فيه من تقدير واحترام لهيئة الحكم.

وفيما يخص علاقة المستنتاجات بالحكم فحسب منطوق المادة الخامسة فهذه المستنتاجات تعتبر جزءًا لا يتجزأ من الحكم الذي يصدر في الدعوى، ومن تم فعدم تضمين الحكم لمستنتاجات المفوض الملكي يعد خرقًا مسطريًا ويجعل الحكم باطلاً، فلا بد من وضع هذه المستنتاجات بالحكم باعتبارها إجراءات جوهرية⁷¹⁷، ونؤكد من ناحية ثانية أن هذه المستنتاجات غير ملزمة لهيئة الحكم، ففي حكم صادر عن إدارية الرباط بتاريخ 2010/2/24 لم تركز هيئة الحكم إلى رأي المفوض الملكي بإجراء بحث تكميلي للتأكد من الأسباب والوسائل التي قام المدعي بتوضيحها بمقال الدعوى من خلال استدعاء بعض أعضاء لجنة التأهيل الجامعي، فجاء حكمها (على أن استناد الطاعن على شهادة الدكتوراه الحاصل عليها ومجموعة المقالات التي سبق أن ألقاها غير كافي لإثبات انحراف لجنة التأهيل في استعمال سلطتها لانتقائه لاجتياز اختبار التأهيل الجامعي خاصة وأنه لم يثبت أن مؤهلاته ترشحه أكثر من غيره من الذين تم قبولهم).⁷¹⁸

إذن فمستنتاجات المفوض الملكي هي تعبير عن رأيه القانوني المكتوب والشفوي يعرضه هذا الأخير بكل الاستقلال والتجرد⁷¹⁹، ولا يجوز للخصوم التعقيب عليه لأنه لا يعتبر طرفًا في النزاع⁷²⁰، فلا تعقيب على مستنتاجاته طالما أنه يقفل باب المناقشة والترافع بعد الاستماع إلى تقريره بالجلسة، فرأيه يظل استشاريًا ولا يؤخذ به إلا على سبيل الاستئناس ولا يمكن بأي حال أن يلزم الهيئة⁷²¹.

لكن وإن كان دور مستنتاجات المفوض الملكي محدودًا فإنه في المقابل يمكن أن يكون حاسمًا في القضايا المستعصية.⁷²²

لذلك ينبغي أن يعرض المفوض الملكي مستنتاجاته عرضًا سليماً من منطلق المكانة الخاصة التي يمثلها لأنه بحكم موقعه يملك تنوير هيئة المحكمة استجلاء للحقيقة لتحري الدقة في كل ما يصدر عنه من أقوال وأفعال.⁷²³

⁷¹⁷ - ذ. محمد القصري، مرجع سابق، ص: 163.

⁷¹⁸ - حكم إدارية الرباط رقم 540 بتاريخ 2010/2/24 ملف رقم 09/12/86.

⁷¹⁹ - ذ. محمد القصري، مرجع سابق، ص: 167/166.

⁷²⁰ - جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص: 11.

⁷²¹ - ذ. محمد محجوبي، مرجع سابق، ص: 95.

⁷²² - ذ. عبد الكريم المساوي، "القواعد الإجرائية أمام المحاكم الإدارية"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق قانون الخاص، جامعة محمد الخامس الرباط، ص: 36.

⁷²³ - ذ. حسن صبيب، "القضاء الإداري المغربي (دراسة تحليلية للقانون المحدث للمحاكم الإدارية)"، اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، الرباط، ص: 335.

ان التأمّلات الفكرية التي يخوضها المفوض الملكي المغربي وأبحاثه في مجالي الاجتهاد القضاء والفقه سواء بالقانون الوطني والقانون المقارن من شأنها أن تساهم في ترسيخ تخصص القضاء وارتقاء القضاء الإداري.

ختاما نقول بأن المشرع المغربي خالف نظيره الفرنسي حينما نص هذا الأخير في الفصل 197 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية الفرنسية على وجوب تقديم مفوض الحكومة لمستتجاته دون أن يحدد شكلها شفوية كانت أم كتابية أو هما معا.

في حين أعطى القانون المصري صلاحيات واسعة في تحضير الدعوى لمفوض الدولة، فلا يتصور أبدا أن يكون تقريره شفويا⁷²⁴، إذ ما يبيده مفوض الدولة شيء من إيضاحات بجلسة المرافعة لا يعد تقريرا بالرأي القانوني، فتقرير مفوض الدولة يكون مكتوبا باللغة العربية ليتمكن مراقبته من الناحية القانونية.

المطلب الثاني: المفوض الملكي وتعدد درجة التقاضي.

رغم أن قانون محاكم الاستئناف لم يسند اختصاصات إضافية الى المفوض الملكي، الا أنه حل بعض الإشكاليات التي برزت من خلال الممارسة العملية لمهام المفوض الملكي بالمحاكم الادارية (الفقرة الاولى) إلا أن الاشكال المثار بمحكمة النقض ضل يراوح مكانه (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى: المفوض الملكي على صعيد محكمة الاستئناف الادارية.

رغم تشابه المواد التي تناولت مؤسسة المفوض الملكي بين قانون 90.41 و80.03 يلاحظ أن القانون المنشئ لمحاكم الاستئناف الادارية قد وضع حدا لبعض الاشكاليات التي يمكن ان تطرح على صعيد عمل المفوض الملكي لدى هذه المحكمة.

ومن خلال استقراءنا لنصوص القانون رقم 80.03 المتعلق بإحداث محاكم الاستئناف الادارية يتبين ان المشرع المغربي نص على طريقة تعيين المفوض الملكي في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية منه⁷²⁵ وأشار في المادة الثالثة إلى وجوب حضور المفوض الملكي بالجلسة، وأن صيغة الوجوب التي وردت في المادة المذكورة، توضح بأن هذه القاعدة أمره ومن النظام العام، وأن الإخلال بها، يجعل تشكيل الهيئة الحاكمة باطلة والقرارات الصادرة عنها باطلة أيضا.

والشيء الجديد الذي أتى به قانون 03-80 هو أن المفوض الملكي بمحكمة الاستئناف الإدارية يدلي بمستتجاته مكتوبة إلا أنه يمكنه توضيحها شفويا أثناء الجلسة، بحيث أن هذه الإلزامية أصبحت تنصب أساسا على الآراء المكتوبة، أما الآراء الشفهية فتبقى مسألة اختيارية بالنسبة إليه، وهذا شيء محمود أتى به المشرع، بحيث أن كثرة القضايا المعروضة بالجلسة، تجعل من الصعب على المفوض الملكي، تقديم مرافعة شفهية في كل قضية على حدة يبيد فيها آراءه التي غالبا ما تكون مطابقة لمستتجاته الواردة في تقريره الكتابي.

⁷²⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 10 لسنة 33 ق.ع بجلسة 1993/11/30، المجلة الحديثة، الجزء 47، ص: 168.

⁷²⁵ - ورد في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من القانون 03 - 80 المحدث لمحاكم استئناف إدارية ما يلي : " يعين الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية من بين المستشارين مفوضا ملكيا أو أكثر للدفاع عن القانون والحق باقتراح من الجمعية العمومية لمدة سنتين قابلة للتجديد

ويستنتج من ذلك أن المشرع كان حكيما لما تراجع عن الصيغة التي جاءت بها الفقرة الثالثة من القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية التي ورد فيها ما يلي: " يعرض المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق آراءه المكتوبة والشفهية على هيئة الحكم... " بحيث أن هذه الصيغة تفيد الإلزام. وتطبيق هذا النص في بداية عمل المحاكم الإدارية، كان يجد فيه المفوضون الملكيون صعوبة كبيرة جدا في تقديم وعرض آرائهم الشفهية في كل قضية، خصوصا وأنه بتوالي الجلسات، أصبحت القضايا تتكاثر شيئا فشيئا مما اضطرهم في الأخير إلى الاقتصار في المرافعة الشفهية على القضايا التي تبرز فقط نقط قانونية هامة، أما بالنسبة للقضايا الأخرى، فإنهم يقتصرون عند إعطائهم الكلمة في الجلسة على تأكيد ما ورد في مستنتاجاتهم الكتابية.

كما أن من أهم ما جاء به قانون رقم 80-03 بالنسبة لمؤسسة المفوض الملكي، وهو أنه أورد في الفقرة الأخيرة من المادة 3 العبارة التالية: " لا يشارك المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق في المداولة " و هذه العبارة جاءت واضحة وصريحة ولا تثير أي التباس أو غموض بالمقارنة مع ما كان عليه الشأن بالنسبة للقانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية الذي نصت الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة منه على ما يلي: " لا يشارك المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق في إصدار الحكم " بحيث لم يكن يعرف المقصود بهذا المنع هل يتعلق بحضور المداولة أم بحضور الجلسة التي يتم فيها النطق بالأحكام؟

لذا فإن مشرع قانون 80-03 كان حكيما حينما وضح هذه النقطة بشكل جلي أزال كل التباس في فهم عبارة " إصدار الحكم " بحيث أنه استعاض عنها بعبارة " المداولة " ، وبالتالي فإن المفوض الملكي محظور عليه المشاركة في المداولة أما حضوره في الجلسة ضمن تشكيلة هيئة الحكم، فهو إلزامي سواء كانت هذه الجلسة مخصصة لمناقشة القضايا المدرجة أو للنطق بالأحكام الصادرة فيها، إلا أننا نعتقد بأنه لا موجب لمنع المفوض الملكي من المشاركة في المداولة مادام لا يمثل أي طرف وليس من حقه الطعن في الأحكام، وأن دوره يقتصر على الدفاع عن القانون والحق، وهو دور يمكن أن يمارسه أيضا حتى عند المشاركة في المداولة لو أن المشرع سمح له بذلك.

الفقرة الثانية: المفوض الملكي ومحكمة النقض.

كما هو معلوم فمؤسسة المفوض الملكي المتواجدة على مستوى المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية غائبة على مستوى محكمة النقض، ليثار التساؤل حول حلول النيابة العامة لدى محكمة النقض محل مؤسسات المفوض الملكي في القضايا الادارية.

لقد كان من الراجح والصواب خلق مؤسسات المفوض الملكي على مستوى محكمة النقض لإعطاء دينامية جديدة في الاجتهاد القضائي المتعلق بالمجال الإداري ليعطي دعم جديد للقضاء بصفة عامة والقضاء الإداري بصفة خاصة، وكذلك تأكيدا لمبدأ التخصص الذي سار عليه المشرع المغربي بغية تحقيق النجاعة والحرفية.

المبحث الثاني: تقييم نظام المفوض الملكي والمشاكل المثارة بشأنه

بعد تناولنا لمختلف النقط المرتبطة بمؤسسة المفوض الملكي في مجالات مختلفة سواء تعلق الأمر بالمحكمة الإدارية أو محكمة الاستئناف الإدارية، يحق لنا أن نعطي تقييما شموليا لما أفرزه إحداث هذه المؤسسة داخل المنظومة القضائية والقانونية

ببلادنا، على أن يشمل التقييم الجانب السلبي والإيجابي لهذه التجربة، دون إغفال إثارة مجموعة من الإشكاليات التي توزعت بين نطاق التسمية، والمجال القانوني والقضائي وأخيرا ما يهم الجانب العملي والواقعي من خلال الممارسة الفعلية لهذه المؤسسة

المطلب الأول: تقييم تجربة نظام المفوض الملكي.

الفقرة الأولى: الجانب الإيجابي.

إنه بالرغم من قلة المواد التي تنظم مؤسسة المفوض الملكي⁷²⁶، فإن إنشاء هذه المؤسسة يبقى إنجازا مهما وسابقة تاريخية تحسب للمشرع المغربي، على اعتبار أنه كسر القاعدة الثلاثية التقليدية المتمثلة في قضاء الحكم، قضاء النيابة العامة، ثم كتابة الضبط، هذه القاعدة الثلاثية التي تكون عادة هيئة الحكم إذا كان حضور النيابة العامة إلزاميا.

كما يعتبر إحداث مؤسسة المفوض الملكي طفرة نوعية في تاريخ القضاء المغربي، نظرا للخصوصيات التي تتميز بها، وهي تدافع عن القانون والحق، فقد نعتبر المفوض الملكي إلى حد ما فقيها قضائيا من خلال سعيه إلى تجديد قواعد العمل القضائي الإداري، ومساعدة المحكمة وقضاة الحكم، وإرشادهم إلى حلول قانونية، خاصة في بعض القضايا الشائكة، والتي تستمد قوتها من الفقه والقانون المقارن، وكذا من الاجتهادات القضائية سواء تعلق الأمر بالمغرب أو بغيره من الدول الرائدة في هذا المجال، بل هناك من ذهب في إطار حديثنا عن إيجابيات مؤسسة المفوض الملكي إلى القول بأن وضعية هذه المؤسسة يدعو إلى القول بأن نجاح تجربة المحاكم الإدارية أو فشلها رهين بنجاح أو فشل هذا النظام.

الفقرة الثانية: الجانب السلبي.

نعتقد أن سلبات مؤسسة المفوض الملكي قد تستمد عناصرها من المواد المنظمة لها سواء تعلق الأمر بالقانون المحدث للمحاكم الإدارية أو ذلك المحدث لمحاكم الاستئناف الإدارية، وأيضا من الممارسة العملية لهذه المؤسسة، وهكذا فنظرا لمحدودية الدور الذي تقوم به هذه المؤسسة عكس مثيلاتها في فرنسا ومصر، فقد يذهب الاعتقاد أنها مجرد آلة لعرض المستنتجات ليس إلا، وأن حذفها أو إلغائها لن يؤثر على الدور الذي يلعبه قضاة الحكم والذين غالبا ما يصدرون أحكاما لا تتماشى مع مضمون المستنتجات، ومن هذه الأحكام مثلا: ما قضت به المحكمة الإدارية بالرباط في حكم صادر لها بتاريخ 2010/04/15 بإيقاف تنفيذ القرار الصادر عن مدير الأكاديمية الجهوية للتربية والتكوين لجهة دكالة عبدة القاضي بإلغاء الترخيص النهائي لمتابعة التكوين بالمدرسة العليا للأساتذة بالرباط، وذلك بالرغم من مستنتجات المفوض الملكي الذي التمس الحكم بعدم الاختصاص لعدم توفر عنصري الاستعجال وجدية الوسائل المثارة⁷²⁷.

بل وتتجلى سلبات مؤسسة المفوض الملكي في مضمون المستنتجات التي قد تتسم بالضعف وعدم الإحاطة بالمسائل القانونية والإشكاليات، أو تتناول الإشكالية القانونية بشكل وجيز وغير مدقق، وهكذا فعوض أن تكون هذه المؤسسة بمثابة المساعد والمرشد لقضاة الحكم، فإنها تبعثر أوراق القضية بالشكل الذي لا يساعد هؤلاء القضاة على دراسة الملف ومناقشته وفق ما هو مطلوب.

⁷²⁶ المواد 2-4-5 من القانون رقم 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية، والمواد 2-3 من القانون رقم 03-80 المحدث للمحاكم الاستئنافية الإدارية.

⁷²⁷ حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 1102، بتاريخ 2010/04/15، رقم الملف 2010/04/09.

إن هذا المعطى يفضي إلى تعطيل مفعول نظام المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق والغاية من استحداثه، وهاته هي سلبيات نظام المفوض الملكي.

والأكيد أننا نشاطر الأستاذ محمد القصري في كون الوظيفة تكون بقدر الشخص الذي يمارسها، لأن بروز سلبيات أو إيجابيات في نطاق اختصاص أو عمل ما قد تكون وليدة تصرفات أشخاص إما برعوا في عملهم فاستحقوا الثناء وساهموا في تغليب الجانب الايجابي منه، وإما أهملوه ولم يتقنوه، فكانت النتيجة سلبية.⁷²⁸

المطلب الثاني: الإشكاليات المثارة بخصوص مؤسسة المفوض الملكي.

"إن مؤسسة المفوض الملكي المستحدثة لتلعب دورا كبيرا في الدفاع عن القانون والحق.....لم تسلم كذلك من المعوقات مما جعلها محدودة المساهمة في حماية هذه الحقوق والحريات، حيث يرى الكثيرون أن نقل المشرع المغربي لنظام المفوض عن النظام الفرنسي لم يتجاوز إلا الأخذ بالفكرة دون التفاصيل."⁷²⁹

ونعتقد أن عدم الخوض في التفاصيل والغموض الذي يطال النصوص المنظمة لمؤسسة المفوض الملكي هو الذي فتح الباب على مصراعيه لإثارة مجموعة من الإشكاليات بخصوص هذه المؤسسة، وفي هذا الإطار سنحاول تحديدها على ثلاث مستويات، على مستوى التسمية والنطق بها، على المستوى القانوني والقضائي، ثم أخيرا على المستوى الواقعي أو العملي.

الفقرة الأولى: إشكاليات على مستوى التسمية والنطق بها.

من خلال الاطلاع على الاسم الذي أطلقه المشرع المغربي على هذه المؤسسة سواء تعلق الأمر بالقانون المحدث للمحاكم الإدارية أو ذلك المحدث لمحاكم الاستئناف الإدارية، يبدو أن الاسم الكامل لها هو "المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق"، كما يبدو أن المشرع المغربي لم يطلق على هذه المؤسسة اسم مفوض المملكة، ربما حتى لا يتعرض لنفس الانتقادات التي طالت اسم المؤسستين في كل من فرنسا ومصر.

إذ أن تسمية مفوض الحكومة بفرنسا وتسمية مفوض الدولة في مصر، يعتبر اسما على غير مسمى ولا ينطبق على المهام التي يقوم بها باعتباره يوحي فقط بالدفاع عن الحكومة والدولة في المنازعات الإدارية، وكأنه نوع من النيابة العامة، وهو اسم منتقد فقها وقضاء لأنه لا ينطبق على المهمة التي يقوم بها في تلك المنازعات من الدفاع عن الحق والقانون بكل تجرد وحرية.⁷³⁰

بل أكثر من ذلك فإن عبارة الدفاع عن القانون والحق التي تجسد قمة العدل والإنصاف، توحى بأنه عندما يمارس المفوض الملكي دوره في الإدلاء بأرائه ومستنتاجاته فإن مضمون هذه الآراء والمستنتاجات يعد ترجمة لهذه المكانة السامية من العدل والإنصاف، وبالتالي سيضعنا الأمر أمام إشكالية كبيرة مفادها أن كل مقرر قضائي أصدرته المحكمة مخالف لهذه الآراء والمستنتاجات، يكون بدوره قد خالف تلقائيا مقتضيات العدل والإنصاف.

⁷²⁸ - عرض للأستاذ محمد القصري، منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 151 ص:169.

⁷²⁹ - رشدي الصبايطي، المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق في المحاكم الإدارية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، مطبعة دار النشر عدد 90، 2012 ص 250.

⁷³⁰ - عرض الأستاذ محمد القصري، المرجع السابق

ومن أجل تفادي هذه التأويلات بخصوص التسمية التي أطلقها المشرع على هذه المؤسسة، فنعتقد أنه من المستحسن إلغاء عبارة للدفاع عن القانون والحق، والإبقاء فقط على تسمية المفوض الملكي.

ومن جهة أخرى فإن كثيرا ما يتم النطق بكلمة مفوض (بكسر الواو)، وفي اعتقادنا فإن النطق الصحيح هو مفوض (بفتح الواو)، لأن هذه المؤسسة هي التي تم تفويضها وانتدابها للدفاع عن القانون والحق وليست هي التي قامت بفعل التفويض أو الانتداب.

الفقرة الثانية: إشكاليات على الصعيد القانوني والقضائي.

نطلق في هذا الإطار من النصوص القانونية التي جاءت محتشمة ولم تتجاوز 3 فصول من أجل تنظيم مؤسسة لا زالت تعتبر حديثة العهد بالقضاء المغربي.

أولاً: تشكل النصوص القانونية المنظمة لهذه المؤسسة إشكالية في حد ذاتها، نظرا للغموض الذي يكتنفها، والقصور الذي يطال تنظيمها، مما فتح المجال أمام مجموعة من التأويلات في تفسير اختصاصات هذه المؤسسة، وضبط المساطر التي يتعين سلوكها في هذا المجال، لهذا كان من الأولى وضع إطار تنظيمي مضبوط يحدد بدقة معالم هذه التجربة الجديدة التي عرفها المغرب في المجال الإداري.

ثانياً: لقد منح المشرع المغربي اختصاصات محتشمة للمفوض الملكي⁷³¹، مما جعله مغلول اليدين أمام مجموعة من الإجراءات لو كلف بها لتقوى دوره وعضدت وظيفته، وخاصة منحه إمكانية الطعن بالاستئناف أو النقض لصالح القانون في حالة عدم سلوك أي طعن من طرف الأطراف، أو بدا له أن المقرر القضائي الصادر في قضية ما قد جانب الصواب قانونا وواقعا.

ثالثاً: أمام غياب مؤسسة المفوض الملكي أمام محكمة النقض، يطرح تساؤل حول الصفة التي تتقمصها النيابة العامة بهذه المحكمة، وهي تنظر في القضايا الإدارية المعروضة عليها، فهل تتقمص دور المفوض الملكي وفق المقتضيات الخصوصية المنصوص عليها في هذا الشأن، أم تتصرف باعتبارها نيابة عامة، وفي هذه الحالة نتساءل عن أي استقلال وتجرد في تقديم المستتجات، ذلك الذي تتحدث عنه المادة الخامسة من القانون المنشئ للمحاكم الإدارية والمادة الثالثة من القانون المحدث لمحاكم الاستئناف الإدارية.

وهكذا وفي انتظار إحداث مؤسسة مجلس الدولة بالمغرب، كان من المأمول إحداث مفوض ملكي عام على مستوى محكمة النقض لإعطائها دينامية جديدة في الاجتهاد القضائي، وأن ذلك لن يمس بالنظام القضائي المغربي بل سيعطي دعامة جديدة لهذا القضاء.⁷³²

⁷³¹ المادة 5 من قانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية، والمادة 3 من القانون رقم 03-80 المحدث للمحاكم الاستئناف الإدارية.

⁷³² رشدي الصبايطي، المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق في المحاكم الإدارية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، مطبعة دار النشر عدد 90، 2012 ص 244.

رابعا: إذا كانت المادة 5 من القانون المنشئ للمحكمة الإدارية تشير إلى أن المفوض الملكي لا يشارك في إصدار الأحكام، فهل له الحق في حضور أشغال المداولة والإدلاء برأيه القانوني تدعيما لمستنتاجاته الكتابية المدلى بها.

إذا كانت المادة 3 من القانون المنشئ لمحاكم الاستئناف الإدارية قد حسمت الأمر بالنسبة للمفوض الملكي لديها، بحيث نصت على أنه لا يشارك في المداولات، فإنه في نظرنا بالنسبة للمحاكم الإدارية ليس هناك مقتضى قانوني يمنعه من حضور أطوار جلسة المداولة إلى جانب أعضاء هيئة الحكم، وذلك لاستكمال دوره الرئيسي في الدفاع عن الحق والقانون، شريطة ألا يشارك في عملية التصويت لصالح أو ضد حكم معين.

خامسا: تعرف الممارسة القانونية والقضائية عدة دفعات سواء منها ما يرتبط بالنظام العام أم لا، منها مثلا الدفع بعدم الاختصاص، الدفع بالتقادم، الدفع بسبقية البث..... واعتبارا لكون المفوض الملكي في الخصومة الإدارية لا يمثل أحدا، وأن دوره يتمثل في الدفاع عن القانون والحق ليس إلا، فإن الإشكالية المطروحة هي ما مدى أحقيته في إثارة جميع الدفعات سواء منها ما تعلق بالنظام العام أم لا. يذهب اتجاه إلى القول بأنه لا يقبل من المفوض الملكي إلا الدفعات المتعلقة بالنظام العام، لعله أن مهمته تعتبر قضائية وغير ذي مصلحة شخصية، ويدعم هذا الاتجاه رأيه بقرار قضى بأنه لا يجوز للمفوض الملكي الدفع بتقادم دعوى التعويض، لأنه دفع بحقوق صاحب الشأن وليس متعلق بالنظام العام.

غير أننا نخالف هذا الاتجاه، ذلك أنه في اعتقادنا إذا كان دور المفوض الملكي هو الدفاع عن القانون والحق فإن القانون هو مجموعة القواعد الآمرة التي تنظم العلاقة بين الأفراد داخل المجتمع ولا يتعين خرقها أو تجاوزها، وبالتالي إذا كان القانون ينظم مثلا القواعد التي تنظم التقادم أو سبقية البث في الدعوى، فقد أتى بمقتضيات لا يجب مخالفتها، فلماذا لا يثير المفوض الملكي الحالات المخالفة للمقتضيات القانونية حتى ولو لم يتعلق الأمر بالنظام العام ما دام أن دوره الرئيسي هو الدفاع عن القانون الذي هو أسمى من مصلحة الأفراد الشخصية.

سادسا: إشكالية أخرى تطرحها الطبيعة المزدوجة للمفوض الملكي في الحالة التي تنتهي فيها مهمته بهذه الصفة، ويتنقل إلى صفة قاضي الحكم، ذلك أنه قد يحدث أن تنتهي صفته هاته ويكون قد أدلى بمستنتاجاته في قضية لم يتم البت فيها بعد، فيصبح عضوا في جلسة الحكم أو مقرا فيها للبت في نفس هذه القضية.

كما تطرح إشكالية إمكانية أن يكون أحد القضاة أو أكثر يحمل صفة قاض مقرر أو مستشار مقرر في بعض القضايا ومفوض ملكي في قضايا أخرى. يرى بعض الباحثين بإمكانية ذلك، فقيام المفوض الملكي بمهام قضائية في نفس الوقت، تبرره وضعيته قبل أن يعين بهذه المؤسسة من طرف السيد رئيس المحكمة أو السيد الرئيس الأول باقتراح من طرف جمعيتها العمومية، والتي كان خلالها قاضيا مقرا أو مستشارا مقرا في العديد من القضايا الراجعة والتي قد يكون بعضها جاهزا للحكم.⁷³³

وإذا كان المشرع المغربي لم ينص صراحة على هذه الازدواجية في الصفة بين المفوض الملكي من جهة والقاضي المقرر أو المستشار المقرر من جهة أخرى، فإن الاجتهاد القضائي على ما يبدو قد استقر على هذه الإمكانية من ذلك مثلا القرار الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 2003/11/07 حيث جاء في تعليقه: " أنه لا يوجد مانع قانوني يحول

⁷³³ - أذ محمد محجوبي وأذ حميدو أكري، المفوض الملكي ومهامه لدى المحكمة الإدارية ط1 من 95، ص77.

دون تقلد المفوض الملكي لمهام القاضي المقرر في نفس الملف".⁷³⁴ لكن هناك اتجاه آخر يرى أن الأخذ بنظام الازدواجية من شأنه أن يؤدي إلى شيء من الالتباس في الصفة الحقيقية للقاضي، كما أنه يؤدي إلى نوع من التناقضات في العمل القضائي.⁷³⁵

لتفادي هذه الإشكاليات أو للتخفيف من حدتها سواء تعلق الأمر بغياب المفوض الملكي أو بوجود نقص في عدد القضاة أو المستشارين، يتعين جعل مؤسسة المفوض الملكي تكتسب صفة أو مقومات وحدة المؤسسة كما هو الشأن بالنسبة لوحدة النيابة العامة، وبالتالي جعل الدائرة القضائية لمحكمة استئناف إدارية معنية مثلا، هي الإطار القانوني والنفوذ القضائي الذي سيتيح لمفوض ملكي يشغل بمحكمة إدارية داخل هذه الدائرة أن ينوب عن مفوض ملكي يشغل بمحكمة إدارية أخرى بنفس الدائرة، بل ولما لا تسري هذه القاعدة حتى بين المفوضين الملكيين التابعين لمحكمة استئناف إدارية وأولئك التابعين لمحكمة إدارية بنفس الدائرة.

الفقرة الثالثة: إشكاليات على الصعيد العملي.

أولا: قد تطرح إشكالية وجود اختلاف بين رئيس المحكمة وجمعيتها العمومية بخصوص تعيين أو عدم تعيين قاض مفوضا ملكيا، فهل يكون رئيس المحكمة ملزما بالأخذ بالاقترح المقدم من طرف الجمعية العمومية أم لا، كذلك الشأن بالنسبة لمحكمة الاستئناف الإدارية.

يذهب اتجاه إلى القول بتبني الرأي المتخذ بالأغلبية، مادام أن رئيس المحكمة أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية هو جزء لا يتجزأ من الجمعية العمومية وبالتالي يجب تنفيذ رأي الأغلبية.⁷³⁶ ونعتقد أن هذا الاتجاه سليم لأنه يسير في الاتجاه الذي نصت عليه المادة 2 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، والمادة 3 من القانون المحدث لمحاكم الاستئناف الإدارية، ذلك أن صلاحية التعيين الموكولة لرئيس المحكمة أو للرئيس الأول هي مرحلة لاحقة لعملية الاقتراح التي تقوم بها الجمعية العمومية بشأن اختيار المفوض الملكي، وقد نذهب إلى القول بأن مهمة الرئيس أو الرئيس الأول هاته هي أقرب إلى مفهوم تبني الاقتراح منه إلى مفهوم التعيين.

هذا ويستحسن في نظرنا لتفادي مثل هذه الاختلافات، أن يتم تعيين المفوض الملكي وفق ما ذهب إليه المشرع الفرنسي وذلك بمرسوم من طرف رئيس الوزراء، وباقتراح من وزير العدل، مع العمل بطبيعة الحال على ضمان كافة مقومات الاستقلالية والتجرد في عمل هذه المؤسسة.

ثانيا: لقد نص المشرع على ضرورة إحالة الملف على المفوض الملكي والقاضي المقرر من طرف رئيس المحكمة بعد تسجيل مقال الدعوى، إلا أن إحالة الملف على المفوض الملكي وبطبيعة الحال تسلمه نسخة من المقال، قد يعرقل من الناحية العملية عمل القاضي المقرر الذي يكتشف بعد إرجاع الملف إليه، أن عدد نسخ المقال غير متساو مع عدد المدعين مثلا، فأمام هذه الحالة قد يضطر القاضي المقرر إلى توجيه إنذار إلى المدعي من أجل تقديم نسخة من المقال داخل أجل محدد للقيام بعملية

⁷³⁴ - قرار عدد 1173 بتاريخ 2003/11/07 في الملف عدد 2002/1071.

⁷³⁵ - الأستاذ محمد النجاري، تقويم نظام مفوضي الدولة في المنازعات الإدارية، ص 51

⁷³⁶ - رأي الأستاذ محمد النجاري في مقاله " نظرة حول تنظيم المحاكم الإدارية بالمغرب " طبعة سنة 1994 مطبعة دار النهضة

التبليغ للأطراف، فإذا لم يستجب المدعي لهذا الإنذار وتثبت بكونه أدلى بالنسخ الكافية، فهل سيكون الجزاء هو الحكم بعدم قبول الدعوى طبقاً للفصل 32 من ق م م 737.

في اعتقادنا وحسب مقتضيات القانون المنظم للمحاكم الإدارية، فإن المفوض الملكي ليس طرفاً في الدعوى ولا يمثل أحداً فيها، وبالتالي فالقاعدة العامة تقتضي أن تخصص نسخ المقال أولاً لأطراف الدعوى وما زاد عن ذلك من النسخ فليتسلم واحدة منها المفوض الملكي، ولكن مادام طبيعة عمل هذا الأخير تقتضي تسلم نسخة من المقال للإطلاع على الدعوى ودراستها، فيبقى الدور قائماً على كتابة الضبط من أجل توفير نسخ كافية في هذا الشأن.

ثالثاً: قد يفاجأ أعضاء الهيئة يوم الجلسة بتغيب المفوض الملكي لأسباب خارجة عن إرادته، مثل وقوع حادث فجائي، أو يتعذر عليه الحضور بسبب مرض مفاجئ ألم به ذلك اليوم، في وقت لا تتوفر فيه المحكمة إلا عن مفوض واحد.

لقد ذهب البعض إلى القول بإمكانية تعيين أحد القضاة أو المستشارين للنيابة عن المفوض الملكي الغائب، ولكن نعتقد بأن المسألة تصطدم في هذه الحالة بمقتضيات المادة 2 من القانونين المحدثين سواء للمحكمة الإدارية أو محكمة الاستئناف الإدارية، اللتين تشيران إلى أن تعيين المفوض الملكي لا يكون إلا باقتراح من الجمعية العمومية.

لتفادي هذا الإشكال فقد اقترح بعض الباحثين استحسان تعيين المفوض الملكي ومن ينوب عنه عند الاقتضاء، وذلك أثناء انعقاد الجمعية العمومية⁷³⁸.

خاتمة:

كخلاصة يمكن القول إن للمفوض الملكي دوراً مهماً ليس لأنه يساعد على تحقيق فعالية العمل الإداري فحسب، بل أيضاً لأنه يضمن بشكل خاص حماية حقوق وحريات الأفراد اتجاه الإدارة وذلك بدفاعه عن القانون والحق، غير أن فعالية المفوض الملكي يجب أن تبدأ من استيعابه لدور القضاء الإداري، وذلك بإعطائه مفهوماً متطوراً للقاعدة القانونية ينسجم ومتغيرات المجتمع سواء على الصعيد الحقوقي أو السياسي أو الاقتصادي، أو على صعيد ما يعرفه العالم من تحولات استراتيجية تحتم ضرورة التعجيل بخلق آليات فعالة في مجال العدالة الإدارية، وذلك بالسعي إلى إحداث قانون إداري فعال، والقيام بتطوير مؤسسة المفوض الملكي التي هي جزء لا يتجزأ من السلطة القضائية، حتى تلعب هذه المؤسسة دوراً مستقبلياً يتماشى مع ما جاء به الدستور الجديد ليس فقط على صعيد دورها داخل المحكمة، بل فيما يخص تنفيذ بعض مقتضيات هذا الدستور خاصة فصله 113 الذي ينص على أنه "يصدر المجلس الأعلى للسلطة القضائية، بطلب من الملك أو الحكومة أو البرلمان، آراء مفصلة حول كل مسألة تتعلق بالعدالة مع مراعاة مبدأ فصل السلطات

⁷³⁷- ينص الفصل 32 من ق م م على ضرورة إرفاق الدعوى بنسخ من المقال موازية لعدد الأطراف المدعى عليها.

⁷³⁸- أذ محمد مجبوبي و أذ حميدو أكري، المرجع السابق.

إنشكالية تنفيذ الأحكام ضد الإدارة الضريبية بين المقتضيات القانونية والعمل القضائي

بسم الحسن الميس

باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات

المقدمة

يعتبر القضاء الإداري من أهم المرتكزات الأساسية التي تدعم مسار التحول الديمقراطي، وهو من الأسس التي تقوم عليها دولة الحق والقانون في معظم الأنظمة الديمقراطية، فهذه الأخيرة تفرض احترام و خضوع الجميع بدون استثناء للقواعد القانونية، وكذلك الامتثال و تنفيذ الأحكام القضائية المختلفة سواء كانت صادرة في مواجهة الأفراد أو المؤسسات. فتتفقد الأحكام القضائية يحتل أهمية كبرى باعتباره جوهر القضاء والغاية الأسمى منه، حيث لا يمكن تصور سمو وهيبة القضاء ما لم تكن أحكامه مطبقة على الجميع بدون استثناء، بما في ذلك تنفيذها على الدولة والجماعات الترابية والإدارات والمؤسسات العمومية، فتتفقد الأحكام القضائية حلقة جوهرية في العمل القضائي، إذ على أساسه يتم تحقيق العدل والمساواة أمام القانون⁷³⁹.

إن ما يتوخاه كل متقاض من دعواه ليس هو فقط صدور حكم لمصلحته، بل أيضا ترجمة منطوق الحكم إلى أرض الواقع وذلك عن طريق تنفيذه وبدون أدنى تباطؤ.

فما من حكم حائز لقوة الشيء المقضي به إلا ويلزم تنفيذه ولو بالجبر والإكراه احتراماً لتلك القوة، وهذا ما يجعل مسؤولية التنفيذ كما قال الملك الراحل الحسن الثاني رحمه الله "هي أكبر المسؤوليات" لأن عدم التنفيذ أو التماطل فيه يضيف رحمه الله يجر المرء إلى تفكير آخر هو "انحلال الدولة".

فالتنفيذ هو جواز الشيء⁷⁴⁰ والخلاص منه أو تحقيق الشيء وإخراجه من حيز الفكر إلى مجال الواقع⁷⁴¹. أو هو المرحلة التي تتحول فيها الحقوق من حالة السكون لحالة الحركة، عن طريق إيصال تلك الحقوق إلى أصحابها بمختلف الطرق والآليات خصوصاً الجبرية منها والتي تفرض ما يجب أن يحتله القضاء من هيبته واحترام في نفوس المواطنين. فالمقصود بالإدارة، الدولة والهيئات التابعة لها على المستوى المركزي والمحلي وكل مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

⁷³⁹: عبد القادر باينة: "القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي"، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 1987، ص 121.

⁷⁴⁰: ابن منظور: "لسان العرب"، المجلد الرابع عشر، دار صادر للطباعة والنشر ببيروت، المطبعة الأولى 1984، ص 316.

⁷⁴¹: محمد عبد الخالق، "مبادئ عامة للتنفيذ"، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، سنة 1978، ص 4.

أما الحكم القضائي فقد اتفق فقهاء اللغة بأن الحكم معناه القضاء وبذلك فإن هذين المصطلحين (الحكم والقضاء) يعتبر كلاهما مرادفاً للآخر. وامتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها لا تعتبر ظاهرة حديثة أو وليدة العصر بل تتداخل فيها عدة عوامل منها القانونية والسوسيولوجية والسيكولوجية والأخلاقية، ورهينة بتطور القضاء الإداري الذي يحكم العلاقة بين الدولة والأفراد.

ويمكننا في هذا السياق طرح الإشكالية التالية: ما مدى منح النص القانوني والعمل القضائي لآليات تمكن الإدارة من تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها؟

لتناول هذا الموضوع سنقوم بتقسيمه إلى مطلبين نتطرق في (المطلب الأول) إلى أسباب وصور عدم تنفيذ الأحكام ضد الإدارة، ثم سنتناول دور القضاء الإداري المغربي في إشكالية تنفيذ الأحكام في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب وصور عدم تنفيذ الأحكام ضد الإدارة.

تتعدد أسباب وصور عدم تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة، لذا سنعمل على دراسة الأسباب القانونية المعرقة للتنفيذ ضد الإدارة (الفقرة الأولى) ثم نتطرق لدراسة صور عدم تنفيذ الأحكام من طرف الإدارة. (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأسباب القانونية المعرقة لتنفيذ الأحكام.

تكمن إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة بالأساس في غياب مسطرة خاصة بتنفيذ الأحكام الإدارية لإجبار الإدارة على التنفيذ، فقانون المحاكم الإدارية لا يتضمن مسطرة خاصة بتنفيذ الأحكام الإدارية، كما أن قانون المسطرة المدنية لا يتضمن الوسائل اللازمة لجبر الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به.

والقانون المحدث للمحاكم الإدارية اكتفى بوضع مادة فريدة في ميدان التنفيذ⁷⁴²، وهي المادة 49 التي تنص على أن: «التنفيذ يتم بواسطة كتابة ضبط المحكمة الإدارية التي أصدرت الحكم، ويمكن لمحكمة النقض أن تعهد بتنفيذ قراراتها إلى المحكمة الإدارية»⁷⁴³.

والمادة 49 لم توضح بشكل مفصل كيفية تنفيذ الأحكام الإدارية، مما جعلها متسمة بالقصور، والأكثر من ذلك أنها تسببت في مجموعة من التعقيدات وطرحت عدة إشكالات (مسألة الإنابة)، حيث تنص على ما يلي: «يتم التنفيذ بواسطة كتابة الضبط للمحكمة الإدارية التي أصدرت الحكم، ويمكن للمجلس الأعلى أن يعهد بتنفيذ قراراته إلى المحكمة الإدارية»، و اكتفت بتحديد الجهة التي أوكل لها المشرع تنفيذ أحكام المحاكم الإدارية، وهي كتابة الضبط بها بالنسبة للأحكام الصادرة عن كل محكمة إدارية على حدة في حدود اختصاصها المكاني، بالإضافة إلى إمكانية تنفيذ القرارات الصادرة عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض.

⁷⁴²: تعريف التنفيذ: لغة هو إخراج الشيء، من مجال الفكر والتحول إلى مجال العمل فلا يبقى رهين لإحساس والإرادة بل يصبح واقعا معاشا واتصاله بالواقع هو منشأ الصعوبة، منشورات الجمعية المغربية لإنشاء المعرفة القانونية، وداية المنتدبين القضائيين، 1999.

⁷⁴³: المادة 49 من القانون المنظم للمحاكم الإدارية رقم 41/90، (طهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)، ص 2168.

ومقتضيات هذه المادة هي تأكيد لما جاء في الفقرة الثانية من الفصل 429 من قانون المسطرة المدنية التي تنص كذلك على أنه: «يتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم...»⁷⁴⁴.

ولم يحدد القانون رقم 90.41، أي طريقة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، و لم يرتب أي جزاء على الإدارة في حالة امتناعها عن التنفيذ، و لم يضم صيغة تنفيذية خاصة بالأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، فهل يعني هذا أن المحاكم الإدارية مدعوة لتذليل أحكامها بالصيغة التنفيذية الواردة في المسطرة المدنية؟ للإجابة عن هذا التساؤل ولولبالرجوع إلى القانون رقم 90.41، نجد أن المادة السابعة منه تنص على إمكانية تطبيق القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية، وهي المشار إليها في الفصل 433 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على ما يلي: «وبناء على ذلك يأمر جلالة الملك جميع الأعوان وبطلب منهم أن ينفذوا الحكم المذكور (أو القرار) كما يأمر الوكلاء العامين للملك أن يمدوا يد المعونة لجميع أعوان وضباط القوة العمومية وأن يشدوا أزرهم عندما يطلب منهم ذلك قانونياً»⁷⁴⁵.

وقد كانت كتابة الضبط للمحاكم الإدارية تتردد بين اعتماد هذه الصيغة التنفيذية، أو وضع طابع يحمل عبارة "نسخة تنفيذية سلمت طبق الأصل ولأجل التنفيذ"، كما ينص على ذلك الفصل 428 من قانون المسطرة المدنية⁷⁴⁶، ويمكن تفسير هذا التردد بعدم تلاءم الصيغة التنفيذية الخاصة بالأحكام المدنية، مع طبيعة الأحكام الإدارية، كما أنها لا تتلاءم مع الجهة المطلوبة في التنفيذ، على اعتبار أن التنفيذ ضد الإدارة لا يمكن تصوره عن طريق الاستعانة بالقوة العمومية، ومع ذلك فقد تم الاتفاق بين جميع المحاكم الإدارية على وضع الصيغة التنفيذية المذكورة على النسخ التنفيذية المتعلقة بالأحكام الإدارية، في انتظار تدخل المشرع من أجل وضع صيغة تنفيذية خاصة بالأحكام الإدارية مثل ما هو معمول به في القانون المقارن.

كما أن هناك مشكل آخر تسببت فيه المادة 49 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، والمتمثل في مشكل الإنابة القضائية حيث تقضي بأن المحكمة الإدارية هي التي تنفذ الأحكام الصادرة عنها أو الصادرة عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، مما يجعل تنفيذ الأحكام الإدارية صعباً مادام أن المحاكم الإدارية لا توجد في كل المدن المغربية، إذ كيف يمكن تنفيذ حكم صدر عن المحكمة الإدارية بالرباط في حق الإدارة المحكوم عليها المتواجدة بطنججة التي لا تتوفر على محكمة إدارية، فهذه المدينة تدخل في دائرة نفوذ المحكمة الإدارية بالرباط؟

فحرفية نص المادة 49 تقضي بأن يتوجه عون التنفيذ بالمحكمة الإدارية بالرباط إلى مدينة طنجة ليقوم بإجراء التنفيذ، الأمر الذي يصعب تصوره، وإذا طبقنا المادة السابعة من نفس القانون، سنجد أن المادة 439 من قانون المسطرة المدنية⁷⁴⁷، تعطي الحق لكتابة الضبط للمحكمة التي أصدرت الحكم أن تنيب عنها كتابة الضبط للمحكمة التي يجب أن يقع التنفيذ في دائرتها القضائية.

⁷⁴⁴: المادة 429 من قانون المسطرة المدنية.

⁷⁴⁵: الفصل 433 قانون المسطرة المدنية.

⁷⁴⁶: الفصل 428 من قانون المسطرة المدنية: "تنفذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة في مجموع التراب الوطني بناء على طلب من المستفيد من الحكم أو من ينوب عنه".

⁷⁴⁷: المادة 439 من قانون المسطرة المدنية: "يتم التنفيذ ضمن الشروط المقررة في الفصولين 433 و 434 غير أنه يمكن لكتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم أن تنيب عنها كتابة ضبط المحكمة التي يجب أن يقع التنفيذ في دائرتها القضائية".

فحسب الفصل 439 منق.م.م. يمكن توجيه إنابة قضائية إلى محكمة أخرى، فإذا كان الأمر يتعلق بمحكمة إدارية فلا إشكال، لكن إذا كان التنفيذ سيجري في مدينة لا توجد بها محكمة إدارية، فهل يمكن توجيه إنابة قضائية إلى المحكمة الابتدائية؟

هنا يطرح الإشكال بخصوص طريقة تنفيذ الأحكام الإدارية التي تختلف طبيعتها عن طبيعة الأحكام العادية، كما أن الإشكال يثار أكثر في حالة وجود صعوبات في التنفيذ حسب ما استقر عليه العمل القضائي، محكمة التنفيذ، أي المحكمة التي يجري التنفيذ بدائرتها، فإذا عرضت صعوبة قانونية أو واقعية في تنفيذ حكم إداري على رئيس المحكمة الابتدائية (باعتبارها محكمة التنفيذ)، فإن هذا الأخير يستعصي عليه البت في هذه الصعوبة، لأن ذلك يقتضي منه إبداء وجهة نظره في صياغة منطوق الحكم الإداري أو في تعليقه أو غير ذلك، والتي تكون مختلفة عن وجهة نظر المحكمة الإدارية المصدرة للحكم،

هذا فضلا عن كثرة ملفات التنفيذ الموجودة بالمحاكم الابتدائية، مما يجعل عملية تصفية الأحكام الإدارية تتأخر.

وقد وجدت المحاكم الإدارية حلا لهذا المشكل عن طريق توجيه الملف التنفيذي مباشرة إلى العون القضائي الذي تم اختياره من طرف طالب التنفيذ دون توجيه إنابة قضائية إلى المحكمة الابتدائية التي يعمل بدائرتها العون القضائي المذكور، فبهذه الطريقة إذا ما أثبتت صعوبة في التنفيذ فإن محكمة التنفيذ هي المحكمة المصدرة للحكم أي المحكمة الإدارية، وبالتالي فإن هذه الأخيرة هي التي تكون مختصة بالبت في تلك الصعوبة وليس المحكمة الابتدائية ما دامت الإنابة القضائية لم توجه إليها.

و هناك صعوبات قانونية أخرى، مثل إشكال المدة التي يجري فيها التنفيذ، فالقواعد العامة تنص على أن التنفيذ يجب أن يتم داخل أجل 30 يوما، فالتساؤل يثور حول بداية سريان هذا الأجل؟، كما يثور التساؤل حول طبيعته، بمعنى هل هو أجل تقادم أم أجل سقوط، مع مراعاة الاختلاف الحاصل بينهما؟

وهناك مشكل آخر، يتمثل في كون النسخة التنفيذية لا تسلم إلا مرة واحدة، وذلك على عكس ما كان معمولاً به في الماضي، بحيث كان يتم إرجاع القضية لمحكمة الموضوع التي تعطي نسخة تنفيذية ثانية⁷⁴⁸.

الفقرة الثانية: صور عدم تنفيذ الأحكام.

إن النية السيئة للإدارة حين لا تكون رغبة في تنفيذ الحكم يمكن أن تأخذ عدة صور، ويبقى القاسم المشترك بينها هو أنها تشكل مساسا بالمبادئ الدستورية ومبادئ الكرامة الإنسانية وفقدان المصداقية في المؤسسة القضائية.

حين تعمد إلى عدم تنفيذ الحكم سواء بطريقة سلبية أو بطريقة سيئة أو سافرة فإنها لا تعدم الوسيلة التي توصلها إلى هذا الغرض، فما هي إذن الصور التي يتجسد فيها امتناع الإدارة عن التنفيذ؟

⁷⁴⁸: العطشان الحبيب: عدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري من طرف الإدارة، مجلة القضاء والقانون، العدد 156، مطبعة الامنية الرباط، سنة 2009، ص 20.

أولاً: التراخي في التنفيذ.

يفترض عند قيام المحكمة بإصدار حكم حائز على قوة الشيء المقضي به أن تبادر الإدارة إلى اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذه، ذلك أن التراخي في تنفيذ الحكم، فضلاً عما يحمله من تحقير وإضعاف لسلطة القضاء، فإنه يسبب أضراراً لمن صدر الحكم لصالحه ويجعل التنفيذ صعباً على الإدارة، وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أن من واجب الجهة الإدارية أن تقوم بتنفيذ الأحكام في وقت مناسب من تاريخ صدورها وإعلانها، فإن هي تقاعست أو امتنعت دون وجه حق عن التنفيذ في وقت مناسب اعتبر هذا الامتناع بمثابة قرار سلبي مخالف للقانون يوجب لصاحب الشأن التعويض⁷⁴⁹.

ويلاحظ أن المدة التي تلتزم الإدارة فيها بالانتهاء من تنفيذ الحكم هي في الغالب غير محددة لا من طرف المشرع ولا من طرف القاضي الإداري نفسه الذي أصدر الحكم لكن يجب على الإدارة أن تختار وقت التصرف بعدم التأخر إلى ما لا نهاية، وأن تقرر الإدارة التنفيذ في مواعيد معقولة⁷⁵⁰.

ثانياً: التنفيذ الناقص.

تساءلت M. Fayolle في رسالتها⁷⁵¹: إذا كان الأفراد ملزمين بإطاعة الحكم القضائي حرفياً، أليس من المسموح للإدارة ألا تطيعه إلا روحاً *qu'a l'esprit* طالما أنها هي الوحيدة المنوط بها قانوناً وفنياً كل ما يتعلق بالتنفيذ؟

قد تجيب الإدارة بالإيجاب، ولكن يوجد أيضاً المحكوم له وهو صاحب مصلحة أيضاً ويضره أن يجد ما قضي له به لا ينفذ، إلا جزئياً أو على غير ما أراد الحكم، فالتعسف يجد ملامحه في عدم التنفيذ. وإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في تنفيذ أحكام الإلغاء بصفة خاصة فإنها مقيدة بطبيعة الحال بالقيود العام على تصرفاتها وهو مراعاة المشروعية، وإلا كان ذلك إهداراً منها لقيمة الحكم، إذ لا معنى لإلغاء القرار المخالفته للقانون إذا عادت الإدارة من جديد إلى مخالفة القانون أو إذا نفذت الحكم تنفيذاً صورياً أو مبتوراً، وإنما يجب عليها أن تنفذ الحكم تنفيذاً صحيحاً كاملاً مراعية في ذلك ما جاء في منطوقه وما ارتبط بهذا المنطوق من أسباب جوهرية⁷⁵².

ويتحقق التنفيذ الناقص للحكم الإداري، عندما لا تنفذ الإدارة بعض ما يلزمها به الحكم الإداري الصادر ضدها أو بمعنى آخر عندما لا تراعي بعض الآثار القانونية أو المادية التي يرتبها الحكم عند تنفيذه، فالإدارة وبدلاً من الرضا السافر أو التراخي الممل تفضل أن تمكر وتناور لكي تتفادى آثار الشيء المقضي به ضدها وهي للأسف الشديد تتمتع في هذا المجال بخيال خصب⁷⁵³، وعلى الرغم من أن بعض المتفائلين أمثال Odent يعتقدون أن الإدارة لا تمتنع عن التنفيذ إلا عندما توجهها صعوبات قانونية أو مادية، فإنهم لا ينكرون أن هناك حالات تتخلص فيها الإدارة من التزامها بتنفيذ الأحكام⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹: حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الجامعية، 1984، ص: 397.

⁷⁵⁰: أحمد الصايغ، "إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية"، دراسة تطبيقية المجلة المغربية لإدارة المحلية والتنمية، العدد 62 سنة 2009، ص: 123.

⁷⁵¹: Jean Gourdou، «Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte» revue française de droit administratif. Mars-Avril 1996. p164.

⁷⁵²: كمال الرفاعي، "أصول إجراءات القضاء الإداري"، الكتاب الثاني مكتبة الأنجلو المصرية الطبعة الأولى، 1964، ص: 169.

⁷⁵³: Gustave Peiser «Contentieux administratif» Dalloz. Paris 1974. p127.

⁷⁵⁴: ODET RAYMOND «Contentieux administratif», Institut d'Études Politiques de Paris, année 1970-1971, p 1025.

ثالثاً: الرفض الصريح.

إذا ملت الإدارة التباطؤ الرتيب أو عجزت عن المناورة لا يكون أمامها كحصن أخير سوى مجرد الرفض العادي، ومن حسن الحظ أن حالات الرفض الصريح تبقى نادرة بالنسبة للصور الأخرى إلا أنها رغم ذلك خطيرة، والخطورة هنا تبلغ منتهاها لأن موقف الإدارة سيؤدي إلى إهدار كل قيمة لأحكام القضاء⁷⁵⁵، وعلى قدر بساطة هذه الوسيلة على قدر ما تتضمنه من تحقير صارخ للأحكام القضائية واستهانة بما لها من قدسية واحترام، وتفشي هذه الوسيلة من شأنه هدم نظام الرقابة من أساسه وتجريده من كل مميزاته وإضاعة الفائدة منه.

وهناك من الفقهاء من يرى أنه ناذراً ما تلجأ الإدارة المركزية إلى هذه الوسيلة المكشوفة، وأن غالبية حالات الامتناع التي يكون بهذا الشكل تقع من جانب الهيئات المحلية.

ومن الحالات المؤسسة لامتناع الإدارة عن التنفيذ أو الرفض الصريح نجد قضية Fabregue المشهورة، حيث أصدر رئيس بلدية قرار بعزل حارس البلدية السيد فابريك عن عمله بدون وجه قانوني، وتم إلغاء هذا القرار من طرف مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 23 غشت 1909، غير أن رئيس البلدية أعاد إصدار القرار الملغي وتم إلغائه مرة ثانية من طرف مجلس الدولة، وتكرر الإصدار والإلغاء حتى بلغ عشر مرات، وقد انقلبت المسألة - كما بين هوريو - إلى نوع من المبارزة بين المجلس والإدارة⁷⁵⁶.

المطلب الثاني: دور القضاء الإداري المغربي في إشكالية تنفيذ الأحكام.

في ظل استفحال ظاهرة عدم تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة السلبية وعدم فعالية وجدوى الوسائل المستمدة من القانون الإداري، فقد عمل القاضي الإداري على البحث عن وسائل جديدة لجبر الإدارة على التنفيذ، مستندا في ذلك على الإحالة المنصوص عليها بالمادة 7 من قانون المحاكم الإدارية، وقد أقر إمكانية اعتماد الغرامة التهديدية والحجز على الأموال الخاصة للإدارة الممتنعة عن التنفيذ⁷⁵⁷.

الفقرة الأولى: دور الغرامة التهديدية في حمل الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها.

تجد الغرامة التهديدية أساسها القانوني في المادة 7 من القانون رقم 41/90 والفصل 448 من ق.م.م. فما المقصود بالغرامة التهديدية؟ وما هي خصائصها؟ وما هي شروط الحكم بها؟ وما مدى إمكانية اعتمادها في مواجهة الإدارة الضريبية في حالة امتناعها عن التنفيذ؟

أولاً: تعريف الغرامة التهديدية وخصائصها.

اختلف الفقه والقضاء حول تعريف محدد للغرامة التهديدية أو الإكراه المالي، إذ يعرفها بعض من الفقه بأنها عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير، يصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه أو حتى بقصد ضمان

⁷⁵⁵: سليمان الطماوي، "القضاء الإداري الكتاب الثاني قضاء التعويض"، سنة 1977، دار الفكر العربي، ص 153.

⁷⁵⁶: حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية، مرجع سابق، ص 405.

⁷⁵⁷: نجاة حجاوي، "إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، تخصص الإدارة المحلية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، سنة 2009-2010، ص 93.

تنفيذ أي إجراء من إجراءاته⁷⁵⁸. وعرفها البعض الأخر بأنها وسيلة التي يلزم بها القاضي المدين بتنفيذ التزاماته عينا خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير تقدر بمبلغ مالي عن كل يوم أو كل أسبوع أو أية وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتي عملا يخل بالتزامه، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ أو أن يمتنع نهائيا عن الإخلال بالالتزام⁷⁵⁹.

و يعتبرها البعض بكونها الوسيلة المعترف بها للقاضي الإداري لكي تسمح له بإجبار الإدارة على تنفيذ حكم قضائي، أي أنها يجب أن تؤدي بالقاضي إلى تحديد مبلغها بمستوى يقدر أنه كاف لكي لا تلجأ الإدارة إلى اختيار حل غير فعال يبدو لها أنه أقل تكلفة من الحل الذي يقوم على تنفيذ الحكم القضائي المعني⁷⁶⁰.

عرفت محكمة النقض الفرنسية الغرامة التهديدية بأنها وسيلة إكراه مختلفة كل الاختلاف عن التعويض، وهي ليست في الأخير إلا وسيلة لردع الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي وليس من أهدافها تعويض الأضرار أو التماطل في التنفيذ، وهي عادة ما تستغل حسب مدى خطورة غلط المدين الممتنع وحسب إمكانياته أيضا⁷⁶¹، وقد عمل القضاء العادي في كل من فرنسا ومصر على وضع قواعد الغرامة التهديدية قبل أن يتم تقنينها من قبل المشرع.

و في المغرب فإن الغرامة التهديدية نظام أقره القانون منذ العمل بالمسطرة المدنية في 1913، إلا أنه لم يحدد تعريفا للغرامة التهديدية على الرغم من التعديلات التي لحقت، وأمام هذا النقص، عمل القضاء العادي على تحديد تعريف للغرامة التهديدية إذ نجد أن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء تحدد مفهوم الغرامة التهديدية بكونها «وسيلة للضغط على المدين لإجباره على تنفيذ التزامه، والقاضي الذي يقوم بتصفية الغرامة التهديدية يتأكد أولا ما إذا كان التنفيذ ممكنا وما إذا كان تدخل المدين ضروريا»، أما المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا- فقد عرفها بكونها «إجبار المحكوم عليه ليقوم بتنفيذ ما يقتضي تدخله شخصا من القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وهو ما يقتضي أن يكون العمل المطلوب منه يدخل الإدارة في دائرة التنفيذ»⁷⁶².

ثانيا: خصائص الغرامة التهديدية.

- وسيلة لإجبار الإدارة على التنفيذ عن طريق القضاء.
- لا يتم اللجوء للغرامة التهديدية إلا بعد إثبات امتناع الإدارة عن التنفيذ بموجب محضر قانوني يحرره مفوض قضائي.
- لا يتم اللجوء إلى الغرامة التهديدية إلا بعد اكتساب الحكم قوة الشيء المقضي به.
- وتعد الغرامة التهديدية مؤسسة قانونية منظمة بموجب الفصل 448 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي.
- موضوع الغرامة التهديدية ينصب على القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

⁷⁵⁸: أحمد الصايغ، "الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية"، مرجع سابق، ص 24.

⁷⁵⁹: عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني"، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1967، ص 807.

⁷⁶⁰: Jean François, «Les grandes décisions de la jurisprudence- droit administratif» - PUF - 1999 p : 555.

⁷⁶¹: أدولف ريبولط / ترجمة إدريس ملين، "المسطرة المدنية في شروح"، منشورات المعهد الوطني لدراسات القضاء، طبعة 1990، ص 307.

⁷⁶²: قرار عدد 531 بتاريخ 22 فبراير 1989، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد مزدوج 42-43. سنة الطبع 1989، منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي، ص 25.

- تعد الغرامة التهديدية إجراء وقتي لا تنتهي إلا بتنفيذ المدين أو إنهاء الالتزام.
- لا تهدف الغرامة التهديدية إلى جبر الضرر الذي أصاب الدائن بسبب عدم التنفيذ، بل تهدف فقط تذكير الإدارة بالتزاماتها الأساسية المتمثلة في احترام مضمون قوة الشيء المقضي به.

الفقرة الثانية: إمكانية الحجز على الممتلكات الخاصة للإدارة لتنفيذ مقتضى الحكم.

يعتبر الحجز على الأموال صورة من صور التنفيذ الجبري المعمول بها في إطار القانون الخاص، وإذا كان المبدأ العام يقضي بعدم جواز الحجز على الأموال العمومية للدولة ومؤسساتها حفاظاً على مبدأ سير المرفق العمومي بانتظام و باضطراد من جهة، ولكون هذه الأموال محاطة بحماية قانونية تمنع التصرف فيها من جهة ثانية.

وهذا لم يمنع من بروز اتجاه فقهي واجتهاد قضائي يسمح بإمكانية الحجز على أموال الدولة الخاصة بعد فصلها عن الأموال العامة، وهذا ما رست عليه المحاكم الإدارية ببلادنا منذ إنشائها حيث لجأ لإعمال وسيلة الحجز في مواجهة الإدارة الممتنعة عن التنفيذ لضمان الحقوق والحريات الأفراد، كما كرس إجراء الحجز التنفيذي اتجاه الإدارة الممتنعة عن التنفيذ، والذي ينصب على المنقولات والعقارات التي تدخل ضمن الأملاك الخاصة المملوكة للإدارة على اعتبار أن هذه الأموال لا تخصص للمنفعة العامة واستعمال الجمهور، وبالتالي فإجراء الحجز عليها لن يعرقل سير المرفق العمومي.

ونظم المشرع المغربي الحجز لدى الغير⁷⁶³ في الباب الثالث من قانون المسطرة المدنية، إذ نص الفصل 488 على أنه: «يمكن لكل دائن ذاتي أو اعتباري يتوفر على دين ثابت إجراء حجز بين يدي الغير بإذن من القاضي على مبالغ و مستندات لمدينه و التعرض على تسليمها له».

والمشرع لم يحدد تعريفاً للحجز لدى الغير⁷⁶⁴ بل اكتفى بتنظيم هذا الحجز وتحديد إجراءاته، وترك مهمة تحديد ووضع التعاريف والمصطلحات القانونية والمفاهيم القضائية للفقهاء والقضاء⁷⁶⁵. يقصد بالحجز لدى الغير تلك المسطرة التي ترمي إلى عقل أموال المدين بين يدي هذا الأخير إما بواسطة كتابة الضبط بناء على سند تنفيذي، أو بناء على طلب عدم وجود هذا السند، على أن يطالب الحاجز باستخلاص المبالغ المحجوزة مباشرة أو تسليمه نتاج بيع الأشياء المحجوزة⁷⁶⁶.

إذا كان الحجز لدى الغير من وسائل التنفيذ الجبرية في القانون الخاص، فإن القاضي الإداري لم يتوانى عن إعمال هذه الوسيلة في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها وخصوصاً في مجال التعويض، مستندا في ذلك على إحالة القانون رقم 90/41 على قانون المسطرة المدنية في مجال التنفيذ.

⁷⁶³: أحمد الصايغ، "إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية بالمغرب"، مرجع سابق، ص 234.

⁷⁶⁴: يقصد بالغير الذين ليس لهم مصلحة شخصية في الدعوى الصادر فيها الحكم المراد تنفيذه ولا يعود عليهم من هذا الحكم عليهم من هذا الحكم نفع أو ضرر ولم يكونوا بين في الخصومة بأشخاصهم أو أشخاص غيرهم: للاستزادة انظر مجلة الإشعاع، العدد 28، فبراير 2004، ص 77. (تحديد الهامش في المتن)

⁷⁶⁵: عزيز الفرحاني، لحسن المرضي، "مسطرة الحجز لدى الغير في التشريع المغربي"، بحث نهاية تدريب الملحقين القضائيين بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 32 سنة 2004، ص 5.

⁷⁶⁶: محمد بخدي، "الحجز لدى الغير"، الندوة الأولى للعمل القضائي والبنكي، منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة البنكية في المغرب - دجنبر 1987، ص 80.

ويعد الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 23 أبريل 1997 تحت عدد 99 من الأحكام المؤسسة في هذا الاتجاه، حيث قضى فيه رئيس المحكمة الإدارية المصادقة على الحجز لدى الغير في حق الوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق، والتي امتنعت عن تنفيذ حكم صدر في حقها، والمهم في هذه القضية هو أنه خلال مسطرة تنفيذ الحجز، دفعت الوكالة على أنها مؤسسة عمومية ومن تم فإنه لا يجوز الحجز على أموالها، فكان جواب المحكمة على النحو التالي: «إن الأموال التي يتشكل فيها رأس مال المحجوز عليها على افتراض أنها أموال عمومية، فإن جزء منها قد صدر أصلاً لتسديد مستحقات أصحاب الأراضي المنزوعة ملكيتهم، وهذا الحجز يشكل ضماناً بالنسبة لهؤلاء ولا ضرر فيه على مصلحة المحجوز عليها».

ويمكن اعتبار هذه القاعدة بمثابة إحدى الضمانات التي من شأنها صيانة حقوق أصحاب الأراضي المنزوعة ملكيتهم من لدن بعض المؤسسات العمومية التي تمتنع عن تعويض هؤلاء⁷⁶⁷.

و يلاحظ الأمر القضائي الصادر عن المحكمة الإدارية حصر إمكانية الحجز لدى الغير على أموال نازعي الملكية، إذا كانوا عبارة عن مؤسسات عمومية، وهذا ما جعل بعض الباحثين (مصطفى التراب) متخوف من السير في هذا الاتجاه، نظراً لصعوبة بل لاستحالة حجز أموال إدارة عمومية بوزارة ما حيث لا تتوفر على أموال خاصة يمكن حجزها، فضلاً عن خضوعها لنظام المراقبة المالية والمحاسبة العمومية.

وقد بحثت المحكمة الإدارية بالرباط في مناسبة أخرى عن وسيلة مغايرة لما سبق ذكره، تمكنها من إيقاع الحجز على أموال المؤسسات العمومية عندما يتعلق الأمر بقضايا خارج نطاق نزع الملكية، إذ أقامت الحجز في مواجهة المكتب الوطني للأبحاث والاستثمارات النفطية الممتنع عن التنفيذ. وحول الدفع بعدم إمكانية الحجز على أمواله المثار بمناسبة التصديق على الحجز، ردت المحكمة بأمرها الصادر في 7 شتنبر 1997 بقاعدة جديدة مفادها: «إذا كان لا يجوز الحجز على أموال المؤسسات العمومية فلكونها مليئة الذمة، وليس لكون أموالها أموالاً عمومية - مادام لا يوجد نص قانوني يمنع حجزها - ولكن إذا ثبت امتناع المؤسسة العمومية عن تنفيذ حكم قضائي بدون مبرر، فإن ملائمة الذمة تصبح غير مجدية بالنسبة للتنفيذ الذي يرغب فيه من صدر الحكم لصالحه، وفي هذه الحالة يجوز القيام بالتنفيذ الجبري على أموال المؤسسة المذكورة نظراً لصيغة الإلزام التي تفرضها - وبحكم القانون - الأحكام القضائية القابلة للتنفيذ...»⁷⁶⁸.

الخاتمة.

مما سبق يمكن القول أن الإدارة ونظراً للامتيازات التي تتوفر عليها غالباً ما تتهرب من تنفيذ الحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي به، إما بشكل إرادي، أو عن طريق تنفيذها المعيب للحكم، وتتنذر في مسلكها هذا بدعوى الحفاظ على المال والمصلحة العامة، وبإثارة صعوبة في التنفيذ، كانهدام الاعتمادات المادية اللازمة للتنفيذ، أو صعوبة تصحيح المراكز القانونية المتضررة، إلى غير ذلك من الصعوبات التي تعرض على القضاء وتؤدي إلى وقف تنفيذ الأحكام إلى حين البت فيها.

⁷⁶⁷ : مصطفى التراب، "إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية"، مجلة القصر، العدد 11، ماي 2005، ص 91 و92.

⁷⁶⁸ : محمد قصري، "الغرامة التهديدية والحجز في مواجهة الإدارة الممتنعة عن التنفيذ الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضدها"، مقال منشور في الموقع الإلكتروني التالي http://biblio.ma/cr5/opac_css/index.php?lvl بتاريخ الزيارة 2019/11/13، الساعة 14:30.

ففي حالة إصرار الإدارة على الامتناع عن التنفيذ نجد أن القاضي الإداري لا يملك أية آلية مادية يستطيع من خلالها إلزامها بمقتضيات الأحكام، وهذا العجز الذي يميز موقف القاضي الإداري يرجع بالأساس إلى:

ضعف سلطته القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة في حالة مخالفتها لمنطوق حكمه وكذا تبيان الآثار التنفيذية لها، وهذا الضعف يمكن إرجاعه لغياب ترسانة قانونية تمكن القاضي من الضغط على الإدارة بوسائل وآليات فعالة لجبرها على التنفيذ، وحتى إن توفرت هذه الترسنة القانونية فلا مجال لتطبيق وسائل التنفيذ الجبري ضد الإدارة لاستحالة ذلك عمليا في بعض الحالات.

اختصاص المدكذ الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

د. عبد المنعم أزكاف

طالب باحث بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق السوسيني

جامعة محمد الخامس الرباط

إذا كان المشرع المغربي قد جعل اللجوء إلى مقاولات التشغيل المؤقت من أجل إبرام عقود شغل مؤقتة في حالات محددة على سبيل الحصر حسب مقتضيات المادة 496 من مدونة الشغل المغربية، فإن ذلك لا يفيد أن هذه الصفة الإستثنائية والمؤقتة لهذا النوع الجديد من عقود العمل، قد تقصى الأجراء من الإستفادة من مجمل المقتضيات القانونية المضمنة في مدونة الشغل، بل عكس ذلك فالمستعمل مطالب بتوفير الشروط الملائمة للأجير المؤقت لتنفيذ مهمته على أحسن وجه.

وفي هذا الصدد، وباعتبار عقد الشغل المؤقت عقد مركبا يجمع في طياته عقدين؛ عقد المهمة وعقد الوضع رهن الإشارة، فإن ذلك يطرح مما لاشك فيه عدة إشكاليات خصوصا فيما يتعلق بعناصر تنفيذ هذا العقد نظرا لوجود ثلاثة أطراف تميزه عن باقي عقود الشغل، كما أن الموقف السلبي للمشرع تجاه شروط تنفيذ الأجراء لمهامهم، يجعل من الضروري البحث في مختلف المقتضيات التي جاءت بها مدونة الشغل.

كما أنه لا بد من التأكيد على أن تطبيق قانون الشغل، لا يتحقق إلا بمراقبة فعالة تتأرجح غالبا بين السلطتين؛ الإدارية والقضائية، فإذا كان قانون الشغل يهدف أساسا إلى حماية الأجير، باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فالمشرع قد أناط بمفتشية الشغل دورا وقائيا، بهدف حماية كل من الأجير الدائم والمؤقت أثناء تنفيذ عقد الشغل كيفما كانت طبيعته مستمرة أو مؤقتة، إلا أنه ولخصوصية عقد المهمة، فقد عمد المشرع إلى تمتع السلطة الحكومية المكلفة بالشغل بصلاحيات واسعة تمس كل ما يتعلق بشرعية مقاولات التشغيل المؤقت وملاءمتها مع المقتضيات القانونية الموضوعية من طرف مشرع مدونة الشغل من جهة، انطلاقا من الإشكالية التالية؛ ما مدى نجاعة دور كل من الأجهزة الإدارية والقضائية في حماية الأجير المؤقت عند انتهاء مهمته؟

للإجابة عن الإشكالية المطروحة ارتأينا تقسيم خطة بحثنا إلى محورين وفق التصميم التالي:

المحور الأول: حماية الأجير المؤقت عن طريق الأجهزة الإدارية المكلفة بسوق الشغل

المحور الثاني: الحماية القضائية للأجير المؤقت عند إنها عقد المهمة.

المحور الأول: حماية الأجير المؤقت عن طريق الأجهزة الإدارية المكلفة بمراقبة سوق الشغل

إن التطبيق السليم لمختلف المقتضيات الخاصة بعقود الشغل المؤقتة، متوقف على مدى الفعالية والصلاحيات المنوطة بمختلف الأجهزة الرقابية المتمثلة في مفتشية الشغل، لكن قبل ذلك لا بد من الإشارة مرة أخرى إلى ما ضمنه المشرع من اختصاصات للسلطة الحكومية المكلفة بالشغل.

المطلب الأول: دور السلطة الحكومية المكلفة بالشغل .

حسب المادة 10 من الاتفاقية الدولية رقم 181 لسنة 1997⁷⁶⁹، والخاصة بوكالات التشغيل الخصوصية، فالدول المصادقة على هذه الأخير ملزمة بإيجاد آليات وإجراءات ملائمة يشارك فيها عند الاقتضاء المنظمات الأكثر تمثيلاً لأصحاب العمل والعمال من أجل التحقيق في الشكاوي والتجاوزات المتعلقة بأنشطة وكالات التشغيل الخاصة.

كما أن المادة 14 من نفس الاتفاقية تحث على ضرورة اتخاذ السلطات المختصة لتدابير تصحيحية ملائمة بما في ذلك توقيع العقوبات عند الاقتضاء وتنفيذها تنفيذاً فعالاً في حالة انتهاك أحكام هذه الاتفاقية.

في هذا الإطار ألزمت المادة 477 من مدونة الشغل الراغب في إنشاء أي نوع من أنواع الوكالات الخصوصية، ومنها بطبيعة الحال مقاولات التشغيل المؤقت، ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالشغل⁷⁷⁰.

ان ما يمكن أن يضمن حقوق الأجراء المؤقتين مبدئياً، هو ما ألزمت به المادة 482 من مدونة الشغل، من وجوب إيداع كفالة مالية لدى صندوق الإيداع والتدبير يساوي مبلغها 50 مرة القيمة الإجمالية السنوية للحد الأدنى للأجر.

في هذا الصدد، تقضي المادة 487 على أن السلطة الحكومية المكلفة بالتشغيل بإمكانها سحب الإذن بالممارسة بقرار معلل ودون تعويض، مما يفيد طابع التعقيد الذي يتميز به هذا الإذن، إذ أن هذه المادة أعطت للسلطة الإدارية صلاحيات تمس استمرار نشاط مقاولات التشغيل المؤقت، غير أن عمومية هذه المادة يفهم منها؛ أن كل مقاولات مستوفية لشروط إنشائها، تكون مهددة بسحب الترخيص الممنوح لها والخاص بمزاولة نشاط التشغيل المؤقت؛ في حالة مخالفتها للمقتضيات القانونية التي تكون لا محالة الدافع إلى سحبه أو عدم إعطائه منذ البداية، هذا الإجراء وباعتباره خاضعاً للسلطة التقديرية للسلطات المختصة، إلا أنه في هذه الحالة تبقى إمكانية حق لجوء المقاولات إلى القضاء الإداري في شقه المتعلق بدعوى الإلغاء إما بسبب نقصان أو انعدام التعليل، وكذلك بسبب الشطط في استعمال السلطة، في إطار القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية، دون إغفال المقتضيات القانونية الملزمة في إطار المراقبة المستمرة لنشاط مقاولات التشغيل المؤقت التي جاءت بها المادة 488 من مدونة الشغل.

وفضلاً عن ذلك، فقد عزز المشرع الحماية البعدية للأجراء هذه المقاولات، بالزمها بإمسك سجل⁷⁷¹ خاص وفق نموذج محدد من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالشغل، قصد إجراء المراقبة الضرورية للتحقق من احترامها للمقتضيات القانونية حسب ما هو منصوص عليه في المادة 486 من المدونة.

⁷⁶⁹ - تجدر الإشارة إلى أن المغرب صادق على هذه الاتفاقية بتاريخ 10 ماي 1999 بظهير شريف رقم 1-99-8 صادر في 2 جمادى الآخرة 1421.
⁷⁷⁰ - انظر المادة 477.

⁷⁷¹ - حدد المشرع نموذج هذا السجل بموجب القرار رقم 771348.05 الذي نصت المادة الثانية منه على أن تكون صفحاته مرقمة ومؤرخة وخالية من كل فراغ أو تشطيب ومؤشر عليها من قبل العون المكلف بتفتيش الشغل، وأن تختم صفحاته بخاتم المندوبية المكلفة بالشغل. صادر في 19 من ذي الحجة 1425 (الموافق ل 9 فبراير 2005) بتحديد نموذج السجل الذي تمسكه وكالات التشغيل الخصوصية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3500 بتاريخ 6 صفر 1426 (17 مارس 2005) ص 993.

بما أن وكالات التشغيل المؤقت لها الحق أيضا في إبرام عقود الشغل للعمل بالخارج فهي تخضع للمادة 489 من مدونة الشغل في فقرتها الأولى، فيما يخص عرضها للتأشير المسبق من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالشغل، فإن في ذلك بالتأكيد مراقبة فعالة لحركية اليد العاملة المهاجرة.

وهكذا يتبين أن إدخال السلطة الحكومية المكلفة بالشغل في مراقبة مجال عمل مقاولات التشغيل المؤقت، يشكل أحد المستجدات التي جاءت بها مدونة الشغل، هذه الأخيرة التي لم تكتف بهذا الجهاز وحده، وإنما أضافت له ما كان مكتسبا من خلال اختصاص جهاز مفتشية الشغل والذي سيكون محور المطلب الموالي.

المطلب الثاني: دور جهاز مفتشية الشغل.

وعيا من أغلبية التشريعات المقارنة بأهمية القانون الاجتماعي، ووعيا منها بالخصوص، بمختلف الآثار التي يرتبها السلم الاجتماعي داخل الدولة، مما يمكن أن يساهم عمليا في تقدم المجتمع وفي رقيه على أكثر من مستوى، فإنها لم تترك مسألة تطبيقه وكيفية تأويله لنشاط المحاكم وحدها، وإنما عملت على خلق هيئات، إدارية تساهم بدورها في فرض احترام ذلك التطبيق داخل المؤسسات التي تخضع للقانون الاجتماعي، وبالخصوص من جانب أصحابها، وتتمثل هذه الهيئات الإدارية أساسا في مفتشية الشغل والساهرين على إدارتها وتسييرها، وهم حسب الأحوال إما مراقبو أو مفتشو الشغل⁷⁷².

تعد مقتضيات مدونة الشغل بمثابة المصدر الرئيسي لاختصاصات ومهام مفتشي الشغل⁷⁷³، بحيث يضطلعون بمهام متعددة ومتنوعة، تحدد بصفة عامة في التطبيق العملي للسياسة المسطرة من قبل السلطة الحكومية في مجال توفير الشغل والاستخدام، وفي مراقبة مدى تطبيق قواعد قانون الشغل واحترامها من طرف الأطراف المعنية، ثم العمل على تحسين ظروف وشروط العمل داخل المؤسسات الخاضعة لقانون الشغل، وكذلك تنشيط ومراقبة وتنسيق أعمال الوزارة الوصية في ميدان الاحتياط الاجتماعي⁷⁷⁴.

وفي هذا الإطار، فمقاولات التشغيل المؤقت والمقاوله المستعملة ليستا بمعزل عن اختصاصات هذا الجهاز الإداري، على اعتبار الأولى مشغلا وفقا للمادة 495 من مدونة الشغل، والثانية المسؤولة عن تنفيذ مهام الأجراء المؤقتين في أحسن الظروف. لقد أناط المشرع بمفتشية الشغل صلاحيات واسعة تبدأ منذ اعتزام المقاوله تشغيل الأجراء، بحيث أوجبت المادة 135 على تقديم تصريح بذلك إلى العون المكلف بتفتيش الشغل.

كما أن المشغل ملزم بتقديم تصريح مماثل للتصريح الوارد ذكره في المادة 135 في أحوال محددة، منها الحالة التي تكون فيها المقاوله تشغل أجراء عن طريق مقاوله التشغيل المؤقت⁷⁷⁵، وضمانا لاحترام مقتضيات المادتين 135 و136، فقد اقر المشرع جزاء في حالة مخالفة أحكامها بغرامة من 2000 إلى 5000 درهم حسب المادة 137 من مدونة الشغل⁷⁷⁶. وبالرغم من

⁷⁷² محمد الكشور: "نظام تفتيش الشغل، الواقع الحالي وآفاق المستقبل"، دار النشر غير مذكور، الطبعة الأولى 1997، ص 11-12.

⁷⁷³ لضمان حسن تطبيق مقتضيات قانون الشغل والنصوص التنظيمية الصادرة لتنفيذه، حددت المواد من 530 إلى 548 من المدونة للأجهزة المراقبة.

⁷⁷⁴ عبد اللطيف خالفي: "الوسيط في مدونة الشغل"، الجزء الأول، علاقات الشغل الفردية، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، ص 135.

⁷⁷⁵ البند السادس من المادة 136 من مدونة الشغل " 6 - إذا كانت المقاوله تشغل أجراء عن طريق مقاوله التشغيل المؤقت".

⁷⁷⁶ - هذه الغرامة في نظرنا هي عقوبات محتشمة.

أن المادة 506 من مدونة الشغل؛ قد أوجبت على وكالات التشغيل الخصوصية التي كانت تباشر نشاطها قبل صدور مدونة الشغل أن تتخذ في أجل لا يتعدى ستة أشهر من تاريخ نشرها بالجريدة الرسمية كل الإجراءات الكفيلة بتسوية وضعيتها وفق ما تقتضيه مقتضياتها، فإن المحكمة قد تأمر بإغلاق كل مقاوله لم تحترم هذه المقتضيات بناء على محضر مفتش الشغل.

وفي هذا الإجراء حماية فعالة من المشرع للأجير المؤقت، وتأكيد على تعامله مع وكالة تشغيل التي تحترم المقتضيات القانونية الخاصة بهذا النوع من المقاولات. وفي ظل هذه الاختصاصات الإدارية المعهودة لمفتش الشغل، فمقاولات التشغيل المؤقت، وفي إطار التزاماتها بإمسك دفتر للأداء⁷⁷⁷، فإنه بإمكانها الاستعاضة عن هذا الدفتر، باعتماد أساليب المحاسبة الميكانيوغرافية أو المعلوماتية⁷⁷⁸، أو أية وسيلة أخرى من وسائل المراقبة، شرط أن يراها المكلف بتفتيش الشغل كفيلة بأن تقوم مقام ذلك الدفتر⁷⁷⁹.

من جملة الاختصاصات الإدارية كذلك ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 74 من مدونة الشغل بخصوص توقيع العون المكلف بتفتيش الشغل على توصيل تصفية كل حساب بالعطف في حالة ما إذا كان الأجير أميا، وذلك في إطار الصلح المنصوص عليه في المادة 532 من مدونة الشغل.

وإذا كان يجب على مقاوله التشغيل المؤقت باعتبارها المسؤولة عن أداء أجور الأجراء المؤقتين وفق أحكام المادة 396 من المدونة ابتداء من الساعة المعلن عليها في الملصق المنصوص عليه في المادة 368، وإتمامها بعد الساعة التي حددت لإنهاء شغل الأجير بثلاثين دقيقة على الأكثر، ما لم يكن ذلك متعذرا بسبب قوة قاهرة، فإنه واستثناء يمكن للأعوان المكلفين بالشغل، السماح بتجاوز أحكام هذه المادة، إذ تعلق الأمر بالمقاولات المنجمية و أورش البناء والأشغال العمومية والمعامل التي تشتغل باستمرار، وبالمقاولات التي يشتغل فيها أكثر من مائة أجير.

والملاحظ هنا هو أن مقاولات التشغيل المؤقت تبقى معنية أكثر بهذا الإجراء، وذلك على اعتبار أن احترام هذا المقتضى يتعذر مع طبيعة عمل الأجراء المؤقتين⁷⁸⁰. ومن المهام الأساسية التي أوكلها المشرع لأعوان مفتشية الشغل كذلك، في إطار اختصاصاتها الرقابية السهر على مراقبة تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالشغل⁷⁸¹، وذلك في كل ما يتعلق بنظام الأجور والتعويضات والمنح، أو تعلق بأوقات الشغل والراحة الأسبوعية والعطلة السنوية المؤدى عنها أو بتشغيل الأحداث والنساء والمعاقين إلى غير ذلك من الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالشغل التابع وذلك في حدود اختصاص أعوان التفتيش⁷⁸².

⁷⁷⁷ المادة 371 من م، ش، م.

- هشام بوتكيوط : "الحماية القانونية للأجراء في عقود الشغل المؤقتة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الدراسية 2006/2007، ص 123.

⁷⁷⁹ المادة 372 من مدونة الشغل المغربية .

⁷⁸⁰ هشام بوتكيوط مرجع سابق، ص 123

⁷⁸¹ الفقرة الأولى من المادة 532 من م ش م " تناط بالأعوان المكلفين بتفتيش الشغل المهام التالية:

- السهر على تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالشغل..."

⁷⁸² عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل الجزء الأول، م، س، ص 135.

وقد ألزمت المادة 532 من المدونة في فقرتها الثانية مفتشي الشغل " بإحاطة السلطة الحكومية المكلفة بالشغل، علما بكل نقص أو تجاوز في المقتضيات التشريعية والتنظيمية المعمول بها"، وكذلك السهر على تنفيذ المقتضيات المتعلقة بحماية صحة وسلامة الأجراء ووقايتهم من حوادث الشغل والأمراض المهنية، وإعطاء المشغلين والأجراء معلومات ونصائح تقنية حول أنجح الوسائل لمراعاة الأحكام القانونية⁷⁸³.

من أجل تكريس هذه المقتضيات الموكولة للأعوان التفتيش فلهم أن يدخلوا بحرية ودون سابق إعلام لكل مقابلة تخضع لنفوذها التراخي في أي وقت من الليل أو النهار⁷⁸⁴، وكذلك مباشرة كل أنواع المراقبة والبحث والتحري التي يرونها ضرورية للتأكد من تطبيق أحكام قانون الشغل إما فرادى أو بالاستعانة بخبراء في المجالات العلمية والتقنية مع إمكانية الإطلاع على جميع الدفاتر والسجلات والوثائق التي أوجب التشريع المتعلق بالشغل امسكها للتحقق من مطابقتها للأحكام القانونية، ولهم أن يستنسخوها أو أن يأخذوا ملخصات منها⁷⁸⁵.

هكذا يمكن القول، أن كل هذه الاختصاصات كانت مسندة إلى هذا الجهاز في إطار التشريع السابق عن المدونة الجديدة للشغل، إلا أن الجديد الذي أتت به هذه الأخيرة في هذا الشأن هو ما أوجبه على المشغل أو من ينوب عنه بالإدلاء لعون المكلف بتفتيش الشغل عند تحرير المحضر بوثيقة تعرف بهويته الكاملة، وهنا يجب التذكير بأن المؤسسة المستعملة مدعوة للإدلاء بعقد الوضع رهن الإشارة الذي تبرمه مع وكالة التشغيل المؤقت وذلك لتبرير وجود عمال مؤقتين بالمقابلة في حالة مخالفة المقابلة المستعملة لمقتضيات المدونة.

وتحقيقا لمطالب الفقه المغربي⁷⁸⁶، فقد سلك المشرع المغربي مسطرة بسيطة نوعا ما في إطار ضبطه للمخالفات، فإذا استمر المشغل في خرق القانون المتعلق بالشغل يحق للمفتش تحرير محضر في ثلاثة نظائر، يوجه واحد منها مباشرة إلى

⁷⁸³ الفقرة الثانية من 532 من م ش م - إعطاء المشغلين والأجراء معلومات ونصائح تقنية حول أنجح الوسائل لمراعاة الأحكام القانونية؛
⁷⁸⁴ الفقرة الأولى من المادة 533 من م ش م " يرخص للأعوان المكلفين بتفتيش الشغل، إذا كانوا يحملون الوثائق التي تثبت المهام الموكولة إليهم، في أن :

1 - يدخلوا بحرية، ودون سابق إعلام كل مؤسسة تخضع لمراقبة مفتشية الشغل، في أي وقت من ليل أو نهار؛..."
⁷⁸⁵ الفقرة الثالثة من نفس المادة " 3 - يباشروا كل أنواع المراقبة، والبحث، والتحري، التي يرونها ضرورية للتأكد من أن الأحكام القانونية والتنظيمية مطبقة فعلا، إما فرادى، أو بالاستعانة بخبراء في المجالات العلمية والتقنية كالطب والهندسة والكيمياء. ويمكن لهم بصفة خاصة أن:

(أ) يستفسروا المشغل أو أجراء المؤسسة، على حدة أو بحضور شهود، حول جميع الشؤون المتعلقة بتطبيق الأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة بالشغل،

(ب) يطلبوا الإطلاع على جميع الدفاتر، والسجلات، والوثائق، التي أوجب التشريع المتعلق بالشغل مسكها، ليتحققوا من مدى مطابقتها للأحكام القانونية، ولهم أن يستنسخوها، أو أن يأخذوا ملخصات منها؛

(ج) يأمرؤا بإلصاق الإعلانات التي توجب الأحكام القانونية عرضها على الأنظار، وبوضع ملصقات تدل على اسم وعنوان العون المكلف بتفتيش الشغل لدى المؤسسة؛

(د) يأخذوا معهم وفق الشروط المنصوص عليها في النصوص التنظيمية الجاري بها العمل، عينات من المواد الأولية، ومن المواد التي يستعملها الأجراء، أو يعالجونها بالأيدي، قصد إجراء تحليلات عليها.

تجرى هذه التحليلات على نفقة المشغل، ويتم إخطاره بنتائج تلك التحليلات.

⁷⁸⁶ عبد اللطيف خالقي: " الوسيط في مدونة الشغل علاقات الشغل الفردية"، م، س، ص، 112

انظر كذلك:

المحكمة المختصة من قبل المندوب الإقليمي المكلف بالشغل، والثاني إلى مديرية الشغل بالمصالح المركزية، ويحتفظ بالثالث في الملف الخاص بالمؤسسة المنصوص عليه في المادة 539 من مدونة الشغل⁷⁸⁷.

غير أنه لا يمكن للعون المكلف بتفتيش الشغل أن يحزر محضر ضبط في حال مخالفة قواعد الصحة والسلامة ذات الخطر غير الحال، إلا بعد انصرام الأجل المحددة للمشغل في تنبيهه بوجهه إليه مسبقا، والذي لا يمكن بأي حال أن يقل عن أربعة أيام، أما إذا كان في تلك المخالفة ما قد يعرض للأجراء لخطر حال، فيجب على المفتش تنبيه المشغل باتخاذ جميع التدابير اللازمة فورا، وإذا رفض وأهمل هذا الأخير أو من يمثله الامتثال للأوامر فورا، وإذا رفض فالعون المكلف بالتفتيش يوجه فورا لرئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للأمر المستعجلة محضر يثبت فيه امتناع المشغل عن الامتثال لمضمون هذا التنبيه⁷⁸⁸، ونتيجة لذلك يأمر رئيس المحكمة الابتدائية بكل التدبير الملائمة لإيقاف الخطر الحال، وله أن يمنح المشغل أجلا لهذه الغاية، كما يمكن له أن يأمر بالإغلاق عند الاقتضاء مع تحديد المدة الضرورية لذلك الإغلاق⁷⁸⁹.

الحقيقة أنه، وفي ظل هذه المقتضيات الخاصة بالحفاظ على سلامة الأجراء من الأخطار الحالة أو غير الحالة التي تمس بصحتهم، فالمشرع قد ترك المجال واسعا أمام مفتش الشغل لتقدير وجود الخطورة من عدمها، وهذا وضع منتقد على اعتبار أنه كان من الممكن تحديد لائحة تبين القواعد أو الإجراءات التي عند مخالفتها، يمكن تكييفها بأنها تشكل خطورة أم لا، مما يجزنا في مجمل القول كذلك للحد من مدى إمكانية تفعيل مفتش الشغل للمادة 497 من المدونة والتي تمنع اللجوء إلى إجراء مقاولة التشغيل المؤقت من أجل إنجاز أشغال تكتسي خطورة خاصة، فالمعول عليه هو جهاز مفتشية الشغل في إطار المادة 542 من المدونة لحماية الأجير المؤقت من ما يمكن أن يهدد صحته في مكان العمل.

كما أنه لا بد من الإشارة إلى وظيفة المصالحة، التي وإن كانت نابعة من العمل اليومي لمفتش الشغل بفعل احتكاكه بأرباب العمل والأجراء؛ من خلال زيارات التفتيش فإنها تلعب دورا كبيرا في الحفاظ على السلم الاجتماعي، باعتباره الهدف المتوخى من وراء وضع التشريعات الاجتماعية⁷⁹⁰.

- عبد العزيز العتيقي: "محاضرات في القانون الاجتماعي المغربي"، مكتبة المعارف الجامعية، فاس، سنة 1991/1992، ص 245.

- لماني سعيد، دور مفتشية الشغل في تطبيق قانون الشغل، مجلة المرافعة، العدد 2-3 ماي 1993 ص 299.

⁷⁸⁷ - الفقرة الثالثة من المادة 539 من م ش م " يجب عليهم أن يحرروا هذه المحاضر في ثلاثة نظائر، يوجه واحد منها مباشرة إلى المحكمة المختصة من قبل المندوب الإقليمي بالشغل، والثاني إلى مديرية الشغل بالمصالح المركزية، ويحتفظ بالنظير الثالث في الملف الخاص بالمؤسسة...".

⁷⁸⁸ - المادة 548 من م ش م " يكون مسؤولا جنائيا عن الأفعال المخالفة لمقتضيات هذا القانون، والنصوص التنظيمية الصادرة تطبيقا له، كل مشغل أو مدير أو رئيس طبقا للمادة السابعة أعلاه، يكون له داخل المؤسسة، وبتفويض من المشغل، الاختصاص والسلطة الكافية، لحمل الأجراء الموضوعين تحت إشرافه، على الطاعة الضرورية التي يقتضيها احترام التعليمات القانونية والتنظيمية.

يعتبر المشغل مسؤولا مدنيا عن الأحكام الصادرة على المديرين والمسيرين، والتابعين له بأداء المصاريف، والتعويض عن الضرر.

⁷⁸⁹ - المادة 543 من م ش م " يوجه العون المكلف بتفتيش الشغل الأمر فورا إلى رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للأمر المستعجلة بمقتضى مقال مرفوق بالمحضر المشار إليه في المادة 542 أعلاه.

يأمر رئيس المحكمة الابتدائية بكل التدابير التي يراها ملائمة لإيقاف الخطر الحال. وله أن يمنح المشغل أجلا لهذه الغاية، كما له أن يأمر بالإغلاق عند الاقتضاء، مع تحديد المدة الضرورية لذلك الإغلاق".

⁷⁹⁰ - هشام بوتكيوط: م، س، ص 127

انظر كذلك:

في هذا الإطار يمكن اعتبار هذه المهام، أنها أيضا من بين المستجدات التي جاءت بها مدونة الشغل مكرسة بذلك الوضع السابق الذي كان يمارسه مفتش الشغل في الواقع، وذلك وفقا للمادة 532 في فقرتها الرابعة التي أناطت بالأعوان المكلفين بتفتيش الشغل مهمة إجراء محاولات التصالح في مجال نزاعات الشغل الفردية.

كتقييم لما سبق، فهذا الجهاز ورغم أهميته في الحفاظ على المكتسبات سواء منها التشريعية أو الاتفاقية الخاصة بالشغل، إلا أن ما يعاب على المشرع في هذا الصدد هو عدم إيلائه لاهتمام خاص بالأجراء المؤقتين، خصوصا فيما يتعلق بالتطبيق السليم لموانع اللجوء لأجراء مقاولة التشغيل المؤقت في حالة الفصل لأسباب اقتصادية⁷⁹¹، وكذلك لإنجاز أشغال تكتسي خطورة خاصة⁷⁹²، ومدى التزام مقاولة التشغيل المؤقت بتسجيل أجراءها في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي⁷⁹³، إلى غير ذلك من المقتضيات التي قد تؤثر على وضعية الأجراء المؤقتين في حال عدم احترامها.

المحور الثاني: الحماية القضائية للأجير المؤقت عند إنهاء عقد التشغيل المؤقت

يعرف القانون بأنه مجموعة من القواعد التي تنظم علاقة الأفراد في الجماعة الواحدة وهذه حقيقة لا مرأى فيها ولا يكفي وجود هذه القواعد فحسب، لكي يعيش المجتمع في حالة هدوء وأمن، بل لابد من جهاز القضاء الذي يتكفل بتطبيق هذه القواعد القانونية.

فالقضاء هو ملجأ كل مواطن مستضعف هضمت حقوقه أو مست كرامته أو اعتدى على شخصه وربما على حياته⁷⁹⁴، لذلك يتعين على القاضي أن يستند إلى الأحكام التي سنها المشرع ويسعى إلى تطبيقها عبر مهمته، في فصل النزاعات الشغلية المعروضة عليه كما أنه مطالب أيضا أمام غموض التشريع أو سكوت المشرع أن يجتهد من أجل التوصل إلى أنسب تأويل للنص ورفع اللبس الذي فيه أو إكمال النقص الذي يعتريه⁷⁹⁵، وفي هذا الاجتهاد تتبلور خصوصية الحكم القضائي الذي يصبح عبر تواتره مصدرا من مصادر القانون ومدعما لمبادئه.

محمد أسبول: واقع الصلح في المادة الاجتماعية، دراسة نظرية وتطبيقية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2004-2005 ص47.
⁷⁹¹ انظر المادة 498 من م ش م "إذا قامت مقاولة بفصل بعض أو كل أجراءها لأسباب اقتصادية، فانه لا يمكنها اللجوء إلى إجراء مقاولة التشغيل المؤقت خلال السنة المالية لتاريخ الفصل لمواجهة التزايد المؤقت في نشاط المقاول مع مراعاة مقتضيات المادة 508 أدناه.
ينطبق هذا المنع على مناصب الشغل التي شملها إجراء الفصل".

⁷⁹² تنص المادة 497 من مدونة الشغل على أنه: " لا يمكن اللجوء إلى إجراء مقاولة التشغيل المؤقت من أجل إنجاز أشغال تكتسي خطورة خاصة".

⁷⁹³ المادة 501 من م ش م " يحرر كتابة، العقد الذي يربط مقاول التشغيل المؤقت بكل أجير من الأجراء الذين تم وضعهم رهن إشارة المستعمل. يجب أن يشتمل هذا العقد على ما يلي :- البيانات الوارد ذكرها في المادة 499 أعلاه،- مؤهلات الأجير، مبلغ الأجر كيفيات أدائه،- فترة التجربة،- مواصفات المنصب الذي سيشغله الأجير،- رقم انخراط مقاول التشغيل المؤقت، ورقم تسجيل الأجير في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي،- شرط إعادة الأجير إلى وطنه من قبل مقاول التشغيل المؤقت إذا كانت المهمة تنجز خارج المغرب. يجب أن ينص العقد على جواز تشغيل الأجير من قبل المقاول المستعملة بعد انتهاء المهمة.

⁷⁹⁴ إدريس فجر: " دور القضاء في حماية الأجير "، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية العدد 22 سنة 1990 ص17

⁷⁹⁵ النوري مزيد: " القاضي وقانون الشغل، محاولة تحليلية لدور القاضي في النزاعات الشغلية "، مطبعة

les éditions raouf yaich، طبعة 2001 ص 51.

ولعل أهم ما يميز قانون الشغل هو أنه يحكم علاقات تعاقدية قائمة على عدم التوازن بين طرفيها، نتيجة وجود علاقة تبعية بين أجير ضعيف اقتصاديا مقارنة مع المشغل، مما يطرح إشكالية التوافق بين المصالح الاقتصادية للمشغل والاجتماعية للأجير.

هذا، وتعد عقود المهمة، من العقود التي طرحت تضاربا قضائيا حول تكييفها ومدى استحقاق أجزائها لمختلف التعويضات أثناء إنهائها من طرف مقاوله التشغيل المؤقت باعتبارها المشغل، لذلك وبهدف دراسة هذا الموضوع لابد من التمييز بين الأجير المؤقت والقار في ظل التشريع السابق عن مدونة الشغل، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول، للنظر بعد ذلك في مدى الحماية التي أضفتها مدونة الشغل للأجراء مقاوله التشغيل المؤقت عند إنهاء العقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التكييف القضائي لعقد الشغل المؤقت في ظل التشريع السابق.

إن الأجير القار أو الدائم في إطار التشريع السابق، هو الذي يشتغل لمدة غير محددة، وتستخلص صفته إما من الاتفاق الصريح لطرفي العقد، أو الضمني عند عدم وجود ما يفيد ذلك كتابة، أو طبيعة العقد، فالاتفاق إذا كان لا يطابق الواقع القانوني فإن القاضي ملزم، عند النزاع بتطبيق القانون، لا الاعتماد على تأويلات الطرفين.⁷⁹⁶

أما الأجير المؤقت، فهو طبقا للفصل الأول من النظام النموذجي المؤرخ في 23 أكتوبر 1948⁷⁹⁷، والثالث من ظهير 24 أبريل 1973 "كل من يستخدم لتعويض عامل آخر، أو القيام بعمل موسمي، أو مؤقت تقل مدته عن اثني عشر شهرا⁷⁹⁸ أو ستة أشهر، وذلك تبعا للقطاع الذي ينتمي إليه الأجير، أو العمل لمدة محدودة.

وقد كان لمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا)⁷⁹⁹ ومعها محاكم الموضوع، السلطة التقديرية لتكييف العقد بكونه مؤقتا أو مستمرا، وذلك حسب ظروف كل قضية، فتكييف عقد الشغل من حيث المدة كان يرجع فيه إلى دفعات الأطراف

⁷⁹⁶ محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب، م س، ص 41

⁷⁹⁷ تنص مقتضيات الفصل الأول من النظام النموذجي المؤرخ في 23 أكتوبر 1948 المتعلق بالأجراء الذين يمارسون مهنة تجارية أو صناعية أو حرة والملغى بمقتضى المادة 586 من مدونة الشغل أنه: يتألف خدمة المحل المذكور من مستخدمين ثابتين ومستخدمين مؤقتين، فالأجراء الثابتون يحتشدون لمدة خدمة غير معين وقتها، والأجراء المؤقتون يحتشدون للقيام بالخدمة عوض الغير، أو بخدمة في فصل معلوم أو خدمة مؤقتة أو محدودة الوقت. كل أجير يعمل بصفة مستمرة منذ أكثر من اثني عشر شهرا في العمل يعتبر بمقتضى الحال من جملة المستخدمين الثابتين، إلا إذا نص في عقد الخدمة كتابة على شرط خاص مناف لذلك، ولا تكون الغيبة المضبوطة المنصوص عليها في الفصولين 11 و12 من هذا النظام سببا في إيقاف مدة الخدمة لتطبيق هذه الفقرة، ولا الرخص السنوية المؤداة عنها أجرتها، ولا مدة الاستراحة حالة النفاس، ولا أيام المدة الواجب استغراقها في التمرين العسكري ولا الإغلاق المؤقت للمحل كله أو بعضه.

⁷⁹⁸ ينص الفصل الثالث من ظهير 24 أبريل 1973 الخاص بالتنظيم القانوني لعقد العمل في القطاع الفلاحي أنه:

" يتألف عملة مؤسسة الاستغلال الفلاحي من:

- عملة دائمين
- عملة مؤقتين

ويستخدم العمال الدائمون لمدة غير محددة أو المدة معينة تتجاوز ستة أشهر. ويستخدم العمال المؤقتون لتعويض عمال آخرين أو القيام بعمل موسمي أو مؤقت تقل مدته عن ستة أشهر.

وتعتبر عملة دائمين، العملة المؤقتون الذين استخدموا مدة ستة أشهر متصلة في مؤسسة استغلال واحدة أو عند مشغل واحد...

⁷⁹⁹ يجب التذكير إلى أنه بناء على الفصولين 42 و50 من القانون رقم 58.11 الصادر بالظهير الشريف رقم 1-11-170 في 25 أكتوبر 2011. تحل عبارة محكمة النقض محل عبارة المجلس الأعلى في جميع مقتضيات الظهير الشريف رقم 1-57-223. الصادر في 2 ربيع الأول 1337 (27)

وخصوصا وسائل الإثبات الخاصة بعقود الشغل، إذ "اعتمدت محكمة النقض في بعض قراراتها على بطاقة الشغل للحسم في النزاع واعتبر أنه لا مجال للأخذ بقريئة العمل المستمر لأكثر من 12 شهرا للقول بأن طالب النقض أجبر قار، مدام أنه نفسه أرفق مقاله الافتتاحي للدعوى بورقة أداء الأجر والتي تتضمن صفته أجبر مؤقت"⁸⁰⁰.

كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض ما يلي: "حيث ثبتت صحة ما عابته الوسيلة على القرار المطعون فيه إن محكمة الاستئناف كما قضت باعتبار أن الأجير يعتبر عاملا قارا على أساس أن الممثل القانوني للطاعة أكد بداية وإنهاء العمل حسب ما جاء في مقال الأجير مؤكدا أن العمل كان متقطعا خلال تلك الفترة وكذا بطاقة الشغل المسلمة له وتفيد بداية العمل منذ 1977/3/1 المسلمة له بتاريخ 1996/10/1 الشيء الذي يشكل قرينة واقعية على أن العلاقة الشغلية بين الطرفين غير محددة ومستمرة لأزيد من 12 شهر لأن الأصل في عقود العمل الاستمرارية والحال أن الطاعة أكدت في جميع مراحل الدعوى أن طبيعة عملها عملا موسميا يتجلى في طحن اللوز والخروب ولفترة موسمية والوثائق المعتمدة من بطاقة الشغل وورقة الأداء وكذا تصريح الممثل القانوني لا يتضمن أن العمل من 1977/3/1 إلى غاية تسليمه الشهادة كان بصفة مستمرة لأكثر من 12 شهرا مما يشكل خرقا لمقتضيات الفصل 1 من النظام النموذجي المؤرخ في 1948/10/23 ويتعين نقضه"⁸⁰¹.

ويتضح لنا جليا أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) لا يثبت صفة الأجير القار إلا العامل الذي يثبت أنه عمل بصفة مستمرة دون انقطاع لأكثر من 12 شهرا ولا أثر لمجموع المدد مما يشكل تعسفا في حق الأجير الذي لا يأبه بما هو مضمن في بطاقة الشغل أو أوراق الأداء أو لجهله بما قد يترتب عنه ذلك من آثار.

وفي نفس السياق، فقد ذهبت محكمة النقض إلى حد استبعاد شهادة الشهود لعدم توضيح سند العلم واعتماد أوراق الأداء والتي لا تفيد استمرار الشغل، فقد جاء في قرار لها: "وحيث إن المحكمة لما لها من سلطة تقديرية في تكييف شهادة الشهود لم تعتمد على شهادتهم، ولم تركز إليها لعدم إثبات سند العلم وثبت لديها من خلال أوراق الأداء المدلى بها، والتي لم تكن مسترسلة أن الأجير هو عامل موسمي مرتكز على أساس"⁸⁰².

فمحكمة النقض في قرارها هذا لم تنظر إلى طول المدة التي اشتغلها الأجير، وبالتالي اعتباره أجيرا دائما بقدر ما ارتكزت تحليلها على ما ضمن في أوراق الأداء، وهو تعليل متقد على اعتبار أن الطابع الحماي لقانون الشغل يفرض على القضاء النظر إلى نية المشغل وبالتالي اعتبار ما اتجهت إليه نيته بدل الاعتماد على عدم استرسال أوراق الأداء.

هذا، وقد ذهب نفس المجلس سابقا (محكمة النقض حاليا) إلى أبعد من ذلك، واعتمد بشكل مطلق على منطوق الفصل 230 من ق.ل.ع، في تكييفه لعقود الشغل، دون النظر إلى الظروف والملابسات المحيطة بالقضية، واعتبر عقود العمل الموقعة من طرف الأجير والمدلى بها من طرف المشغل تثبت أنه ارتبط معه بعقود عمل لمدة محدودة وبصفة مؤقتة⁸⁰³، والحال

سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، كما تم تغييره وتتميمه وكذا في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل. الجريدة الرسمية عدد 5989 مكررا.

⁸⁰⁰ - قرار المجلس الأعلى عدد 186 في 2003/2/25، ملف اجتماعي عدد 2002/1/5/737 (غير منشور)

⁸⁰¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 133 المؤرخ في 2003/4/2، ملف اجتماعي عدد 2002/1/5/710 (غير منشور).

⁸⁰² - قرار المجلس الأعلى عدد 306، المؤرخ في 2005/3/23، ملف اجتماعي عدد 2004/1/5/1196، غير منشور.

⁸⁰³ - قرار المجلس الأعلى عدد 149 المؤرخ في 2003/2/18، ملف اجتماعي عدد 2002/1/5/590 (غير منشور)

أن استرسال عقود الشغل المحددة المدة لا يمكن أن يفسر إلا لصالح الأجير، وذلك باعتبارها وسيلة للتهرب من آثار عقود الشغل غير محدودة المدة.

لكن المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) لم يراع اختلال التوازن العقدي بين ظرفي عقد الشغل، بل كان ينظر إلى مختلف التبريرات لاعتبار الأجير، أجير غير دائم، رغم أن هذا الأخير قد يدفع في بعض الأحيان لكون اللجوء إلى تجديد عقود الشغل بمدد محددة ما هو إلا وسيلة لحرمان الأجير من الاستفادة من مزايا العقد غير محددة المدة، وهذا ما يستفاد من أحد قراراته⁸⁰⁴، التي اعتبر فيها أنه لما كان الأمر يتعلق بعقد عمل أجنبي، فإن تأشيرة وزارة التشغيل عليه تجعل منه عقدا محدد المدة ينتهي بانقضاء مدة صلاحية تلك التأشيرة، رغم أن الأجيبة أثبتت ارتباطها مع مشغلها بعقود عمل محددة المدة منذ 1987 إلى غاية طردها بتاريخ 2003/02/15، وهو تعليل محل نظر على اعتبار أن تأشيرة وزارة التشغيل على عقود عمل الأجانب ما هو إلا إجراء ذو طابع إداري لا يمس بأي شكل من الأشكال طبيعة هذه العقود، دون إغفال علاقة القاضي بهذا الإجراء والاستناد إليه للقول بأن الأجيبة مؤقتة.

و"إذا كان الاجتهاد القضائي المغربي، وبلورة منه للطابع الحمائي لقانون الشغل، كثيرا ما يلجأ إلى قلب عبء الإثبات في المادة الاجتماعية، فإنه بخصوص إثبات الطبيعة القارة أو المؤقتة للعمل، يذهب إلى تطبيق مقتضيات الفصل 399 من ق ل ع، وبالتالي يجعل إثبات الاشتغال لمدة تفوق 12 شهرا متصلة على عاتق الأجير."⁸⁰⁵

بهذا الخصوص جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ما يلي: "وحيث تعيب الطاعنة على القرار خرق القانون، الفصلان 399 و723 من، ق، ل، ع، والفصل الأول من قرار النظام النموذجي 1948/10/23 وعدم الارتكاز على أساس قانوني، وانعدام التعليل، ذلك أن المطلوب لم يثبت طبيعة العمل الذي كان يربطه بها (مؤقت أو رسمي) فلم يدل لا بعقد الشغل أو ببطاقة العمل أو بورقة الأجرة لإثبات أنه مستخدم قار، والقرار قلب عبء الإثبات بجعله على عاتقها، وإن استمارة مفتش الشغل محررة حسب تصريح الأجير وتحت مسؤوليته، ومن تم فلا يمكن اعتمادها مما يعرضه للنقض.

وحيث ثبت صدق ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أنها دفعت بأن أجيرها عامل مؤقت، والقرار وعن خطأ اعتبر أن المطلوب عامل قار بعلّة أنها لم تثبت دفعها، في حين أن العامل عند المنازعة، كما هو الشأن في نازلة الحال، هو الملزم قانونا استنادا لمقتضيات الفصل 399 من ق، ل، ع، بإثبات أنه يشتغل لدى الطاعنة بصفة غير منقطعة لمدة تفوق اثني عشر شهرا، طبقا للفصل الأول من قرار النظام النموذجي 1948/10/23 حتى يمكن اعتباره عاملا قارا، والقرار حين بث على النحو المذكور كان فاسد التعليل الموازي لانعدامه، وخارقا للقانون بقلبه عبء الإثبات مما يعرضه للنقض والإبطال."⁸⁰⁶ وباستعراض هذه المواقف القضائية، يتضح لنا بشكل جلي مدى السلبية التي تعامل بها المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) في تكييفه لعقود الشغل المؤقتة، مما يدفعنا بالتالي إلى البحث في الحماية التي قررها القضاء لهذه الفئة من الأجراء.

⁸⁰⁴ - قرار المجلس الأعلى عدد 325 المؤرخ في 2005/3/30، ملف اجتماعي عدد 2004/1/5/1205 (غير منشور)

⁸⁰⁵ - عبد اللطيف خالفي، الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية م، س ص 106.

⁸⁰⁶ - قرار المجلس الأعلى، بدون رقم مؤرخ في 1993/1/25، في الملف الاجتماعي عدد 90/9226، مجلة الإشعاع، العدد 9، يوليوز 1993 ص

134 وما بعدها.

في هذا السياق، فالثابت في الاجتهاد القضائي المغربي أن الأجير المؤقت لا يستفيد من التعويض عن الطرد التعسفي، على اعتبار أن استغناء المشغل عن الأجير المؤقت بعد نهاية العقد لا يعتبر طردا تعسفيا.⁸⁰⁷

كما نجد أن محاكم الموضوع هي الأخرى، قد أخذت تتبنى نفس موقف محكمة النقض حاليا، حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة ما يلي: "حيث تبين من وثائق الملف أن المستأنف كان مرتبطا بالمستأنف عليها بعقد شغل مؤقت، وحيث إنه طالما لم يقع الطعن في عقد العمل المذكور بأي طعن ينال من حججه فإنه يبقى صحيحا ومنتجا لأثاره، ومن بين ذلك أنه لم يعمل المدة التي تخوله المطالبة بالتعويضات المترتبة عن الطرد التعسفي".⁸⁰⁸

كما أن المحكمة الابتدائية بالرباط رفضت طلب التعويضات، نظرا لأن صفة استمرارية الشغل غير ثابتة، وعللت موقفها كالتالي: "وحيث إن الوثائق المدلى بها من طرف المدعي لا تثبت استمرارية عمله لدى السفارة المدعى عليها إذ أنه تثبت وجود علاقة عمل مع السفراء بصفة شخصية لمدة محددة، تنتهي بانتهاء مهمة كل واحد منهم دون أن يكتسي عمله صفة الاستمرارية لكونها فترات متقطعة، إذ أن عمله يتوقف على الرغبة الخاصة لكل سفير على حدة، وبالتالي فإن فصله لم يكن في إطار عمل الأعوان المحليين الذين تشغلهم السفارة مباشرة مما يتعين معه رفض الطلب".⁸⁰⁹

انطلاقا مما أومأنا إليه أعلاه من الأحكام والقرارات القضائية، يتضح بشكل جلي أن القضاء تعامل بشكل سلبي في تكييفه لعقود الشغل من حيث مدتها والتشدد الذي يطبع جل الأحكام، قد أثر مما لا شك فيه على هذه الفئة من الأجراء، والتي تعد الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ومع ذلك فالقضاء لم ينصفها إلا قليلا، حيث قررا المجلس الأعلى على استحقاق الأجير المؤقت لمنحة الأقدمية⁸¹⁰، والتعويض عن العطلة السنوية⁸¹¹، بل قد ذهب في أحد قراراته إلى الإقرار باستحقاق الأجير المؤقت للتعويض عن السكن الوظيفي استنادا إلى اتفاقية جماعية تقضي بذلك.⁸¹²

رغم ذلك، فالأجير المؤقت لم يكن محميا في ظل التشريع السابق، مما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى الحماية التي أضفناها مدونة الشغل إلى أجراء مقاوله التشغيل المؤقت عند إنهاء عقودهم؟

المطلب الثاني: حماية الأجير المؤقت عند إنهاء عقد الشغل المؤقت.

إن تميز عقد الشغل نابع من خاصيته المعيشية، فالأجير يعتمد عليه لأنه مصدر عيشه الوحيد، ونتيجة لذلك فقد اهتمت مختلف التشريعات بتنظيم مختلف مراحلها، وخاصة إنهاءؤه، سواء من طرف المشغل أو الأجير، وقد راکمت الطبقة العاملة مجموعة من الضمانات على مر العقود، إلا أن مختلف التعويضات التي نص عليها المشرع أثناء إنهاء عقد الشغل بصفة تعسفية من طرف رب العمل تبقى محصورة في نطاق عقود غير محددة المدة، مما يقودنا إلى البحث عن الضمانات التي أقرها المشرع بالنسبة للأجراء مقاوله التشغيل المؤقت.

⁸⁰⁷ - قرار المجلس الأعلى، عدد 7/3، المؤرخ في 2005/6/23، ملف اجتماعي عدد 2005/1/5/328، غير منشور.

⁸⁰⁸ - قرار محكمة الاستئناف بطنجة، رقم 298، المؤرخ في 2005/4/14، ملف رقم 5-5-9 غير منشور.

⁸⁰⁹ - حكم المحكمة الابتدائية بالرباط رقم 1020، مؤرخ في 2004/6/8، ملف رقم 02/1089/11 غير منشور.

⁸¹⁰ - قرار المجلس الأعلى عدد 767، المؤرخ في 2005/7/13، ملف اجتماعي عدد 2005/7/5/404، غ م

⁸¹¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 451، المؤرخ في 2005/4/27، ملف اجتماعي عدد 2005/1/5/105، غ م

⁸¹² - قرار المجلس الأعلى، عدد 289، المؤرخ في 2003/3/25، ملف اجتماعي عدد 2002/5/9/15، غ م.

وعلى غرار العقود المحددة المدة، فعقد التشغيل المؤقت ينتهي بانتهاء الأجل المحدد له، طبقاً للمادة 500 من مدونة الشغل، وفي حال ما إذا استمر الأجير في الاشتغال لدى نفس المقاوله المستعملة بعد انتهاء مهمته، فالعقد يتحول بصفة تلقائية إلى عقد شغل غير محدد المدة، على اعتبار أن عقد المهمة يتضمن وجوباً، حسب المادة 501 من م، ش، جواز تشغيل الأجير من قبل المقاوله المستعملة بعد انتهاء المهمة⁸¹³.

هذا، وينتهي عقد الشغل بانتهاء مدة المهمة المحددة في عقد التشغيل المؤقت وفي عقد الوضع رهن إشارة المستعمل، فبانتهاء هاته المدة ينتهي العقدان، غير أن هذا الانتهاء تترتب عنه بعض الآثار المتمثلة في استحقاق الأجير لتعويض عن العطل المؤدى عنها في حالة ما إذا قضى ستة أشهر من الارتباط مع مقاوله التشغيل المؤقت، أما القانون الفرنسي فلا يشترط مثل ذلك، إذ أن الأجير يبقى مستحقاً لهذا التعويض عند نهاية مهمته مهما كانت مدتها⁸¹⁴.

إضافة إلى أن الأجير المؤقت يستحق وجوباً طبقاً للقانون الفرنسي بعد انتهاء مهمته تعويضاً عن وضعيته المؤقتة، هذا التعويض، والذي كما سبق وأشرنا إليه، قد أهمل من طرف المشرع المغربي، بإنهاء عقود الشغل المؤقتة مما يفرض البحث في مدى استحقاق الأجير المؤقت لمختلف التعويضات التي نصت عليها مدونة الشغل.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المادة 502 من مدونة الشغل، نصت على فترة تجربة لا يمكن أن تتعدى يومين اثنين إذا كان العقد مبرماً لمدة تقل عن شهر، وثلاثة أيام إذ أبرم العقد لمدة تتراوح بين شهرين، وخمسة أيام إذا كانت مدة العقد تفوق شهرين.

وارتباطاً مع المادة 13 من مدونة الشغل دائماً في فقرتها الأولى، فخلال فترة التجربة، يمكن لكلا الطرفين إنهاء عقد الشغل بإرادته المنفردة دون أجل إخطار وبدون تعويض، لكن هل يمكن اعتبار الإنهاء الصادر عن مقاوله التشغيل المؤقت بعد مرور فترة التجربة وقبل انتهاء أجل العقد إنهاءً تعسفياً؟

يرى أحد الباحثين⁸¹⁵، وفي غياب نص واضح من طرف المشرع، أنه في حالة، إنهاء عقد الشغل المؤقت قبل انتهاء الأجل المحدد له بفعل مقاوله التشغيل المؤقت، فإن الأجير يبقى مستحقاً للأجر الذي كان سيتقاضاه إلى غاية انتهاء الأجل المحدد ما لم يكن الإنهاء لخطأ جسيم ولقوة قاهرة.

إلا أن الأجير المؤقت لا يمكنه الاستفادة من التعويض عن الضرر وفقاً للمادة 41 من مدونة الشغل، ولو ثبت تعسف المشغل، وذلك لأن هذا التعويض حدد في الفقرة الأخيرة من المادة 41 على أساس أجر شهر ونصف عن كل سنة عمل، أو جزء من السنة على أن لا يتعدى سقف 36 شهراً والحال أن الأجير المؤقت لا يستطيع الاستفادة على اعتبار أن هذه المهمة لا يمكن أن تتجاوز في كل الأحوال ستة أشهر، باستثناء الحالة الأولى من المادة 496 والتي لم تحدد بشأنها المادة 500 من المدونة أي أجل، مما يطرح لاشك عدة إشكاليات، يبقى على القضاء الحسم فيها مستقبلاً.

⁸¹³ - هشام بوتكيوط: م، س، ص 135 وما بعدها.

⁸¹⁴ - فاتح كمال، قراءة أولية لعقد التشغيل المؤقت على ضوء مدونة الشغل الجديدة، مجلة الملف العدد 6، ماي 2005، ص 201.

⁸¹⁵ - فاتح كمال، م، س، ص 201.

لذلك، فما يعاب على المشرع بالنسبة للتعويض عن الفصل حسب مقتضيات المادة 52 من م، ش أنها صريحة في عدم استحقاقه، إلا بالنسبة للأجراء المرتبطين بعقد غير محدد المدة، مما ينتج عنه غياب حماية الأجير المؤقت بعد فصله، وقد كان حريا بالمشرع وضع أحكام خاصة بإنهاء عقود الشغل المؤقتة.

وبالرجوع إلى التشريع المقارن نجد الفصل L 124-5 من قانون الشغل الفرنسي ينص على أن مقابلة التشغيل المؤقت ملزمة، في حال ما إذا أنهت عقد الأجير قبل حلول أجله، أن تقدم له عقدا جديدا في ظرف ثلاثة أيام، ما لم يكن هذا الإنهاء ناتجا عن خطأ جسيم أو قوة قاهرة.

كما نصت الفقرة الثانية من نفس الفصل، على أن العقد الجديد يجب أن لا يمس الحقوق المكتسبة للأجير المؤقت في كل ما يتعلق بمؤهلاته، وأجره، ومساحات عمله، والوقت المخصص لنقله. وإذا كانت مدة العقد الجديد أقل من المدة المفترضة إكمالها في إطار العقد المنتهي من قبل المشغل، فيجب على هذا الأخير تعويض الأجير المؤقت إلى غاية انتهاء مدة عقده القديم هذا إضافة إلى التعويض عن الوضعية المؤقتة⁸¹⁶.

وفي حالة ما إذا صدر قرار بإنهاء عن المقابلة المستعملة في إطار عقد الوضع رهن الإشارة، فإن ذلك لن يكون من شأنه التأثير على عقد المهمة الذي يربط الأجير بمقابلة التشغيل المؤقت، على اعتبار أن هذه الأخيرة هي المشغل، لكن وفي هذه الحالة فالمشغل غير ملزم بتقديم عقد جديد للأجير⁸¹⁷. أما مدونة الشغل فلم تشر إلى هذه المقتضيات، مما يشكل ضعفا كبيرا في حماية الأجير المؤقت عند إنهاء عقد شغله، كما أن القضاء بدوره لم تصدر عنه لحد الآن مواقف واضحة بهذا الشأن.

وبهذا الخصوص، فقد صدر قرار عن محكمة الاستئناف بطنجة، جاء فيه: "وحيث ثبت المستأنفة الأصلية استئنافها بكون الحكم المستأنف غير صائب لأن المستأنف عليه اشتغل معها بصفة مؤقتة لمدة ثلاثة أشهر وأنه بإنهاء الورش انقطعت صلته بها وحاز جميع حقوقه، مما يكون معه غير محق في التعويضات المحكوم بها له.

وحيث إن العلاقة الشغلية المستمرة تثبت بجميع وسائل الإثبات حسب المادة 18 من مدونة الشغل، وحيث يتبين من وثائق الملف، ومن المناقشة ومن البحث المجرى ابتدائيا بكون المستأنف أثبت العلاقة الشغلية المستمرة التي تربطه بالمستأنف عليه أكثر من ستة أشهر، و إن شهادة الشاهدين جاءت واضحة وتبقى عاملة في الدعوى، وإنه ليس بالملف أية حجة تفيد بكون الأجير كان عاملا مؤقتا موسميا، وانتهى عمله بإنهاء الورش، مما تبقى معه الدفع المثار من قبل الشركة هي دفع غير مؤسسة ويتعين بذلك ردها...⁸¹⁸".

فرغم أن قرار المحكمة متع الأجير بالتعويض عن الفصل التعسفي، إلا أنه في التعليل لم يشر إلى المقتضيات الخاصة بعقد الشغل المؤقت، والحال أن دفع الشركة بأن العقد مؤقت، كان يحتم على المحكمة النظر في مدى توفر الشركة على

⁸¹⁶ - l'article 124-5, paragraphe 3 ; loi n 90-613 du 12 juillet 1990

⁸¹⁷ - soc 9 juillet 2003.voir Code du travail ; op .cit, p 268

⁸¹⁸ - قرار محكمة الاستئناف بطنجة، رقم 643، مؤرخ في 2006/6/8، ملف رقم 5-05-127 غير منشور

عقد الوضع رهن الإشارة وفي غيابه فالدفع يكون بالتالي غير مؤسس، استنادا إلى المادتين 499 و501 من مدونة الشغل اللتان استلزمتا كتابة عقد المهمة وعقد الوضع رهن الإشارة، كشرط انعقاد وليس بالاستناد إلى المادة 18 من مدونة الشغل⁸¹⁹.

من كل ما أومأنا إليه سابقا ناشد المشرع المغربي بتعديل الأحكام المنظمة لمقاولة التشغيل المؤقت وحدوا ما حداه نظيره الفرنسي حتى نكون أمام مقتضيات قانونية أكثر عدالة وأكثر حمائية للطرف الضعيف في العلاقة الشغلية.

ويبقى على القضاء أن يلعب دوره في استنباط المقتضيات الحمائية للأجراء مقاولات التشغيل المؤقت، والعمل على سد الثغرات التشريعية التي صاحبت صياغة المقتضيات القانونية للتشغيل المؤقت، في أفق حث المشرع على التدخل من أجل صياغة قواعد قانونية، من شأنها ضمان حماية اجتماعية للأجراء هذا النوع من التشغيل، لأن في محاولة التوافق بين مصالح الأجراء من خلال تكريس مبدأ استقرار المعاملات من جهة، ومصالح المشغلين عند فتح مجال المرونة من جهة أخرى لم تفلح بالشكل المنشود، إذ لازالت هناك هوامش واسعة من الفراغ و الغموض والاضطراب على المستوى العملي فيما يخص تطبيق المقتضيات القانونية الخاصة بهذه الفئة، دون إغفال أن التطورات التي يعرفها عالم الشغل اليوم تحت على ضرورة الانتقال من مفهوم إدارة العمل السائد إلى مفهوم تنشيط سوق العمل مع مختلف الفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين تجسيما لمقولة "التشغيل مسؤولية الجميع" وهي من أهم مقومات العقد الاجتماعي الجديد.

⁸¹⁹ - هشام بويكيوط، م س، ص 116.

تعويضات نظام الضمان الاجتماعي المغربي

كـهـ الكيفة جبرلن

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي

جامعة محمد الخامس بالرباط

يحتل نظام الضمان الاجتماعي مكانة أساسية في اهتمامات المجتمعات المعاصرة لتوفير ظروف عيش حسنة لسكانها، من خلال اتخاذ التدابير الكفيلة لمواجهة الأخطار التي قد تؤدي إلى انقطاع الدخل أو زيادة في النفقات.

من هذا المنطلق، ولأجل توفير الحماية اللازمة لأفراد المجتمع من تلك الأخطار، من خلال تعويضهم عن الدخل المفقود أو تغطية النفقات الاستثنائية، عملت الدول على وضع نظام للضمان الاجتماعي يحدد الأشخاص الخاضعين له، والتعويضات الممنوحة بمقتضاه وشروط الاستفادة منها والمؤسسة أو المؤسسات الساهرة على تسييره وتنظيمه، والمغرب بدوره كباقي الدول قام منذ سنة 1959 بوضع نظام للضمان الاجتماعي⁸²⁰، الذي تم إلغائه فيما بعد وتعويضه بالظهير الشريف الصادر في 27 يوليوز 1972⁸²¹.

ويعتبر نظام الضمان الاجتماعي بالمغرب النظام الوحيد داخل منظومة الحماية الاجتماعية الوطنية، الذي يتكفل بتغطية أغلب المخاطر التي قد يتعرض لها الأجراء، ويشرف على تسيير هذا النظام الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، الذي يعتبر بمثابة مؤسسة عمومية، وتتمثل أهم الخدمات التي يقدمها هذا الصندوق برسم تدبيره لنظام الضمان الاجتماعي في التعويضات قصيرة الأمد، التعويضات الطويلة الأمد والتعويضات العائلية.

ولالإحاطة أكثر بهذا النظام والمؤسسة الساهرة على تدبيره وأهم الخدمات التي يمنحها سنتناول هذا الموضوع من خلال بحثين، نخصص المبحث الأول منهما لتسيير نظام الضمان الاجتماعي، على أن نتطرق في المبحث الثاني للتعويضات التي يمنحها هذا النظام.

⁸²⁰ - الظهير الشريف رقم 1.59.148 في إحداه نظام للضمان الاجتماعي، ج ر ع 2465 الصادرة بتاريخ 22 يناير 1960، ص 262.

⁸²¹ - الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر بتاريخ 27 يوليوز 1972، ج ر ع 3121 الصادرة بتاريخ 23 غشت 1972، ص 2178.

المبحث الأول: تسيير نظام الضمان الاجتماعي

أنط المشرع المغربي مهمة تسيير نظام الضمان الاجتماعي⁸²²، بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي⁸²³، الذي يعتبر بمثابة مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المدنية وبالاستقلال المالي⁸²⁴ خاضعة لوصاية الوزارة المكلفة بالتشغيل والتكوين المهني⁸²⁵، وفي إطار تدييره لنظام الضمان الاجتماعي يقدم هذا الصندوق إعانات اجتماعية مختلفة، لفائدة أجراء القطاع الخاص⁸²⁶.

822 - طبقا للفصل الثاني من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر بتاريخ 15 جمادى الثانية 1392 (27 يوليوز 1972) المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، فإن نظام الضمان الاجتماعي يجري وجوبا على المتدربين المهنيين والأشخاص المأجورين ذكورا كانوا أو إناثا العاملين لحساب مشغل واحد أو عدة مشغلين في الصناعة العصرية والتجارة والمهن الحرة أو المشتغلين مع موثق أو جمعية أو نقابة أو شركة مدنية أو هيئة ما كيفما كانت طريقة أداء أجورهم وشكل عقد عملهم أو نوعه أو صلاحيته، الأعدوان المرسمون بالمؤسسات العمومية غير المنخرطين في الصندوق المغربي للتقاعد، الأعدوان المتعاقدون بحكم الحق العام المؤقتون والمياومون والعرضيون العاملون مع الدولة والجماعات العمومية والمؤسسات العمومية، الأشخاص الذين تشغلهم التعاونيات كيفما كان نوعها، الأشخاص الذين يشغلهم أرباب الأملاك المعدة للسكنى أو التجارة، البطارة الصيادون بالمحاصة، العاملون بمقاولات الصناعة التقليدية، الأجراء العاملون بالمنشآت الحرفية، العاملون بالضيعات الفلاحية والغابوية وتوابعها، العاملون غير الأجراء بقطاع النقل الطرقي العاملون لبطاقة السائق المهني وفقا لمقتضيات القانون رقم 52.05 بمثابة مدونة السير ونصوصه التطبيقية والأشخاص العاملون بمصالح عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية الذين لا يعفون من الانخراط في النظام عملا بالفصل 3 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي.

وتحدد بمراسيم شروط تطبيق نظام الضمان الاجتماعي بالنسبة للعاملات أو العمال المنزليين، الشغالون المؤقتون أو العرضيون العاملون بالقطاع الخاص، الأفراد المنتمون لعائلة أحد المشغلين والعاملون لحسابه، الأعدوان المرسمون بالمؤسسات العمومية غير المنخرطين في الصندوق المغربي للتقاعد والأعدوان المتعاقدون بحكم الحق العام المؤقتون والمياومون والعرضيون العاملون مع الدولة والجماعات العمومية والمؤسسات العمومية.

وتجدر الملاحظة إلى أن هاتين الفئتين الأخيرتين، وعلى الرغم من عدم صدور مرسوم يحدد شروط استفادتها من نظام الضمان الاجتماعي، فقد صدر عوضه ظهير 4 أكتوبر 1977، الذي أخضعهم للنظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد (الفصل 1 من ظهير 4 أكتوبر 1977)، المتعلق بإحداث النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد، جريدة رسمية عدد 3389، كما نشير أيضا فيما يتعلق بالعاملات أو العمال المنزليين، فإنه قد صدر مؤخرا الظهير الشريف رقم 1.16.121 بتاريخ 6 من ذي القعدة 1437 (10 غشت 2016)، بتنفيذ القانون رقم 19.12 المتعلق بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بالعاملات والعمال المنزليين، إلا أن هذا القانون لم يتضمن أي نص قانوني يكفل استفادة هذه الفئة من حقها في الحماية الاجتماعية، وذلك على خلاف الظهير الشريف رقم 1-14-190 الصادر في 6 ربيع الأول 1436 (29 ديسمبر 2014)، بتنفيذ القانون رقم 12-18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، الذي جعل فئة العمال المنزليين تستفيد من حقها في الحماية الاجتماعية.

823 - انظر بهذا الخصوص الفصل 1 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر بتاريخ 15 جمادى الثانية 1392 (27 يوليوز 1972)، المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

824 - الفصل 6 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

825 - خلال الفترة ما بين 1988 و1993 عهد إلى وزير الصحة العمومية بالاختصاصات والصلاحيات المترتبة عن الرقابة الإدارية وفي نفس السياق عهد لوزير المالية بمهمة الرقابة المالية للدولة في القضايا ذات الطابع المالي المحض.

826 - يقدم الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لفائدة أجراء القطاع الخاص، طبقا للفصل الأول من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، "التعويضات العائلية، التعويضات الطويلة الأمد (الرواتب الممنوحة عن الزمالة الرواتب الممنوحة عن الشيخوخة و الرواتب الممنوحة للمتوفى عنهم) و التعويضات القصيرة الأمد (التعويضات اليومية الممنوحة في حالة مرض أو حادث لا يجري عليه التشريع الخاص بحوادث الشغل والأمراض المهنية، التعويضات اليومية الممنوحة عن الولادة الإعانات الممنوحة عن الوفاة و التعويض عن فقدان الشغل)، كما ترتب أيضا في صنف التعويضات القصيرة الأمد، المبالغ المتعين على الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي إرجاعها وفقا للتشريع المعمول به إلى المشغل الذي سبق إلى المأجور الأجرة المطابقة للإجازة الإضافية التي له الحق فيها بمناسبة كل ولادة في بيته، وزيادة على ذلك فإن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يتيح إمكانية الاكتتاب في " التأمين الاختياري "، حيث يحق لكل مؤمن له الاكتتاب في التأمين

وكباقي المؤسسات العمومية، يتوفر الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي⁸²⁷، على مجموعة من الأجهزة التي تسهر على تسييره الإداري (المطلب الأول)، وعلى موارد مالية تساعده على تحقيق الأهداف التي أسس من أجلها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنظيم الإداري للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

بالرجوع لمقتضيات الفصل السابع وما بعده من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، نجد بأن الأجهزة التي تسهر على تسيير وإدارة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي هي المجلس الإداري، اللجان التابعة لهذا المجلس، المدير العام والموظفين العاملين بهذه المؤسسة.

الفقرة الأولى: المجلس الإداري للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي واللجان التابعة له

يترتب على اعتبار الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي مؤسسة عمومية، تمتعه كغيره من المؤسسات بأهلية تمكنه من القيام بمجموعة من التصرفات⁸²⁸، وكذا ممارسة الاختصاصات الموكولة له، وقصد ممارسة هذه التصرفات والقيام بالاختصاصات الموكولة له، أسند المشرع مهمة تسييره إلى عدة أجهزة، منها المجلس الإداري (أولا) واللجان التابعة لهذا الصندوق⁸²⁹ (ثانيا).

أولا - المجلس الإداري للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

يسير الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي مجلس إداري ثلاثي، يتألف من 24 عضوا رسميا يعينون بمرسوم لمدة 3 سنوات، منهم ثمانية ممثلين للدولة⁸³⁰، وثمانية ممثلين للشغالين وثمانية ممثلين للمشغلين، ويعين عضو نائب لكل عضو

الاختياري إذا استوفى الشروط المحددة في الفصل 5 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه بالقانون رقم 17.02 الصادر في 4 نونبر 2004.

827 - قبل إحداث الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، كان هناك صندوق يسمى صندوق الإعانة الاجتماعية، أنشئ بمقتضى ظهير 22 أبريل 1942، الذي عوض بظهير 25 دجنبر 1957، وقد نسخ هذا الظهير بظهير 31 دجنبر 1959، الذي تم نسخه هو الآخر بمقتضى ظهير 27 يوليوز 1972.

828 - حدد في هذا الإطار الفصل 6 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، البعض من هذه التصرفات فيما يلي:

*تلقى تسييبات وإعانات مالية من الدولة أو الجماعات العمومية الأخرى؛

*تلقى الهبات والوصايا؛

*اقتناء بعوض وتفويت جميع المنقولات وكذا جميع العقارات، شريطة التوفر مسبقا على إذن مشترك للوزير المكلف بالتشغيل والوزير المكلف بالمالية ببيع العقارات وذلك بعد موافقة المجلس الإداري؛

*إبرام قروض لدى المؤسسات البنكية بعد موافقة الوزير المكلف بالتشغيل والوزير المكلف بالمالية؛

*إبرام عقود إيجار عقارات تتعلق باحتياجات مصالحه.

829 - محمد بنحساين، شرح قانون الشغل المغربي، طبعة مزيدة ومنقحة، بدون ذكر تاريخ الإصدار، ص 43.

830 - ويكون ذلك على أساس:

*ممثل واحد لمصالح الوزير الأول؛

*ممثلين اثنين للوزارة المكلفة بالتشغيل؛

*ممثل واحد لكل من الوزارة المكلفة بالمالية، الصحة، الوظيفة العمومية، الفلاحة، التجارة والصناعة و الصناعة التقليدية.

رسمي⁸³¹، وفي حالة وفاة متصرف أو استقالته أو تجريده من حقوقه، يعين متصرف جديد طبقا لنفس الكيفية في تعيين سلفه، ويزاول مهامه إلى حين انتهاء مدة انتدابه، علما أنه يمكن تجديد مدة انتداب المتصرف⁸³² ويرأس مجلس الإدارة رئيس الحكومة أو السلطة الحكومية المفوضة من قبله لهذا الغرض.

وينظر المجلس الإداري في جميع المسائل الراجعة لاختصاص الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ويسوي القضايا التي تهمة⁸³³، ويجتمع كلما اقتضى الأمر ذلك، ومرتين في السنة على الأقل، قبل 30 يونيو لحصر حسابات السنة المالية المنصرمة، وقبل 31 دجنبر لدراسة وتحديد ميزانية السنة المالية المقبلة⁸³⁴، ويتخذ المجلس الإداري مقرراته بأغلبية الأعضاء الحاضرين وعند تعادل الأصوات يرجح الجانب المنتمي إليه الرئيس⁸³⁵، على أن القرارات التي يتخذها هذا الأخير يجب أن تبلغ في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ اتخاذها إلى الوزارة الوصية⁸³⁶.

831 - تجدر الملاحظة إلى أن هناك مشروع وضعته وزارة الصحة بشأن إصلاح نظام الضمان الاجتماعي سنة 1989 - 1990، وقد تضمن هذا المشروع رفع عدد أعضاء المجلس الإداري إلى 30 عضوا، وذلك بنسبة 10 أعضاء ممثلين عن الدولة و10 أعضاء ممثلين عن أصحاب العمل لكنه لم يتحقق إلى يومنا هذا.

832 - الفصل 7 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

833 - تجدر الملاحظة في هذا الإطار، إلى أنه قد عهد بتدبير نظام المعاشات المحدث بموجب القانون رقم 99.15 والمتعلق بإحداث نظام للمعاشات لفائدة المهنيين والعمال المستقلين والأشخاص غير الأجراء الذين يزاولون نشاطا خاصا، إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، إذ علاوة على المهام المسندة إليه فيما يخص خدمات نظام الضمان الاجتماعي الأخرى ونظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض لفائدة المجاورين وأصحاب المعاشات بالقطاع الخاص، يختص مجلس إدارة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بالنظر في جميع المسائل المتعلقة بتدبير نظام المعاشات المحدث بموجب القانون رقم 99.15 السالف ذكره، وذلك بالموازاة مع تدبيره لنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض المحدث بموجب القانون رقم 98.15 الخاص بفئات المهنيين والعمال المستقلين والأشخاص الذين يزاولون نشاطا خاصا، وكذا البث في جميع القضايا المرتبطة بهذين النظامين.

834 - طبقا للقانون رقم 65.00 بمثابة مدونة التغطية الصحية الأساسية، فإن المجلس الإداري للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يختص بالنظر في جميع المسائل المتعلقة بنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض في إطار اجتماعات خاصة ومستقلة عن الاجتماعات الأخرى المتعلقة بتدبير خدمات الضمان الاجتماعي (المادة 77 من القانون رقم 65.00 السالف الذكر)، لذلك يضم المجلس ضمن تركيبته ممثل عن الوكالة الوطنية للتأمين الصحي والذي يعين بنص تنظيمي مع مراعاة التمثيلية الثلاثية المتساوية.

835 - نشير في هذا الصدد، إلى أن اجتماعات مجلس إدارة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي المتعلقة بتدبير نظام المعاشات المحدث بموجب القانون رقم 99.15 لفائدة المهنيين والعمال المستقلين والأشخاص الذين يزاولون نشاطا خاصا وكذا بتدبير نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض المحدث بموجب القانون رقم 98.15 الخاص بفئات المهنيين والعمال المستقلين والأشخاص الذين يزاولون نشاطا خاصا، تنعقد بكيفية مستقلة عن الاجتماعات الأخرى المتعلقة بتدبير خدمات الضمان الاجتماعي ونظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض لفائدة المجاورين وأصحاب المعاشات بالقطاع الخاص وبنفس التركيبة وشروط النصاب والتصويت المحددة في القانون رقم 98.15 المتعلق بنظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الخاص بفئات المهنيين والعمال المستقلين والأشخاص الذين يزاولون نشاطا خاصا، وفي هذا الإطار يجتمع مجلس الإدارة كلما استلزمت الظروف ذلك ومرتين على الأقل في السنة للقيام على وجه الخصوص بحصر القوائم التركيبية للسنة المحاسبية المختتمة ودراسة وحصر ميزانية وبرنامج السنة المحاسبية الموالية.

836 - في هذه الحالة إذا تراءى لهذه الوزارة أن إحدى القرارات أو مجموعها يتنافى مع القانون أو التشريع المعمول به، أو من شأنه الإخلال بالتوازن المالي لنظام الضمان الاجتماعي، فإنها تطلب إحالته على المجلس الإداري لدراسته من جديد، على أنه يجوز للوزير المكلف بالوصاية الإدارية إذا تشبث المجلس الإداري بقراره إلغائه إلا أنه في حالة ما إذا كان الأمر يتعلق بتدبير مالي، فإن هذا الإلغاء لا يمكن أن يأخذ مجراه إلا بعد موافقة الوزير المكلف بالمالية، على أنه إذا لم يتخذ أي قرار وزاري في أجل 15 يوما من تاريخ تبليغ القرار الصادر عن المجلس الإداري أصبح هذا القرار نافذ المفعول.

ثانيا - اللجان التابعة للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

إضافة إلى المجلس الإداري، تسهر على الحكامة الجيدة للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي مجموعة من اللجان، ويتعلق الأمر هنا بلجنة التسيير والدراسات⁸³⁷، ولجنتين مختصتين دائمتين وهما "لجنة الافتحاص والمخاطر" و"لجنة الاستراتيجية والتطوير"⁸³⁸، هذا إضافة إلى اللجان الخاصة⁸³⁹، وستتطرق لهذه اللجان بنوع من التفصيل فيما يلي:

1- لجنة التسيير والدراسات

تختص هذه اللجنة في الفترات الفاصلة بين اجتماعات المجلس الإداري، بتتبع تدبير شؤون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، والقيام عند الاقتضاء بتسوية جميع المسائل المفوضة إليها من طرف المجلس الإداري⁸⁴⁰، وهي تتألف من رئيس المجلس الإداري للصندوق بصفته رئيسا لها أو السلطة الحكومية المفوضة من قبله لهذا الغرض⁸⁴¹، ومن عضو مجلس الإدارة الذي يمثل الوزير المكلف بالتشغيل، وعضو مجلس الإدارة الذي يمثل وزير المالية وثلاثة أعضاء مجلس الإدارة يمثلون العمال وثلاثة عن أرباب العمال، ويتم تعيين ممثلي الشغالين وممثلي المشغلين داخل لجنة التسيير والدراسات من قبل مجلس الإدارة، لمدة ثلاث سنوات باقتراح من هئئتيهما المتتاليتين وذلك أثناء أول دورة لمجلس الإدارة تتعقد بعد تعيين أعضائه، ويعين عضو مناوب لعضو رسمي في لجنة التسيير والدراسات وفقا لنفس شروط تعيين هذا الأخير⁸⁴².

هذا، وتجتمع لجنة التسيير والدراسات بمبادرة من رئيسها، كلما دعت حاجة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لذلك وعلى الأقل مرة كل ثلاثة أشهر، ولا تكون مداولاتها صحيحة إلا إذا حضرها عضوان عن كل هيئة من هيئاتها المكونة بناء على استدعاء أول وإذا لم يتوفر النصاب يتم استدعاء اللجنة من جديد داخل أجل ثمانية أيام، وفق نفس الشروط وعلى أساس نفس جدول الأعمال، وعندئذ تتداول اللجنة إذا حضر عضو واحد عن كل هيئة وتتداول لجنة التسيير والدراسات بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين وفي حالة تعادل الأصوات يرجح الجانب المنتمي له الرئيس⁸⁴³.

837 - تمت الإشارة إلى هذه اللجنة في الفصل 8 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه وكذا في الفصل 10 والفصول التي تليه إلى غاية الفصل 15 من القانون الداخلي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الملحق بقرار وزير التشغيل والتكوين المهني رقم 1148 الصادر بتاريخ 20 ماي 2013.

838 - انظر بهذا الخصوص الفصل 17 من القانون الداخلي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الملحق بقرار وزير التشغيل والتكوين المهني رقم 1148 الصادر بتاريخ 20 ماي 2013.

839 - تمت الإشارة إلى هذه اللجان الخاصة في القانون الداخلي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي السالف ذكره، من الفصل 18 إلى غاية الفصل 23 منه.

840 - وذلك باستثناء النقط المدرجة في الفصل 2 من القانون الداخلي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي السالف ذكره، والتي يتعين وجوبا التداول فيها من قبل مجلس الإدارة.

841 - يلاحظ في هذا الإطار، أن رئيس المجلس الإداري هو ذاته يتراأس أشغال هذه اللجنة، الشيء الذي يمكن أن يحد من استقلاليتها كجهاز من أجهزة الصندوق قائم بذاته، لذلك كان من الأفضل لو تم انتخاب رئيس اللجنة أو على الأقل تعيينه من طرف وزير التشغيل.

842 - الفصل 11 من القانون الداخلي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الملحق بقرار وزير التشغيل والتكوين المهني رقم 1148 الصادر بتاريخ 20 ماي 2013.

843 - نشير في هذا الإطار، إلى أنه يتم تدوين مداولات لجنة التسيير والدراسات في محاضر توقع من طرف رئيس اللجنة ومتصرف ممثل للشغالين ومتصرف ممثل للمشغلين، وعند نهاية كل جلسة تسجل القرارات التي تتخذ عقب المداولات بخصوص كل نقطة مدرجة في جدول الأعمال في سجل يوقع عليه جميع أعضاء لجنة التسيير والدراسات الحاضرين، وترسل محاضر مداولات لجنة التسيير والدراسات وكذا نسخ من قراراتها إلى جميع المتصرفين الرسميين والمناوبين خلال 10 أيام الموالية لتاريخ سريان مفعولها.

2- اللجنتان المختصتان الدائمتان

يتعلق الأمر هنا بلجنة الافتتاح والمخاطر ولجنة الاستراتيجية والتطوير⁸⁴⁴، وتضطلع في هذا الإطار لجنة الافتتاح والمخاطر بدور استشاري، لاسيما فيما يتعلق بإعداد الحسابات وكل ما يخص مهام المتفحصين ومدقي الحسابات وكذا جهاز المراقبة الداخلية والمخاطر بينما تقوم لجنة الاستراتيجية والتطوير بدور استشاري، في مجالات التوجهات الاستراتيجية للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وكذا اتفاقيات التحالفات والعمليات الاستراتيجية الكبرى⁸⁴⁵.

3- اللجان الخاصة

فضلا عن اللجان السالف ذكرها، يمكن لمجلس الإدارة وللجنة التسيير والدراسات أن يحدثا بداخلهما حسب الاحتياجات لجانا خاصة، يتم تحديد مهامها في محاضر اجتماعات الجهازين المذكورين، وتتكون كل لجنة خاصة على الأقل من متصرف رسمي أو مناب ممثل عن كل هيئة من المتصرفين داخل مجلس الإدارة، ويتم تعيين أعضاء اللجان الخاصة من قبل مجلس الإدارة أو من قبل لجنة التسيير والدراسات، باقتراح من كل هيئة من المتصرفين، وتقدم كل لجنة خاصة ملاحظاتها واستنتاجاتها وتوصياتها معللة في تقارير محررة وموقعة من قبل أعضائها، على أن هذه التقارير تقدم بحسب الحالة لمجلس الإدارة أو للجنة التسيير والدراسات قصد دراستها والقيام بما يلزم بشأنها⁸⁴⁶.

هذا، وتجدر الإشارة في هذا السياق، إلى أن ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، لم ينص على أي لجنة تختص بتدبير نزاعات الضمان الاجتماعي ضمن الهيكلية الإدارية للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وهو نفس الأمر بالنسبة للقانون الداخلي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الحالي، وفي مقابل

844 - فضلا عن هاتين اللجنتين، تنص المادة 11 من القانون رقم 99.15 المتعلق بإحداث نظام للمعاشات لفائدة فئات المهنيين والعمال المستقلين والأشخاص غير الأجراء الذين يزاولون نشاطا خاصا، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.17.109 بتاريخ 16 من ربيع الأول 1439 (5 ديسمبر 2017) على ما يلي: "... يجوز لمجلس الإدارة أن يحدث كل لجنة أو لجنة متخصصة يحدد تأليفها وطريقة تسييرها، ويجوز له أن يفوض إليها جزء من سلطه واختصاصاته."

845 - ينص في هذا الإطار الفصل 17 من القانون الداخلي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي على ما يلي: " يتم تهيئ مداولات مجلس الإدارة بالنسبة لبعض المجالات، من قبل لجننتين مختصتين تتكونان من أعضاء يعينهم مجلس الإدارة وبمساعدة أطراف أخرى إذا أعتبر ذلك لازما. تقوم هاتان اللجنتان بالبت في المسائل التي تدخل ضمن اختصاصاتهما وتقدمان لرئيس المجلس آراءهما واقتراحاتهما.

كما يمكنهما أيضا في إطار مزاولة اختصاصاتهما المتتالية، الاستماع إلى المدير العام وطلب إجراء دراسة خارجية على نفقة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، طبقا للمساطر المعمول بها وبعد موافقة رئيس مجلس الإدارة.

تقدم اللجنتان المختصتان تقريرا لرئيس مجلس الإدارة حول المعلومات المحصل عليها والآراء التي تم تجميعها.

وهاتان اللجنتان المختصتان الدائمتان هما:

لجنة الافتتاح والمخاطر،

لجنة الاستراتيجية والتطوير.

ينظم تركيب واختصاصات وكيفية تسيير هاتين اللجنتين، قانون داخلي خاص بكل لجنة يحدده مجلس الإدارة."

846 - يحضر المدير العام ومراقب الدولة بصفة استشارية اجتماعات مجلس الإدارة ولجنة التسيير والدراسات وكذا اجتماعات اللجان المختصة الدائمة واللجان الخاصة، كما يكمن لهذه الأجهزة أيضا الاستعانة بمستشارين مكلفين بتقديم كل الآراء أو الوثائق التقنية المرتبطة بإنجاز دراسات أو أبحاث تعتبرها ضرورية للقيام بمهامها، ويخصص للأجهزة السالف ذكرها من أجل إنجاز مهامها اعتماد من ميزانية تسيير الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يحدد سنويا.

ذلك نجد أن النظام الداخلي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، المصادق عليه بقرار لوزير الشغل والشؤون الاجتماعية سنة 1959، قد أشار في الفصل 11 منه إلى لجنة تسمى " لجنة المنازعات"، التي كانت تنظر في جميع النزاعات التي قد تنور بسبب تطبيق تشريعات ونظم الضمان الاجتماعي، وقد كانت هذه اللجنة تتكون من رئيس المجلس الإداري الذي يتأسس أشغالها، ومن ممثل عن الدولة وممثل عن العمال وآخر عن أرباب العمل و كان يمكن للمدير العام للصندوق أو نائبه أو للمراقب المالي للصندوق أن يحضروا اجتماعات هذه اللجنة ولكن بصفة استشارية فقط، كما كان يمكن أن يحضر اجتماعاتها كل شخص يتوفر على الكفاءة التي تساعد على قيامها بمهامها⁸⁴⁷.

وعلاقة بنفس الموضوع، نجد أن ظهير 31 دجنبر 1959 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي - الذي تم نسخه بموجب ظهير 27 يوليوز 1972 - كان ينص في الجزء الرابع منه وبالضبط من خلال الفصل 71 على لجان قضائية متكونة من جميع الأطراف المعنية⁸⁴⁸ تتولى النظر في النزاعات المرتبطة بنظام الضمان الاجتماعي، وهي نوعان اللجان الابتدائية واللجان العليا⁸⁴⁹.

وبناء على ذلك، فإن قرارات لجنة المنازعات السالف ذكرها، كانت غير ملزمة ويمكن عرضها على اللجان القضائية المشار إليها في الفصل 71 من ظهير 1959 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي، ونظرا لعدم اجتماع لجنة المنازعات بسبب كثرة أشغال أعضائها، فقد أحدث المجلس الإداري في ذلك الوقت لجنة أخرى تتولى اختصاصات هذه اللجنة تسمى " لجنة التظلم الإداري" للنظر في الشكاوى المرفوعة ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، حيث كانت تتولى هذه الأخيرة حل خلافات الصندوق مع الأجراء والمؤجرين.

وبالتالي فإن لجنة المنازعات للأسف لم يتم تفعيلها على أرض الواقع بالطريقة التي كانت مرجوة منها، حيث تم نقل اختصاصاتها إلى لجنة التظلم الإداري، التي يظهر من خلال اسمها أنها لجنة تابعة للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإذا كان ظهير 1959 قد نص على وجود لجان ذات طبيعة قضائية ابتدائية واستئنافية، فإن

847 - Article 11 du règlement intérieur de la CNSS (approuvé par une décision du ministre du travail et des affaires sociales en 1959), dispose que : « la commission du contentieux de la caisse est chargée d'examiner tous les recours présentés par les prestataires ou les employeurs contre les décisions de la caisse .

Cette commission, est présidée par le président du conseil d'administration, d'un administrateur représentant l'Etat qu'il aura désigné, comprend un administrateur représentant les travailleurs et un administrateur représentant les employeurs. Le directeur général ou son représentant et le contrôleur financier de la CNSS assistent avec voix consultative, au réunions de la commission qui peut s'adjoindre toutes personnes dont la compétence est jugée utile .

848 - للاطلاع على ظهير 31 دجنبر 1959 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي، أنظر الجريدة الرسمية عدد 2465 الصادرة بتاريخ 23 رجب 1379 (22 يناير 1960)، ص 262 وما بعدها.

849 - نشير في هذا الإطار، إلى أن الفصل 71 من ظهير 1959 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي قبل نسخه بموجب ظهير 27 يوليوز 1972 كان ينص على ما يلي: " إن النزاعات التي تنجم عن تطبيق تشريعات ونظم الضمان الاجتماعي، بخصوص المؤمن عليهم والمشغلين والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي - باستثناء القضايا الجنائية والنزاعات التي يختص بها نظرا لنوعها قضاء آخر دون غيره - تباشر تسويتها لجان متألفة من قاض تابع لمحكمة ابتدائية بصفة رئيس وممثل عن وزارة الشغل والشؤون الاجتماعية وممثل عن العملة وممثل عن المشغلين، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس هو الراجح.

وتكون المقررات الصادرة من هذه اللجان قابلة للاستئناف لدى لجنة عليا مؤلفة من قاض تابع لمحكمة الاستئناف بصفة رئيس وممثل عن وزير الشغل والشؤون الاجتماعية وممثل عن العملة وممثل عن المشغلين، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس هو الراجح. وتكون المقررات الصادرة من اللجان العليا قابلة للطعن فيها بطريق النقض، وتحدد في مرسوم كفايات تعيين أعضاء هذه اللجان وتسييرها."

هذه اللجان لم يتم إحداثها أبداً، ولم يصدر أي مرسوم لتحديد دائرة اختصاص كل لجنة كما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من الفصل 71 من ظهير 31 دجنبر 1959 السالف ذكره، وقد ظل الحال على ما هو عليه، إلى غاية نسخ ظهير 31 دجنبر 1959 بظهير 27 يوليوز 1972، الذي ألغى هذه اللجان التي لم يكن لها وجود إلا على مستوى النص القانوني وهو نص الفصل 71، الذي أصبح بعد نسخه بموجب ظهير 27 يوليوز 1972⁸⁵⁰، ينص على ما يلي:

" تنظر المحاكم الاجتماعية في النزاعات المترتبة عن تطبيق مقتضيات ظهيرنا الشريف هذا والنصوص التنظيمية المتخذة لتنفيذه، باستثناء القضايا الجنائية والنزاعات الراجعة بحكم نوعها إلى قضاء آخر".

وبموجب تعديل سنة 2004 أصبح الفصل 71 من ظهير 27 يوليوز 1972⁸⁵¹، ينص على ما يلي " تنظر المحاكم المختصة في النزاعات المترتبة عن تطبيق مقتضيات ظهيرنا الشريف هذا والنصوص التنظيمية المتخذة لتنفيذه، باستثناء القضايا الجنائية والنزاعات الراجعة بحكم نوعها إلى قضاء آخر".

هكذا، وفي ظل غياب لجان مختصة بالبت في نزاعات الضمان الاجتماعي ضمن الهيكلية الإدارية للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، فإن المتضرر في هذا الإطار لن يجد أمامه سوى أقسام موزعة بين مجموع المديرية الخاصة بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، مهمتها النظر في الشكايات المرتبطة بنزاعات الضمان الاجتماعي، وهي مقسمة بين "قسم نزاعات المنخرطين" الملحق بقطب التحصيل، والذي يختص بتسوية النزاعات التي تثور بين المؤجرين وبين الصندوق حول مخالفة نظام الضمان الاجتماعي، و"قسم النزاعات الإدارية"، الملحق بالإدارة العامة المختص بالمنازعات التي تقع بين الصندوق والمؤمن لهم أو ذوي حقوقهم أو بين الأجير والمؤجر إضافة إلى النزاعات التي تقع بين الصندوق ومستخدميه.

هذا ونسجل في هذا السياق، أن الأقسام السالف ذكرها لا يمكن أن تحقق الآمال المعقودة عليها في تسوية نزاعات الضمان الاجتماعي، على الأقل من ناحية ضمان الحياد على اعتبار أنها أقسام تابعة للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، الأمر الذي يجعل غالبية المتضررين يفضلون اللجوء إلى القضاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عدم التنصيص على وجود إمكانية قبل المرحلة القضائية لتسوية نزاعات الضمان الاجتماعي في قانون الضمان الاجتماعي، يجعل المنخرط أو المؤمن له يجد صعوبة في التعرف على وجود إمكانية قبل المرحلة القضائية لتسوية نزاعات الضمان الاجتماعي، الأمر الذي يجعله في غالب الأحيان يطرق باب القضاء مباشرة دون اللجوء إلى الأقسام السالف ذكرها.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار، إلى أنه أمام غموض مقتضيات الفصل 71 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، والذي ينص على عبارة "المحاكم المختصة" دون تحديد لهذه المحاكم، وكذا إقصاء نزاعات الضمان الاجتماعي من اختصاص المحاكم الابتدائية الاجتماعية في إطار الفصل 2 من ظهير التنظيم

850 - الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر بتاريخ 15 جمادى الثانية 1392 (27 يوليوز 1972) المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي، الجريدة الرسمية عدد 3121 الصادرة بتاريخ 23 / 08 / 1972، ص 2178.

851 - يتعلق الأمر هنا بالظهير الشريف رقم 1.04.127 الصادر في 21 من رمضان 1425 (4 نونبر 2004)، بتنفيذ القانون رقم 17.02 المغير والمتمم بموجبه الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر بتاريخ 15 من جمادى الآخرة 1392 (27 يوليوز 1972) المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي.

القضائي المعدل سنة 2011⁸⁵²، ونظرا لأن النظام القضائي المغربي أصبح يأخذ بنظام المحاكم المتخصصة بعد إحداث المحاكم الإدارية⁸⁵³ والمحاكم التجارية⁸⁵⁴، فقد قامت إشكالية الدفع بعدم الاختصاص النوعي في هذا الإطار⁸⁵⁵.

الفقرة الثانية: المدير العام للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والموظفين العاملين به

من بين الأجهزة الإدارية التي تقوم بدور أساسي في تسيير الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي نجد المدير العام (أولا) والموظفين العاملين بهذا الصندوق (ثانيا).

أولا - المدير العام للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

يعتبر المدير العام للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، أحد المراكز التنفيذية المهمة بالنسبة للأجراء وممثليهم النقابيين بالمجلس، إذ يعتبر من الموظفين الساميين الذين يتم تعيينهم بظهير بعد المداولة في المجلس الوزاري، بناء على اقتراح من رئيس الحكومة وبمبادرة من الوزير المعني⁸⁵⁶، ويتولى المدير العام تنفيذ قرارات المجلس الإداري، وتسيير المصالح التابعة للصندوق وتنسيق أعمالها، ويمثل الصندوق لدى المحاكم وفي جميع أعمال الحياة المدنية⁸⁵⁷. ويمكن أن تنتهي مهام المدير العام بإحدى الوسائل المنصوص عليها في قانون الوظيفة العمومية، منها العزل كعقوبة تأديبية أو الاستقالة كتعبير إرادي يصدر عن الموظف أو الإحالة على التقاعد أو الوفاة كسبب ضمني لإنهاء علاقة الموظف بإدارته.

ثانيا - موظفوا الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

يسند تنفيذ الأعمال اليومية للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، إلى موظفين يتألفون من أعوان دائمين وأعوان غير دائمين، ويتكون الأعوان الدائمون من أعوان مرسمين وأعوان متدربين تجري عليهم أحكام النصوص التنظيمية المطبقة على موظفي الدولة، ويخضعون أيضا لنظام أساسي⁸⁵⁸، يحدد بمرسوم يتخذ باقتراح من الوزير المكلف بالشغل بعد

852 - ينص الفصل 2 من ظهير التنظيم القضائي على ما يلي:

...

تقسم المحاكم الابتدائية الاجتماعية إلى أقسام قضاء الأسرة وغرف حوادث الشغل والأمراض المهنية وغرف نزاعات الشغل. ... "

853 - وذلك بموجب القانون رقم 41.90 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225 بتاريخ 10 شتنبر 1993، الجريدة الرسمية عدد 4227 الصادرة بتاريخ 03/ 11/ 1993، ص 2168.

854 - وذلك بمقتضى القانون رقم 53-95 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.65 بتاريخ 12 فبراير 1997، الجريدة الرسمية عدد 4482 الصادرة بتاريخ 15 ماي 1997، ص 1141 وما يليها.

855 - إذا كان الفصل 20 من قانون المسطرة المدنية، قد أعطى الاختصاص للمحاكم الابتدائية للبت في نزاعات الضمان الاجتماعي فإن مناط اختصاص المحاكم الإدارية بالبت في نزاعات الضمان الاجتماعي، هو الطبيعة القانونية لمؤسسة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الذي يعتبر مؤسسة عمومية، وبالتالي فإن ديونه تعتبر ديون عمومية تخضع للمساطر المرتبطة بتحويل الدين العمومي المنصوص عليها في القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحويل الديون العمومية، بالإضافة إلى الطبيعة الإدارية للقرارات الصادرة عن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي باعتباره مؤسسة عمومية، أما اختصاص المحاكم التجارية بالبت في نزاعات الضمان الاجتماعي فيرجع إلى طبيعة المنخرطين في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، الذين يعتبرون في جلهم مقاولات تجارية وصناعية، قد تتعرض لصعوبات تستوجب تدخل القضاء التجاري في محاولة منه لتصبح مسار المقاوله المختلفة.

856 - أنظر بهذا الخصوص مقتضيات الفصل 49 من الدستور المغربي الصادر سنة 2011 وكذا مقتضيات المادة 2 من القانون التنظيمي رقم 02.12 المتعلق بالتعيين في المناصب العليا تطبيقا لأحكام الفصلين 49 و92 من الدستور.

857 - الفصل 13 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

858 - الفصل 14 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

استشارة الوزير المكلف بالمالية وموافقة الوزير المكلف بالوظيفة العمومية⁸⁵⁹، وفي مقابل ذلك يستفيد الأعوان غير الدائمين من الشروط العامة للتشغيل والأجور المطبقة على أعوان الدولة المياومين والمؤقتين، ومن حق الأسبقية في الترسيم إذا كانت الفترات التي استخدموا فيها يعادل مجموعها 7 سنوات وكانت تتوافر لديهم الشروط اللازمة لهذا الغرض⁸⁶⁰، أما الأعوان العاملون بعقد، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يستفيدوا من وضعية أحسن من وضعية عون دائم تتوافر لديه نفس الشروط المتعلقة بالإجازات والشهادات⁸⁶¹.

وتختلف مهام موظفي الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي باختلاف الوضعية الإدارية أو السلك الذي ينتمون إليه⁸⁶²، ويتم تعيينهم بمقرر للمدير العام، أما فيما يتعلق بالشروط العامة لتعيينهم وترقيتهم في الرتبة والدرجة فهي نفس الشروط المطبقة على موظفي الدولة⁸⁶³.

هذا، ويستفيد أعوان الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في حالة التساوي في الرقم الاستدلالي من نفس المرتبات التي يتقاضاها موظفوا الدولة، ويستفيدون كذلك وطبق نفس الشروط من التعويضات ذات الصبغة الدائمة أو المؤقتة الممنوحة للموظفين المذكورين، كما يمكن أيضا أن تمنح في نهاية السنة مكافأة لبعض الأعوان الدائمين التابعين للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي زيادة على التعويضات السالف ذكرها، وذلك وفق الشروط المعمول بها في هذا الإطار⁸⁶⁴.

المطلب الثاني: التنظيم المالي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

إن الحديث عن التنظيم المالي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، يتطلب منا التطرق لموارد هذا الصندوق من جهة (الفقرة الأولى)، وللرقابة المفروضة على أمواله من جهة ثانية (الفقرة الثانية).

859 - يتعلق الأمر هنا بالمرسوم رقم 2.79.725 الصادر بتاريخ 26 من جمادى الثانية 1400 (12 ماي 1980) بشأن النظام الأساسي الخاص بموظفي الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، الجريدة الرسمية عدد 3527 الصادرة بتاريخ 04 يونيو 1980، ص740.

860 - أشار في هذا الإطار مرسوم 12 ماي 1980 السالف الذكر، من خلال الفصلين 6 و7 منه، إلى صنفين آخرين من موظفي الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، ويتعلق الأمر هنا بموظفي المعمل بمطبعة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، الذين تجري عليهم الأحكام المطبقة على موظفي المعمل بالمطبعة الرسمية والموظفين الإعلاميين الذين تحدد وضعيتهم بمرسوم.

861 - الفصل 7 من مرسوم 12 ماي 1980 السالف ذكره.

862 - يدرج موظفوا الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي المرسمون والمتدربون بالإضافة إلى الأعوان المشار إليهم في الفصلين 5 و6 من مرسوم 12 ماي 1980 بشأن النظام الأساسي الخاص بموظفي الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في الأسلاك التالية: سلك أعوان الخدمة، سلك أعوان التنفيذ، سلك الأعوان العموميون، سلك المراقبين، سلك المفتشين المساعدين، سلك المفتشين وسلك المفتشين الإقليميين.

863 - خلفا لمرسوم 12 ماي 1980 الخاص بالنظام الأساسي لموظفي الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، الذي اكتفى فيما يتعلق بالشروط العامة لتعيين وترقية موظفي هذا الصندوق بالإحالة فقط على الشروط العامة المطبقة على موظفي الدولة، فإن الاتفاقية الجماعية المنظمة لوضعية مستخدمي الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي قد حددت هذه الشروط بشكل دقيق، حيث ميزت بين المستخدمين الدائمين و المستخدمين المؤقتين، فالنسبة للمستخدمين الدائمين في الدرجات من 1 إلى 9 فإن تعيينهم يتم عن طريق المباراة أما باقي الدرجات فإن تعيينهم يتم من طرف المدير العام للصندوق، طبقا للشروط المحددة في الفصلين 9 و10 من الاتفاقية الجماعية المنظمة لوضعية مستخدمي الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

864 - أنظر بهذا الخصوص الفصل 31 من مرسوم 12 ماي 1980 بشأن النظام الأساسي الخاص بموظفي الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، الجريدة الرسمية عدد 3527 الصادرة بتاريخ 4 يونيو 1980.

الفقرة الأولى - موارد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

لقد حدد الفصل 18 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، موارد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي فيما يلي:

* واجبات الاشتراك والزيادات المفروضة في حالة التأخر في أداء الاشتراكات⁸⁶⁵؛
* الهبات والوصايا؛

* عوائد توظيف أموال الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لدى صندوق الإيداع والتدبير؛
* جميع الموارد الأخرى المخولة للصندوق بموجب تشريع أو نظام خاص.

هذا بالإضافة إلى أموال احتياطية تقنية وأرصدة التأمين، حيث نجد أن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، قد أسس في الفترة ما بين 1961 و1972 رصيذا واحدا للاحتياط لدى صندوق الإيداع والتدبير، ثم انشطره فيما بعد ليشمل ثلاثة أرصدة مختلفة بعد إصلاح سنة 1972 وهي كالتالي:

* أموال احتياطية لأداء التعويضات العائلية؛
* أموال احتياطية لأداء التعويضات الاجتماعية القصيرة الأمد؛
* رصيد للتأمين يتعلق بالتعويضات الاجتماعية الطويلة الأمد.

وتنتج هذه الأموال من فائض المبالغ السنوية بالنسبة للموارد الخاصة بكل صنف من التعويضات⁸⁶⁶.

الفقرة الثانية: الرقابة المالية على أموال الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

يخضع الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي للمراقبة المالية، بهدف التأكد من تدبير أمواله بكيفية صحيحة تمكنه من تحقيق السياسة المتبعة في مجال الضمان الاجتماعي⁸⁶⁷ ونميز في هذه الرقابة بين الرقابة الداخلية (أولا) والرقابة الخارجية (ثانيا).

865 - نلاحظ في هذا الصدد، أن المشرع المغربي لم يعطي تعريفا للاشتراكات، رغم أنها تعد المصدر الأساسي والرئيسي لتمويل الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، ويمكن أن نعرفها في هذا الإطار و بشكل مبسط بأنها هي تلك المبالغ المالية المقدمة من طرف كل من الأجير والمشغل، بهدف تغطية التزامات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وقد حدد المشرع مقدار هذه الاشتراكات في نسب معينة من الأجر، تختلف بحسب كل صنف من أصناف التعويضات المستتقة للأجراء، إذ تحدد نسبة الاشتراك عن التعويضات العائلية في 6.5% من الأجر الكامل ويتحملها المشغل لوحده، في حين تعادل نسبة الاشتراك عن التعويضات قصيرة الأمد 1% في حدود سقف 6000 درهم في الشهر ويتحمل الأجير ثلثها والمشغل الثلثين، في حين تصل نسبة الاشتراك عن التعويضات طويلة الأمد 11.89% من الأجر المحدد سقفه في 6000 درهم في الشهر يتكفل الأجير بأداء ثلثها والمشغل ثلثيها.

وتخضع المهن البحرية لنظام خاص، حيث تصل نسبة المساهمات إلى 4,65% من صافي الدخل بالنسبة لسفن الصيد و 6% بالنسبة للسفن التي تستعمل تقنية الخيوط الطويلة وسفن صيد السردين، وتحتسب هذه النسب من الدخل الخاضع لسفن الصيد وتمول كلا من الخدمات قصيرة وطويلة الأمد، وتتم مراجعة نسب الاشتراك بطريقة تسمح بموازنة الموارد بالنفقات السنوية بشكل يمكن من تحقيق فائض يمول صناديق الاحتياط.

866 - نظام الضمان الاجتماعي بالقطاع الخاص، " تاريخ، تنظيم، إحصائيات"، الطبعة الثانية، منشورات الضمان الاجتماعي (1961-1999)، ص50.

867 - عبد الله الحميدي، إشكالية تمويل الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال والمقاولات، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسيسية الرباط، يوليوز 2012 ص 52.

أولا - الرقابة الداخلية

يمارس هذه الرقابة المجلس الإداري للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، باعتباره الهيئة المركزية المكلفة بذلك، غير أنه ونظرا لكثرة المهام التي يقوم بها هذا الأخير، فإنه يخول هذه المهمة إلى أحد المصالح المكلفة بإدارة الضمان الاجتماعي⁸⁶⁸.

ثانيا - الرقابة الخارجية

يخضع تدبير وتسيير أموال الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، لرقابة الدولة التي نظمها ظهير 22 أبريل 1960⁸⁶⁹، وفي هذا الإطار فإن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يخضع لرقابة خارجية من طرف وزارة الاقتصاد والمالية، من خلال تعيين مراقب مالي من بين مفتشي المالية أو المدراء، حيث يعهد إليه بتتبع كل العمليات التي تكتسي بشكل مباشر أو غير مباشر صبغة مالية باستثناء العمليات التي تندرج في إطار النظر في تصفية الحقوق التأمينية المتعلقة بالتعويضات لفائدة المستفيدين من خدمات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي⁸⁷⁰.

هذا، فضلا عن رقابة وزارة الاقتصاد والمالية، فإن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يخضع لرقابة من نوع آخر، من طرف هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي، وذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 2 من القانون رقم 64-12 القاضي بإحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي، حيث تمارس هذه المراقبة على عمليات التقاعد الخاضعة لأحكام الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر بتاريخ 15 من جمادى الآخرة 1392 (27 يوليوز 1972) المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه⁸⁷¹.

868 - زروال بلعيد، التنظيم الإداري والمالي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999، ص 120.

869 - يتعلق هذا الظهير بتنظيم مراقبة الدولة المالية على المكاتب والمؤسسات العمومية والشركات ذات الامتيازات، وكذا الشركات والمنظمات المستفيدة من المساعدة المالية التي تمنحها الدولة أو الجماعات الترابية، حسب ما وقع تغييره بالظهير الشريف رقم 61.402.1 المؤرخ في 30 يونيو 1962.

870 - في هذا الإطار تعرض على المراقب المالي، كل الوثائق والفوائم ونظير من الموازنة الشهرية العامة للحسابات، كما يمسك محاسبة خاصة، تمكنه من تقييم مشروع الميزانية العامة السنوية النهائية، وتتبع تطبيقها عن قرب ومن معاينة تقلبات المداخل، ومن مهامه أيضا معاينة المزايدات والمصادقة على اقتناء المعدات الضرورية وعلى المضاربات وكذا على سندات التحويل والاقتناء، ويتلقى حسابات السنة المالية السابقة والحساب الختامي والحساب التعويضي ونتائج السنة الماضية، وبعد دراسة هذه الوثائق يباشر المراقب المالي عملية عرض مجموع النتائج المالية للسنة ويوجه نظيرا منه إلى الوزارة الوصية إلى وزارة المالية وإلى المدير العام.

871 - تنص في هذا الإطار المادة 2 من القانون رقم 64-12 القاضي بإحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي على ما يلي: " تمارس الهيئة مراقبتها على الأشخاص الخاضعين للقانون العام أو الخاص باستثناء الدولة، الذين يقومون بممارسة أو تدبير:

1 - ...

2 - عمليات التقاعد الخاضعة لأحكام:

- ...

- ...

الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر بتاريخ 15 من جمادى الآخرة 1392 (27 يوليوز 1972) المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي، ...

وتمارس مراقبة الهيئة وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تطبق على هذه العمليات⁸⁷² على الوثائق وفي عين المكان، بهدف التأكد من التوازن المالي والاكتواري لهذه العمليات، كما تمارس مراقبة الهيئة على الوثائق التي تفرض الهيئة الإدلاء بها إذا كانت ضرورية لمهمة المراقبة.

وفي هذا الإطار يجب على الهيئات التي تزاوّل هذه العمليات أو تدبرها الإدلاء بجميع البيانات والتقارير والجداول وكل الوثائق التي تمكن من مراقبة وضعيتها المالية والتقنية وفق الشكل وداخل الأجل المحددة بمنشور تصدره الهيئة. ويمارس هذه المراقبة بعين المكان مستخدمون بالهيئة محلفون منتدبون من لدنها لهذا الغرض، ويمكن لهؤلاء المستخدمين في كل وقت أن يفحصوا بعين المكان جميع العمليات التي يقوم بها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، ويمكن توسيع نطاق هذه المراقبة وفق نفس الكيفيات والشروط لتشمل الأنشطة الأخرى التي يمارسها الصندوق⁸⁷³.

وعلاقة بنفس الموضوع، تتمتع هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي بسلطة البحث في كل شكاية تتعلق بالعمليات المشار إليها في المادة 2 من القانون رقم 64-12 السالف ذكره اتجاه الهيئات الخاضعة لمراقبتها، كما تتأكد هذه الهيئة من تقييد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بأحكام القانون رقم 05-43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.79 بتاريخ 28 من ربيع الأول 1428 (17 أبريل 2007) عند خضوعه لهذه الأحكام.

وفضلا عن ذلك، وفي إطار القيام بمهامها تقوم هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي بتوجيه المعطيات الإحصائية والمالية المرتبطة بالهيئات الخاضعة لمراقبتها إلى الإدارة المختصة بناء على طلب منها⁸⁷⁴، كما يجوز لها أن تنشر بجميع الوسائل التي تراها ملائمة العقوبات الصادرة في حق الهيئات الخاضعة لمراقبتها⁸⁷⁵، على أن الطعون ضد قرارات هذه الهيئة ترفع إلى المحكمة الإدارية بالرباط⁸⁷⁶.

هذا، وتتميمًا لأحكام المادة 2 من القانون رقم 64.12 القاضي بإحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.10 بتاريخ 4 جمادى الأولى 1435 (6 مارس 2014)، تمارس هذه الهيئة أيضا المراقبة المالية على الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي برسم تدييره لنظام المعاشات المحدث بموجب القانون رقم 99.15 المتعلق بإحداث نظام للمعاشات لفائدة فئات المهنيين والعمال المستقلين والأشخاص غير الأجراء الذين يزاولون نشاطا خاصا، ويكون الغرض من هذه المراقبة الحرص على احترام الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.

872 - الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون رقم 64-12 القاضي بإحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي.

873 - توجه هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي سنويا إلى رئيس الحكومة تقريرا حول نتائج هذه المراقبة، وذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 11 من القانون رقم 64 - 12 القاضي بإحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي.

874 - المادة 9 من القانون رقم 64 - 12 القاضي بإحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي.

875 - المادة 50 من القانون رقم 64 - 12 القاضي بإحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي.

876 - المادة 51 من القانون رقم 64 - 12 القاضي بإحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي.

وفي هذا الإطار، يتعين على الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، أن ينجز افتتاحا اكتواريا لوضعية نظام المعاشات السالف ذكره، وإذا تبين أن الوضعية المالية لهذا النظام قد لا توفر الضمانات الكافية لتمكينه من الوفاء بالتزاماته، وجب على الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي أن يقدم لهيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي، مخططا لتصحيح مرفقا بتقرير اكتواري ويجب أن يتضمن هذا المخطط الإجراءات المتعلقة بمحددات الاشتراكات وبقيمة النقطة عند التصفية الكفيلة بتوفير الضمانات الكافية لتمكين النظام من الوفاء بالتزاماته وإذا لم يقدم الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي هذا المخطط أو رفضت هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي مخطط التصحيح الذي قدمه إليها هذا الصندوق أو لم يتم هذا الأخير داخل الأجل المحددة بتنفيذ مخطط التصحيح الذي تم قبوله، توجه هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي، إلى رئيس الحكومة تقريرا يعاين هذه الوقائع وتقترح فيه عند الاقتضاء الإجراءات المناسبة لاستعادة توازن نظام المعاشات المذكور⁸⁷⁷.

فضلا عن ذلك، يجب على الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، أن يقدم إلى هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي كل سنتين تقريرا اكتواري يتضمن تقييما لقيمة اقتناء النقطة، أخذا بعين الاعتبار البنية الديمغرافية لنظام المعاشات، ويجب أن يتناول هذا التقرير توازن تعريف نظام المعاشات وأن يقترح عند الاقتضاء التعديلات الضرورية اللازم القيام بها خلال مدة لا تتجاوز 5 سنوات إذا تبين أن هذه القيمة من شأنها الإخلال بهذا التوازن.

المبحث الثاني: تعويضات نظام الضمان الاجتماعي

تجلى أهم نفقات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي⁸⁷⁸، في التعويضات والخدمات التي يقدمها هذا الصندوق لمنخرطيه، ذلك أن اشتراكات هؤلاء المنخرطين تعتبر المصدر الرئيسي والأساسي لموارده المالية، وبالتالي فإن المنطق يفرض عليه أن يسهر على حمايتهم وذلك بتقديم إعانات وتعويضات تختلف باختلاف الأخطار التي تهددهم، ولذلك فالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي كباقي المؤسسات في مختلف الدول الساهرة على نظام الضمان الاجتماعي، يتولى تسيير ومراقبة أهم الإعانات التي تمنح لكل فئة تستحقها⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ - توجه هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي إلى رئيس الحكومة تقريرا يعاين الوقائع التالية:

* عدم تقديم الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي للتقرير اكتواري المنصوص عليه في المادة 48 من القانون رقم 12 - 64 القاضي بإحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي؛

* رفض الهيئة للتقرير الذي قدمه الصندوق؛

* عدم قيام الصندوق داخل الأجل المحددة بتنفيذ التعديلات المقترحة من طرفه.

وتقتصر الهيئة في التقرير المذكور عند الاقتضاء الإجراءات الواجب اتخاذها لاستعادة توازن تعريف نظام المعاشات.

878 - نشير في إطار حديثنا عن نفقات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، إلى أن المشرع المغربي قد ألزم الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بموجب الفصل 30 من الظهير الشريف رقم 1.72.184 الصادر في 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، بإيداع الأموال الاحتياطية المتوفرة لديه غير الأموال اللازمة لتسييره العادي لدى صندوق الإيداع والتدبير.

879 - الحسن كيحل، أنظمة التقاعد في المغرب "الصندوق المغربي للتقاعد والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، الرباط السنة الجامعية 2010 - 2011، ص 42.

وفي هذا الإطار، يقدم الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، برسم تدييره لنظام الضمان الاجتماعي تعويضات مختلفة، يمكن إجمالها في التعويضات العائلية (المطلب الأول) والتعويضات القصيرة الأمد والتعويضات الطويلة الأمد (المطلب الثاني)⁸⁸⁰.

المطلب الأول: التعويضات العائلية

ترتكز التعويضات العائلية على مبدأ المساعدة الاجتماعية⁸⁸¹، وهي تعويضات يمنحها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي عن الأولاد من أجل رعاية سليمة، وذلك مساعدة للأجير على المصاريف التي يضطر إلى إنفاقها، وهي تعويضات تهدف إلى حماية الأسرة لأنه ينتج عنها توفير دخل إضافي بالنظر إلى تعدد الأولاد، وهي تتغير حسب السياسة الديمغرافية للدولة ويتحمل المشغل في إطارها وحده مبلغ الاشتراك اعتمادا على اقتطاع من الكتلة الإجمالية للأجور دون تحديد السقف⁸⁸². هذا، ويستفيد من التعويضات العائلية الأجراء المزاولون لنشاط مهني، الخاضعون لنظام الحماية الاجتماعية والمقيمون بالمغرب وكذا أصحاب المعاشات الذين لديهم أطفال ولدوا على أبعاد تقدير في اليوم الثلاثمائة الموالي للتاريخ الفعلي للمعاش⁸⁸³، وتشمل التعويضات العائلية التي يصرفها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في الوقت الحالي

880 - تجدر الملاحظة في هذا السياق، إلى أن التعويضات التي يقدمها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي (التعويضات الطويلة الأمد التعويضات القصيرة الأمد و التعويضات العائلية) يتم تسييرها كفروع مستقلة، بحيث يفترض أن يضمن كل فرع توازنه الخاص وحسب تقرير المجلس الأعلى للحسابات الصادر سنة 2013 حول منظومة التقاعد بالمغرب، فإن عدد المستفيدين من خدمات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي خلال سنة 2011 قد بلغ 407.810 مستفيد، منها نسبة 79% استفادت من معاش الشيخوخة ونسبة 19% استفادت من معاش ذوي الحقوق ونسبة 2% استفادت من معاش العجز.

وقد حددت المبالغ الموزعة برسم سنة 2011 كالتالي:

*التعويضات الطويلة الأمد : 6.505.766.000 درهم؛

*التعويضات العائلية : 3.760.164.000 درهم؛

*التعويضات القصيرة الأمد : 472.432.000 درهم.

⁸⁸¹ - الفصل 1 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

⁸⁸² - إن مقدار هذه التعويضات يكون موحدًا بالنسبة لجميع المؤمن لهم كيفما كانت مبالغ أجورهم، وهي تعويضات يستفيد منها أيضا العامل الأجير خلال المدة التي يستفيد فيها من التعويض عن فقدان الشغل، كيفما كان المبلغ الشهري الممنوح له برسم هذا التعويض وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 40 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه بموجب القانون رقم 03.14 الصادر سنة 2014.

⁸⁸³ - للاستفادة من هذه التعويضات يتعين على الأجير المؤمن له:

*إثبات 108 أيام من الاشتراك متصلة أو غير متصلة خلال 6 أشهر من تسجيله؛

*إثبات أجرة شهرية لا تقل على 60% من الحد الأدنى القانوني للأجر في الصناعة والتجارة أو في الفلاحة (غير أن الحق في التعويضات العائلية يخول للمؤمن له الذي يمارس نشاطا موسميا ويثبت أنه يتقاضى أجرة شهرية متوسطة هي عبارة عن سدس الأجرة المؤداة عنها الاشتراكات والمقبوضة خلال 6 أشهر المنصرمة بشرط أن تعادل الأجرة الشهرية المتوسطة ما لا يقل عن نسبة 60% من الحد الأدنى القانوني للأجر في الصناعة والتجارة أو في الفلاحة).

وإضافة إلى الشروط السابقة المتعلقة بالمؤمن له يجب أن لا يتجاوز سن الطفل:

* 12 سنة بالنسبة للطفل المتكفل به والمقيم بالمغرب؛

* 18 سنة بالنسبة للطفل المستفيد من تكوين مهني؛

* 21 سنة بالنسبة للطفل الحاصل على البكالوريا والذي يتابع دراسته الجامعية بالمغرب أو بالخارج.

قسطين⁸⁸⁴، قسط نقدي وقسط عيني⁸⁸⁵، حيث يتحدد حاليا القسط النقدي في 300 درهم عن كل ولد ويخول الحق في الحصول على التعويضات العائلية وذلك في حدود ثلاثة أولاد الأولون و36 درهما للأطفال الثلاثة الموالين⁸⁸⁶، أما القسط العيني فإنه يمنح في شكل إعانة صحية عائلية بعد تقديم ملف طبي يخول الحق في إرجاع المصاريف، ضمن حدود المقادير التي أشار إليها الفصل 4 من ظهير 18 أبريل 1980⁸⁸⁷، والذي حددها بحد أدنى مقدر مبلغه ب300 درهم وحد أقصى مقدر مبلغه ب800 درهم سنويا⁸⁸⁸.

وابتداء من شهر ماي 2007 أصبحت تصرف التعويضات العائلية مباشرة إلى المستفيد⁸⁸⁹ ويقوم الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بشكل دوري بمراقبة منح هذه التعويضات للتأكد من استمرار شروط الاستفادة منها (الحياة، التمدرس، التكوين...) ⁸⁹⁰.

ولا يشترط تحديد السن بالنسبة للأطفال في وضعية إعاقة ولا يتوفرون على دخل قار، كما أنه يمكن عدم مراعاة واجب الإقامة المشار إليه في الفقرة الأولى من الفصل 40 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلقة بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، وذلك طبق الشروط المحددة بمرسوم.

⁸⁸⁴ - للاطلاع على الوثائق اللازمة للحصول على التعويضات العائلية، انظر الموقع الرسمي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

(www.cnss.ma.)

⁸⁸⁵ - يجب إيداع طلب الاستفادة من التعويضات العائلية في أجل لا يتعدى 6 أشهر ابتداء من تاريخ ولادة الطفل وفي حالة التأخر في تقديم الطلب لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، فإن هذا الأخير لا يدفع التعويضات الحال أجلها إلا بالنسبة للستة أشهر التي سبقت تاريخ إيداع الطلب كحد أقصى، وعند تغيير الوضعية يجب على المؤمن له إشعار الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بانتهاء التمدرس أو التكوين أو وفاة الأطفال المعنيين.

⁸⁸⁶ - تشير في هذا الإطار، إلى أنه لا يمكن للمؤمن له أن يتقاضى هذا التعويض إلا عن ستة أولاد على الأكثر، فيما يخص الأولاد المصروح بهم في الحالة المدنية، وإذا لم يصرح بالأولاد في الحالة المدنية فإن هذه التعويضات لا تؤدي إلا عن أربعة أولاد على الأكثر من هذا الصنف، وإذا كان مؤمنا لكل من الزوج والزوجة وكان في إمكانهما الاستفادة من التعويضات العائلية، فإن هذه التعويضات لا تؤدي إلا للزوج وفي حالة هجران فراش الزوجية أو في حالة انفصام عرى الزوجية، فإن التعويضات العائلية تؤدي في جميع الحالات إلى الشخص المعهود إليه بحضانة الأولاد.

وفي جميع الحالات لا يمكن منح تعويضات عائلية مضاعفة بالنسبة لنفس الولد، كما يمكن أن يتوقف الحق في تحويل التعويضات العائلية على تقاضي أجرة شهرية دنيا يحدد مبلغها بمرسوم يتخذ باقتراح من الوزير المكلف بالشغل والوزير المكلف بالمالية.

⁸⁸⁷ - يتعلق الأمر هنا بالمرسوم رقم 2.79.691 الصادر بتاريخ 18 أبريل 1980 بتحديد مقدار التعويض العائلي الممنوح من لدن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

⁸⁸⁸ - في إطار المقتضيات المشتركة بين التعويضات التي يمنحها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، فإنه يتعين على المستفيد من هذه التعويضات أن يقبل إجراء الفحوص والمراقبات كيفما كان نوعها، المقررة من لدن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، على أنه في حالة رفض هذه الإجراءات يجوز للصندوق أن يوقف أداء هذه التعويضات أو يخفض منها أو يحذفها وتبين في النظام الداخلي الضمانات التي ينتفع بها المستفيد من التعويض قبل أن تطبق عليه العقوبات السالفة الذكر.

⁸⁸⁹ - يعتمد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، في تدبيره للتعويضات العائلية على مبدأ "التوزيع السنوي"، الذي يقوم على أساس ضبط نسبة الاشتراك السنوية بالشكل الذي يسمح للنظام بتغطية مصاريفه خلال نفس السنة، ويتوفر فائض يوجه لتكوين احتياطات لمواجهة أي تراجع غير متوقع للموارد أو ارتفاع مفاجئ للنفقات.

⁸⁹⁰ - نرى من وجهة نظرنا الشخصية أن التعويضات التي يقدمها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي عموما، تبقى قاصرة عن تحقيق الدور المنوط بها، وذلك بسبب قساوة الشروط القانونية التي تطلبها المشرع للحصول عليها من جهة، ومن جهة أخرى بالنظر لمحدودية مبالغها، لذلك لا بد من تبني إصلاحات عميقة للنظام القانوني المؤسس لهذه التعويضات، قصد تحقيق حماية اجتماعية فعالة للمؤمن لهم.

المطلب الثاني: التعويضات القصيرة والطويلة الأمد

يمنح الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي إضافة إلى التعويضات العائلية تعويضات قصيرة الأمد (الفقرة الأولى)، وتعويضات طويلة الأمد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التعويضات القصيرة الأمد

يمنح الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي تعويضات قصيرة الأمد⁸⁹¹، وهذه التعويضات طبقا للفصل الأول من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 03.14 الصادر سنة 2014،

تشمل التعويضات اليومية عن الحوادث والأمراض غير المهنية (أولا)، التعويض اليومي عن الولادة (ثانيا)، التعويض عن الوفاة (ثالثا) والتعويض عن فقدان الشغل (رابعا)، وهذه التعويضات لا تمنح إلا بتوفر شروط محددة فرضها القانون في هذا الإطار.

وستتطرق لهذه التعويضات بنوع من التفصيل فيما يلي:

أولاً: التعويضات اليومية عن الحوادث والأمراض غير المهنية

يستفيد المؤمن له من تعويض يومي عن المرض، في حالة تعرضه لعجز بدني يمنعه من استئناف عمله⁸⁹²، شريطة أن يكون هذا العجز مثبت من طرف طبيب معين لهذا الغرض أو طبيب معتمد من طرف الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وأن يتوفر الأجير على 54 يوما متصلة أو غير متصلة من الاشتراك، خلال الستة أشهر المدنية السابقة لحصول العجز، ولا يجوز للمؤمن له بعد العجز الأول أن يطالب من جديد بالتعويض اليومي، إلا بعد أن تنقضي على استئناف العمل مدة لا تقل عن 18 يوما متصلة أو غير متصلة من الاشتراك⁸⁹³.

⁸⁹¹ - تسمى هذه التعويضات أو الإعانات قصيرة الأمد، لأنها تقدم إما خلال مدة غير معينة ولكن قصيرة نسبيا، ويتعلق الأمر هنا بالتعويضات اليومية في حالة المرض والحادثة، وإما تقدم خلال مدة معينة ومحددة ويتعلق الأمر هنا بالتعويض عن الولادة وعن فقدان الشغل وإما تقدم دفعة واحدة ويتعلق الأمر هنا بمنحة الوفاة.

⁸⁹² - يتضح من خلال مقتضيات الفصل 32 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر بتاريخ 15 جمادى الثانية 1392 (27 يوليوز 1972) المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، أن المشرع المغربي يتحدث عن "العجز البدني" وهو ما يدفعنا إلى التساؤل حول حق الأجير في الحصول على هذا النوع من التعويضات في حالة إصابته "بعجز صحي" ناتج عن مرض نفسي أو عقلي تعرض له هذا الأخير، والواقع بخصوص هذه النقطة أن بعض التشريعات قد أقرت حق الأجير في الحصول على هذا التعويض في مثل هذه الحالات، منها التشريع اللبناني حيث ورد في المادة 25 من قانون الضمان الاجتماعي اللبناني بأن المرض الذي يعرض عنه الأجير هو " كل حالة مرضية جسدية أو عقلية أو نفسية غير ناتجة عن طارئ العمل أو عن مزاوله مهنة... "،

لذلك لا بد من تعديل مقتضيات الفصل 32 السالف ذكره، وذلك بالإشارة إلى المؤمن له المصاب "بعجز صحي" بدل عبارة "العجز البدني".
⁸⁹³ - نرى في هذا الصدد، أنه لا بد من التخفيف من الشروط المتطلبة للحصول على هذا النوع من التعويضات، خاصة الشرط المتمثل في توفر الأجير المريض على 54 يوما من الاشتراك خلال 6 أشهر المدنية السابقة للعجز، إذ لا يعقل أن يتم ربط حق الأجير في الحصول على هذا النوع من التعويضات بالتوفر على فترة معينة من الاشتراك، وأن يتم حرمانه من هذا التعويض لأن فترة الاشتراك لم يتم استيفائها، لذلك لا بد من إلغاء هذا الشرط.

وفي حالة وفاة المؤمن له، يؤدي مبلغ التعويضات اليومية عن المرض المستحقة للمؤمن له إلى تاريخ وفاته، لذوي حقوقه حسب الشروط المنصوص عليها في الفصل 45 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

هذا، وإذا كان العجز ناتجا عن حادثة غير حادثة الشغل، اعترف للمصاب بالحق في التعويضات اليومية دون مراعاة شرط التميرين، على أن يكون التأمين قد فرض عليه في تاريخ وقوع الحادثة⁸⁹⁴.

ويصرف التعويض اليومي ابتداء من اليوم الرابع وطوال 52 أسبوعا على الأكثر خلال 24 شهرا المتتابة التي تلي بداية العجز، ويستحق هذا التعويض عن كل يوم عمل أو عطلة ويحدد مبلغه في 2/3 من الأجر اليومي المتوسط الخاضع للاشتراك والمقبوض خلال 6 أشهر السابقة لبداية العجز⁸⁹⁵.

هذا، وإذا استمر المستفيد من تعويضات يومية في تقاضي أجره خلال مدة العجز عن العمل فإن التعويض اليومي لا يؤدي، إلا إذا كان مجموع جزء الأجر اليومية المحتفظ به والتعويض اليومي لا يتجاوز مبلغ معدل الأجر اليومية المحدد في الفصل 35 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

ثانيا: التعويضات اليومية عن الولادة

تستفيد المرأة المؤمن لها عند انقطاعها عن العمل من أجل الولادة، من تعويضات يومية ابتداء من تاريخ التوقف عن العمل لمدة أربعة عشر أسبوعا، سبعة منها على الأقل بعد الوضع ويساوي مبلغ التعويض 100 % من متوسط الأجر اليومي الخاضع للاشتراك والمقبوض خلال الستة أشهر السابقة للتوقف عن العمل بسبب الولادة، ويؤدي التعويض عن كل يوم سواء كان يوم عمل أم لا.

⁸⁹⁴ - طبقا لمقتضيات الفصل 33 من القانون رقم 17.02 الصادر سنة 2004 والمغير والمتمم بموجبه الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر بتاريخ 15 من جمادى الثانية 1392 (27 يوليوز 1972) المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي، فإنه يجب = = على المؤمن له تحت طائلة إيقاف صرف التعويضات اليومية عن الحوادث والأمراض غير المهنية، أن يوجه خلال الثلاثين يوما التالية لانقطاعه عن العمل أو تمديد التوقف عنه إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ما لم تحل دون ذلك قوة قاهرة إعلاما بانقطاعه عن العمل، يوقعه الطبيب المعالج والمشغل على مطبوع يحدد نموذج المدير العام للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي كما يجب أيضا على المؤمن له تحت طائلة التقادم ما لم تحل دون ذلك قوة قاهرة، إيداع طلب التعويضات اليومية عن المرض لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في أجل الستة أشهر الموالية لتاريخ العجز عن العمل .

⁸⁹⁵ - للاستفادة من هذا التعويض يتعين الإدلاء بالوثائق التالية:

- بالنسبة للطلب الأولي:

* إشعار بالتوقف عن العمل وطلب التعويضات اليومية عن المرض (المطبوع مرجع 16-1-312) معبأ من طرف المشغل والطبيب المعالج؛
* محضر المعاينة (معد من طرف السلطات المعنية) في حالة حادثة سير، بالإضافة إلى المطبوع مرجع 07-3-317 الخاص بالحلول محل المعني بالأمر؛

* نسخة من بطاقة التعريف الوطنية أو جواز السفر أو بطاقة الإقامة (إذا لم يتم الإدلاء بها سابقا للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي)؛

* شهادة بنكية أو نموذج شيك مسطر (إذا لم يتم الإدلاء بها سابقا للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي)؛

* طي سري للطبيب المعالج (اختياري).

- بالنسبة لطلب التمديد طي سري للطبيب المعالج (اختياري).

ويشترط للاستفادة من هذا التعويض، أن تكون الأجيحة مسجلة بالصدوق الوطني للضمان الاجتماعي وأن تتوفر على الأقل على 54 يوما متصلة أو غير متصلة من الاشتراك خلال العشرة أشهر المدنية للتسجيل السابقة لتاريخ التوقف عن العمل من أجل الولادة، وأن تنقطع عن مزاولة كل عمل بأجر أثناء مدة تمتعها بالتعويض، وأن تكون مستوطنة بالمغرب وأن يتم إيداع الإشعار بالانقطاع عن العمل في أجل لا يتعدى 30 يوما ابتداء من تاريخ الانقطاع عن العمل، أما بالنسبة لطلب التعويضات اليومية عن الولادة فيتم إيداعه في أجل لا يتعدى 9 أشهر ابتداء من تاريخ التوقف عن العمل⁸⁹⁶.

وعلاقة بنفس الموضوع، فإن لكل أجير ممارس لنشاط خاضع لنظام الضمان الاجتماعي ومصرح به لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، الحق في تعويض يؤدي له من طرف المشغل - وهو ما يصطلح عليه بالتعويض عن عطلة الولادة - يقدر بثلاثة أيام من عطلة الولادة عند ازدياد كل مولود لديه، ويقوم الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بإرجاع هذا التعويض مباشرة للمشغل. ويساوي مبلغ هذا التعويض أجر إجازة ثلاثة أيام (الأجر الذي يتلقاه الأجير أثناء مزاولته لعمله) في حدود السقف الأجرى، ولا يمكن أن يتجاوز المبلغ المسدد للمشغل 692,30 درهم⁸⁹⁷.

ثالثا: التعويض عن الوفاة

في حالة وفاة المؤمن له، يستفيد أقرباءه من تعويض مادي يمكنهم من مواجهة المصاريف الأولية المترتبة عن الوفاة، ويؤدي هذا التعويض للأشخاص الذين كان المؤمن له يتكفل بهم بالفعل عند وفاته⁸⁹⁸.

هذا، ويجب أن يودع طلب التعويض عن الوفاة مالم تحل دون ذلك قوة قاهرة، لدى إحدى وكالات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، في أجل لا يتعدى 9 أشهر ابتداء من تاريخ الوفاة ويخول الحق في هذا التعويض إذا ما توفرت أحد الشروط التالية:

⁸⁹⁶ - للاستفادة من التعويضات اليومية عن الولادة يتعين الإدلاء بالوثائق التالية:

- * إشعار بالتوقف عن العمل وطلب التعويضات اليومية عن الولادة (المطبوع مرجع 16-1-312) معبأ من طرف المشغل والطبيب المعالج؛
- * نسخة من بطاقة التعريف الوطنية أو جواز السفر أو بطاقة الإقامة (إذا لم يتم الإدلاء بها سابقا للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي)؛
- * شهادة بنكية أو نموذج شيك مسطر (إذا لم يتم الإدلاء بها سابقا للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي)؛
- * عقد الزيادة أو شهادة الولادة مسلمة من طرف الطبيب؛
- * شهادة الوفاة في حالة وفاة المولود الجديد.

⁸⁹⁷ - للاستفادة من التعويض عن عطلة الولادة يتعين على المؤمن له الإدلاء بالوثائق التالية:

- * "طلب تعويض إجازة الولادة"، المطبوع مرجع 318-1-01؛
- * نسخة من بطاقة التعريف الوطنية أو جواز السفر أو بطاقة الإقامة (إذا لم يتم الإدلاء بها سابقا للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي)؛
- * نسخة من عقد ازدياد الطفل.

⁸⁹⁸ - وذلك حسب الترتيب الآتي:

- 1- الزوج (ة) المتوفى عنه (عنها) أو الزوجات؛
- 2- الفروع عند عدم الزوج (ة) أو الزوجات؛
- 3- الأصول عند عدم الفروع؛
- 4- الإخوة أو الأخوات عند عدم الأصول؛
- 5- الشخص الذي تحمل مصاريف الدفن.

وتوزع الإعانة بالتساوي على المستفيدين المرتبين في نفس الدرجة.

* إذا كان المؤمن له المتوفى مستوفيا لشرط التميين المحدد في 54 يوما من الاشتراك خلال الستة أشهر السابقة للوفاة؛
 * إذا كان المؤمن له المتوفى مستفيدا من تعويضات يومية أو كانت تتوفر فيه الشروط المطلوبة لاكتساب الحق فيها؛
 * إذا كان المؤمن له المتوفى مستفيدا من معاش الشيخوخة أو العجز؛
 * إذا كان المؤمن له المتوفى مستفيدا من تعويض عن فقدان الشغل.

وإذا كانت الوفاة ناتجة عن حادث يعزى إلى الغير وكان المؤمن له المتوفى خاضعا لنظام الضمان الاجتماعي حينه، يخول الحق في التعويض عن الوفاة لذوي الحقوق دون مراعاة الشرط المنصوص عليه في الفصل 32 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

ويتراوح مبلغ التعويض عن الوفاة عموما ما بين 10000 و12000 درهم، ويحدد هذا المبلغ في 9250 درهما إذا كانت الوفاة نتيجة حادث شغل ويتراوح هذا المبلغ ما بين 5000 و6000 درهم إذا كان المستفيد شخصا آخر غير قريب للمتوفى⁸⁹⁹.

رابعا: التعويض عن فقدان الشغل

يمنح الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي تعويضا عن فقدان الشغل، لفائدة الأجراء الذين فقدوا شغلهم بكيفية لا إرادية⁹⁰⁰، وذلك لمدة ستة أشهر تبتدئ من اليوم الموالي لتاريخ فقدان الشغل⁹⁰¹، ويساوي مقدار هذا التعويض 70% من الأجر الشهري المتوسط المصرح به لفائدة الأجير خلال الستة وثلاثين شهرا الأخيرة التي تسبق تاريخ فقدان الشغل، دون

⁸⁹⁹ - للاستفادة من التعويض عن الوفاة يتعين الإدلاء بالوثائق التالية:

* "طلب تعويضات أثر وفاة المؤمن له (لها)"، المطبوع مرجع 317-1-01؛
 * "وثيقة الطول محل ذوي الحقوق"، المطبوع مرجع 317-3-07 مصحوب بمحضر الحادثة محتوم ومؤشر عليه من طرف السلطات التي عاينت الحادثة (في حالة إذا كانت الوفاة ناتجة عن حادث على الطريق العمومي).

- وثائق خاصة بالمؤمن له (لها) المتوفى(ة):

* نسخة من بطاقة التعريف الوطنية أو جواز السفر أو بطاقة الإقامة (إذا لم يتم الإدلاء بها سابقا للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي)؛
 * شهادة وفاة المؤمن له (لها)؛

* نسخة من عقد الزواج مصادق عليها؛

* شهادة طبية مبينة لسبب الوفاة بالنسبة للمؤمن له (لها) الأجير (ة) أو شهادة الوفاة مسلمة من طرف المصالح المختصة.

- وثائق خاصة بصاحب الطلب:

* التزام بإرجاع المبالغ التي تم صرفها بعد وفاة المؤمن له (لها) المستفيد (ة) من معاش (استمارة رقم 1-22-310)؛

* نسخة من بطاقة التعريف الوطنية لصاحب (ة) الطلب (إذا لم يتم الإدلاء بها سابقا للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي)؛

* شهادة الحياة لا تتعدى مدتها 3 أشهر إذا لم يتم ملأ الإطار المخصص لها؛

* شهادة بنكية أو نموذج شيك لصاحب الطلب (إذا لم يتم الإدلاء بها سابقا للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي).

هذا، وللإطلاع على الوثائق المطلوبة للاستفادة من التعويض عن الوفاة والخاصة بوضعية كل مستفيد على حدى، أنظر الموقع الرسمي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي (www.cnss.ma).

⁹⁰⁰ - تم إقرار التعويض عن فقدان الشغل بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.14.143 الصادر في 25 من شوال 1435 (22 غشت 2014) بتنفيذ القانون رقم 03.14 القاضي بتغيير وتتميم الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر في 15 من جمادى الثانية 1392 (27 يوليوز 1972) المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي.

⁹⁰¹ - طبقا للفصل 64 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي والمغير والمتمم بموجب القانون رقم 03.14 الصادر سنة 2014، فإن المستفيد من راتب زمانة أو شيخوخة لا يستفيد من التعويضات اليومية و من التعويض عن فقدان الشغل.

أن يتجاوز هذا المقدار الحد الأدنى القانوني للأجر، وتعتبر فترة التعويض بمثابة مدة تأمين تفتح الحق في التعويض عن المرض وفي التعويضات العائلية وتؤخذ كذلك بعين الاعتبار في احتساب الحق في راتب التقاعد⁹⁰²، وفي حالة حصول المؤمن له على عمل خلال الستة أشهر المستحق عليها التعويض عن فقدان الشغل يجب عليه أن يخبر بذلك كتابة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي داخل أجل لا يتجاوز ثمانية أيام تحتسب ابتداء من تاريخ حصوله على العمل⁹⁰³.

وللاستفادة من التعويض عن فقدان الشغل، فإنه يتعين على الأجير الذي فقد شغله بكيفية لا إرادية، أن يثبت توفره على فترة للتأمين بنظام الضمان الاجتماعي، لا تقل عن 780 يوماً خلال السنوات الثلاث السابقة لتاريخ فقدان الشغل، منها 260 يوماً خلال 12 شهراً السابقة لهذا التاريخ⁹⁰⁴ ولا تدخل في احتساب هذه المدة الأيام المسجلة برسم التأمين الاختياري المنصوص عليه في الفصل 5 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه بموجب القانون رقم 17.02 الصادر سنة 2004، ويشترط كذلك في الأجير الذي يرغب في الاستفادة من التعويض عن فقدان الشغل، أن يكون قادراً على العمل ومسجلاً كطالب للشغل لدى الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات⁹⁰⁵.

هذا، وفي حالة وفاة مؤمن له مستفيد من التعويض عن فقدان الشغل، يصرف مبلغ التعويض المستحق له غير المدفوع له في تاريخ وفاته لذوي حقوقه، وفق الشروط المنصوص عليها في الفصل 45 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

الفقرة الثانية: التعويضات الطويلة الأمد

إن الأختطار التي تستمر آثارها بصورة دائمة هي التي أوجدت ما يسمى بالتعويضات أو الإعانات الطويلة الأمد⁹⁰⁶، وتعد هذه التعويضات أهم التعويضات التي يقدمها الصندوق الوطني للضمان

⁹⁰² - تنص المادة الثانية من المرسوم رقم 2.01.2723 الصادر في 27 من ذي الحجة 1422 (12 مارس 2002) المتعلق بتحديد مقدار واجبات الاشتراك المستحقة للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والمغير بالمرسوم رقم 2.14.14 الصادر في 17 من صفر 1436 (10 ديسمبر 2014) على ما يلي: " يحدد مقدار واجب الاشتراك المستحق للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لتسديد النفقات المتعلقة بالتعويضات القصيرة الأمد في نسبة 1,57 % من أجرة الأجير الإجمالية الشهرية موزعة كالتالي:

* 0,57 % برسم التعويض عن فقدان الشغل منها 0,38 % يتحملها المشغل و0,19 % يتحملها العامل الأجير، ولا تطبق نسبة الاشتراك هاته على الشخص المكتتب في التأمين الاختياري المنصوص عليه في الفصل 5 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر في 15 من جمادى الثانية 1392 (27 يوليوز 1972) المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

* 1 % برسم التعويضات الأخرى القصيرة الأمد، منها 0,67 % يتحملها المشغل و0,33 % يتحملها الأجير".

⁹⁰³ - الموقع الرسمي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي www.cnss.ma.

⁹⁰⁴ - تجدر الإشارة في هذا الإطار، إلى أن مدد التأمين المجمع قبل تاريخ دخول القانون رقم 03.14 السالف ذكره حيز التنفيذ، تؤخذ بعين الاعتبار من أجل تحويل حق الاستفادة من التعويض عن فقدان الشغل.

⁹⁰⁵ - تشمل الوثائق المطلوبة للاستفادة من التعويض عن فقدان الشغل ما يلي:

* طلب التعويض عن فقدان الشغل المطبوع مرجع 1-26-310 معياً من طرف آخر مشغل، والذي يجب إيداعه لدى إحدى وكالات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي تحت طائلة سقوط الحق داخل أجل الستين يوماً الموالية لليوم الأول من فقدان الشغل ما عدا في حالة قوة قاهرة؛

* نسخة من بطاقة التسجيل لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي؛

* نسخة من بطاقة التعريف الوطنية.

906 - علي عمي، الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، موارده، خدماته، مدفوعاته، " إشكالية إصلاح مرتقب"، الطبعة الثانية 1998 ص 52.

الاجتماعي⁹⁰⁷، وهي تعويضات يمنحها الصندوق لمدة طويلة مقارنة بباقي التعويضات الأخرى، وبما أن نسبتها هي التي تشكل أكبر نسبة فيما يخص الاشتراكات، فمن الطبيعي أن تكون هي أيضا النوع الذي يستنزف أكبر قدر من محفظة الصندوق⁹⁰⁸.

والتعويضات الطويلة الأمد تغطي ثلاثة أنواع من المخاطر وهي معاش الشيخوخة (أولا) ومعاش الزمانة (ثانيا)، ومعاش المتوفى عنهم (ثالثا)⁹⁰⁹.

أولاً: معاش الشيخوخة

يعتبر معاش الشيخوخة (التقاعد) بمثابة منحة شهرية يمكن أن يستفيد منها المؤمن له مدى الحياة إذا بلغ السن القانوني للإحالة على التقاعد واستوفى الشروط القانونية المطلوبة للاستفادة من هذا المعاش⁹¹⁰، و يعادل مبلغ معاش الشيخوخة بالنسبة للمؤمن له الذي يراكم 3240 يوماً من العمل 50% من معدل الأجور التي تلقاها خلال 96 شهراً الأخيرة من الاشتراك، وتتم زيادة 1% على هذا المبلغ بالنسبة لكل مدة من التأمين تبلغ 216 يوماً علاوة على 3240 يوماً دون تجاوز نسبة 70% من الأجر المتوسط لـ 96 شهراً الأخيرة من الاشتراك⁹¹¹، وضماناً لاستمرارية الاستفادة من معاش الشيخوخة⁹¹²،

فإن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يقوم سنوياً بعملية مراقبة المستفيدين من هذا المعاش للتأكد من أنهم مازالوا على قيد الحياة⁹¹³.

907 - توفيق كرداد، تمويل التعويضات الطويلة الأمد في قانون الضمان الاجتماعي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية 2009 - 2010، ص 12.

908 - الحسن كيحل، م س، ص 43.

909 - الفصل الأول من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر في 15 من جمادى الثانية 1392 (27 يوليوز 1972) المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه.

910 - تتمثل شروط الاستفادة من معاش الشيخوخة فيما يلي:

* بلوغ سن 60 أو 55 سنة بالنسبة لعمال المناجم الذين يثبتون قضاء خمس سنوات على الأقل من العمل في باطن الأرض؛
* التوقف عن كل نشاط مؤدى عنه أجرة؛

* التوفر على الأقل على 3240 يوماً من الاشتراك.

911 - يعمل براتب الشيخوخة ابتداء من اليوم الأول من الشهر المدني الموالي لتاريخ التوقف عن العمل، بشرط أن يوجه طلب الراتب إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في أجل الستة أشهر الموالية للتاريخ المذكور، وإذا وجه الطلب بعد انصرام هذا الأجل وجب العمل بالراتب ابتداء من اليوم الأول من الشهر المدني الموالي لاستلام الطلب من طرف الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

912 - طبقاً للفصل 64 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، لا يخول المستفيد من راتب زمانة أو شيخوخة الحق في التعويضات اليومية وفي التعويض عن فقدان الشغل.

913 - تتمثل الوثائق المطلوبة للاستفادة من معاش الشيخوخة فيما يلي:

* طلب راتب الشيخوخة (المطبوع مرجع 04-1-315)؛

* نسخة من بطاقة التعريف الوطنية أو جواز السفر أو بطاقة الإقامة (إذا لم يتم الإدلاء بها سابقاً للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي)؛

* شهادة الحياة لا يتعدى تاريخ تسليمها 3 أشهر إذا لم يتم ملئ الإطار المخصص لها؛

* شهادة عدم الشغل إذا لم يتم ملئ الإطار الخاص بالمشغل أو في حالة انقطاع الأجير عن العمل لمدة تفوق ستة أشهر؛

* شهادة بنكية أو نموذج شيك لصاحب (ة) الطلب (إذا لم يتم الإدلاء بها سابقاً للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي).

هذا، ويمكن للمؤمن له بناء على طلب منه، أن يستفيد من التقاعد النسبي ابتداء من 55 سنة شريطة أداء منحة معينة دفعة واحدة من طرف المشغل ويتم تحديد مبلغ هذه المنحة حسب سن المؤمن له ومبلغ المعاش السنوي المحتسب⁹¹⁴، ويمكن للمشغل طلب حساب مبلغ المنحة الواجب أداءه بالنسبة للمؤمن لهم المراد استفادتهم من هذا الإجراء، عن طريق التوجه مباشرة لأقرب وكالة للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي مصحوبا بمجموع الوثائق اللازمة لذلك⁹¹⁵.

ثانيا: معاش الزمانة

يخول الحق في معاش الزمانة بالنسبة للمؤمن له الذي يعاني من عجز دائم، ناتج عن حادثة غير حادثة الشغل أو مرض غير مهني، يمنعه من مزاوله أي نشاط مهني مربح⁹¹⁶ ويمنح معاش الزمانة بصفة مؤقتة ويستبدل بمعاش الشيخوخة عندما يبلغ المستفيد السن القانوني لاستحقاق هذا المعاش مع الحفاظ على نفس المبلغ، ويعادل مبلغ معاش الزمانة 50 % من

وتضاف إلى هذه الوثائق بالنسبة لعمال المناجم (شهادة العمل في باطن الأرض لمدة 5 سنوات على الأقل)، وبالنسبة للمقيمين خارج المغرب (شهادة الإقامة إذا كان أداء المعاش سيتم خارج المغرب)، وبالنسبة للمشاركين بالتأمين الاختياري نسخة من آخر ورقة أداء الاشتراكات، وبالنسبة للطلب في إطار التنسيق بين أنظمة الاحتياط الاجتماعي المغربية شهادة عدد الأيام المصرح بها لدى أنظمة الاحتياط الاجتماعي الأخرى.

914 - تحدد شروط الاستفادة من التقاعد النسبي فيما يلي:

* أن يكون عمر المستفيد 55 سنة و أكثر دون أن يصل إلى 60 سنة؛

* أن يكون المستفيد متوفرا على الأقل على 3240 يوما من الاشتراك؛

* أن يتوفر المستفيد على 54 يوما من الاشتراك خلال الستة أشهر السابقة لطلب التقاعد النسبي؛

* أن يتوفر المستفيد على موافقة المشغل (هذا الشرط ليس ضروريا بالنسبة لفئة البحارة الصيادين)؛

* أن يكون المشغل قد أدى مبلغ المنحة الذي بذمته والمتعلق بالراغب في الاستفادة من التقاعد النسبي.

915 - تتمثل الوثائق التي يتعين على المشغل الإدلاء بها لدى وكالات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، قصد احتساب مبلغ المنحة الواجب أداءه بالنسبة للمؤمن لهم الراغبين في الاستفادة من التقاعد النسبي فيما يلي:

* طلب احتساب مبلغ المنحة للاستفادة من التقاعد النسبي (المطبوع مرجع 06-1-315)؛

* لائحة المؤمن لهم المعنيين بالطلب (المطبوع مرجع 08-1-315).

أما الوثائق التي يتعين على المؤمن لهم الراغبين في الاستفادة من التقاعد النسبي الإدلاء بها فهي كالتالي:

* طلب التقاعد النسبي (المطبوع مرجع 07-1-315)؛

* نسخة من بطاقة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي أو كل وثيقة تبين رقم التسجيل؛

* نسخة من بطاقة التعريف الوطنية (في حالة عدم التصريح برقم التعريف الوطني لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي)؛

* شهادة الحياة (لا تتجاوز مدة إصدارها ثلاثة أشهر) في حالة عدم توفر المعنى بالأمر على بطاقة التعريف البيوميترية؛

* شهادة التوقف عن العمل حديثة العهد ممضاة من طرف آخر مشغل؛

* شهادة الاستفادة من التغطية الصحية (المطبوع مرجع 25-1-310) في حالة استفادة المؤمن له من نظام آخر للتغطية الصحية؛

* شهادة بنكية تثبت رقم الحساب الشخصي للمعنى بالأمر أو نموذج شيك مسطر أو رقم التعريف البنكي بالنسبة للمؤمن لهم القاطنين بالخارج الذين يرغبون في التوصل بالمعاش عبر التحويل البنكي؛

* شهادة السكنى (بالنسبة للمؤمن له القاطن بالخارج)؛

* ورقة أداء المنحة المتعلقة بالتقاعد النسبي.

916 - للاستفادة من معاش الزمانة يجب أن تتوفر في المؤمن له الشروط الآتي ذكرها:

* عدم القدرة على مزاوله أي نشاط مهني مربح؛

* عدم بلوغ السن القانوني للاستفادة من معاش الشيخوخة؛

* إثبات شرط التمير المتمثل في 1080 يوما من الاشتراك منها 108 أيام خلال 12 شهرا السابقة لبداية العجز عن العمل المترتبة عنه الزمانة.

وإذا ما كان العجز ناجما عن حادث وكان المؤمن له حينه خاضعا لنظام الضمان الاجتماعي، اعترف له بالحق في راتب العجز دون شرط التمير.

معدل الأجر الشهري الخاضع للاشتراك بالنسبة للمؤمن له المتوفر على فترة تأمين تتراوح ما بين 1080 و 3240 يوما دون تجاوز 70 %، و إذا كان المصاب بعجز مضطر للاستعانة المستمرة بشخص آخر، تتم زيادة مبلغ المعاش بنسبة 10% من معدل الأجرة الشهرية الذي تم احتساب قيمة المعاش على أساسه⁹¹⁷.

هذا، ويحدد معدل الأجرة الشهرية الذي يتخذ أساسا لاحتساب هذا المعاش باعتباره الجزء الثاني عشر أو الستين من مجموع الأجور المفروض عليها واجب الاشتراك والمقبوضة خلال الاثني عشر شهرا أو الستين شهرا المصرح بها السابقة لآخر شهر مدني من التأمين قبل بداية العجز عن العمل المترتبة عنه الزمانة⁹¹⁸، على أن الاستفادة من هذا المعاش تبتدئ من اليوم الأول للعجز إذا تم إيداع طلب المعاش في أجل 6 أشهر الموالية لحدوث العجز، و إذا تم إيداع طلب المعاش بعد انقضاء هذا الأجل يصبح المعاش ساري المفعول ابتداء من اليوم الأول للشهر الموالي لإيداع الطلب⁹¹⁹.

ثالثا: معاش المتوفى عنهم

يخول الحق في معاش المتوفى عنهم لذوي الحقوق⁹²⁰، إذا كان المؤمن له قبل الوفاة يستفيد من معاش الشيخوخة أو معاش العجز أو كان يستوفي الشروط المطلوبة للاستفادة من هذين المعاشين، ويعادل مبلغ هذا المعاش بالنسبة للأزواج 50% من مبلغ معاش العجز أو الشيخوخة الذي كان للمؤمن له الحق فيه أو كان بإمكانه المطالبة به عند تاريخ وفاته وفي حالة تعدد الزوجات فإن معاش المتوفى عنه يوزع عليهن بالتساوي في حدود المقدار المشار إليه سلفا، ويعادل مبلغ معاش المتوفى

917 - إن الزيادة الخاصة بالاستعانة بشخص آخر، تبقى مكتسبة للمستفيد من راتب الزمانة عندما يبلغ هذا الأخير السن التي تخول له الحق في الحصول على راتب الشيخوخة.

918 - تختار المدة المستند إليها في هذا الصدد اعتبارا لمصلحة المؤمن له، و إذا تم التسجيل - في حالة زمانة مترتبة عن حادثة حسبا هو مقرر في الفقرة 2 من الفصل 47 من ظهير 27 يوليوز 1972 - بعد تاريخ بداية أقصر مدة من المدد المستند إليها والمنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 50 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه، فإن معدل الأجرة الشهرية يحصل عليه بقسمة مجموع الأجور المفروض عليها واجب الاشتراك والمقبوضة من لدن المعني بالأمر خلال المدة المتراوحة بين تاريخ التسجيل وبداية العجز عن العمل المترتبة عنه الزمانة على عدد الأشهر التي تشملها المدة المذكورة ويعتبر بمثابة شهر واحد كل جزء يقضى من ثلاثين يوما.

919 - تتمثل الوثائق المطلوبة للاستفادة من راتب الزمانة فيما يلي:

* طلب راتب الزمانة المطبوع مرجع 04-1-314؛

* نسخة من بطاقة التعريف الوطنية أو جواز السفر أو بطاقة الإقامة (إذا لم يتم الإيداع بها سابقا للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي)؛

* شهادة الحياة لا يتعدى تاريخ تسليمها 3 أشهر إذا لم يتم ملئ الإطار المخصص لها؛

* استمارة الحلول محل الضحية - المطبوع مرجع 07-3-317 - في الحقوق الخاصة بالعجز تحمل إمضاء وطابع المشغل ونسخة من محضر الشرطة أو الدرك الملكي في حالة ما إذا كان العجز ناتجا عن حادث بالطريق العام؛

* شهادة طبية مسلمة من طرف طبيب مختص تبين نوعية العجز وتاريخ بدايته؛

* شهادة بنكية أو نموذج شيك مسطر (إذا لم يتم الإيداع بها سابقا للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي).

وتضاف إلى هذه الوثائق بالنسبة للمقيمين خارج المغرب شهادة الإقامة إذا كان أداء المعاش سيتم خارج المغرب، وبالنسبة للطلب في إطار التنسيق بين أنظمة الاحتياط الاجتماعي المغربية شهادة عدد الأيام المصرح بها لدى أنظمة الاحتياط الاجتماعي الأخرى.

920 - يستفيد من هذا المعاش ذوو حقوق المؤمن له المتوفى وهم:

* الزوج (ة) أو الزوجات المتكفل بهن شريطة توفر بعض الشروط التي يتطلبها القانون في هذا الإطار؛

* الأولاد المتكفل بهم البالغون من العمر أقل من 16 سنة أو 21 سنة إذا كانوا يتابعون دراستهم بالمغرب أو في الخارج أو 18 سنة إذا كانوا يتابعون تدريبا مهنيا طبقا للشروط المقررة في التشريع المعمول به أو في المؤسسات المقبولة من لدن الإدارة؛

* الأولاد في وضعية إعاقة المتكفل بهم دون تحديد للسن إذا كانوا لا يتوفرون على دخل قار.

عنهم بالنسبة لیتامی الأوبین 50% وبالنسبة لیتیم الأب أو الأم 25% من مبلغ معاش العجز أو الشیخوخة الذی كان للمؤمن له الحق فیة أو كان بإمكانه المطالبة به عند تاریخ وفاته⁹²¹،

على أن معاش المتوفى عنهم لا يمكن أن يتجاوز مجموع مبلغ معاش العجز أو الشیخوخة الذی كان لصاحبه الحق فیة أو كان فی إمكان المؤمن له المطالبة به عند تاریخ وفاته، وإذا تجاوز هذا المقدار وقع تخفيض نسبي من الحصة المتعلقة بكل صنف من أصناف ذوي الحقوق⁹²².

وتبتدئ الاستفادة من معاش المتوفى عنهم ابتداء من اليوم الأول للوفاة، إذا تم إيداع طلب المعاش داخل أجل أقصاه 12 شهرا الموالية للوفاة، أما إذا تم إيداع طلب المعاش بعد انقضاء هذا الأجل، يصبح المعاش ساري المفعول ابتداء من اليوم الأول للشهر الموالي لإيداع الطلب⁹²³.

⁹²¹ - بالنسبة للوثائق المطلوبة للاستفادة من معاش المتوفى عنهم فهي كالتالي:

* "طلب تعويضات أثر وفاة المؤمن له"، مطبوع مرجع 01-1-317؛

* شهادة وفاة المؤمن له (لها)؛

* نسخة من عقد الزواج مصادق عليها؛

* شهادة طبية مبينة لسبب الوفاة بالنسبة للمؤمن له (لها) الأجير (ة) أو شهادة الوفاة مسلمة من طرف المصالح المختصة؛

* محضر الشرطة أو الدرك الملكي واستمارة الحلول محل ذوي الحقوق ذات المرجع 07-3-317 (وفاة ناتجة عن حادث الطريق العام)؛

* بالنسبة للأرملة أو الأرملة، شهادة عدم الطلاق أو الكفالة، شهادة الزوجة الوحيدة أو تعدد الزوجات أو نسخة من عقد الوراثة مصادق عليها؛

* بالنسبة للمطلق (ة) المتكفل(ة) بأطفال قاصرين مخول لهم الحق، نسخة مصادق عليها من عقد الطلاق؛

* بالنسبة للمقدم المتكفل بأطفال قاصرين مخول لهم الحق، شهادة وفاة الأب والأم، شهادة التقديم على طفل قاصر أو معاق مسلمة من

طرف المحكمة، شهادة طبية للطفل المعاق مسلمة من طرف طبيب مختص، عقد ازدياد الأطفال وشهادة حياة الأطفال؛

* بالنسبة للآباء، شهادة مدرسية بالنسبة للأطفال الذين تتراوح أعمارهم بين 16 و 21 سنة، شهادة التكوين المهني بالنسبة للأطفال الذين

تتراوح أعمارهم بين 16 و 18 سنة؛

* بالنسبة للطفل المريض أو المعاق البالغ من العمر ما فوق 16 سنة وأقل من 21 سنة، شهادة طبية مسلمة من طرف طبيب مختص تثبت

عدم القدرة على متابعة الدراسة أو التكوين المهني؛

* بالنسبة للشخص المريض أو المعاق البالغ من العمر أكثر من 21 سنة، شهادة طبية مسلمة من طرف طبيب مختص مصادق عليها من طرف

اللجنة الطبية الإقليمية، نسخة من بطاقة التعريف الوطنية، شهادة الحياة، نسخة من عقد الازدياد أو نسخة من البطاقة الوطنية للتعريف

الإلكترونية، شهادة ضريبية تثبت دخل صاحب الطلب ودخل الشخص المعاق، شهادة عدم العمل بالنسبة للشخص المعاق.

⁹²² - قصد الاستفادة من معاش المتوفى عنهم لابد من توفر أحد الشروط التالية:

* وفاة صاحب معاش العجز أو الشیخوخة؛

* وفاة مؤمن له استوفى الشروط المطلوبة للاستفادة من معاش العجز أو الشیخوخة؛

* وفاة مؤمن له يتوفر على 3240 يوما من التأمين على الأقل.

وفي حالة ما إذا كانت الوفاة ناتجة عن حادث يعزى إلى الغير وكان المؤمن له المتوفى خاضعا لنظام الضمان الاجتماعي حينه يخول الحق في

معاش المتوفى عنهم لذوي الحقوق دون شرط.

⁹²³ - يجب أن يوجه طلب الراتب إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في أجل 12 شهرا الموالية لتاريخ الوفاة ما لم تحل دون ذلك قوة

قاهرة، وإذا وجه الطلب بعد انصرام هذا الأجل وجب العمل بالراتب ابتداء من اليوم الأول من الشهر الموالي لاستلام الطلب وذلك طبقا

لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 58 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي كما تم تغييره وتتميمه بموجب القانون

رقم 17.02 الصادر سنة 2004.

ونشير في ختام حديثنا عن التعويضات الطويلة الأمد⁹²⁴، أنه يمكن إعادة تقدير رواتب الزمانة والشيخوخة والمتوفى عنهم، بموجب مرسوم يتخذ باقتراح من الوزير المكلف بالشغل وطبق الشروط المحددة في هذا المرسوم، إذا استوجب ذلك الفرق الملاحظ بين مستوى الأجور المصفاة على أساسها الرواتب المذكورة وبين مستوى الأجور المعمول بها.

هذا، وإضافة إلى التعويضات السالف ذكرها، التي يقدمها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي برسم تديره لنظام الضمان الاجتماعي⁹²⁵، فإنه في إطار سياسة التضامن والتنمية الاجتماعية التي تنهجها الحكومة المغربية، فقد صدر بمقتضى الظهير الشريف رقم 01.02.296 القانون رقم 65.00 بمثابة مدونة التغطية الصحية الأساسية سنة 2002، والذي دخل حيز التطبيق بتاريخ 18 غشت 2005، وقد عهد للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بموجب هذا القانون بالإشراف على تدبير التأمين الإجباري الأساسي عن المرض⁹²⁶، بالنسبة للأشخاص الخاضعين لنظام الضمان الاجتماعي وذوي حقوقهم وكذا

⁹²⁴ - يعتمد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في تديره للتعويضات الطويلة الأمد على مبدأ "الأقساط المدرجة"، الذي يقوم على أساس تحديد نسب الاشتراك بما يضمن التوازن المالي لنظام التعويضات الطويلة الأمد لمدة لا تقل عن 5 سنوات (فترة التوازن) بحيث إذا أصبحت موارد النظام غير كافية لتغطية المصاريف، يجب رفع نسبة الاشتراك بالقدر الذي يؤمن فترة توازن جديدة للنظام وهو ما يتطلب مراجعة دورية لنسب الاشتراك، كما يتطلب هذا المبدأ أيضا التوفر على رصيد احتياطي للتأمين - عملا بمقتضيات الفصل 29 من ظهير 27 يوليوز 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي - يودع إجباريا لدى صندوق الإيداع والتدبير، مع العلم أنه لا يمكن للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي إجراء أي اقتطاع من هذا الرصيد بغاية مواجهة النفقات الجارية.

⁹²⁵ - في إطار الخدمات التي يوفرها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي فضلا عن بوابة الرسمية التي تقدم خدمات ومعلومات متنوعة، فقد عمل هذا الصندوق في إطار حرصه على تطوير الخدمات التي يقدمها، على إطلاق باقة من الخدمات الإلكترونية لفائدة منخرطيه، وذلك بهدف الحفاظ على التواصل السريع والآني معهم، ونذكر من بين ذلك ما يلي:

* إطلاق بوابة "ضمانكم" سنة 2003، التي تتيح للمقاولات المنخرطة إمكانية التصريح بأجرائها وأداء الاشتراكات عن بعد من خلال نظام جد آمن، وقد تم تعزيز هذه البوابة حاليا بوظائف جديدة قصد جعلها أكثر سهولة في الاستخدام والولوج، كما تم إغنائها بخدمات أخرى، من قبيل إمكانية الاطلاع على تفاصيل وضعية المقاولات اتجاه الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، تسجيل الأجراء...

* إنشاء مركز الاتصال "ألو الضمان" سنة 2008 ليكون في الاستماع إلى الزبناء، بهدف تقديم المشورة والمساعدة الآنية لهم، ويقدم هذا المركز خدماته باللغة العربية والفرنسية والأمازيغية، ويقوم بمعالجة الاتصالات وكذا الشكايات الواردة عبر صفحة الفيسبوك والبريد الإلكتروني...

* وضع الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي رهن إشارة الزبناء لمجيب آلي متاح على طول الأسبوع، قصد الإجابة على مختلف تساؤلاتهم حول الخدمات الاجتماعية والصحية التي يقدمها الصندوق.

* إحداث تطبيق MACNSS سنة 2014، الذي يتيح إمكانية الولوج إلى مختلف الخدمات، كالاطلاع على التصريح بالأجور وتتبع أداء ومعالجة ملفات التعويض، بالإضافة إلى خدمات أخرى كتحديد المواقع الجغرافية لتمثيلات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والاطلاع على المستجدات...

⁹²⁶ - تنص المادة 73 من الظهير الشريف رقم 1.14.141 الصادر في 25 من شوال 1435 (22 غشت 2014)، بتنفيذ القانون رقم 120.13 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 65.00 بمثابة مدونة التغطية الصحية الأساسية على ما يلي:

" يعهد بتدبير نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض المشار إليه في المادة 71 أعلاه إلى الهيئتين التاليتين:

* الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي المحدث بالظهير الشريف المعبر بمثابة قانون رقم 1.72.184 بتاريخ 15 من جمادى الثانية 1392(27 يوليوز 1972) بالنسبة إلى الأشخاص الخاضعين لنظام الضمان الاجتماعي وذوي حقوقهم وكذا أصحاب المعاشات بالقطاع الخاص.

* الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي، ووفق الشروط المحددة في المادة 83 أدناه الجمعيات التضامنية المتألف منها الصندوق المذكور وغيرها من الجمعيات التضامنية المحدثة طبقا لأحكام الظهير الشريف رقم 1.57.187 الصادر في 24 من جمادى الثانية 1383 (12 نونبر 1963) بسن نظام أساسي للتعاون المتبادل، بالنسبة لموظفي وأعاون الدولة والجماعات الترابية ومستخدمي المؤسسات العمومية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام وذوي حقوقهم وكذا أصحاب المعاشات بالقطاع العام".

أصحاب المعاشات بالقطاع الخاص⁹²⁷. ويعتبر الانخراط في هذا النظام، إجبارياً بالنسبة للمقاولات الخاضعة لنظام الضمان الاجتماعي، التي لا تتوفر على أي نظام للتغطية الصحية عند دخول التأمين الإجباري الأساسي عن المرض حيز التطبيق (المادة 114 من القانون رقم 65.00 بمثابة مدونة التغطية الصحية الأساسية)⁹²⁸.

وقد سجل التأمين الإجباري الأساسي عن المرض منذ انطلاقه، تطوراً كبيراً ليس فقط على مستوى العلاجات التي يغطيها، بل حتى على مستوى جودة الخدمات التي يوفرها، فبعد أن اقتصر عند انطلاقه على سلة محدودة من العلاجات، فقد تم توسيعه فيما بعد تدريجياً ليشمل أنواعاً أخرى من العلاجات وفئات أخرى من المستفيدين⁹²⁹.

⁹²⁷ - تجدر الإشارة في هذا الإطار، إلى أنه قد تم تحديد نسبة الاشتراك برسم التأمين الإجباري الأساسي عن المرض، عند تاريخ دخوله حيز التطبيق في 4% من مبلغ الأجرة الشهرية التي تم على أساسها احتساب واجب الاشتراك برسم التأمين الإجباري. أما فيما يخص نسبة إرجاع المصاريف، فتتباين هذه النسبة حسب طبيعة البنات المكلفة بالعلاج، فهي محددة في 90% إذا تمت هذه العلاجات داخل المؤسسات العمومية، بينما تحدد في 70% إذا تم العلاج في مؤسسة يشرف عليها القطاع الخاص، إذ تتحمل الدولة العلاج وإرجاع المصاريف الطبية على أساس التعريف التي تحدد بمقتضى مرسوم وزاري.

⁹²⁸ - طبقاً للمادة 7 من القانون رقم 65.00 بمثابة مدونة التغطية الصحية الأساسية، فإن الخدمات التي يغطيها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي برسم التأمين الإجباري الأساسي عن المرض، تشمل إرجاع مصاريف العلاجات الطبية والوقائية ومصاريف إعادة التأهيل التي تستلزمها طيباً الحالة الصحية للمستفيد وعند الاقتضاء يتحمل تكاليفها مباشرة والمتعلقة بالخدمات التالية: العلاجات الوقائية والطبية المرتبطة بالبرامج ذات الأولوية المندرجة في إطار السياسة الصحية للدولة، أعمال الطب العام والتخصصات الطبية والجراحية المتعلقة بتتبع الحمل والولادة وتوابعهما، العلاجات المتعلقة بالاستشفاء والعمليات الجراحية بما في ذلك أعمال الجراحة التعويضية، التحاليل البيولوجية الطبية، الطب الإشعاعي والفحوص الطبية المصورة، الفحوص الوظيفية، الأدوية المقبولة لإرجاع مصاريفها، أكياس الدم البشري ومشتقاته، الآلات الطبية و أدوات الانعراس الطبي الضرورية لمختلف الأعمال الطبية والجراحية أخذاً في الاعتبار طبيعة المرض أو الحادثة ونوعية هذه الآلات والأدوات، الأجهزة التعويضية والبدائل الطبية المقبولة لإرجاع مصاريفها، النظارات الطبية، علاجات الفم والأسنان، تقويم الأسنان بالنسبة للأطفال، أعمال التقويم الوظيفي والترويض الطبي والأعمال شبه الطبية.

⁹²⁹ - نذكر من بين ذلك ما يلي:

- * شتنبر 2005- مارس 2006 دخول نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض حيز التطبيق، وانطلاق جمع واجبات الاشتراك؛
- * مارس 2006 انطلاق التعويضات والتكفل بالعلاج لصالح المستفيدين؛
- * مارس 2006- دجنبر 2011 مراجعة لائحة الأدوية المقبولة لإرجاع مصاريفها، حيث تم الانتقال من 1001 دواء عند انطلاق النظام إلى 3376 دواء؛
- * يوليو 2007 توسيع التغطية الصحية لتشمل فئة إضافية من ذوي المعاشات، من خلال خفض عتبة المعاش التي تخول حق الاستفادة من التأمين الإجباري الأساسي عن المرض؛
- * يوليو 2008 - 2009 الإعفاء الجزئي أو الكلي من التذكرة المعدلة بخصوص 108 مرض تمثل 10 من الأمراض المكلفة و 11 من الأمراض الطويلة الأمد؛
- * فبراير 2010 توسيع التأمين الإجباري عن المرض ليشمل العلاجات الخارجية؛
- * شتنبر 2011 توسيع خدمات التأمين الإجباري عن المرض ليشمل الأرامل وذوي حقوق المؤمن لهم الذين كانوا يفقدون الحق في التغطية الطبية الأساسية بعد وفاة المؤمن له الرئيسي؛
- * أبريل 2013 انطلاق العمل بالتحمل المباشر للأدوية المكلفة؛
- * ماي 2013 الإعفاء الجزئي من التذكرة المعدلة بخصوص 53 مرض إضافي تمثل 20 صنف من الأمراض الطويلة الأمد؛
- * يناير 2015 توسيع سلة علاجات التأمين الإجباري عن المرض، لتشمل علاجات الفم والأسنان بالنسبة لجميع المستفيدين كيما كانت أعمارهم.

اختصاص المدكذ الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

د. أسماء حسيني

باحثة في صف الدكتوراه

تخصص قانون الأعمال والاستثمار

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الأول وجدة

إن المتتبع لواقع المجال العمراني بالمغرب، يتبين له أن هاجس إيجاد الحلول الملائمة لإشكالية التدبير الحضري كان دائما حاضرا في اهتمامات السلطات العمومية بهدف القضاء على مظاهر الاختلالات التي تعاني منها غالبية المدن، وذلك من خلال تحديث الترسانة القانونية المنظمة للقطاع كلما دعت الضرورة الى ذلك، كان آخرها صدور القانون رقم 12-66 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، القاضي بتغيير وتتميم ونسخ بعض مقتضيات القانون رقم 12-90 المتعلق بالتعمير والقانون رقم 25-90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، وكذا الظهير الشريف رقم 1-60-063. بشأن توسيع نطاق العمارات القروية.

الا أن الملاحظ أنه رغم المجهودات التي تبذل من أجل التحكم في هذه الظاهرة، فإن ذلك لم يحد من المشاكل اليومية التي يعاني منها هذا القطاع، كما أن استراتيجية التدخل، لم تعط هي الأخرى النتائج المرجوة، ومن ثم كان من المنطقي أن تثار عدة تساؤلات حول مدى فعالية طريقة تدبير المجال الحضري انطلاقا من الدور الذي تقوم به الجهات الإدارية المكلفة بضبط مخالفات التعمير⁹³⁰، والآليات التي تعتمدها الإدارة من أجل تطبيق المقتضيات القانونية المرتبطة به⁹³¹، على اعتبار أن هذه الإجراءات تشكل اللبنة الأساسية لمحاربة المخالفة في مهدها.

وتأسيسا على هذه الإشكالية، سأحاول معالجة هذا الموضوع من خلال الحديث عن نطاق الرقابة الإدارية على المجال العمراني (الفقرة الأولى) وعن الإكراهات التي تحد من فعاليتها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نطاق الرقابة الإدارية على المجال العمراني

يواجه الفضاء الحضري تحديات متزايدة ترتبط أساسا بالانفجار العمراني والنمو الديمغرافي المتزايد، وبظاهرة التمدن السريع، مما أدى إلى نمو سريع في ميدان البناء والتعمير واكمه انتشار التجزئات العشوائية والبناء غير القانوني، وبالتالي استفحال المخالفات في العقود الأخيرة متخذة أبعادا خطيرة ومقلقة بالرغم من صرامة الأحكام التشريعية المعمول بها⁹³²،

⁹³⁰ تنص المادة 65 من القانون رقم 12-66 على أنه: يقوم بمعابنة المخالفات المشار إليها في المادة 64 أعلاه وتحرير محاضر بشأنها:

ضباط الشرطة الإدارية

مراقبو التعمير التابعون للوالي أو للعامل أو للإدارة المخولة لهم صفة ضابط الشرطة القضائية.

⁹³¹ مليكة أمونج، الحماية القانونية والقضائية للمجال العمراني بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر شعبة القانون الخاص في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول وجدة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السنة 2010-2011، ص 6.

الشريف البقالي، رقابة القاضي الإداري على مشروعية القرارات الصادرة في مجال التعمير، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى السنة 2016 ص 259.⁹³²

ذلك أن تنفيذ عمليات البناء قد تدفع أصحابها إلى ارتكاب خروقات لقوانين التعمير تتخذ عدة أشكال وتكون لها آثار سلبية سواء على المصلحة العامة أو حقوق الغير⁹³³.

وتشكل الرقابة الإدارية حجر الأساس في محاربة البناء الخارج عن نطاق الضوابط القانونية المعمول بها، ذلك أن أي إجراء زجري كيفما كان نوعه إلا ويكون مسبوقا بتدخل الجهات الإدارية المختصة سواء على صعيد منح الرخص أو البحث عن المخالفات، تمهيدا لاستكمال الإجراءات المسطرية المعمول بها لإصدار العقوبات في حق المخالفين.

ويعد تدخل الإدارة في ميدان المراقبة مسلسلا تشترك فيه عدة جهات إدارية تتدخل كل منها في إطار الاختصاص المخول لها، ويتعلق الأمر بالجماعات الترابية والوكالات الحضرية ثم السلطات المحلية.

وتتخذ عملية المراقبة شكلين، الشكل الأول، مراقبة الشروط الواجب توفرها في ملفات التجزيء والبناء من أجل الحصول على التراخيص اللازمة، والشكل الثاني، مراقبة مدى احترام مستعملي الأراضي لمضامين هذه التراخيص، كما تنصب على نوعين من البنائيات، تلك التي تتم بترخيص والبنائيات الفوضوية.

وإذا كان النوع الأول من المراقبة لا يطرح أية إشكالية إذ يكفي فيه البحث حول مدى مطابقة تصاميم البناء لمقتضيات وثائق التعمير، ويرجع فيه الاختصاص إلى كل من الجماعات الترابية والوكالات الحضرية التي تبث في طلبات الحصول على الرخص، سواء منها رخص البناء أو رخص السكن والمطابقة، فإن النوع الثاني هو الذي يطرح مشاكل متعددة يواجهها المتدخلين أثناء المراقبة الميدانية وزجر المخالفات.

ولا يمكن لأحد إنكار المكانة المتميزة التي تشغلها منظومة المراقبة في ميدان التدبير العمراني، من منطلق الدور الحاسم الذي تلعبه في ضمان حسن تطبيق القانون وفرض احترامه ومواجهة كل أشكال التنكر والتلكؤ للقواعد والضوابط المعمول بها، غير أن التدبير الإداري اليومي في هذا الإطار يكشف الستار عن محدودية المراقبة وضعف فعاليتها في التصدي للمخالفات والانتهاكات التي يتعرض لها قانون التعمير⁹³⁴، وذلك راجع لعدة عوامل كما سنتطرق لذلك في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: الاكراهات التي تحد من فعالية الرقابة الإدارية:

على الرغم من رغبة المشرع في الارتقاء بمنظومة قوانين التعمير وجعلها قادرة على التصدي للاختلال الذي يشهده المجال العمراني من خلال وضع مقتضيات قانونية زجرية مشددة جاء بها القانون رقم 12-66، فالملاحظ أن هذه المنظومة وبالرغم من أهميتها، قد أظهرت منذ بدايتها شيئا من القصور من الناحية العملية لكونها تتسم بالغموض حسب معظم الباحثين فيما يتعلق بتنفيذ بعض مقتضياتها بسبب كثرة الإحالات إلى صدور نصوص تنظيمية بشأنه، كما أن هناك أسباب مادية وبشرية تساهم هي الأخرى في صعوبة تنزيلها.

⁹³³ Mohamed kharraji , le juge judiciaire et le droit de l'urbanisme, Le censeur, revue de contentieux Administratif et douanier, numéro 1 octobre 2011, page 32 .

⁹³⁴ غيثة دكراوي منازعات التعمير بين المحاكم الإدارية والمحاكم العادية، منشورات المجلة المغربية للأظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 13، الطبعة الأولى 2019، مطبعة الأمنية الرباط، ص 171.

وهذا ما سأحاول معالجته من خلال الحديث عن غموض بعض المقتضيات التشريعية (أولا) وعن ضعف وسائل المراقبة (ثانيا) وثقل وسائل الضبط (ثالثا) وعدم استكمال المساطر الإدارية (رابعا)، حصر العقوبة على مالك المبنى (خامسا).

أولاً: غموض المقتضيات التشريعية:

إن القانون رقم 66-12 المتعلق بمستجدات ميدان التعمير والبناء هو قانونا يتعلق بالمراقبة بامتياز على عمليات البناء والتجزئة وتقسيم العقارات⁹³⁵، إذا يرمي إلى إرساء معالجة استباقية لظاهرة البناء غير القانوني وتعزيز ضمانات حماية المجال العمراني من خلال اتخاذ إجراءات صارمة في ميدان المراقبة والزجر، إلا أنه حسب ما يبدو أن أغلب المستجدات التي جاء بها لازالت حبرا على ورق نظرا لارتباط تنزيلها بإصدار نصوص تنظيمية، مما جعل مقتضياتها محل تأويل منذ دخول هذا القانون حيز التنفيذ بعد نشره بالجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 19 شتنبر 2016. ويتعلق الأمر بالمقتضيات التالية:

- تحديد إجراءات وكيفية منح رخصة الإصلاح.
- تحديد إجراءات وكيفية منح رخصة الهدم
- تحديد إجراءات وكيفية منح رخصة التسوية.
- تحويل ضابط الشرطة القضائية إلى المراقبين التابعين للوالي أو العامل أو الإدارة.
- تحديد طرق وكيفية عمل مراقبي التعمير ونطاق ممارستهم لمهامهم.
- كيفية تنفيذ عملية الهدم وضوابط إفراغ البناءات موضوع المخالفات من معتمريها.
- تكوين لجنة الإشراف على عملية الهدم.
- تحديد طبيعة وخصائص المشاريع، الخاضعة لمقتضيات تنظيم الورش، الواقعة في نطاق العمارات القروية المغطاة بتصميم خاص للتوسع⁹³⁶.

ومن خلال استقراء هذه الإجراءات، يبدو أنها تشكل جوهر وأساس عملية الإصلاح التي شملت منظومة التعمير السابقة، إلا أن عدم تنزيلها رغم مرور حوالي ثلاث سنوات تقريبا على سننها، لم يفتح الفرصة في نظري للتطبيق السليم والمجدي لهذا القانون من طرف مختلف المتدخلين. وعليه فإن نصوص قانون التعمير تحتاج أن تكمل بنصوص أخرى مع توضيح بعض مقتضياتها لإطلاق دور السلطات الإدارية المختصة لضبط المخالفات التي ما انفكت تنتشر وتزيد من تشويه التعمير والعمران بمددنا⁹³⁷.

لذا فإن التعجيل بوضع نصوص تنظيمية واضحة تضع حدا لكل تأويل، تبقى في اعتقادي، ضرورة ملحة لتصحيح الوضعية والحد من الاختلالات التي يمكن أن تنشأ في ظل هذا الفراغ وتجعل استدراكها مع مرور الوقت أمرا مستبعدا، خاصة إذا علمنا أن التجربة أبانت أن مسألة تنزيل النصوص التنظيمية بصفة عامة، تشهد تأخيرا كبيرا على مستوى إخراجها إلى حيز الوجود.

⁹³⁵ يونس أبلغ، قراءة في القانون رقم 66-12 بشأن المراقبة وزجر المخالفات في ميدان التعمير والبناء، مجلة ملفات عقارية، العدد 6 خاص بقضايا التعمير والبناء، مطبعة ومكتبة الأمنية، الناشر محكمة النقض، ص 167.

⁹³⁶ الدورية المشتركة رقم 07-17 بشأن تفعيل مقتضيات القانون رقم 66-12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، ص 7.

⁹³⁷ الشريف البقالي، رخصة البناء بالوسط القروي نطاق إلزاميتها وشروط منحها، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 106-105 السنة 2016 ص 98.

ثانيا: ضعف وسائل المراقبة:

إن تدخل الإدارة وهيئاتها في مجال محاربة المخالفات المرتكبة في ميدان التجزئ والبناء، يعد من أصعب مهامها وأكثرها تعقيدا بسبب ديناميكية الظاهرة ولما تحتاجه من وسائل بشرية ولوجستيكية كفيلة للاستجابة بشكل فوري وسريع للقضايا المطروحة. والملاحظ من خلال الواقع العملي، أن الجهات المتدخلة تعاني من نقص حاد إن لم نقل شبه منعدم في الوسائل التي من المفروض أن توضع رهن إشارتها للتصدي لهذه الظاهرة، إذ يقتصر المراقب الذي هو القائد أو الباشا في تدخلاته على سيارة المصلحة الموضوعية رهن إشارته أو بالاعتماد على أعوان السلطة، وهو ما يحول دون توفير الظروف الملائمة التي تضمن نجاعة تدخلاتهم.

ويستفاد من ذلك، أن إقصاء المجالس الجماعية من دور المراقبة، قد أثر بشكل سلبي على تدخل الإدارة لما تتوفر عليه هذه الهيئات من وسائل مادية يمكن وضعها خصيصا لهذه الغاية، وهو ما يشكل في نظري تكريسا لأزمه المراقبة والزجر ويحول دون إرساء منظور جديد يتجاوز نقائص الممارسات القديمة.

ثالثا: ثقل إجراءات الضبط الإداري

مما لا شك فيه أن تدخل الجهات الإدارية قبل بدء البناء المخالف أو أثناءه قد يحقق النتائج المنتظرة منه، سواء بالنسبة للجهات المكلفة بضبط المخالفات، إذ يمكنها ذلك من وضع حد لها قبل تفاقمها أو بالنسبة لصاحب البناء على اعتبار أنها تجنبه خسائر مادية كبيرة خاصة إذا كانت العقوبة تقتضي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه سابقا⁹³⁸.

وبطبيعة الحال أن هذا الأمر لن يتأتى إلا إذا توفرت الوسائل البشرية الكافية التي تمكن من الاستجابة بالسرعة المطلوبة لإبطال كل فعل مخالف للقانون في بدايته، وهو الإكراه التي تعاني منه الجهات المتدخلة في ظل القانون الجديد، إذ يلاحظ من خلال البحث الميداني الذي قمت به أن مهمة المراقبة بقيت محصورة على القواد والباشوات بصفتهن ضباطا للشرطة الإدارية، مما زاد من تعقيد مسألة السرعة في التغطية والتدخل، بالنظر إلى شساعة الرقعة الجغرافية التي يشرف عليها كل رجل سلطة، وبالنظر كذلك إلى تشعب اختصاصاته التي تفرض عليه التدخل في جميع ميادين الحياة العامة، ويمكن أن نورد كمثال على ذلك النفوذ الترابي لجماعة بركان الممتد على مساحة حوالي 20 كلم مربع، ويضم خمس ملحقات إدارية أي بمعدل أربعة كلم مربع لكل مراقب⁹³⁹.

لكن التساؤل يبقى مطروحا، حول مدى إمكانية انخراط كل أصناف ضباط الشرطة القضائية في عمليات المراقبة؟ وأقصد بذلك الدرك الملكي والأمن الوطني حسب الاختصاص الترابي لكل جهة على حدة، أو أن الأمر سيبقى كما كان، أي إثقال كاهل السلطة المحلية وإعفاء باقي الأجهزة من أي مسؤولية، خصوصا أن الواقع العملي أثبت باللموس عدم مساهمة باقي الأجهزة أي الدرك والأمن في محاربة الظاهرة وكأنهم غير معنيين، مع الإشارة أنه من حسنات القانون الجديد تبسيط إجراءات المتابعة في حق المخالفين حيث أصبحت علاقة هؤلاء أي ضباط الشرطة القضائية مباشرة بالنيابة العامة ولن يكونوا مجبرين بالمرور بقناة السياسي المنتخب لتحريك المتابعة⁹⁴⁰.

⁹³⁸ نجاة أبريكي، الحماية الجنائية للمجال العمراني الطبعة الأولى 2016، مطبعة دار السلام الرباط، ص 47.

⁹³⁹ إفادة إطار باشوية بركان بتاريخ 9 أكتوبر 2018.

⁹⁴⁰ جمال بوضوايي، القانون الجديد للتعمير: تكريس للإشكاليات أم إيجاد للحلول أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف الماستر المتخصص في قانون العقار والتعمير بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور أيام 2-3-4 مارس 2017، ص 162.

رابعاً: عدم استكمال المساطر القانونية المتعلقة بالمخالفات

يشكل عدم استكمال المساطر القانونية المتعلقة بزجر المخالفات المرتكبة في قطاع التعمير أهم نقاط الضعف التي تقف عائقاً في وجه التطبيق السليم للعقوبات المقررة في حق المخالفين، ذلك أنه عادة ما يتوقف مسار هذه المساطر عند توجيه محاضر المخالفات إلى النيابة العامة دون استكمال الإجراءات الأخرى التي تليها، والتي من شأنها إنهاء المخالفة، خاصة فيما يتعلق بعمليات حجز المعدات والأدوات وإغلاق الورش ووضع الأختام عليه⁹⁴¹ والمرور إلى عملية الهدم إن اقتضى الحال، مما يساهم في إضعاف العقوبة وجعلها تقتصر على الغرامة دون المس بجوهر المخالفة التي تبقى مستمرة، وهو إجراء ليس له ما يبرره ما دام أنه يتيح فرصة العود إلى ارتكاب المخالفة وإنهاء ما شرع فيه من بناء من طرف المخالفين.

ونعتقد أن المشرع كان موفقاً عند إقراره للحجز، لأن هذا الإجراء أبان في الواقع العملي، عن فعالية كبرى إثر ممارسته من طرف رجال السلطة في ظل القانون رقم 90-12، حيث كانوا يستندون في ذلك على الفصل 57 من قانون المسطرة الجنائية⁹⁴²، معتبرين ما يتم حجزه يدخل ضمن أدوات ارتكاب الجريمة، أما الآن مع وجود نص صريح، فإن اللجوء لحجز أدوات ومواد البناء سيؤدي لامحالة إلى ردع المخالفين وتحقيق الغاية المرجوة⁹⁴³. ونستشهد في هذا الصدد بجماعة بركان التي لم يتم تطبيق إجراء إغلاق الورش ووضع الأختام عليه المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 67 إلا مرة واحدة منذ صدور القانون رقم 66-12 سنة 2016. ويبدو في اعتقادي، أن التقصير في استكمال المساطر يعد من أهم الأسباب التي تكمن وراء عدم الشعور بالخوف لدى المخالفين كما يترجم ضعف مساهمة تدخلات الإدارة في التقليل من حجم المخالفات المرتكبة.

خامساً: حصر العقوبة على مالك المبنى

إن عملية البناء هي عملية مشتركة يساهم في تنفيذها العديد من الأشخاص إلى جانب رب العمل، منهم على الخصوص المقاول والمهندس المعماري، كما أن مخالفة البناء بدون رخصة إما أن يتم تنفيذها من طرف فاعل واحد، فيسمى فاعلاً أصلياً، وإما أن يتم التنفيذ المادي للجريمة من طرف عدة فاعلين، فنكون أمام عدة مساهمين⁹⁴⁴.

ومن هذا المنطلق فإنهم يعدون شركاء في المخالفات المرتكبة في مجال التعمير ومسؤوليتهم تبقى قائمة لإخلالهم بواجبهم، وفق ما نصت عليه المادة 78 من القانون رقم 66-12⁹⁴⁵. إلا أنه ما يلاحظ من خلال الواقع العملي، أن المراقبين

⁹⁴¹تنص الفقرة الثانية من المادة 67 من القانون رقم 66-12 على أنه: إذا لم ينفذ المخالف الأمر المبلغ إليه بإيقاف الأشغال في الحال، يمكن للمراقب، حجز المعدات والأدوات ومواد البناء وكذا إغلاق الورش ووضع الأختام عليه ويجزر محضراً تفصيلاً بذلك، يوجه إلى كبل الملك.

⁹⁴² تنص المادة 57 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: يجب على ضابط الشرطة القضائية الذي أشعر بباله تلبس بجنحة أو جنابة أن يخبر بها النيابة العامة فوراً وأن ينتقل في الحال إلى مكان ارتكابه لإجراء المعاينات المفيدة.

وعليه أن يفاظ على الأدلة القابلة للاندثار وعلى كل ما يمكن أن يساعد على إظهار الحقيقة وأن يحجز الأسلحة والأدوات التي استعملت في ارتكاب الجريمة أو التي كانت معدة لارتكابها وكذا جميع ما قد يكون ناتجاً عن هذه الجريمة...

⁹⁴³ سعيد الورد، مراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، الطبعة الأولى 2017، مطبعة آنفو فاس، ص 69.

⁹⁴⁴ فاطمة متمير، المسؤولية المعمارية للمقاول بين أزمة النص ومتطلبات الإصلاح، مطبعة الأمنية السنة 2010، ص 305.

⁹⁴⁵ تنص المادة 78 من القانون 66-12 على أنه: " علاوة عن الحالات المنصوص عليها في الفصل 129⁹⁴⁵ من مجموعة القانون الجنائي، يعد شريكاً لمرتكبي المخالفات لهذا القانون ولضوابط التعمير أو البناء العامة أو الجماعية، حسب الحالة، ويعاقب بنفس العقوبة رب العمل والمقاول الذي أنجز الأشغال والمهندس المعماري والمهندس المختص والمهندس المساح الطبوغرافي، في حالة عدم تبليغهم عن المخالفة 48 ساعة من علمهم بارتكابها، وكل من صدرت عنهم أوامر نتجت عنها المخالفة والأشخاص الذين سهلوا أو ساهموا في عملية البناء المخالف للقانون.

يقتصرون في المحاضر التي ينجزونها على مالك المبنى دون غيره، خاصة محترفي مهنة البناء الذين يلعبون دورا مهما يتمثل في تقديم المساعدة لصاحب المشروع ويراقبون الأشغال وسيورها المادي والتقني⁹⁴⁶، مما يعفي بقية المشاركين في الجريمة من أية متابعة، وهو تصرف ليس له ما يبرره كما يعتبر في نظري تقصيرا واضحا من شأنه المساهمة في تشجيع ظاهرة البناء غير القانوني.

وفي هذا الصدد، لا بد من الإشارة إلى أن كل مخالفة لقوانين التعمير ترتب المسؤولية الجنائية للمخالف، والتي ينتج عن قيامها تعرضه للعقوبات المنصوص عليها في قانون التعمير، وهنا يجب التمييز بين المالك الحقيقي للمشروع والمالك الظاهر الذي يشرف على جميع العمليات، وفي حالة ثبوت المخالفة يجب متابعة المالك الظاهر وليس المالك الحقيقي، وهذا راجع إلى شخصية العقوبة، فالشخص الذي ارتكب المخالفة هو المالك الظاهر، وبالتالي هذا الأخير هو الذي تجب معاقبته بالعقوبات المنصوص عليها في قوانين التعمير والتجزئات⁹⁴⁷.

من جهة أخرى، وما دام أن المفاوض أو المهندس المعماري يقوم بالتنفيذ المادي والفعلي لعملية البناء، وقيامه بهذه العملية دون الحصول على ترخيص بالبناء من طرف السلطة المختصة، فهو يكون بذلك فاعل أصليا ومرتكبا لعمل من أعمال التنفيذ المادي للجريمة (البناء بدون ترخيص)، وبذلك لا يعد شريكا بقدر ما يعد مساهما في الجريمة حسب ما تم التنصيص عليه في القانون الجنائي⁹⁴⁸، هذا إضافة إلى أن حصر المشرع في قانون التعمير للأشخاص الذين يتصور أن يكونوا محل مشاركة في مخالفة البناء بدون ترخيص، ترك المجال مفتوحا لإعفاء بعض الأشخاص من المتابعة، ولو أنهم شاركوا بطريقة ضمنية في حدوث الضرر أو في تحقيق النتيجة الإجرامية، كالموظفين الذين تغاضوا عن تسليم رخصة البناء أو ناقلي مواد البناء والعمال الذين يقومون بأعمال تحضيرية ومسهلة لارتكاب مخالفة البناء بدون ترخيص⁹⁴⁹.

ومن خلال ما سبق، يمكن أن نستنتج أن محاربة مخالفات التعمير سواء منها المرتبطة بمخالفة مضمون التراخيص أو البناء بدون رخصة، لا تستلزم فقط مراجعة القوانين والتشديد من العقوبات، بل إعادة النظر في آليات المراقبة، من خلال توفير الوسائل الضرورية المادية منها والبشرية ووضعها رهن إشارة المراقبين بالشكل الذي يسهل مأموريتهم في تنزيل النصوص القانونية على أرض الواقع حتى يتمكنوا من أداء دورهم على الوجه المطلوب.

وخلاصة القول أن القوانين والنصوص التنظيمية وإن كانت راقية لا تكفي وحدها لضبط عمليات التوسع العمراني وعقلنتها والحد من البناء العشوائية ما لم تتضافر الجهود والإرادة الحقيقية لدى كل المتدخلين من قريب أو بعيد في هذا القطاع الحيوي⁹⁵⁰ لمحاربة حالات وأشكال الخروقات التي يعرفها قطاع التعمير ببلادنا.

يعاقب المشاركون المذكورون بالعقوبات المطبقة على الفاعلين الأصليين ما لم يتعلق الأمر بجريمة أشد ."

⁹⁴⁶ زهور أبو الخير، اختصاص القضاء في حل منازعات التعمير والإسكان، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2003-2004، ص 28.

⁹⁴⁷ غيتة دكراوي منازعات التعمير بين المحاكم الإدارية والمحاكم العادية، مرجع سابق ص 121.

⁹⁴⁸ تنص المادة 128 من القانون الجنائي على أنه: يعتبر مساهما في الجريمة كل من ارتكب شخصا عملا من أعمال التنفيذ المادي لها.

⁹⁴⁹ فاطمة متمر، المسؤولية المعمارية للمفاوض بين أزمة النص ومتطلبات الإصلاح، مرجع سابق، ص 307.

⁹⁵⁰ أحمد الهرجاني، الإطار القانوني لضبط وزجر التجزئات العقارية المخالفة لقانون 90-25 المتعلق بالتجزئات العقارية وتقسيم العقارات والمجموعات السكنية التجزئة العقارية والتعمير ص 109.

دور التوقع في تحديد المسؤولية الجنائية عن الخطأ

د. عباس عبد الرزاق السعيد

طالب دكتوراه في القانون العام القسم الجنائي
في جامعة سوران- كوردستان العراق

Abstract:

The Role of Expectation in Determining Involuntary Criminal Liability:

The term “Expectation” in legal contexts can be explained from the linguistic point of view as waiting for what might happen in the future resulting from the normal flow of the case. This means that occurrence of expectation requires three major elements; selecting a sensitive event, the selected event requires a decision, and a possibility for an effect to happen in the future. In other words, a criminal effect is expected to happen arising from the causation resulted from the behavior of the offender. Such behavior comes because of the actual movement linked to the decision. In Arabic language, expectation is not far from the given meaning. Meaning that expectation is a belief about what might happen in the future. In some cases, expectation does not have to do with experience or knowledge. However, expectation has many commons with prediction; they are exchangeable in many situations. Expectation is a process of guessing what might happen in the future, whereas prediction depicts more than that with more accuracy and precision, which might embrace a wider range of possible results. Unintentional act shall not be count for neglecting precautionary measures or breaching its rules only, since law does not impose punishment on the abstract behavior itself, rather, it imposes the punishment based on the results of the behavior that breaks a forbidden effect. From this standpoint, in expectation, the offender expected the occurrence of the crime arising from his/her conducted behavior. Further, s/he is aware that such behavior might or might not lead to a crime. In other words, the offender is not one-hundred percent sure, that such behavior will cause insults that forbidden by law. Thus, associating the cause and effect of such event requires linking points. Whenever such linking point is determined, then the cause becomes questionable and therefore can be examined as intentional cause. Eliminating a questionable linking point shall be justified by the absent of criminal liability. Unintentional act is in fact a psychological condition links the cause, which in this case represented by the offender’s behavior, to the effect. Obviously, this association is justified through the willingness of expecting the effect, taking into consideration the capability of determining such expectation alongside with capability to prevent such behavior.

المقدمة

الحمد لله الذي جعل الكمال صفة لازمة ملازمة لذاته العليا، وجعل الخطأ والنسيان صفات للإنسان، ليتجلى برحمته وبركته ومغفرته عليهم بالإحسان. والصلاة والسلام على نبينا الأمين وعلى آله وأصحابه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. ربّ اشرح لي صدري ويسّر لي أمري وأحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي.

أما بعد:

فالتوقع بالمعنى اللغوي للمصطلح في الفقه الجنائي يعني انتظار ما يمكن حدوثه مستقبلا وفقا لما يجري فيه السير الطبيعي للأمر، وهذا يعني ان التوقع يفترض ثلاثة عناصر أساسية لتحقيقه تتمثل في، ان يتعلق بموقف محسوس، وان يستوجب اتخاذ قرار بشأن هذا الموقف، وأن يتضمن حدث مستقبلي، بمعنى اخر هو إمكانية ارتقاب، او انتظار، او ترصد، او ترقب، او تقدير، او تكهن حصول النتيجة الاجرامية وعلاقتها السببية بالسلوك الذي يقدم عليه الجاني خلال مباشرته للحركة العضوية الناشئة عن هذا القرار. اما بخصوص معنى التوقع في الفقه اللغوي العربي فانه لا يبتعد كثير عما ذكر سابقا حيث ان التوقع هو التكهن بحصول أمور في المستقبل، أحيانا لا يقوم على الخبرة أو المعرفة. وهناك الكثير من التداخل بين التنبؤ والتوقع، وأحيانا تستعملان للدلالة على نفس المعنى. التوقع هو إدلاء بأحداث ينتظر حصولها، بينما التنبؤ هو إدلاء بتوقعات أكثر تحديدا ودقة، ويمكن أن يغطي مجموعة واسعة من النتائج المحتملة.

أولاً- نطاق البحث: حيث ان موضوع التوقع في مجال القانون الجنائي موضوع واسع ومتشعب وانه يدخل أيضا في مجال في الرابطة النفسية العمدية الاحتمالية، الا ان بحثنا سيقصر على عنصر التوقع في تحديد المسؤولية عن الخطأ.

ثانياً- إشكالية اشكالية: تتمثل إشكالية البحث في:

1- إشكالية اشتراك التوقع في العلاقة النفسية في العمد والخطاء.

2- إشكالية كيف يمكن نستطيع حسم مسألة القبول وعدم القبول خاصة في الخطاء الواعي.

3- إشكالية يجب ان تكون الإشكالية الفرق بين الخطاء الواعي والقصد الاحتمالي لكون الاثنين مبنية على التوقع كيف نضع خط فاصل بينهما.

4- الإشكالية الاصطلاحية التي رافقته في صياغة احكام قانون العقوبات من خلال توحيد المصطلحات المستخدمة.

ثالثاً- أهمية البحث: تنبع أهمية البحث من أهمية اشكاليته، فمن الضروري إيجاد الية للتمييز بين التوقع في العلاقة النفسية في الخطأ والعمد.

رابعاً- منهجية البحث: يعتمد البحث على منهج مركب: فهو دراسة تحليلية ومقارنة وانتقادية نظرية ووصفية، فهي تحليلية لكونها تتولى تحليل النصوص التي سوف نناقشها. اما كونها مقارنة فلأنها سوف تقارن القانون العراقي بباقي القوانين من حيث المعالجات، وباقي القوانين التي نجد من المفيد المقارنة فيها، كما وسنقارن بالشريعة الإسلامية كلما دعت

الحاجة الى ذلك. اما كونها انتقادية ونظرية ووصفيه فلكونها تتناول بالانتقاد والوصف النظري للنصوص الجزائية الخاصة في القانون العراقي واقتراح البدائل للمعيبة منها.

خامساً-هيكلية البحث: تناولنا موضوع البحث في مقدمة وثلاث مباحث يتناول المبحث الأول، التوقع جوهر العلاقة النفسية في الخطأ. والمبحث الثاني، وجود علاقة بين الارادة والنتيجة الاجرامية (كعنصر في الخطأ). والمبحث الثالث، الاتجاهات الفقه بشأن دور التوقع أو استطاعته في نظرية الخطأ. ودوننا تفصيل ذلك وينتهي البحث بخاتمة نعرض فيها لأهم النتائج والاستنتاجات والتوصيات التي ترشحت عن البحث.

المبحث الأول: التوقع جوهر العلاقة النفسية في الخطأ

لا يتحقق الخطأ غير العمدي لمجرد عدم اتخاذ تدابير الحيطة والحذر او الاخلال بها لكون القانون لا يعاقب على السلوك المجرد بذاته ولكن يعاقب على السلوك الذي يصدر من الجاني ويفضي الى نتيجة يجرمها، بمعنى يفترض في التوقع ان يكون الجاني كان ينتظر وقوع الجريمة كأمر ممكن للسلوك الذي ارتكبه قد يحصل وقد لا يحصل، أي ان الجاني لا يكون متأكدا على نحو يقيني ومؤكد ان سلوكه سيقود لحصول النتيجة المتمثلة بالاعتداء على الحق الذي يسبغ القانون الحماية عليه.⁹⁵¹

وتأسيسا على ذلك، فلا بد من توفر رابطة او صلة تقوم بجمع الإرادة والنتيجة المتحققة بشكل يجعل من الإرادة محلا للمساءلة القانونية وتوسيمها بسمة الإرادة الاجرامية ويترتب على انتفاء تلك الصلة انتفاء المسؤولية الجنائية عن النتيجة المتحققة، لكون الخطأ غير العمدي هو في الحقيقة صلة نفسية تربط بين إرادة الجاني المتمثلة بالسلوك المرتكب من قبله وبين النتيجة المتحققة عن ذلك السلوك، وان هذه الصلة تتراءى من خلال خمول الإرادة عن توقع النتيجة مع قدرتها على ذلك ومنع حصولها.⁹⁵²

ولأجل التفصيل في ذلك فقد قمنا بتقسيم المطلب الى مطلبين: المطلب الأول، استطاعة التوقع ووجوبه. بينما المطلب الثاني، نظرية الخطأ غير العمدي المتمثل بإمكانية التوقع:

المطلب الأول: استطاعة التوقع ووجوبه

التوقع يمثل الجانب الإيجابي للأصرة التي تربط بين سلوك الجاني والنتيجة المتحققة من جراء سلوكه، وأهمية ذلك تتمثل في ثلاثة حقائق مهمة هي: **الأولى**، من حيث كونه تكتمل به مكونات الخطأ وتحقق به العلاقة النفسية التي تربط بين سلوك الجاني والنتيجة المتحققة عن فعله، حيث ان الخطأ لا يتحقق لمجرد خمول الإرادة عن توقع النتيجة الاجرامية مالم تكن النتيجة متوقعة. **والثانية**، باستطاعة التوقع يتجلى الخطأ في سلوك الجاني حيث ان النتيجة إذا كانت متوقعة من قبل الجاني فيكون بإمكانه الحيولة دون وقوعها. **والثالثة**، ان استطاعة التوقع تستقيم به الحدود الفاصلة بين الخطأ وبين

⁹⁵¹ د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، دراسة تحليلية مقارنة، في الاحكام العامة الجريمة والعقاب والمسؤولية الجنائية، ط2، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976، ص 261.

⁹⁵² د. سامح السيد جاد مبادي قانون العقوبات القسم العام، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1987، ص 378. د. محمود نجيب حسني، الخطأ غير العمدي في قانون العقوبات، مصدر سابق، 514. د. احمد عبد اللطيف، الخطأ غير العمدي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 138.

الحادث الفجائي، فاذا استحالَت عملية توقع النتيجة التي وقعت يترتب على ذلك انتفاء المسؤولية الجنائية وتخرج الحادثة من فضاء الخطأ لتدخل فلك الحادث الفجائي.⁹⁵³ ودونا تفصيل ذلك:

أولاً - نظرية قبول الخطر : نظرا لتزايد حالات الجريمة غير العمدية في السنوات الأخيرة بشكل ملحوظ نظرا لتعقيد الحياة بسبب التطورات العلمية والاكتشافات التكنولوجية الحديثة التي شهدتها العالم في الآونة الأخيرة، الامر الذي دفع بالفقه الجنائي الى ضرورة البحث عن أساس متين للعقاب لا يقوم على إرادة الجاني ولا على المسؤولية الأخلاقية، وقد وجد العقاب أساسه وفقا لهذه النظرية على السلوك الخطر والحالة الخطرة للجاني مستندة في ذلك الى السياسة الجنائية الواقعية التي تسعى الى مكافحة الاجرام عن طريق المنع والوقاية. وبموجب هذه النظرية فان الجرائم غير العمدية هي بالحقيقة جرائم خطر قوامها قبول الجاني لسلوك خطر اجتماعياً، تماما كما في الجرائم العمدية الذي ترتب على سلوكه خطر اجتماعي، الا أن الاختلاف بينهما يتجسد بدرجة علم كل منهما بحالة الخطر، ففي العمد ان الجاني يعلم حق العلم بان سلوكه خطر ويقبل بذلك، بينما في غير العمد فان الجاني لا يجهل الخطر وانما يحاول اقتناع نفسه بغير ذلك ولكن في نهاية المطاف يقبل المخاطرة بذلك، بمعنى ان الجريمة غير العمدية ما هي الا قبول خطر اجتماعي مع رغبته السلبية وتمنيه في تفادي هذا الخطر.⁹⁵⁴

ولم تسلم هذه النظرية من الانتقاد، حيث انها لا توفر الأساس السليم للمسؤولية عن الجرائم غير العمدية من حيث تعارض المبادئ القانونية الحديثة في قوانين العقوبات (خصوصاً مبدأ الشرعية الجزائية ومبدأ حرية الاختيار ومبدأ المسؤولية الأخلاقية التي تسري أيضا على هذه النظرية التي تعتبر الجرائم غير العمدية من جرائم الخطر) مع الاعتماد على خطورة الجاني كأساس للعقاب، المتمثلة بقبوله غير العمدية للخطر، بالإضافة الى ان القول بان الخطأ هو قبول الجاني لسلوك خطر اجتماعياً مع امله السلبى في إمكانية التخلص منه، مع القول بان الجاني قبل السلوك الخطر دون قبول النتيجة، فان هذا الكلام يدخلنا في افق القصد الاحتمالي الذي هو صورة من صور العمد، كما ان القول بان الجاني كان يتأمل تجنب حصول النتيجة فان هذا القول يشمل فقط حالات الخطأ الواعي (الخطأ مع التوقع) وانها تخرج حالات الخطأ غير الواعي (الخطأ بدون توقع) من مجال قانون العقوبات.⁹⁵⁵

كما ان القول بان خطورة الجاني وسلوكه الخطر لا يصلح كأساس للعقاب على الجرائم غير العمدية لكون المشرع لا يعاقب على مجرد السلوك ولا على مجرد الخطأ ما لم تترتب عليهما نتائج ضارة يجرمها.⁹⁵⁶

ثانياً - الضرر المحتمل: ابتداءً نقول، أن المقصود بالضرر المحتمل هنا ليس النتيجة التي تحققت بل الضرر الذي قد يصيب المجتمع او الخوف من العود للجريمة في المستقبل. وعليه، فان الأساس السليم لبناء المسؤولية الجنائية وفقا لجانب

⁹⁵³ د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972، الفقرة رقم 110، ص 546.

⁹⁵⁴ د. شريف سيد كامل محمد، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1992، ص 152-153.

⁹⁵⁵ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، الفقرة رقم 712، ص 647.

⁹⁵⁶ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة 725، ص 664.

من الفقه⁹⁵⁷، هو الضرر المحتمل وهذا الامر ينطبق على حالة العمد وكذلك على حالة الخطأ، حيث ان الغاية من وضع قانون العقوبات هي منع الضرر الذي قد يحدث بغض النظر عن كونه متوقعا ام غير متوقع او ان يكون الجاني راغبا به ام غير راغب به، بمعنى مطلق الضرر سواء كان ناتجا عن خطأ ام عمد والذي يحقق ذلك هي العقوبة لكونها تمثل وسيلة من وسائل الدفاع الاجتماعي كما انها تساهم في الردع العام والخاص ومنع او الحد من ظاهرة العود الى الجريمة الامر الذي يستوجب ان تكون معه العقوبة ملائمة لتحقيق ذلك .

ويعتقد انصار هذا الاتجاه ان ذلك يشكل أساسا مقبولا لبناء المسؤولية الجنائية خصوصا تلك التي برزت بشكل ملحوظ في الآونة الأخيرة نتيجة للتطورات الهائلة التي شهدتها المجتمع مما تكون معه الجرائم غير العمدية اكثر عددا من جرائم العمد، وقد قال انصار هذا الاتجاه انه قليلا ما يلاحظ قيام مجرم محكوم بجريمة عمدية بارتكاب جريمة عمدية أخرى بعد خروجه من السجن، بينما الحالة معكوسة في جرائم الخطأ حيث ان الأشخاص الذين لهم شغف بالسرعة العالية غالبا ما يرتكبون جرائم القتل الخطأ وبشكل متكرر الامر الذي جعل من الخطأ كاشفا عن الضرر المحتمل بصورة تكاد تكون مؤكدة.⁹⁵⁸

وقد وجهت العديد من الانتقادات لهذا الرأي لعل من أهمها كون الضرر المحتمل هو غير مؤكد الوقوع وان الاخذ بموضوع الضرر المحتمل سوف يوسع من نطاق دائرة التجريم والعقاب بشكل يؤدي الى المساس بحقوق الانسان ويؤدي الى شعور الافراد بعدم عدالة العقوبة الامر الذي يدفعهم الى عدم الخوف منها مما قد يدفع الى تنامي ظاهرة الاجرام.⁹⁵⁹

ثالثاً - نظرية السلوك غير المألوف : يقول أنصار هذه النظرية بضرورة ترك الخطأ كأساس للعقاب في الجرائم غير العمدية وان الأساس الأمثل لبناء المسؤولية في مثل هذه الجرائم هو مجرد ارتكاب الجاني لسلوك غير مألوف او كما عبروا عنه بسلوك لا اجتماعي، حيث يعتقدون بان السلوك هو مرآة النتيجة المتحققة فاذا كان عاديا كانت النتيجة عادية وبكل تأكيد ستكون النتائج غير مألوفة عندما يكون السلوك غير مألوف، فاذا كان من المسلمات العقلية والمنطقية ان كل سلوك يقود الى نتيجة، لذا يجب ان يتحمل مرتكب السلوك ما يترتب عليه من نتائج، مما يجعل المسؤولية الجنائية عن الجرائم غير العمدية تخضع لنفس القاعدة مهما كان مجال هذا السلوك المرتكب، فيعتقدون بان المشرع لا يهتم للجانب المعنوي للجاني عند تقريره للمسؤولية وكذلك الحال بالنسبة للقاضي،

وبالتالي فلا تبقى أهمية لموضوع توقع النتيجة او عدم توقعها او مدى استطاعة الجاني لتوقعها، لأن الجاني في جميع الأحوال يكون قد ارتكب سلوكا غير مألوف وهذا لوحده كافيا لإقامة المسؤولية الجنائية، فمن المنطق السليم القول بان الذي يرتكب جريمة إيذاء او قتل غير عمدي هو بالتأكيد ارتكب سلوكا شاذا، فمن غير المعقول ان يجتمع السلوك الاثم والسلوك المثالي في تصرف واحد.⁹⁶⁰

⁹⁵⁷ Givry F., Essai sur le fondement de la responsabilite penale en matiere de delits intentionale ET de delits dim prudence, Montpellier, 1970.

⁹⁵⁸ Givry F., op. cit. p.p.43, 48.

⁹⁵⁹ د. شريف سيد كامل محمد، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، مصدر سابق، ص185-186.

⁹⁶⁰ Daskalakis E., La notion dunite ET de pluralite dinfractions ET son role dans le process penal, These, Paris, 1969, p. 107.

ويقرر بعض أنصار هذه النظرية ان فكرة الخطأ هي مسألة نفسية وفي ذات الوقت مسألة فلسفية، وان الفلاسفة لم يقوموا بوضع قانون العقوبات، لذلك فان اشتراط الخطأ كركن معنوي في الجرائم غير العمدية ما هو في الحقيقة الامر لفظي، لذلك فان تأسيس المسؤولية الجنائية على فكرة أخلاقية لا تتواءم مع التطورات الكبيرة التي شهدتها المجتمعات وما رافقها من تزايد ظاهرة الاجرام غير العمدية، لذلك فانهم يؤمنون بضرورة بناء المسؤولية الجنائية على مجرد مخالفة النص القانوني مما يجعل الامر اكثر انطباقاً على نوع من الجرائم التي تتمثل غاية التجريم فيها من اجل حماية المجتمع كما في الجرائم المرورية والجرائم الاقتصادية، وان الاخذ بهذا الأساس سوف يسهل من امر اثبات موضوع توقع الجاني او كون باستطاعته التوقع التي هي في الأساس مسألة صعبة وصعبة جدا، الامر الذي دفع بهم للتخلي عن فكرة الخطأ كأساس للتجريم في هذا النوع من الجرائم.⁹⁶¹

وقد طال الانتقاد هذه النظرية أيضا فأهم ما يؤخذ عليها مخالفتها لنصوص القانون التي تعاقب على الجرائم غير العمدية، فان المشرع لا يعاقب على مجرد السلوك غير المألوف بل ان العقوبة تقررت بموجب الايذاء او القتل غير العمد أي على النتيجة المتحققة، وان القول بمعاقبة الجاني على مجرد السلوك يصطدم بالواقع الذي تقرره النصوص العقابية، مما يجعل الأساس الذي نادى به لبناء المسؤولية الجنائية يخفق في تفسيرها.⁹⁶² كما ان البعض لا يرى في هذا الأساس اية إمكانية لتطبيقه في المستقبل بسبب تعارضه مع مبدأ الشرعية الجنائية بالإضافة الى مساسه بالسافر بالحقوق والحريات مما يجعل من الصعب ان لم يكن من المستحيل تحديد حدود المسؤولية الجنائية.⁹⁶³ وأخيرا، لم يضع أنصار هذه النظرية تعريفا واضحا للمقصود بالسلوك غير المألوف كما لم يجيبوا على التساؤل المطروح، عما إذا لم ترتكب الجريمة غير العمدية بسلوك مألوف؟

رابعاً - الخطأ اليسير والخطأ الجسيم/ الاخلال بواجبات الحيطة والحذر كأساس للعقاب في الجرائم غير العمدية:

للإخلال بواجبات الحيطة والحذر أهمية كبيرة في البيان القانوني لنظرية الخطأ فبدون هذا الاخلال يصبح الخطأ مجرد حالة نفسية لا تخضع لقانون العقوبات لا بل وتتحول لمجرد فكرة يلفها الغموض وتعترى القضاء الكثير من الصعوبات في مجال اثباتها. ومن نافلة القول ان لفكرة الخطأ أصول دينية وفلسفية واخلاقية ولكنها في إطار القانون الجنائي تعد فكرة قانونية مؤداها التعبير عن وضع الإرادة للجاني. ومن اجل إعطاء الصورة ابعادها الحقيقية فقد أثرنا البحث فيها من خلال المحاور الثلاثة المبينة في الآتي:

1. مذهب التفرقة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم: قسم الفقه الجنائي الفرنسي⁹⁶⁴ في بادئ الامر الخطأ الى ثلاثة

اقسام هي: خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ يسير جدا، متأثرين بما ذهب اليه القانون الروماني، وكان لهذا التقسيم أهمية

⁹⁶¹ Lebbret J., Rapport presente au VIII, eme congress international de droit penal, R.I.D.P., 1961, P.1069.

⁹⁶² د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة 725، ص 664. د. السعيد مصطفى السعيد، شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات، المطبعة العالمية، القاهرة، 1952، ص 416. د. علي بدوي، الاحكام العامة في القانون الجنائي، ج 1، الجريمة، مطبعة نوري، القاهرة، 1938، ص 373.

⁹⁶³ د. شريف سيد كامل محمد، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، مصدر سابق، ص 190.

⁹⁶⁴ Laingui A., Et Lebigre A., Histoire du droit penal, T.I. cujas, 1985, p. 29. Barberot C., Lhomicide au XVIII, eme, siècle dapres les arrest du parlement de Paris, these, Paris, 1979, pp. 274-275.

وصدى كبيراً جداً من حيث إقامة المسؤولية بنوعيتها المدنية والجنائية، حيث ان الأنواع الثلاثة تصلح لان تكون أساساً للمسؤولية المدنية، بينما المسؤولية الجنائية لا تقوم الا على أساس الخطأ الجسيم وقد اخذ بهذا التقسيم جانب من فقهاء الجنائي الفرنسي القديم⁹⁶⁵، وكذلك جانب من الفقه الجنائي المصري⁹⁶⁶.

ويعتقد أصحاب هذا الاتجاه ان أهمية هذا التقسيم تبرز في مجال التمييز بين الخطأ المدني الذي يتوفر مهما كانت درجته وبين الخطأ الجنائي الذي يشترط ان يكون على درجة معينة من الجسامة، وكذلك فان أهمية هذا التقسيم تبرز أيضاً في مجال التفريق بين الخطأ الفني الذي يشترط فيه ان يكون على درجة معينة من الجسامة، وبين الخطأ المادي الذي لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة.⁹⁶⁷

وقد انتقد هذا التقسيم كونه يتعارض مع النصوص القانونية التي تخص القتل والاصابة الخطأ، حيث ان المشرع لم يستوجب في صياغتها درجة معينة من الجسامة وهذا واضح من صراحة تلك النصوص القانونية.⁹⁶⁸ هذا من جهة، ومن جهة أخرى حتى الخطأ اليسير اخذ يتسبب بأضرار بالغة لا يجبرها التعويض المدني كما في الأخطاء الطبية التي اخذت بالتزايد

⁹⁶⁵ Chavanne A., Le probleme des delits involontaires R.S.C., 1962, p. 247.

⁹⁶⁶ د. رؤوف عبيد، في التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص 379-380. د. احمد امين، شرح قانون العقوبات الأهلي القسم الخاص، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1924، ص 368.

⁹⁶⁷ د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977 فقرة رقم 25، ص 127.

⁹⁶⁸ المادة/ 411 من قانون العقوبات العراقي والتي تنص على ان

(1-من قتل شخصاً خطأ او تسبب في قتله من غير عمد بأن كان ذلك ناشئاً عن اهمال او رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة والوامر ...

2-وتكون العقوبة ... إذا وقعت الجريمة نتيجة اخلال الجاني اخلالا جسيماً بما تفرضه، عليه اصول وظيفته او مهنته او حرفته او كان تحت تأثير مسكر او مخدر وقت ارتكاب الخطأ الذي نجم عنه الحادث او نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة او عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك. 3-وتكون العقوبة ... إذا نشأ عن الجريمة موت ثلاثة اشخاص او أكثر...)

والمادة 416 من قانون العقوبات العراقي النافذ والتي تنص على ان:

(1-كل من أحدث بخطئه اذى او مرضاً بآخر بأن كان ذلك ناشئاً عن اهمال او رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة والوامر يعاقب ...

2- وتكون العقوبة ... إذا نشأ عن الجريمة عاهة مستديمة او وقعت نتيجة اخلال الجاني اخلالا جسيماً بما تفرضه عليه اصول وظيفته او مهنته او حرفته او كان تحت تأثير مسكر او مخدر وقت ارتكاب الخطأ الذي نجم عنه الحادث او نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة او عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك او ادى الخطأ الى اصابة ثلاثة اشخاص فأكثر.)

والمادة/ 238 من قانون العقوبات المصري النافذ التي تنص على ان (من تسبب خطأ في جرح شخص أخر بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والانظمة يعاقب ... وتكون العقوبة ... إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك. وتكون العقوبة ... إذا نشأ عن الفعل وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص، ...)

والمادة/ 244 من قانون العقوبات المصري التي تنص على ان (من تسبب خطأ في جرح شخص أو إيذائه بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والانظمة يعاقب ... وتكون العقوبة ... إذا نشأ عن الإصابة عاهة مستديمة أو إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك. وتكون العقوبة بالحبس إذا نشأ عن الجريمة إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص).

وتتسبب بأضرار كبيرة، مما يستوجب تجريمها مهما كانت درجته حسب رأي جانب من الفقه.⁹⁶⁹ بالإضافة الى أنه لا يوجد معيار واضح للفرقة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم ولا بين الخطأ الفني والخطأ المادي.⁹⁷⁰

2. مذهب عدم التفرقة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم: بسبب الانتقادات الجديدة التي وجهت الى أصحاب التقسيم السابق فقد اتجه اغلبية الفقه الى المساواة بين نوعي الخطأ بخصوص تحقق المسؤولية الجنائية. بمعنى ان الخطأ ممكن ان يتحقق مهما كان الاخلال بمتطلبات الحيطة والحذر سواء كان يسيراً او جسيماً، وان هذا الامر لا أثر له الا في موضوع مقدار العقوبة التي تقرها المحكمة بحق كل متهم، فبكل تأكيد ان عقوبة الخطأ الجسيم ستكون اشد من حالة الخطأ اليسير.⁹⁷¹ وقد تبنى جانب من الفقه هذا الراي ونادى بتطبيقه حتى في حالة المسؤولية الطبية وغيرها من أنواع المسؤولية المهنية بحيث تتحقق مسؤولية هؤلاء حتى في حالة الخطأ اليسير.⁹⁷² و جدير بالذكر ان القضاء العراقي اخذ مؤخراً بهذا الراي من خلال ما اثاره القرار الذي اتخذته الهيئة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية في العراق، الأربعاء (4 تموز 2018)، والذي يقضي باعتبار إخلال الطبيب في تنفيذ واجباته تجاه المرضى قتلاً خطأً، من جدل واسع بين جميع الأوساط العراقية، فقد أصدر القاضي عبد الستار بيرقدار، المتحدث الرسمي باسم مجلس القضاء الأعلى في العراق، بيانا في هذا الشأن قال فيه إن "الهيئة الجزائية بمحكمة التمييز الاتحادية عدت إخلال الطبيب بواجباته تجاه المريض وعدم إيلائه العناية الطبية اللازمة قتلاً خطأً ينطبق وأحكام المادة (2/411) من قانون العقوبات"، موضحاً أن "المبدأ التمييزي أشار إلى أن العقوبة تسري على كل من يخل بواجباته من الأطباء لتكون رادعة لا سيما لمن يتهاون في علاج المرضى والراقيدين في المؤسسات الصحية".

وجاء قرار الهيئة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية، وفق بعض الآراء المعارضة له، التي تعتقد أن القرار يكمل الإطباق على رقاب ما تبقى من أطباء ويمنعهم من تقديم خدماتهم لمرضاهم في جو إيجابي لا خوف فيه.⁹⁷³ بيد أننا نرى القرار ما هو إلا تطبيقاً اعتيادياً لقانون العقوبات العراقي مع من يتهاون ويقصر ويتسبب دون وجه حق بإزهاق روح مريض أبرياء أو التسبب بمضاعفة مرضهم وإصاباتهم نتيجة الاستخفاف بأرواح وصحة المرضى أو تقصيرهم في عملهم تقصيراً فاضحاً.

⁹⁶⁹ د. احمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، الفقرة رقم 281، ص 489. د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، مصدر سابق، الفقرة رقم 78، ص 133. د. عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1983، الفقرة 221، ص 276. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 724، ص 661. د. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم الخاص، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 97.

⁹⁷⁰ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 571، ص 420.

⁹⁷¹ د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، ط2، مكتبة الصحافة، الاسكندرية، 1989، الفقرة رقم 240، ص 577. د. نبيل مدحت سالم، الخطأ غير العمدي، دار النهضة العربية، القاهرة، الفقرة رقم 86، ص 172. د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، مصدر سابق، ص 63. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة 723، ص 159.

⁹⁷² د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة 724، ص 161.

⁹⁷³ سليم الشماغ، ضجة في العراق يثيرها القضاء: الطبيب مسؤول عن أي خطأ طبي، مقال منشور يوم الأحد 2018/7/8: على الموقع الذي تمت زيارته بتاريخ 2018/12/18:

3. حالات خاصة يتطلب فيها المشرع الخطأ الجسيم لقيام الجريمة : ان الراي الراجح في القضاء والفقهاء ان المشرع لم يستوجب درجة معينة من الجسامة في الخطأ من اجل إقامة المسؤولية الجزائية في الايذاء او القتل الخطأ، بمعنى اخر ان النصوص التجريبية في هذا الصدد جاءت عامة دون تخصيص، في حين أنه في حالات معينة نجد ان المشرع يتطلب الخطأ الجسيم لتجريم حالات معينة كما في نص المادة/ 341 من قانون العقوبات العراقي النافذ التي تنص على ان (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات او بغرامة لا تزيد على ثلاثمائة دينار كل موظف او مكلف بخدمة عامة **تسبب بخطئه الجسيم** في الحاق **ضرر جسيم بأموال** او مصالح الجهة التي يعمل بها او يتصل بها بحكم وظيفته او بأموال او مصالح الأشخاص المعهود اليه ان كان ذلك ناشئاً عن اهمال جسيم بأداء وظيفته او عن اساءة استعمال السلطة او عن اخلال جسيم بواجبات وظيفته)، في حين ان المادة/ 116 مكرر(أ) من قانون العقوبات المصري النافذ تنص على ان (كل موظف **تسبب بخطئه الجسيم** في الحاق **ضرر جسيم** بأموال أو مصالح الجهة التي يعمل بها أو يتصل بها بحكم عمله أو بأموال الافراد أو مصالحهم المعهود بها إليه بان كان ذلك ناشئاً عن اهمال جسيم في أداء وظيفته او عن إساءة استعمال السلطة او عن اخلال جسيم بواجبات الوظيفة يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه او بإحدى هاتين العقوبتين. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ست سنوات وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه إذا ترتب على الجريمة اضرار بمركز البلاد الاقتصادي او بمصلحة قومية لها).

ومن خلال تحليل النصين العراقي والمصري يتضح بان المشرعين اشترطوا في هذا النوع من الخطأ الجسامة من اجل ان تنهض المسؤولية الجنائية للموظف، لا بل أكثر من ذلك فان المشرعين اشترطوا أيضاً ان يكون الضرر المتحقق جسيم كذلك، بمعنى ان المشرعين العراقي والمصري اشترطوا الخطأ الجسيم والضرر الجسيم كركنين متلازمين لتحقيق هذه الجريمة، أي ان الضرر لو كان غير جسيم فهو لا يكفي للتجريم حتى ولو كان الخطأ جسيماً، ونفس الشيء بالنسبة للخطأ إذا كان غير جسيم فلا يكفي للتجريم حتى ولو كان الضرر جسيماً.⁹⁷⁴ ولعل الغاية من ذلك هو رغبة المشرع بعدم إيقاف عمل المرفق العام الذي من شروطه الاستمرارية وان القول بمعاينة الموظف العام عن الخطأ اليسر سوف يدفعه الى التقاعس عن أداء عمله مدفوعاً بعدم الاطمئنان والرهبة والخوف من العقاب.⁹⁷⁵

المطلب الثاني: نظرية الخطأ غير العمدى المتمثل بإمكانية التوقع

يؤمن أنصار هذه النظرية كما في باقي النظريات التي قيلت في تقديم أساس مقبول للمسؤولية الجنائية عن الخطأ، بكون الإرادة هي جوهر المسؤولية الجنائية في الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية، ولكنهم يختلفون عن غيرهم في تبرير العقاب على الخطأ وهو ما سنتطرق اليه في بندين أساسيين:

أولاً-مضمون النظرية: يعد الفقيه جارو من مؤسسي هذه النظرية التي يعتمد أساسها في اعتبار استطاعة التوقع أرضية مناسبة لتقرير العقاب على الجرائم غير العمدية المنبثقة عن الخطأ من كون ان الجاني وفي لحظة أقدامه على ارتكاب السلوك الاثم كان بإمكانه ان يتوقع النتيجة الاجرامية المتحققة بسبب سلوكه الإيجابي او السلبي المتمثل بالامتناع. وفي

⁹⁷⁴ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 336.

⁹⁷⁵ د. جمال الدين العطيفي، الاتجاهات الجديدة في جرائم الإهمال في التشريع المصري، بحث منشور في مجلة المصاهرة المصرية، ص 45، ع3، ص 203. د. احمد فتحي سرور، جريمة الإهمال في أداة الوظيفة، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية، ص 7، ع1، ص 143.

هذا المجال فان هذه النظرية تقترب كثيراً من نظرية خمول الإرادة التي هي الأساس في الخطأ، وتؤمن هذه النظرية بكون إمكانية التوقع هو الشرط الأساسي والكافي لا بل والضروري لتبرير العقاب على الجرائم غير العمدية، فبتوافره يجعل المسؤولية تدور في مجال الارادة لان تخلف هذا الشرط يجعل من الخطأ متطابقاً مع الحادث الفجائي.⁹⁷⁶ وقد ذهب جانب من الفقه الى القول بانه لا تعارض بين حرية الاختيار وبين الجرائم غير العمدية لكون الجاني قد اختار الفعل او الامتناع الذي أحدث النتيجة التي تحققت، حيث كان بإمكان الجاني الا يرتكب السلوك الذي يضر بالمصالح المحمية من قبل المشرع او على الأقل ان يقوم بسلوكه بالحدود التي لا تضر بالمصالح المحمية.⁹⁷⁷ وهو قول وجيه في تصورنا.

وتقول هذه النظرية، انه من العدالة إيقاع العقوبة على الجاني الذي لم يقيم بمحض ارادته لا بل وكان باستطاعته ومن واجبه اتخاذ من الوسائل ما يجنبه المساس بالمصالح المحمية من قبل المشرع، وقد وجدت هذه النظرية الكثير من المؤيدين لها، لا بل واعتبرها البعض انها مكتملة للنقص الحاصل في نظرية خمول الإرادة كأساس للخطأ خصوصاً ما يتعلق بحالات الخطأ المبنية على النسيان، فان عدالة العقوبة ستجد لها تطبيقاً في مثل هذه الحالات، لكون العقاب يدفع ويحث الاخرين على التبصر والحيلة والحذر من اجل الحيلولة دون وقوع مثل هذه الجرائم، بالإضافة الى انها تحقق الشعور العام بالرضا والعدالة من جراء معاقبة الجاني المخطئ⁹⁷⁸، علاوة على ان هذه النظرية تمحو التناقض بين المبدأ القائل بعدم مساءلة الشخص جنائياً الا عندما يكون قد أراد الضرر، مما يوفر التبرير الكافي لعقاب الخطأ غير العمدي.⁹⁷⁹

ومما تقدم، ووفقاً لهذه النظرية فلا يسأل جزائياً الجاني الذي ليس لديه القدرة على توقع النتيجة المترتبة على سلوكه الذي قد يتخذ شكلاً إيجابياً او سلبياً لصغر سنه او لحالته العقلية او بسبب الظروف التي أحاطت به لحظة ارتكابه السلوك المجرم كما في حالة الصغير والمجنون والمكره اكرهاً معنوياً، لكون الجاني في الحالات المتقدمة ليست لديه القابلية العقلية والبدنية على التوقع، كما ان الظروف التي أحاطت به ساهمت في ذلك أيضاً، كل ذلك لا يجعله محلاً للمسؤولية الجنائية، كما لا يسأل الجاني الذي لم يكن باستطاعته توقع النتيجة التي تحققت والتي تدخل في فلك الحادث الفجائي، بمعنى يستحيل على الجاني في مثل هذه الحالة توقع النتيجة ولم يكن من واجبه ذلك، لان القاعدة هنا لا التزام الا بمستطاع.⁹⁸⁰

ثانياً - نقد النظرية: تميزت هذه النظرية بإبراز دور الإرادة في الجرائم غير العمدية كأساس للمسؤولية الجنائية عن الخطأ، بمعنى ان الأساس الاخلاقي للمسؤولية يتجلى بوضوح في هذه النظرية، ولكن يعاب عليها ما يلي من الأمور:

أولها، انها لم تأتي بالأساس المنطقي للعقاب الذي يشمل جميع حالات الجرائم غير العمدية، فهذه الجرائم لا تقتصر على حالات عدم توقع الجاني لنتائج سلوكه بل تتضمن أيضاً حالات التوقع لنتائج السلوك، بمعنى ان الواقع العملي يفرز حالات أكثر تعقيداً وتفرعاً مما نادى به هذه النظرية، فعلى سبيل المثال يعتقد منتقدو هذه النظرية بانها لا توفر أساساً مناسباً

⁹⁷⁶ Garraud, Traite Theorique ET Pratique du droit penal Francais, op. cit. p.557.

⁹⁷⁷ د. رؤوف عبيد، في التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون مصدر سابق، ص 382. د. مصطفى القليلي، في المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فواد الأول، القاهرة، 1948، ص 205-206.

⁹⁷⁸ د. فوزية عبد الستار، مصدر سابق، الفقرة رقم 11، ص 19-21.

⁹⁷⁹ Garraud, Traite Theorique ET Pratique du droit penal Francais, op. cit. p 586.

⁹⁸⁰ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 107-108.

لعقاب حالات توقع النتائج من قبل الجاني مع استطاعته ذلك الا انه لم يتخذ احتياطات الحيطة والحذر التي تضمن عدم حدوثها، او تلك الحالات التي لا يبالي الجاني بالنتائج التي قد تحدث نتيجة لسلكه لا بل وعدم اكرائه بحصولها.

وثانيها، ان الاعتماد على عدالة ومنفعة العقوبة كأساس لبناء المسؤولية الجنائية امر فيه نظر، لان ذلك من باب تحصيل الحاصل فلولا عدالة ومنفعة العقوبة لما قررها المشرع، هذا من جهة ومن جهة أخرى فان هاتين الصفتين من الخصائص العامة للعقوبة سواء في الجرائم غير العمدية او العمدية.

وثالثها، ان التركيز على إمكانية التوقع وحتميته في الخطأ واستبعاد العقاب عن الحادث الفجائي وعن الشخص الذي لا يملك القابلية البدنية والذهنية على التوقع، فان هاتين الحالتين تمثلان جزءاً من عناصر الخطأ، وليس أساس العقاب على الخطأ.⁹⁸¹

المبحث الثاني: العلاقة بين الإرادة والنتيجة الاجرامية (كعنصر في الخطأ)

لا شك بأن التمييز وحرية الاختيار هما مفترضان اساسيان للمسؤولية الاجرامية، ومن المبادئ التي أصبحت راسخة في التشريعات الجنائية الحديثة هو عدم كفاية تحقق الركن المادي من اجل قيام المسؤولية الجنائية، لا بل يستوجب أيضا تحقق الرابطة النفسية بين ماديات الجريمة والجاني وهذه الرابطة تسمى بالإرادة الاجرامية والتي هي في الحقيقة جوهر واساس القصد الجنائي مهما كان الرداء الذي يرتديه هذا القصد سواء كان خطأ ام عمد⁹⁸²،

كما ان الإرادة لوحدها لا يعتد بها ما لم يتوفر لها التمييز والإدراك وحرية الاختيار وهما عنصران باجتماعهما تتحقق الاهلية الجنائية، وعند تخلف أي من هذين الركنين يترتب على ذلك انهيار الركن المعنوي للجريمة لعدم تحقق الإرادة التي تكوّن هذا الركن، لذلك فان التمييز والاختيار يمثلان مفترضان للمسؤولية عند قيام الركن المعنوي وليس عنصران فيه لكون توفرهما لا يعني باي حال من الأحوال تحقق الركن المعنوي بل تحقق المسؤولية الجنائية في حال قيام الركن المعنوي والمادي ، بدليل ان الجرائم المادية التي هي بالأساس تعد استثناءً من القواعد العامة في التجريم والتي لا يتطلب فيها تحقق الركن المعنوي، ومع ذلك فان القضاء والفقه يشترطان ان يتوفر لدى الجاني فيها حرية الاختيار والتمييز.⁹⁸³

⁹⁸¹ المصدر السابق نفسه، ص 109.

⁹⁸² بدليل ان المادة/33 الفقرة/1 عقوبات عراقي تعرف القصد الجنائي بأنه توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً إلى نتيجة الجريمة التي وقعت او أية نتيجة جرمية أخرى. ومن الجدير بالذكر بان الفقه الإسلامي من الدقة بمكان فانه يصور المراحل التي يجب ان يمر بها القصد حتى يمكن القول بأنه قصد جنائي وانه يقررهما بخمس مراحل هي:

1-مرحلة الهاجس: وهو ورود صورة الشيء، في الذهن سواء هذا الشيء كانت طاعة أو كانت معصية إذا ما تأكدت الصورة وثبتت.2-مرحلة الخاطر: ذا ما تكلم الإنسان وتردد مع نفسه في الفعل وعدم الفعل هل يقدم على هذا الفعل سواء أكان طاعة أو معصية.3-مرحلة حديث النفس: وهو ما يقع فيها من التردد هل يفعل أو لا. 4-مرحلة الهمم: وهي مرحلة ترجيح قصد الفعل، أي وهو القصد المؤكد وهو أن يصمم الإنسان على فعل هذا الشيء من هنا يبدأ الحساب بالثواب أو بالعقاب.5-مرحلة العزم: وهي مرحلة عقد القلب على القيام بفعل من الأفعال. وللزيد من التفصيل ينظر: الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص 65.

⁹⁸³ د. عبد العظيم مرسي وزير، افتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، الفقرة رقم 2، ص 10. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرتان 542 و543، ص 501-502. د. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 186.

وقد ارتأينا تقسيمه الى مطلبين خصصنا المطلب الأول للإخلال بواجبات الحيطة والحذر (كعنصر مادي في الخطأ لا يخضع للتوقع). بينما خصصنا المطلب الثاني لمدى توقع النتيجة الاجرامية (كعنصر معنوي في الخطأ يخضع للتوقع الحقيقي او الافتراضي):

المطلب الأول: الإخلال بواجبات الحيطة والحذر (كعنصر مادي في الخطأ لا يخضع للتوقع)

سبق القول إن الإخلال بواجبات الحيطة والحذر له أهمية كبيرة في البنيان القانوني لنظرية الخطأ فبدون هذا الإخلال يصبح الخطأ مجرد حالة نفسية لا تخضع لقانون العقوبات لا بل وتتحوّل لمجرد فكرة يلفها الغموض وتعترى القضاء الكثير من الصعوبات في مجال اثباتها. ومعلوم ان لفكرة الخطأ أصول دينية وفلسفية واخلاقية ولكنها في إطار القانون الجنائي تعد فكرة قانونية مؤداها التعبير عن وضع سلوك الجاني، كما ان القول بهذه الأهمية لا يعني انكار الطابع المعنوي لهذا الركن لكون مقتضيات الحيطة والحذر تخص بالأساس السلوك الخطر للجاني من اجل دفعه للالتزام بهذه المقتضيات من اجل عدم المساس او الاضرار بالمصالح والحقوق المحمية، فاذا ما اتجه السلوك خلافاً لذلك فإنه يكون قد اتجه لمخالفة حكم القانون الامر الذي يدفع المشرع الى اسباغ صفة السلوك الاثم عليه، لذلك لا يمكن اعتبار الإخلال بمتطلبات الحيطة والحذر من عناصر الخطأ، لكون هذا الامر سيؤدي الى اختلاط فكرة الخطأ مع فكرة السلوك.⁹⁸⁴

كما ان البعض يعتبر الاخذ بعنصر الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، بمثابة تفنيد للأراء التي قيلت حول هجر الخطأ كأساس تبنى عليه المسؤولية الجنائية نظرا لما يلف فكرة الخطأ من غموض وابهام، وإزاء ذلك (أي بتوفر عنصر الإخلال بمقتضيات الحيطة والحذر) لم يعد مطلوبا من القاضي سبر اغوار النفس البشرية لتبيان الخطأ، انما فقد يتطلب منه الوقوف عند حد السلوك، من خلال محاولة الإجابة على التساؤل الذي مؤداه مدى اخلال المتهم بالواجب المحدد قانونا المتمثل بمتطلبات الحيطة والحذر التي شرعت ابتداءً لرعاية المصالح المحمية، فالقاضي ومن خلال الإجابة على التساؤل السابق يستطيع تقرير مسؤولية الجاني عن النتيجة التي حصلت اذا ما تراءى له انتهاك الفاعل او مخالفته لهذه المتطلبات اعتمادا على معيار الرجل المعتاد في مثل ظروف الجاني.⁹⁸⁵

كما ان البعض يقول بان الرابطة النفسية بدون عنصر الإخلال بمتطلبات الحيطة والحذر غير كافية لبناء نظرية الخطأ بغض النظر عن الشكل الذي تتخذه سواء تمثل في حالة التوقع مع عدم القبول او عدم التوقع مع استطاعته ووجوبه⁹⁸⁶، وحجتهم في ذلك بكون هذا الإخلال هو الذي يسبب الرابطة النفسية لكون الجاني لو كان قدر مقدار الخطورة التي تنتج عن سلوكه قبل القيام به وبذل العناية المطلوبة لتفادي النتيجة الامر الذي يقوده الى التبصر بعواقب ذلك مما يجعله بحالة يستطيع معها اتخاذ القرار الصائب، اما بالامتناع عن هذا السلوك اذا ما تراءى له عدم قدرته على تفادي النتيجة، او الماضي قُدماً وفقاً لمقتضيات الحيطة والحذر، واذا ما خالف تلك المقتضيات بان تحققت النتيجة الاجرامية فانه يكون مسؤولاً عنها بسبب الإخلال بتلك المقتضيات، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فان الخطأ قد لا يتحقق ومع ذلك تقوم الرابطة السببية

⁹⁸⁴ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 638. د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 285.

⁹⁸⁵ د. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 342. د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، الفقرة رقم، 92، ص 171.

⁹⁸⁶ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 285-286.

الا ان الفاعل لا تنهض بحقه المسؤولية الجنائية لكونه استوفى متطلبات الحيطة والحذر.⁹⁸⁷ ونظرا لأهمية الاخلال بواجبات الحيطة والحذر كعنصر في الخطأ فقد ذهب البعض الى القول بانه هو جوهر الخطأ بغض النظر عن نوع الخطأ سواء كان مع التوقع او بدون.⁹⁸⁸

الا اننا نعتقد بان الفقه عندما يتطرق لموضوع اركان الخطأ يذكر عبارة (عناصر الخطأ) وان الاخلال في الحقيقة هو الركن المادي للخطأ ولا دخل له بالعلاقة النفسية التي من الممكن ان تتخذ صورة توقع بدون قصد، فالركن المادي يختلف عن الرابطة السببية صحيح انه يرد عليه لا بل ومن الممكن ان تكون الإرادة تسبق السلوك عند الكلام عن الأصل الارادي او الاتجاه الارادي للسلوك، ولكن السؤال هنا هل الاخلال ركن مادي ام معنوي؟ الجواب بالتأكيد الاخلال ركن مادي، لأننا في الركن المعنوي نقول هو رابطة نفسية بين الاخلال بواجبات الحيطة والحذر وبين النتيجة التي هي عدم التوقع او التوقع وبالتالي لا يجوز منطقا اعتبار الاخلال هو رابطة نفسية، وإذا ما اتجهنا شطر الفقه الإسلامي لاستجلاء الرأي حول هذا الموضوع يتضح لنا انه هو الآخر يؤكد على أهمية الاخلال بمتطلبات الحيطة والحذر في ابتناء وإقامة وإنشاء وتشييد نظرية الخطأ، فالأمر سيان فيما إذا كان الخطأ في القصد او في الفعل فانه يتضمن معنى الاخلال بمقتضيات الحيطة والحذر، ولو التزم الجاني بهذه المتطلبات لكان بإمكانه تجنب وقوع النتيجة الاجرامية وقد عبر الفقهاء المسلمين عن ذلك بعبارة مقتضبة بليغة توصل هذا الامر نقتبسها "ان القتل امرٌ عظيم، قلما يبتلى به المرء من غير قصد ما لم يكن به تهاون في التحرز، وعلى كل احد المبالغة في التحرز لكيلا يبتلى بمثل هذا الامر العظيم"⁹⁸⁹، ومن كل ما تقدم يمكن القول ان الاخلال بمتطلبات الحيطة والحذر والرابطة النفسية يشكلان اساسين يقوم عليهما الخطأ، وهذا تأكيد اخر على ان الاخلال هو الجانب المادي للخطأ وهو ما يتسق مع المنطق القانوني السليم وليس كما يعتبره الكثيرون انه جانب من العلاقة النفسية للخطأ.

وصفوة القول ان الركن المعنوي في الخطأ هو ان المشرع يفترض الحيطة والحذر بالجاني وان هذا الأخير قصر فيها، بمعنى هذا هو السلوك، ولكن كيف أخل هذا الجاني بأية صورة؟ فما ان تكون عن عمد او اهمال او رعونة، وان اخلاله هذا يعني انه حاد عن الطريق الذي رسمه المشرع فالإخلال بواجبات الحيطة والحذر هو سلوك بعدم الانتباه فاذا كان هذا هو الركن المعنوي (من باب إقامة الحجة على الخصم) فماذا سيكون الركن المعنوي؟ كما ان المادة/ 35 عقوبات عراقي نصت على صور الخطأ بقولها (تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ

⁹⁸⁷ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 289.

⁹⁸⁸ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة 705، ص 639. د. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 350

⁹⁸⁹ شمس الدين بكر محمد بن ابي سهل السرخسي، المبسوط، ط1، ج25، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2000، ص 67. أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، دار الكتب العلمية، القاهرة، 1986، ص 271-272. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6 دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، 1313 هجري، ص 97. الامام محمد أبو زهرة، نظرة الى العقوبة في الإسلام، الفقرة رقم 40، ص 46. الامام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ج1، الجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، الفقرة رقم 40، ص46. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، دار الحديث، القاهرة، 2009، الفقرة رقم 300، ص 433.

إهمالاً أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر.) التي هي في الحقيقة صور معنوية وان الاخلال كعنصر مادي أي انه السلوك الخاطئ ولكن ان يكون بإهمال أو بدون اهمال فتلك صور معنوية.

المطلب الثاني: مدى توقع النتيجة للجرامية، (كعنصر معنوي في الخطأ يخضع للتوقع الحقيقي او الافتراضي)

ان البحث في موضوع مدى توقع النتيجة الاجرامية كعنصر معنوي في الخطأ يخضع للتوقع الحقيقي او الافتراضي يستوجب منا الخوض فيه من خلال أربعة بنود أساسية، ودوننا تفصيل ذلك:

أولاً- صورة عدم توقع النتيجة الاجرامية المصحوب باستطاعة توقعها ووجوبه: المقصود من هذه الصورة ان الجاني عندما يقدم على ارتكاب سلوكه لم يكن لديه إمكانية توقع النتيجة الجرمية التي حدثت كحصيلة لسلوكه الاثم (فعل او امتناع)، ولكن هذا لا يعني انعدام الرابطة النفسية بين النتيجة والسلوك انعداماً تاماً، بل انها تتمثل في استطاعة توقع النتيجة من قبل الجاني، او ان يكون من واجبه توقعها، مما يعني انه لزاماً عليه ان يتخذ من تدابير الاحتياط ما يحول دون حدوث أثر لسلوكه وهذا الأثر يتمثل بالنتيجة الجرمية المتحققة، فالرابطة النفسية التي تربط الجاني بالنتيجة المتحققة تتمثل في استطاعة ووجوب التوقع.⁹⁹⁰

كمن يفرغ سلاحه الشخصي من العتاد ويبحث به ضنا منه انه فارغ فتنتقل رصاصة لتصيب شخص بجواره وتؤدي بحياته، او كمن يلقي بعقب سيجارة ضنا منه انه غير مشتعلة قرب مواد قابلة للاشتعال مما يتسبب بحصول حريق، على الرغم من ان هاتين الصورتين هما مما يدخل في افق الخطأ، فهذه الحالات وما يكون على شاكلتها هي في الحقيقة الصور الغالبة للخطأ مع التوقع التي اختلف الفقهاء في تسميتها ولكنه في المحصلة النهائية تصب في بوتقة واحدة فأطلق عليها البعض "الخطأ بدون تبصر"⁹⁹¹، ويسميتها البعض الاخر "الخطأ بدون توقع"⁹⁹²، بينما قسم ثالث أطلق عليها "الخطأ غير الواعي"⁹⁹³، بينما قسم رابع يسميها "الخطأ غير المصحوب بالتوقع"⁹⁹⁴، ويسميتها قسم خامس "الخطأ البسيط"⁹⁹⁵، في

⁹⁹⁰ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 710، ص 645. د. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 330 و 341. د. حسنين عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، الفقرة رقم 85، ص 95. د. عوض محمد، قانون العقوبات، مصدر سابق، الفقرة رقم 190، ص 223-224. د. ادور غالي الذهبي، مشكلات القتل والايذاء الخطأ، مكتبة غريب، القاهرة، 1987، الفقرة 4، ص 13-14.

⁹⁹¹ د. محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1959، ص 368.

د. احمد امين، مصدر سابق، ص 368.

⁹⁹² د. احمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات القسم العام، الفقرة رقم 279، ص 484.

⁹⁹³ د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مصدر سابق، ص 862. د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، مصدر سابق، الفقرة رقم 3، ص 57. د. ادور غالي الذهبي، مشكلات القتل والايذاء الخطأ، الفقرة، مصدر سابق، الفقرة رقم 4، ص 13. د. نبيل مدحت سالم، الخطأ غير العمدي، مصدر سابق، الفقرة رقم 61، ص 113.

⁹⁹⁴ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 709، ص 644.

⁹⁹⁵ د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة في قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، الفقرة رقم 180، ص 228-229. د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1986، الفقرة رقم 250، ص 276. د. عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، 1986، الفقرة رقم 100، ص 135. د. حسنين عبيد، جرائم

حين يعتقد قسماً سادساً بإطلاق مصطلح "الخطأ" لوحدة دون إضافات أخرى مستنديين في ذلك الى ان عدم توقع النتيجة مع استطاعتها او وجوب توقعها ما هي الا عنصر في الخطأ يستوجب ان يتحقق عنصر ثاني معه حتى تكتمل صورة الخطأ الا وهو عنصر الاخلال بمقتضيات الحيطة والحذر، كما ان هذا الاتجاه يعتبر ان المعنى اللغوي لعبارة (الخطأ بدون توقع) تعني ان الخطأ تحقق حتى ولو كان بدون توقع، لكون عبارة (بدون توقع) ما هي الا صفة تلحق بالخطأ وليست عنصراً فيه، في حين ان الخطأ ما كان ليتحقق لولا ان الجاني لم يتوقع النتيجة الجرمية المتحققة والتي كان باستطاعته لا بل ومن واجبه ان يتوقعها⁹⁹⁶.

الا اننا نعتقد بان كلام هذا الاتجاه غير دقيق فهذا الاتجاه يخلط بين العنصر المعنوي والمادي للخطأ، فالعنصر المادي للخطأ كما أسلفنا يتمثل في الاخلال بمقتضيات الحيطة والحذر، بينما العنصر المعنوي يتمثل في عدم توقع النتيجة مع استطاعتها او وجوب توقعها، كما ان استناده للمعنى اللغوي للخطأ هو الاخر قد جانب الصواب لكونه اعتبر عبارة (بدون توقع) صفة تلحق في الخطأ في حين انها عنصر في الرابطة المعنوية غير العمدية.

وتقوم صورة عدم توقع النتيجة الاجرامية المصحوبة باستطاعة توقعها ووجوبه على عنصرين أساسيين هما:

أولاً، انها تفترض عدم توقع حصول النتيجة من قبل الجاني،

وثانياً، انها تفترض استطاعة توقع الجاني للنتيجة المتحققة، بمعنى ان تكون النتيجة متوقعة في ذاتها، وان يكون في استطاعة الجاني تلافئها.⁹⁹⁷ وهذه العناصر لازمة من اجل الحفاظ على مكانة الركن المعنوي في بيان النظرية العامة للجريمة (في الخطأ)، فاذا لم يكن بمقدور الجاني توقع النتيجة الاجرامية كمحصلة لسلكه الاجرامي ولم يكن بإمكانه تلافئها فان قواعد العدالة تستلزم عدم مسألته جنائياً عن النتيجة المتحققة لعدم وجد أي خطأ ينسب اليه وفقاً للمجرى العادي للأمر وأنها تحققت بسبب عوامل شاذة قد لا يكون للجاني دور فيها، فضلاً عن أن ذلك نتيجة طبيعية لقاعدة (لا التزام بمستحيل).⁹⁹⁸

ولأجل توضيح هذه الصورة نسوق المثال التالي، كما في حالة الممرضة التي تعطي الدواء للمريض مرتين متتاليتين خلافاً لتعليمات الطبيب التي تقضي بان يكون ذلك لمرة واحدة، وتتسبب بوفاة المريض نتيجة لتناوله لجرعة زائدة، وبعد ذلك يتضح ان شخصاً اخر ابدل زجاجة الدواء بآخرى سامة مشابهة للأولى خلال الفترة بين الجرعتين، فالممرضة والحالة هذه لم يكن في استطاعتها توقع هذا العامل الشاذ الذي تسبب في وفاة المريض أي المادة السامة التي دسها الشخص الثالث في زجاجة الدواء، فلا تسأل الممرضة في مثل هذه الحالة عن النتيجة رغم اخلالها بمتطلبات الحيطة والحذر لاستحالة توقع النتيجة التي حصلت كونها كانت نتاج عامل شاذ غير متوقع.

الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، الفقرة رقم 58، ص 95. د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، 1989، الفقرة رقم 232، ص 565.

⁹⁹⁶ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 810.

⁹⁹⁷ د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، الفقرة رقم 180، ص 229. د. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 350. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، م س، الفقرة رقم 710، ص 645.

⁹⁹⁸ د. حسنين عبيد، مصدر سابق، الفقرة رقم 58، ص 95. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة 710، ص 645.

ثانياً - صورة توقع النتيجة الاجرامية المصحوب بعدم قبولها : المقصود من هذه الصورة ان الجاني عندما أقدم على ارتكاب سلوكه توقع النتيجة الجرمية التي حدثت كحصوله لسلوكه الاثم (سواء كان فعل او امتناع)، رغم انه لم يقم بتوجيه ارادته بقصد احداثها، الا انه لم يتخذ المتطلبات الكافية للتحرز والحيلولة دون حصول النتيجة، بمعنى ان الجاني ارتكب سلوكه الاثم مدركا لخطورة هذا السلوك، لا بل ويتوقع إمكانية الاضرار بالمصالح المحمية، ولكن على امل او استنادا على اعتقاد خاطئ منه ان النتيجة الضارة سوف لن تحدث (أي الاستهانة أو الاستخفاف بحدوثها)، اما لكونه ترك الامر لمجرد الصدفة او بالاعتماد على قدراته ومهاراته الذاتية في تلافيتها، لذلك لم يتخذ التدابير والاحتياطات الكافية التي تحول دون حصولها.⁹⁹⁹

وتقوم صورة توقع النتيجة الاجرامية المصحوب بعدم قبولها على عنصرين أساسيين هما: الأول، عنصر إيجابي يتمثل في توقع حصول النتيجة الاجرامية، والثاني، عنصر سلبي يتمثل بعدم قبول النتيجة التي حدثت، والذي يستوجب انه في حالة رضی وقبول الجاني بالنتيجة التي حدثت فان مسؤوليته تتحول من مجرد خطأ الى مسؤولية عمدية استنادا للقصد الاحتمالي، ومن اجل حسم هذا الامر بين القصد الاحتمالي والخطأ، يجب تحديد موقف الجاني فيما لو توقع ان سلوكه سيقود بدون ادنى شك الى النتيجة المتحققة، فالسؤال هنا هل كان سيمضي قدما بسلوكه ام انه سيتوقف ويمتنع ؟، فعند اثبات انه ما كان ليستمر في هذه الحالة بمعنى انه لم يقبل بالنتيجة مما يعني ان مسؤوليته ستكون مسؤولية غير عمدية، مع العلم ان توقع حصول النتيجة مع عدم قبولها لا يكفي لقيام المسؤولية غير العمدية عن الخطأ ما لم يصاحب ذلك اخلال بمقتضيات الحيطة والحذر، فقد يتوقع الجاني حصول النتيجة ومع ذلك لا تتحقق مسؤوليته اذا ما ثبت بانه اتخذ كافة الاحتياطات الممكنة لمنع حصولها¹⁰⁰⁰. ويمكن إضافة عنصر آخر لما ذكر الا وهو ان يكون بإمكان الجاني تلافى حصول النتيجة المتحققة حتى يمكن القول بتحقيق مسؤوليته غير العمدية عن الخطأ.¹⁰⁰¹ وأطلق الفقه الجنائي تسميات متعددة على هذه الصور، فيسميها البعض "الخطأ بتبصر"¹⁰⁰²، بينما قسم اخر من الفقه أطلق عليها "الخطأ مع التوقع"¹⁰⁰³، وقسم ثالث من الفقه يسميها "الخطأ المصحوب بالتوقع"¹⁰⁰⁴، بينما قسم رابع من الفقه يسميها "الخطأ الواعي".¹⁰⁰⁵

ثالثاً- المقارنة بين صورتى العلاقة النفسية غير العمدية (التوقع مع عدم القبول وعدم التوقع مع استطاعته): من اجل المقارنة والتمييز بين صورتى الرابطة النفسية للخطأ في الجرائم غير العمدية، يستلزم الأمر المقارنة من حيث الجسامة ومن حيث المضمون ودوننا ذلك:

⁹⁹⁹ د. فوزية عبد الستار، مصدر سابق، الفقرة رقم 31، ص 57.

¹⁰⁰⁰ د. احمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 279، ص 483.

¹⁰⁰¹ مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة 350، ص 351.

¹⁰⁰² د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، الفقرة رقم 180، ص 229. د. مصطفى القلاي، في المسؤولية

الجنائية، مصدر سابق، ص 212. د. عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985، الفقرة رقم 42، ص 99.

¹⁰⁰³ د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 376، ص 457.

¹⁰⁰⁴ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة 709، ص 644.

¹⁰⁰⁵ د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، الفقرة رقم 232، ص 565. د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون

العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، الفقرة 250، ص 276. د. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 350.

1- من حيث الجسامة: من أجل الإجابة على التساؤل المتعلق بأي من صورتَي الخطأ (الخطأ الواعي و الخطأ غير الواعي) اشد جسامة من الاخرى، فقد انقسم الفقه الجنائي الى عدة آراء: فقد اتجه قسم من الفقه¹⁰⁰⁶ الى ان الخطأ الواعي (المصحوب بالتوقع) يعد اشد جسامة من الخطأ غير الواعي (غير المصحوب بالتوقع)، وتبرير ذلك ان الجنائي في صورة الخطأ مع التوقع عندما يقدم على سلوكه يدرك مدى خطورته، وبالتالي يتوقع ان تحدث نتيجة ضارة بالمصالح المحمية، كمحصلة نهائية لهذا السلوك رغم هذا التوقع الا انه لم يتخذ من تدابير الحيطة والحذر ما هو كافي لمنع حصول النتيجة الامر الذي يجعل تصرفه هذا يجاور ويقارب القصد الجنائي الامر الذي يستوجب العقاب المغلظ على الجنائي في هذه الصورة، مقارنة مع حالة عدم التوقع من طرف الجنائي لإمكانية حصول النتيجة على إثر سلوكه في حين كان ذلك من واجبه او على اقل تقدير كان ذلك باستطاعته، وهذا هو مذهب المشرع في قانون العقوبات الإيطالي حيث اعتبر التوقع ظرفا مشددا في العقوبة على الجريمة غير العمدية.¹⁰⁰⁷

في حين ساوى قسم اخر من الفقهاء بين صورتَي الخطأ من حيث الجسامة دون ان يكون بينهما أي تدرج من حيث الخطورة، بمعنى على محكمة الموضوع ان تبحث كل حالة على حدة، فأحيانا تكون صورة الخطأ بدون توقع اقل جسامة من صورة عدم التوقع مع استطاعته والعكس صحيح، اذن بموجب هذا الراي ليس صحيحا القول دائما بان الخطأ الواعي اشد خطورة من الخطأ غير الواعي، لكون الجنائي الذي لم يتوقع النتيجة كإثر لسلوكه رغم استطاعته ذلك يمكن ان يكون خطر سلوكه اشد من ذلك الذي يتوقع نتيجة سلوكه واعتقد بشكل غير صحيح بانها لن تحصل وان ظروفه تجعل من إمكانيةه في تلافي النتيجة محدودة جدا، على العكس من ذلك الشخص الذي تمكن من توقع النتيجة ولديه القدرة والقبالية على منع حدوثها.¹⁰⁰⁸ الحقيقة ان هذا الراي الأخير أكثر وجهة نظرا لسلامة سنده ومنطقه حيث ان التشريعات الجنائية الحديثة تنص على صورتَي الخطأ دون ان ترد فيها اية اشارة الى ان احدهما اشد من الثانية، لذلك فان القضاء هو الفيصل في هذا المأل بعد الاخذ بنظر الاعتبار ظروف كل حالة على حدة، كما ان الفقه قد انتهى الى حقيقة مفادها بعدم وجود فرق جوهري بين نوعي الخطأ من حيث عناصرهما ومضمونهما.¹⁰⁰⁹

وبناءً على ما تقدم فأنا نستطيع تحليل التوقع بدون قبول الى ثلاث مراتب هي:

أ- الشخص الذي يتوقع لكنه يستخف بحصول النتيجة الا انه لا يريد، ولكنه يكون أكثر خطورة.

ب- الشخص الذي يتوقع ويتخذ تحوطات ولكنها غير كافية وهذا الشخص يكون اقل خطورة من الأول.

ت- الشخص الذي لا يتوقع أبداً بحسب معيار الرجل المعتاد وهذا اقل خطورة من الحالتين انفتي الذكر لاسيما ان

الفقه الانكلوسكسوني اعتبر حالة عدم التوقع مع استطاعته ووجوبه حالة مدنية لا جنائية.

¹⁰⁰⁶ د. علي احمد راشد، مبادئ القانون الجنائي، مطبعة السيد عبد الله، القاهرة، 1970، ص 377. د. رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 233.

د. عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الاعتداء على الأشخاص، مصدر سابق، الفقرة 100، ص 135. د. احمد امين، شرح قانون العقوبات الأهلي القسم الخاص، مصدر سابق، ص 369. د. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 350.

¹⁰⁰⁷ Delogu T., La culpabilite dans la theorie general, op. cit. P.241.

¹⁰⁰⁸ د. ادور غالي الذهبي، مشكلات القتل والايذاء الخطأ، مصدر سابق، الفقرة رقم 4، ص 15. د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، مصدر سابق، الفقرة 32، ص 59. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 712، ص 647.

¹⁰⁰⁹ د. شريف سيد كامل محمد، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، مصدر سابق، ص 810.

2- من حيث المضمون: يكاد يكون هناك اجماع فقهي بعدم وجود اختلاف أساسي بين صورتَي الرابطة النفسية في الخطأ من حيث المضمون والعناصر الأساسية التي يقوم عليها، نظراً لوجود قواسم مشتركة بين الاثنين تتمثل في عدم اتجاه إرادة الجاني في كلا الحالتين إلى تحقيق النتيجة التي تحققت، لا بل وأكثر من ذلك وبالرغم من وجود حالة التوقع لدى الجاني في احدهما وانتفائه في الصورة الأخرى، ومع ذلك فهناك حد أدنى من عدم التوقع بين الاثنين، فالجاني في حالة الخطأ دون توقع تلازمه حالة من الجهل لكونه لم يتوقع النتيجة التي تحققت ولكن كان باستطاعته ذلك، أما في الحالة الثانية أي الخطأ مع التوقع فتلازمه حالة من الغلط لكونه اعتقد دون أساس صحيح أن النتيجة التي كانت بحسابه أنها لن تتحقق بمعنى أنه لم يكن ليتوقعها بصورة واضحة، ومع ذلك فإنهما يتفقان في كون النتيجة التي تحققت كانت حاصلة لحالة إخلال الجاني بمتطلبات الحيطة والحذر، ففي كلا الصورتين يكون الجاني قد أهمل وتكاسل وتراخى عن اتخاذ التحولات اللازمة لمنع حصول النتيجة التي تحققت.¹⁰¹⁰

إلا أن هناك اتجاه في الفقه يرى بوجود اختلاف بين صورتَي الخطأ (الخطأ مع التوقع والخطأ بدون توقع) من حيث العناصر والمضمون، ففي حالة الخطأ مع التوقع يكون الجاني قد وجه إرادته لسلوك خاطئ مع علمه بطبيعة الخطأ ووعيه بالخطورة التي ينطوي عليها هذا السلوك، مع وعيه بأن سلوكه يمكن أن يحقق النتيجة الجرمية، أي أن السلوك كان إرادياً ولكن من الصعوبة بمكان القول بأن النتيجة الإجرامية هي الأخرى ليست إراديه. وعلى ذلك، فإن هذا الاتجاه يعتقد بأن هذه الصورة من الخطأ تكون قريبة جداً لا بل وتصل لحد التشابه مع القصد الاحتمالي أكثر من قربها إلى الخطأ، وأن كانت المسؤولية الجنائية للجاني تبقى غير عمدية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن صورة الخطأ الثانية المتجسدة بالخطأ دون توقع، الخطأ (كفعل وكنتيجة) هنا بمجمله غير إرادي، لذلك يطلقون على الجريمة المرتكبة بهذه الشاكلة الجريمة غير الإرادية.¹⁰¹¹ ولكن هذا الاتجاه تنقصه الدقة، فليس صحيحاً أن الخطأ مع التوقع يقترب كثيراً أو يتشابه مع القصد الاحتمالي، نظراً لوجود ضابط دقيق وواضح استقر عليه الفقه والقضاء والتشريع يميز بينهما، إلا وهو قبول الجاني حدوث النتيجة الإجرامية، فصحيح أن الجاني في كلا الحالتين يتوقع النتيجة الإجرامية إلا أنه لا يقبل بها في حالة الخطأ، وأكثر من ذلك بأنه كان يعتقد بعدم حصولها، وهذا القول ينسحب على جميع حالات الخطأ مع التوقع حتى تلك التي تلتصق بالقصد الاحتمالي والتي تتجسد بعدم الاكتراث وباللامبالاة بحصول النتيجة.¹⁰¹² بل فمن غير المقبول القول بأن الخطأ غير الواعي في مجمله غير إرادي، لكون الجاني هنا يوجه إرادته إلى السلوك وأن كان لا يتوقع حصول النتيجة الإجرامية فإن من واجبه وبإستطاعته أن يتوقع النتيجة، باتخاذ القدر المطلوب قانوناً من متطلبات الحيطة والحذر، وفي ذلك نوع من

¹⁰¹⁰ د. نبيل مدحت سالم، الخطأ غير العمدية، مصدر سابق، الفقرة رقم 62، ص 116. د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدية، مصدر سابق، الفقرة 31، ص 58. د. عادل عازر، المفهوم الحديث للجريمة غير العمدية، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية المصرية، ع2، مجلد 17، 1974، ص 83. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 712، ص 647.

¹⁰¹¹ J. Borricand, Droit penal, Masson, 1973, p. 114. P. Bouzat ET J. Pinatel, Traite de droit penal ET de criminologie, T. 1. Droit penal general par, 2^{eme} Ed, 1970, Paris, Dalloz, p.260. A. Dorsner Dolivet, Contribution a la restauration de la faute, condition des responsabilites civile et penale dans l homicide et les blessures par imprudence, a propos de la chirurgie, These, Paris, 1985, pp.193-194.

¹⁰¹² د. محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط على المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1967، الفقرة 486، ص 368. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 114، ص 238.

التأكيد على توافر نوع من الصلة بين ارادته والنتيجة، فبدون هذا النوع من الصلة يكون من المتعذر محاسبة الجاني، بمعنى ان الإرادة متوفرة في كلا صورتها بالخطأ بانتفائها ينتفي الخطأ ونكون امام حادث فجائي.¹⁰¹³

رابعاً - أثر الغلط على التوقع : ابتداءً نقول بأن الغلط هو العلم بأمر معين ولكن هذا العلم اما ان يكون منقوصاً او مخالفاً للحقيقة والواقع، في حين ان الجهل هو عدم العلم المطلق بأمر من الأمور، الا ان الشك يلحق ويرتبط بالغلط فقط، مما يترتب عليه ان نطاق التوقع يقتصر على الشك، سواء تعلق الامر بالخطأ مع التوقع (الذي يطلق عليه الفقه الانكلوسكسوني عدم الاكتراث) او تعلق بالقصد الاحتمالي، بخلاف القصد الذي يستوجب العلم الكامل الذي يطابق الواقع، ومن اجل ذلك يكون للغلط الذي يقع فيه الجاني اثر كبير في نفي القصد، فان الغلط في الحقيقة يعد دفعا يمكن للفاعل ان يتمسك به لكونه يؤثر على انعدام التصور الاجرامي، لعل هذا السبب الذي دفع ببعض القوانين العقابية للنص على هذا الأثر كما في المادة/ 47 من قانون العقوبات الإيطالي التي اعتبرت الغلط في الوقائع مانعا من موانع المسؤولية والعقاب، الا ان النص انفي الذكر استثنى الفعل الذي يرتكب بإهمال من هذا الأثر، بدليل ان نص المادة/ 19 من القانون نفسه نصت عليه بكونه جريمة اهمال، بمعنى ان الغلط ينفي عن الفعل صفة العمد ويدخله في فلك الإهمال المعاقب عليه.¹⁰¹⁴ في حين نجد ان المشرع المصري لم يتطرق لأثر الغلط، ولكون القصد يعتمد بالأساس على العلم والإرادة لذلك فان الغلط ينصب على العلم ويوسم الإرادة بانها معيبة مما ينفي القصد ولكن ذلك لا ينفي الخطأ غير العمدي مالم ينص القانون على اعتبار الفعل مكونا لجريمة عمدية ويرتب بالتالي العقاب عليه.¹⁰¹⁵

اما بخصوص موقف المشرع العراقي في قانون العقوبات فانه واضح من خلال نص المادة/ 37 عقوبات عراقي بتقرير قاعدة (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون)¹⁰¹⁶، حيث وضع بعض الاستثناءات التي تقيد من إطلاق هذه القاعدة وسعتها، كما ان النص المذكور لم يشير الى حالة الغلط في تأويل القانون جريا على ما اعتادت عليه التشريعات العقابية العربية والأجنبية، وباعتقادنا ان ذلك لم يكن من باب الاغفال بقدر ما هو من باب عدم الضرورة، على اعتبار انه إذا الجهل بموجب النص المشار اليه لا يعتد به فمن باب أولى الا يعتد بالغلط، بالإضافة الى ان المشرع العراقي اقر مبدأ افتراض العلم بالقانون ثم فرق بين العلم بقانون العقوبات والقوانين العقابية الخاصة أو المكملة له وبين العلم بالقوانين الأخرى، حيث قصر افتراض العلم بالقوانين العقابية دون القوانين الأخرى، وقد أورد على افتراض العلم بالقوانين العقابية استثناءين:

أولهما، حين تثبت استحالة العلم بالقانون (وتفسيره من باب أولى)،

وثانيهما خاص بالأجنبي الوافد حديثا الى العراق. ولم يتطرق المشرع لموضوع الاستثناء الخاص بالجهل بالقانون الجديد أو الغلط في تأويله وتكييفه، على اعتبار أنه لا محل لقبول الاعتذار به، ما لم تثبت استحالة العلم به، حيث يندرج ضمن مفهوم الفقرة/1 من المادة المذكورة على اعتبار أن القول بغير ذلك يتناقض مع النظام العام، حيث تنص المادة 129 من الدستور

¹⁰¹³ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 710، ص 645.

¹⁰¹⁴ د. رمزي رياض عوض، نظرية النتيجة المتجاوز القصد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1996، ص 133.

¹⁰¹⁵ د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 374.

¹⁰¹⁶ المادة 37 عقوبات عراقي انه (1. ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر مالم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة. 2. للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي من تاريخ قدمه الى العراق إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل اقامته لا يعاقب عليها).

العراقي لسنة 2005 على ان (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية، ويعمل بها من تاريخ نشرها، مالم ينص على خلاف ذلك). وكذلك الحال بالنسبة لنص المادة 36 من قانون العقوبات العراقي عندما ذكر المشرع فيها جهل الفاعل بالظروف دون الإشارة الى غلظه فيها¹⁰¹⁷.

فهنا نحن نتكلم عن الجهل والغلط بالقانون الذي لا عذر فيه الا ان الامر ليس كذلك فيما يخص الغلط والخطأ في الوقائع.

وقدر تعلق الامر بالغلط في الوقائع، فلم يفرد المشرع الجنائي العراقي نصا عاما ينظم حالة الغلط في فهم الوقائع وتقديرها وفقا لوجهتها الصحيحة، ولكنه ساوى بين أسباب الاباحة والغلط فيها، إذا كان الفاعل موظفا أو مكلفا بخدمة عامة وقد وقع في الغلط بحسن نية مستندا الى أسباب معقولة بعد اتخاذ الحيلة المناسبة، أو حتى بعدم اتخاذ هذه الحيلة إذا كان القانون لا يسمح بمناقشة الأمر الصادر للموظف كما في حالة الأوامر العسكرية أو الأوامر الصادرة في الظروف الخطيرة والطارئة وهذا ما أشارت اليه المادة/ 40 والمادة/ 42 من قانون العقوبات العراقي المتعلقة بأداء الواجب وحق الدفاع الشرعي، أما المادة/ 45 منه فقد جعلت الغلط في حدود الدفاع الشرعي عذرا مخففا يجوز للمحكمة استخدامه طبقا لتقديرها، وقد استخدم المشرع في المواد المتعلقة بأسباب الاباحة لفظة (الاعتقاد) ست مرات ليعني بها معنى (الغلط)، وانه استخدم كلمة (الاعتقاد) أيضا ليعني بها معنى (الغلط) في المادة/ 30 من قانون العقوبات العراقي¹⁰¹⁸، حيث قصد بذلك أن هذا الاعتقاد أو (الغلط) ينفي المسؤولية عن الجريمة المستحيلة التي ألحقها بالشروع ليتمكن العقاب عليها بالعقوبة المقررة للشروع نفسها، إذا كان مصدر ذلك الاعتقاد أو (الغلط) أو السبب فيه هو (الوهم) أو (الجهل المطبق)،

بمعنى اخر أن الاعتقاد المغلوط هنا لا ينتج اثره في قيام المسؤولية الجنائية إذا كان مصدره وسببه غير الوهم والجهل التام كما لو كان سببه اهمال الفاعل وتقصيره أو حتى عمدته أو جهله الجزئي أو وهمه في بعض الحقيقة فقط، وهذا يقودنا الى القول بوجود الإشكالية الاصطلاحية التي رافقت المشرع العراقي في العديد من المواد المنصوص عليها في قانون العقوبات، حيث يفترض بالمشرع ان يوحد مصطلحاته بدلا من استخدام مصطلحات معينة للإشارة الى معنى اخر، لا هذا الامر سيقود بكل تأكيد لعدم استقرار القضاء.

كما ان من الملاحظ على المشرع العراقي في قانون العقوبات انه اذ أورد أحكاما تعالج حالة الغلط على النحو المذكور آنفاً، فإنه قد أورد أحكاما قانونية أخرى لها علاقة بالغلط وهي (التغليط)، أي غش المجني عليه أو خداعه بوسائل التزوير والاحتيال وما شابهها، فعلى سبيل المثال المادة/ 456 الفقرة/ 1 البند/ أ و ب من قانون العقوبات العراقي التي تتعلق بالاحتيال لتسلم أو نقل حيازة مال منقول باستعمال طرق احتيالية أو اتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة أو تقرير أمر كاذب عن واقعة معينة متى كان من شأن ذلك (خدع) المجني عليه (وحمله) على التسليم، وكذلك المادة/ 287 الفقرة/ 1 البند/ بعقوبات عراقي، التي اشارت الى أن التزوير المادي الذي يقع في حالة الحصول بطريق المباغطة أو الغش على امضاء أو بصمة أو

¹⁰¹⁷ حيث نصت المادة 36 عقوبات عراقي على انه: (إذا جهل الفاعل وجود ظرف مشدد يغير من وصف الجريمة فلا يسأل عنه ولكنه يستفيد من العذر ولو كان يجهل وجوده).

¹⁰¹⁸ المادة (30) عقوبات التي نصت على (...ويعتبر شروعا في ارتكاب الجريمة كل فعل صدر بقصد ارتكاب جناية أو جنحة مستحيلة التنفيذ ... مالم يكن اعتقاد الفاعل صلاحية عمله لأحداث النتيجة مبني على وهم أو جهل مطبق).

ختم لشخص لا يعلم مضمون المحرر على حقيقته، وكذلك المادة/ 308 عقوبات عراقي المتعلقة بالرشوة والتي جاء فيها لفظ (الاعتقاد) لتشير الى (الغلط) الذي لا يؤثر في قيام المسؤولية وبقاتها¹⁰¹⁹.

وإذا اتجهنا شطر قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكري العراقي رقم 44 لسنة 1941 الملغي بالقانون رقم 22 لسنة 2016، نجد أن المشرع قد استخدم كلمة (الغلط) صراحة، وجعل الغلط في العقوبة مانعا من تنفيذ الحكم الصادر من قبل أمر الضبط¹⁰²⁰، بينما عاد المشرع العراقي الجزائي العسكري الى استخدام الفاظ أخرى (كالخطأ) للدلالة على (الغلط)، على اعتبار أن الأولى نتيجة للثانية¹⁰²¹، وننتهز هذه المناسبة للتأكيد على دعوة جانب من الفقه العراقي¹⁰²² لمشرعنا الحبيب

¹⁰¹⁹ المادة 308 عقوبات عراقي والتي نصت على ان (كل موظف أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره عطية أو منفعة أو ميزة أو وعدا بشيء من ذلك لأداء عمل أو الامتناع عن عمل لا يدخل في أعمال وظيفته ولكنه زعم ذلك أو اعتقده خطأ يعاقب...).

¹⁰²⁰ نصت المادة/ 10 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكري العراقي الملغي بالقانون رقم 22 لسنة 2016، على ان (ينفذ الحكم الصادر من قبل أمر الضبط حالا بعد تبليغ المحكوم عليه ولا يجوز تبديله أو رفعه بعد ذلك الا في الأحوال التالية: 2. إذا كانت العقوبة المحكوم بها مغلوطة أو صادرة من قبل أمر غير مخول بالحكم فلا تمر الضبط الاعلى رتبة اجراء التبديل فيها أو رفعها). والتي تقابل المادة- 31 -اولا من قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكري العراقي النافذ رقم 22 لسنة 2016 والتي تنص على ان (تجري المحاكمة الموجزة أمام أمر الضبط وفق اللاتي: رابعا-يجوز الاعتراض على الحكم الصادر من أمر الضبط في الحالات اللاتية: ب-إذا كانت العقوبة المحكوم بها غير صحيحة او صادرة من أمر غير مخول بالحكم فلا تمر الضبط الاعلى رتبة تبديل العقوبة او رفعها).

¹⁰²¹ وهذا ما نراه في المادة/ 82 قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكري العراقي على ان (يجوز للمحكمة العسكرية الى حين النطق بالحكم اصلاح كل خطأ في ورقة التهمة يؤدي الى اضلال المتهم....) وهذا الخطأ من قبيل الغلط في الكتابة والطباعة ونحوها وتسميه بعض قوانين الاجراءات الجزائية (بالغلط المادي). والتي تقابل المادة/ 69 الفقرة ثانيا من قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكري العراقي النافذ رقم 22 لسنة 2016 والتي تنص على ان (للمحكمة العسكرية ولحين النطق بالحكم تصحيح كل خطأ في ورقة التهمة يؤدي الى تضليل المتهم ولها تعديل التهمة او تغييرها إذا اقتضى الامر ذلك. كما نجد استخداما لها في المادة/ 95 من أصول المحاكمات العسكرية، التي تنص على: (1. ان أسباب النقض الأساسية هي ما يأتي: ب. حصول خطأ أو ذهول في تطبيق نصوص القانون على الواقعة الصادر بها الحكم.... د. ظهور خطأ بين في تقدير الأدلة....)، والتي تقابل المادة/ 88 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكري العراقي النافذ رقم 22 لسنة 2016 والتي تنص على ان (لكل من أمر اللدالة او من يخوله والمحكوم عليه او وكيله و المدعي العام العسكري والجهة العسكرية المتضررة والمدعي بالحق الشخصي او وكيله الطلب من محكمة التمييز الاتحادية تصحيح الخطأ القانوني في الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة التمييز العسكرية المشكلة وفق احكام هذا القانون والاحكام والقرارات الصادرة من محكمة تمييز قوى الامن الداخلي المشكلة بقانون اصول المحاكمات الجزائية لقوى الامن الداخلي رقم 17 من قانون اصول لسنة 2008 استنادا لأحكام المواد (266-269) المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 المعدل). وكذلك نجد استخدام لفظ الخطأ في المادة/ 76 الفقرة/ رابعا - التي تنص على ان (لا يجوز للمحكمة ان ترجع عن الحكم او القرار الذي اصدرته او تغير او تبدل فيه الا لتصحيح خطأ مادي على ان يدون ذلك في حاشية الحكم او القرار ويعد جزءا منه). والمادة -85 -اولا-التي تنص على ان (يجوز الطعن تمييزا في الاحكام الصادرة من المحكمة العسكرية لاحد الاسباب اللاتية: د-ظهور خطأ جوهري بتقدير الادلة). من قانون اصول المحاكمات الجزائية العسكري العراقي رقم 22 لسنة 2016 والمنشور في جريدة الوقائع العراقية رقم 4444 في 2017/4/24. ومثل ذلك نجده أيضا في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي لسنة رقم 23 لسنة 1971، وتحديدا في المادة/ 193 التي تنص على أنه (لا يخل بالتهمة السهو أو الخطأ المادي الذي لا يخرج الواقعة عن وصفها القانوني ولا يؤثر في دفاع المتهم). والمادة/ 249 منه والتي تنصت على أنه (أ. لكل من الادعاء العام والمتهم والمشتكي والمدعي المدني والمسؤول مدنيا أن يطعن لدى محكمة التمييز في الأحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة الجنب أو محكمة الجنابات في جنحة أو جناية إذا كانت قد بنيت على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله أو إذا وقع خطأ جوهري في الاجراءات الاصلية أو في تقدير الأدلة أو تقدير العقوبة وكان الخطأ مؤثرا في الحكم). لا بل أن أغلب أسباب اعاداة المحاكمة الواردة في نص المادة/ 113 من قانون أصول المحاكمات العسكرية، والمادة/ 270 من قانون أصول المحاكمات الجزائية كان أساسها الغلط في اعتماد أو عدم اعتماد الادلة أو في تقديرها الأمر الذي يفضي الى صدور احكام متناقضة أو خاطئة.

¹⁰²² استاذنا الدكتور مجيد خضر احمد السبعواوي، نظرية الغلط في قانون العقوبات المقارن، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013،

لمعالجة الإشكالية الاصطلاحية التي رافقت في صياغة احكام قانون العقوبات من خلال توحيد المصطلحات المستخدمة، كما وندعوه الى تنظيم موضوع الغلط من خلال النص المقترح الاتي بدلا من النص الحالي للمادة/ 37 عقوبات عراقي أو على اقل تقدير الاستفادة من بعض حيثياته، والنص المقترح هو:

1. ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر، أو بالغلط في فهمه على الوجه الصحيح.
2. لايسأل جزائيا، الفاعل أو الشريك إذا: أ. تعذر علمه بالقانون أو بفهمه على الوجه الصحيح بسبب قوة قاهرة أو ظروف استثنائية طارئة لا يمكن توقعها ودفعتها. ب. ارتكب جريمة خلال سبعة أيام من تاريخ نفاذ أحكام قانون أو نص قانوني جديد، ورد على فعل كان مباحا، وثبت أن جهله في هذا القانون أو النص أو عدم فهمه على الوجه الصحيح كان بناء على أسباب معقولة. ج. ارتكاب الأجنبي جريمة خلال سبعة أيام من تاريخ دخوله الى العراق لأول مرة شرط أن يثبت جهله بالقانون أو عدم فهمه على الوجه الصحيح، وكان قانون بلده أو موطنه أو محل اقامته الدائم لا يعاقب عليها. 3. يسأل الفاعل أو الشريك عن فعله في كل الحالات السابقة، إذا شكل هذا الفعل جريمة غير عمدية نتجت عن اهماله وتفصيله. ولا يعفى من المسؤولية الا إذا ثبت أنه كان حسن النية، ولم يهمل في اتخاذ الحيطة اللازمة، وان جهله أو غلظه بالقانون أو بالوقائع كان مبنيا على اسباب كافية ومعقولة).

بقي ان نقول بان للغلط المؤثر ثلاثة شروط يجب ان تتوفر من اجل ان ينتج أثره في نفي القصد الجنائي هي:

أولاً: يجب ان يكون هذا الغلط ناشئا عن اعتقاد صادق بصحة الواقعة. **ثانياً:** يجب ان يكون معقولا. **ثالثاً:** ان يتعلق بواقعة جوهرية، بمعنى الا تكون والواقعة تجريمه لكون الوقائع التجريبية تكون خاضعة لقاعدة لا يعذر أحد بجهله القانون.¹⁰²³

المبحث الثالث: الاتجاهات الفقهية والدور الصحيح للتوقع أو استطاعته في نظرية الخطأ

ان البحث في موضوع الاتجاهات الفقهية بشأن دور التوقع أو استطاعته في نظرية الخطأ والدور الصحيح للتوقع أو استطاعته في نظرية الخطأ يستوجب تقسيمه الى مطلبين: خصصنا المطلب الأول للاتجاهات الفقهية بشأن دور التوقع أو استطاعته في نظرية الخطأ. وخصصنا المطلب الثاني للدور الصحيح للتوقع أو استطاعته في نظرية الخطأ:

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية بشأن دور التوقع أو استطاعته في نظرية الخطأ

ذهب اغلب الفقه الجنائي الى ان العلاقة النفسية هي أحد عناصر الخطأ ومهما كان الثوب الذي ترتديه سواء كان ثوب عدم توقع النتيجة مع استطاعة توقعها، ام كان ثوب توقع النتيجة مع عدم قبولها، بمعنى ان المسؤولية الجنائية للجاني لا تتحقق عن الخطأ الا إذا ثبت وجود الصلة النفسية بين ماديات الجريمة وسلوكه بالصيغة التي يمكن القول معها ان سلوكه قد توجه لمخالفة القانون¹⁰²⁴، بالإضافة الى اخلاله بمقتضيات الحيطة والحذر، ومع كل هذا الاجماع في الفقه الجنائي الذي أشرنا اليه الا ان هناك اتجاهات فقهية خرجت عن ذلك، هي:

¹⁰²³ أستاذنا الدكتور مجيد خضر احمد السبعواوي، نظرية الغلط في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص66. د. مأمون محمد سلامة، شرح قانون الاحكام العسكرية، العقوبات والجزاءات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص 180. محمد محسن علوي العجيلي، أثر الغلط في المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، 2016، ص103. د. علي محمود علي حمودة، الغلط في القانون ومدى اعتباره مانعا من المسؤولية الجنائية، دار النهضة العربية، 2003، ص 73.

¹⁰²⁴ د. محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط على المسؤولية الجنائية، مصدر سابق، الفقرة 478، ص 363-364.

الاتجاه الاول -استطاعة التوقع كشرط كاف لقيام الخطأ وتبرير المسؤولية الجنائية عنه: تبنى هذا الاتجاه القول بأن الشرط الضروري والكافي لقيام العقاب المترتب على عنصر الخطأ يتمثل في استطاعة التوقع، فهو شرط كافي لكون تحقق استطاعة التوقع فهذا يعني انها تدور في فلك الإرادة.

اما من حيث اعتبار استطاعة التوقع شرطا ضروريا فهذا متأني من كون تخلفها يعني ان نكون بصدد الحادث الفجائي، وقد تزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي جارو (Garraud) الذي قال بان استطاعة التوقع هي الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية إضافة الى انها تعد جوهر الخطأ.¹⁰²⁵

وقد ايد هذا الاتجاه جانب من الفقه الجنائي العربي واعتبر ان جوهر الخطأ هو استطاعة التوقع عند ما عبر عن ذلك بالقول "عدم توقع النتيجة الاجرامية مع القدرة عليه"¹⁰²⁶، واعتبر هذا الجانب ان الحل لكل المشاكل التي تثيرها فكرة الخطأ سواء المتعلقة منها بعناصرها او بأساس المسؤولية الجنائية عن الخطأ، فالحل اذن لكل ذلك يتجسد في هذه الاستطاعة.¹⁰²⁷ وعلى الرغم من الأهمية الكبيرة التي تتمتع بها فكرة استطاعة التوقع التي اثارها هذا الاتجاه في بيان نظرية الخطأ الا انه قد تعرض للانتقاد من كونه لا يتسق مع الثابت في الاتجاه الغالب للفقه والقضاء والتشريع، لكون هذه الفكرة لا تصلح كأساس لقيام الخطأ الا اذا ثبت اخلال الجاني بمتطلبات الحيطة والحذر،

كما ان في هذا الاتجاه خلط واضح فيما بين تعريف الخطأ وبيان عناصره وبين أساس المسؤولية الجنائية الناشئة عن الخطأ، بالإضافة الى ان جوهر الخطأ لا ينحصر في استطاعة التوقع فقط والا اعتبر ذلك تضييق لافق الخطأ حيث ان هناك حالات أخرى للخطأ سوف تستثنى من المسؤولية اذا ما اخذنا بهذا الاتجاه كما في حالة توقع الجاني للنتيجة التي قد تترتب على سلوكه الا انه اعتقد بانها سوف لن تحصل، لكون مجال الخطأ يبدأ حال انتهاء مجال العمد،

وكذلك هناك حالات الخطأ بدون توقع والحد الأدنى من القصد الذي هو القصد الاحتمالي التي تفصل بينهما هوة كبيرة، الا ان الحد الأدنى للقصد يتشابه لدرجة كبيرة مع الحد الأعلى للخطأ التي هي الخطأ الواعي والذي قسمناه الى مراتب هي الخطأ المتوقع مع الاستخفاف بالنتيجة فلا يتم اتخاذ اية تحوطات وهذه الحالة تشبه لحد كبير القصد الاحتمالي التي تدور في فلكها حالات متعددة للخطأ كما في حالة الا يتخذ الجاني اية احتياطات لتجنب حصول النتيجة، والتي يطلق عليها حالة عدم الاكتراث او اللامبالاة من قبل الجاني للنتيجة التي قد تحصل بسبب سلوكه،

والمرتبة الثانية هي حالة التوقع مع اتخاذ تحوطات الا انها غير كافية¹⁰²⁸، كما في حالة ما اذا كان الجو ممطر والشخص يقود سيارته الجديد مسرعا فيضغط على الفرامل لتجنب الاصطدام بالمارة الا انه يتسبب في الحادث وانه لم يتخذ اية تحوطات على اعتبار ان سيارته جديدة وانه اعتمد على مهارته ولكنها غير كافية.

¹⁰²⁵ Garraud, Traite Theorique ET Pratique du droit penal Francais, Paris, 1931, T.1, No. 297, p 586.

¹⁰²⁶ د. نبيل مدحت سالم، الخلاء غير العمدي، مصدر سابق، ص الفقرة 41، ص 70.

¹⁰²⁷ المصدر السابق نفسه، الفقرة 41، ص 70.

¹⁰²⁸ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 831.

الاتجاه الثاني -امكان التوقع كضابط لتمييز الخطأ عن غيره: اعتبر هذا الاتجاه ان جوهر الخطأ يكمن في موضوع الغلط الذي يكون بالإمكان تجنبه، وان استطاعة التوقع ماهي الا ضابط او معيار لتمييز الخطأ عن غيره كما في حالة تمييزه عن القوة القاهرة.¹⁰²⁹

وان هذا المعيار او الضابط يصلح لتحديد حالتي الخطأ الواعي وحالة الخطأ غير الواعي، لكون الجنائي في حالة الخطأ الواعي قد توقع النتيجة الجرمية ولكن بصورة بعيدة عن الواقع، بمعنى ان الغلط الذي وقع فيه الجنائي إذا كان مما يمكن تجنبه فان الخطأ يكون متحققاً هنا اما إذا لم يكن بالإمكان تجنبه فلا نكون امام خطأ بالمعنى الجنائي للخطأ، وان إمكانية او عدم إمكانية التوقع هو موضوع شخصي متعلق بشخص الجنائي وقدراته. ولتوضيح هذه الفكرة فقد ساق انصار هذا الاتجاه المثال التالي كما في حالة الام التي تترك علبه دواء فيه مادة سامة في متناول اطفالها، دون ان يدور في خلدنا ان احد الأطفال قد يشرب منه، ففي هذه الحالة تكون الام قد ارتكبت غلطاً كان يمكن تلافيه لو بذلت الحد الأدنى من متطلبات الحيطة والحذر، لان موضوع توقع تناول الأطفال لهذا الدواء من الأمور الواردة جداً بمعنى كان بإمكانها توقع النتيجة التي قد تحصل مما يجعلها قد ارتكبت خطأً بالمفهوم الجنائي للخطأ، ولكن الحال يختلف فيما لو تصورت هذه الام ان زجاجة الدواء لا تحتوي على مادة سامة في حين ان الصيدلي الذي باعها زجاجة الدواء كان قد وقع في خطأ بصرف الدواء لها واعطائها مادة سامة بدلا من الدواء فأنها بمثل هذه الحالة لا تقع تحت طائلة الخطأ لكونها لم يكن بإمكانها توقع النتيجة التي حصلت بسبب اختلاط احد العوامل الشاذة التي لا يمكن توقعها بحسب المجري العادي للأمور،

بمعنى نكون والحالة هذه امام حادث فجائي وفقاً لهذا الاتجاه الذي يخلص الى القول ان الغلط هو جوهر الخطأ بنوعيه (مع التوقع او بدون التوقع)، وان امكان التوقع هو الضابط الذي يميزه عن غيره.¹⁰³⁰ كما ان هذا الاتجاه انتقد من حيث كون الضابط او المعيار المتمثل باستطاعة التوقع الذي اعتمده في تمييز الخطأ عن غيره من حادث فجائي، لا يغطي جميع حالات الخطأ لابل هناك حالات لا ينطبق عليها، بمعنى لا يمكن اعتماد هذا المعيار من اجل تمييزها عن الحالات التي تدخل في فلك القصد الاحتمالي، بالإضافة الى ان الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء هو اعتبار عدم قبول النتيجة هو معيار الخطأ الواعي وهو الذي يميزها عن حالات القصد الاحتمالي، كما انه لا يمكن اعتبار الغلط هو جوهر الخطأ، لكون هذا الأخير يستوجب اخلال الجنائي بمقتضيات الحيطة والحذر مع توافر الرابطة النفسية بين ماديات الجريمة وإرادة الجنائي.¹⁰³¹

الاتجاه الثالث - التوقع كظرف مشدد للعقاب على الخطأ: ويرى هذا الاتجاه ان الخطأ غالباً ما يأخذ صورة عدم مراعاة القوانين والأنظمة النافذة او عدم التحرز او عدم الاحتياك او الإهمال او الرعونة، ويستوي في ذلك إذا ما كان بتوقع او بدون، فكل هذه الحالات غالباً ما تجسد الخطأ وما عنصر التوقع الا ظرف يضاف اليه، ففي الخطأ الواعي وفقاً لهذا الاتجاه يكون الجنائي قد توقع النتيجة الاجرامية ولكنه توقعه كان بصورة مخالفة للواقع، اما في حالة الخطأ غير الواعي فينتفي

¹⁰²⁹ د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، العاتك لصناعة الكتاب-القاهرة والمكتبة القانونية-بغداد، بدون سنة طبع، ص 350. د. رشيد عالي الكيلاني، النظرية العامة في الحقوق الجزائية، مطبعة الأهالي، بغداد، 1922، ص 390.

¹⁰³⁰ د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد، مصدر سابق، الفقرة رقم 130، ص 292.

¹⁰³¹ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 695 و ص 833.

التوقع مطلقاً، مما يعني ان التوقع خلافاً للواقع وعدم التوقع يكونان في حالة من التعادل لكون الجاني في الحقيقة لم يكن قد توقع النتيجة الاجرامية بصورة واقعية. وقد تزعم هذا الاتجاه الفقيه الإيطالي ديلوجو (Delogu) مستشهداً بما تضمنته المادة/ 61 الفقرة / 3 من قانون العقوبات الإيطالي من قاعدة في هذا المجال حيث اعتبرت التوقع بمثابة الظرف المشدد عند العقاب على الخطأ¹⁰³². وان هذا الاتجاه كسابقه قد واجه انتقادات شديدة لعل من أهمها، انه ليس من الحصافة او الحكمة وضع قاعدة عامة ومطلقة مؤداها اعتبار الخطأ مع التوقع اشد خطورة وبالنتيجة تشديد العقاب عليه أكثر من الخطأ بدون توقع، في حين ان الواقع يشهد بوجود وقائع اشد جسامة وخطورة من الخطأ مع التوقع، ومن اجل ذلك فقد دعا المنتقدون لهذا الاتجاه الى ترك الموضوع للقضاء لتقرير كل حالة بحالتها مع الاخذ بنظر الاعتبار الظروف الداخلية والخارجية للجاني وفقاً للسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، بدلا من التقييد بقاعدة جامدة لا تشمل الكثير من الحالات.¹⁰³³

الاتجاه الرابع - التوقع كعنصر من عناصر اثبات الخطأ : هذا الاتجاه يقول بان الخطأ هو أحد عنصري الاثبات يستتوجه جوهر وطبيعة الخطأ على اعتبار انه تعبير عن اخلال الجاني بمتطلبات الحيطة والحذر، وان هذا التوقع لا يعد كذلك الا في مجال الصور العامة للخطأ التي تتمثل في الإهمال والرعونة وعدم التحرز، اما بخصوص صورة الخطأ الخاصة التي تشبه بعدم مراعاة الأنظمة والقوانين والقرارات فان هذه الحالة لا تحتاج الى عنصر التوقع في اثباتها لكون الخطأ في هذه الحالة يتحقق اثباته بمجرد مخالفة الجاني لهذه الأنظمة والقرارات والقوانين. وعليه فان الخطأ (أحد عنصري الاثبات) بهذا التصور يستلزم تواجد عنصر اخر لا يقل أهمية عنه الا وهو إمكانية واستطاعة الجاني تلافي حدوث النتيجة الاجرامية التي وقعت.¹⁰³⁴ وقد فرق هذا الاتجاه بين التوقع الفعلي الذي إذا تحقق فسيكون له تأثير على جسامة الخطأ الامر الذي يستوجب تشديد العقاب عليه، والتوقع الممكن الذي يعني الدرجة الأقل خطورة من الخطأ وإذا تحقق سيستحق عقاباً مخففاً. وبالنتيجة فانه هذا الاتجاه يعتبر التوقع عنصراً في الخطأ مهما كان نوع هذا التوقع وهي ذات النتيجة المستقرة لدى اغلب الفقه والقضاء، وانه يعتبر عدم مراعاة الجاني لمتطلبات الحيطة والحذر التي يستتوجبها العرف او الخبرة الإنسانية او القانون هي التي تشكل جوهر الخطأ كل ذلك من اجل تلافي الاضرار بمصالح الاخرين التي يحميها المشرع، وبالإضافة الى كل ذلك يستوجب توقع الجاني للنتيجة التي لم يقبل بها او على اقل تقدير كان بإمكانه توقع حدوثها وبالتالي ان يكون بإمكانه تجنب وقوعها، بمعنى ان هذا الاتجاه يتسق مع الراي الذي يعتبر الرابطة النفسية هي جوهر الخطأ وان هذا الجوهر ما كان ليتحقق لولا هذه الرابطة.¹⁰³⁵

وعلى الرغم من اننا نعتقد بان هذا الاتجاه أكثر واقعية لكونه يلتقي مع الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الا اننا نجده ينحى عنه في منحيين هما:

أولاً: ان هذا الاتجاه يعتبر وكقاعدة عامة ان الخطأ مع التوقع او الخطأ الواعي اشد خطورة من الخطأ بدون توقع او الخطأ غير الواعي، الا ان هذا الاطلاق لا يمكن القبول به لأننا سبق وان اوضحنا انه وفي أحيان معينة يكون الخطأ غير الواعي اشد جسامة من حيث النتيجة من الخطأ الواعي.

¹⁰³² Delogu T, La culpabilite dans la theorie general, Universite du Caire, 1949-1950, p. 640.

¹⁰³³ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 826.

¹⁰³⁴ د. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 349.

¹⁰³⁵ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 835.

ثانياً: ان عدم مراعاة الأنظمة والقوانين والتي تشكل الصورة الخاصة من الخطأ يكون الاثبات فيها مختلف تماماً عن الصورة العامة للخطأ لكونها لا تستوجب التوقع او استطاعته.

ومهما يكن من امر فأنا نعتقد بعدم وجود اختلاف في الخطأ بصورته العامة والخاصة من حيث الاثبات والعناصر والمضمون تأسيساً على الفكرة الموحدة للخطأ مهما كانت صورته، ولكن الاختلاف بينهما يتجلى في وجوب الرابطة النفسية بين ماديات الجريمة والإرادة الاثمة ومصدر متطلبات الحيطة والحذر وأن هذه العناصر لا تتباين مهما اختلفت صور الخطأ.¹⁰³⁶

المطلب الثاني: الدور الصحيح للتوقع أو استطاعته في نظرية الخطأ

من اجل الوقوف على الدور الصحيح للتوقع أو استطاعته في نظرية الخطأ سوف نبحث ذلك من خلال البنود الثلاثة التالية:

أولاً - الدور الصحيح للعلاقة النفسية في بيان الخطأ: يذهب جانب من الفقه -ونؤيده في ذلك- الى ان الدور الصحيح للعلاقة النفسية في بيان نظرية الخطأ يكمن في ان هذه العلاقة (ومهما كان الرداء الذي ترتديه سواء كان التوقع مع عدم قبول النتيجة او عدم التوقع مع استطاعته) هي في الحقيقة العنصر الثاني للخطأ والذي يمثل العنصر النفسي للخطأ بعد ان تجسد عنصره الأول في اخلال الجاني بمتطلبات الحيطة والحذر والذي يمثل العنصر المادي للخطأ، وان هذين العنصرين يمثلان بالحقيقة الجناحين الذين تحلق بهما المسؤولية الجنائية في عالم الوجود، بالإضافة الى ان الرابطة النفسية التي تحدد الحد الأدنى للخطأ والذي يجاور الحادث الفجائي، كما هي التي تحدد الحد الأعلى للخطأ الذي يجاور القصد الاحتمالي، كما لا يخفى الدور البارز الذي تلعبه الرابطة النفسية في تعيين وتخصيص احكام التجريم الخاصة بالخطأ او العمد ومدى جواز الاشتراك في هذه الجرائم¹⁰³⁷، وصفة القول نقول انه لا يخفى دور الرابطة النفسية في رسم السياسة الجنائية للمشرع في تجريم الأفعال غير العمدية التي تمس بالمصالح المحمية التي تأثرت بالتطورات الكبيرة والمتلاحقة التي تشهدها المجتمعات.¹⁰³⁸

ثانياً - الصورتان في التشريعات الحديثة والقانون الانكلوسكسوني: سنبحث في دور الرابطة النفسية في بيان نظرية الخطأ في التشريعات الحديثة، ودورها في القانون الانكلوسكسوني من خلال ما يلي:

1 . دور الرابطة النفسية في بيان نظرية الخطأ في التشريعات الحديثة: انقسمت الى قسمين هما:

القسم الأول - تشريعات تضمنت نصوص واضحة بشأن دور الرابطة النفسية في بيان نظرية الخطأ: حيث اتجهت غالبية التشريعات الجنائية الحديثة الى وضع نصوص تنظم الرابطة النفسية في الخطأ سواء كانت هذه الرابطة قد اخذت شكل توقع النتيجة الاجرامية مع عدم القبول بها او عدم توقع النتيجة الاجرامية مع استطاعة ذلك، وخير مثال على ذلك

¹⁰³⁶ المصدر السابق نفسه، ص 836.

¹⁰³⁷ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 709، ص 644.

¹⁰³⁸ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 836. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 713، ص 648.

المادة/ 43 الفقرة/ 3 من قانون العقوبات الإيطالي لسنة 1930 والتي نصت على ان (الجريمة غير عمدية او مخالفة للقصد عندما لا يريد الجاني الحدث الذي يقع حتى لو كان متوقعا بسبب الإهمال او عدم الحرص او الرعونة او عدم احترام القوانين واللوائح والنظم والاورامر)¹⁰³⁹، والمادة/ 18 الفقرة/ 3 من قانون العقوبات السويسري لسنة 1938 التي نصت على ان (يعد مرتكبا لجناية او جنحة بإهمال كل من تصرف بعد تبصر أثم دون ان يعني او يضع في اعتباره نتائج فعله. ويكون عدم التبصر أتما إذا كان الفاعل لم يتخذ الاحتياطات التي تقتضيها الظروف ووضعها الشخصي)، ومن هذا النص يتضح ان المشرع السويسري قسم الخطأ الى خطأ واعي او خطأ مع التوقع وخطأ غير واعي او خطأ بدون توقع دون الإشارة الى ان أحدهما اشد جسامة من الاخر.¹⁰⁴⁰ كما وقد نهجت قوانين عقابية أخرى نفس منهج القانون السويسري¹⁰⁴¹. ومن القوانين العقابية العربية المادة/ 191 من قانون العقوبات اللبناني لسنة 1943 والتي تنص على ان (تكون الجريمة غير مقصودة سواء لم يتوقع الفاعل نتيجة فعله او عدم فعله المخطئين وكان في استطاعته او من واجبه ان يتوقعها وسواء توقعها فحسب ان بإمكانه اجتنابها)، والمادة/ 190 من قانون العقوبات السوري لسنة 1949 والتي تنص على ان (تكون الجريمة غير مقصودة سواء لم يتوقع الفاعل نتيجة فعله أو عدم فعله المخطئين وكان في استطاعته أو من واجبه أن يتوقعها فحسب أن بإمكانه اجتنابه).¹⁰⁴²

القسم الثاني - تشريعات اغفلت النص على دور الرابطة النفسية في ببيان نظرية الخطأ: اغفلت التشريعات التي تبنت

هذا الاتجاه وضع نص يتضمن تعريف للخطأ غير العمدي في القسم العام من قوانينها العقابية، في حين جرت حالات من الخطأ في القسم الخاص من تشريعاتها العقابية، فاتحة الباب على مصراعيه للفقهاء والقضاء للاجتهد في هذا المجال،¹⁰⁴³

¹⁰³⁹ د. محمد محمد طلعت محمد حسن، تطور مضمون نظرية الخطأ غير العمدي في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2015، ص 76.

¹⁰⁴⁰ لاحظ نص قانون العقوبات السويسري لسنة 1937 باللغة الانكليزية والمنشور على الرابط الالكتروني التالي والذي كانت زيارته بتاريخ: 2019/1/21:

<https://wipolex.wipo.int/ar/legislation/details/17169>

¹⁰⁴¹ فعلى سبيل المثال المادة/ 7 من قانون العقوبات اليوغسلافي (السابق) لسنة 1961، وكذلك المادة/ 28 من قانون العقوبات اليوناني لسنة 1950، والمادة/ 14 الفقرة/ 2 من قانون العقوبات البولوني لسنة 1932، والمادة/ 9 من قانون العقوبات السوفياتي (السابق) لسنة 1960، والمادة/ 5 من قانون العقوبات التشيكوسلوفاكي لسنة 1961، والمادة/ 18 من قانون العقوبات لجمهورية المانيا لسنة 1960، والمادة/ 19 من قانون عقوبات جمهورية رومانيا الاشتراكية لسنة 1986. د. محمد محمد طلعت محمد حسن، مصدر سابق، ص 77. د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، مصدر سابق، الفقرة رقم 8، ص 10.

¹⁰⁴² د. عدنان الخطيب، محاضرات في النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1957، ص 168-169.

¹⁰⁴³ ومن أبرز الأمثلة على هذه التشريعات المادة/ 319 و المادة/ 320 من قانون العقوبات الفرنسي القديم لسنة 1810 والذي تضمن فقط تعداد صور الخطأ، والحال نفسه في المادة/ 121-3 من القانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة 2000، وقانون العقوبات التركي لسنة 1926، والسويدي لسنة 1962، والفنلندي لسنة 1889، والنرويجي لسنة 1902، وكذلك الحال بالنسبة للعديد من التشريعات العقابية = العربية ومنها قانون العقوبات المصري لسنة 1937، والسوداني لسنة 1925، والجزائري لسنة 1966، والمغربي لسنة 1963، والقطري لسنة 1971، وقانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 في المادة/ 35 والتي نصت على ان (تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالاً او رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والأنظمة والاورامر). د. محمد طلعت محمد حسن، تطور مضمون نظرية الخطأ غير العمدي في القانون الجنائي، مصدر سابق، ص 76.

وعلى الرغم من ان هذه التشريعات لم تتطرق لصورتي الخطأ في الرابطة النفسية الا الفقه يرى بضرورة تحقق أحد صورتي الرابطة النفسية من اجل تحقق الخطأ.¹⁰⁴⁴

2 . في القانون الانكلوسكسوني: ومن أبرز الدول التي اخذت بهذا النظام هي إنكلترا والولايات المتحدة الامريكية وكندا وأستراليا والهند والسودان، وان النظام الانكلوسكسوني لا يأخذ بفكرة امكان التوقع لا بل وانه اخرجها من ميدان القانون الجنائي وأدخلها في ميدان القانون المدين، بمعنى إذا كان الجاني لم يتوقع النتيجة التي حدثت فلا يسأل جزائيا عنها انما كل ما في الامر عليه دفع التعويض عن الاضرار التي نجمت عن سلوكه، لذلك فان هذا النظام يعتبر الخطأ الجسيم هو الشرط الأساسي لبناء المسؤولية الجنائية، وان الخطأ الجسيم يعد كذلك عند توقع الجاني للنتيجة المتحققة كآثر لسلوكه الآثم¹⁰⁴⁵.

ويفرق هذا القانون بين حالة اللامبالاة التي تتحقق عند ارتكاب الجاني سلوك خطير ويتوقع معه حصول النتيجة الاجرامية التي حصلت مع قيام الاعتقاد في ذهنه بانها سوف لن تقع، وهذه الحالة في الحقيقة هي حالة الخطأ الواعي او الخطأ مع التوقع التي تطرقنا اليها سابقا، وان مساءلة العقاب عليها لا تثير اية إشكالية لوضوح الرؤيا حولها هذا من جهة، وبين الإهمال من جهة ثانية الذي يتحقق عند قيام الجاني بالأخلال بمقتضيات الحيطة والحذر اللازمة والتي يبذلها الشخص المعتاد عندما يوضع في نفس الظروف، مع العلم بانه ولأجل العقاب على هذه الحالة يجب ان يكون الإهمال جسيما،

بمعنى ان يكون الجاني قد توقع إمكانية حدوث النتيجة المتحققة كمحصلة لامتناعه او لسلوكه الآثم، وهذا يعني ان السلوك سيكون في إطار القانون المدني عندما يقع هذا السلوك بدون توقع، وبالمحصلة النهائية فان هذا النظام لا يعترف الا بصورة واحدة من صور الرابطة النفسية للخطأ التي هي صورة توقع النتيجة مع عدم القبول بها¹⁰⁴⁶.

وتبرير هذا الموقف يستند الى ركيزتين أساسيتين،

الاولى: ان الخطأ بدون توقع لا يظهر ولا يكشف عن خطورة إجرامية ناشئة عن إرادة إجرامية من اجل بناء المسؤولية الجنائية عليها، فالخطأ بدون توقع يفترض ان الجاني لم يتوقع النتيجة الاجرامية كمحصلة لامتناعه او فعله في حين كان عليه او باستطاعته ذلك، مما يعني بانتفاء الإرادة لديه، مما يجعل المسؤولية الجنائية في هذه الحالة محض افتراض لا بل

¹⁰⁴⁴ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 841.

¹⁰⁴⁵ د. رمزي رياض عوض، الاحكام العامة في القانون الأنجلو امريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 111.

د. محمد محي الدين عوض، المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الجنائي الأنجلوامريكي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد الأول، لسنة 1963، ص 30.

¹⁰⁴⁶ د. محمد محي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني معلقا عليه، مطبعة جامعة القاهرة، 1979، الفقرة رقم 256، ص 525. د. احمد عبد العزيز اللافي، شرح قانون العقوبات الليبي، ط2، المكتب المصري الحديث، القاهرة، 1979، الفقرة رقم 307، ص 321. د. محمد محي الدين عوض، المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الجنائي الأنجلوامريكي، مصدر سابق، ص 29. د. محمد إبراهيم زيد، قانون العقوبات المقارن، القسم الخاص، دراسة تحليلية مقارنة للنظم اللاتينية والنظم الأنجلو سكسونية والتشريعات العربية ومشروعات القوانين العربية الجديدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، الفقرة رقم 92، ص 130.

ونوع من أنواع المسؤولية المادية الامر الذي لا يمكن التسليم به في القوانين العقابية الحديثة، لكون المبدأ العام ان لا جريمة بدون ركن معنوي.

وثانيهما: ان التعويض المادي المدني كافٍ لجبر الاضرار التي قد تحصل نتيجة لسلوك هذا الشخص غير المصحوب بالتوقع او غير الواعي، مما يجعل امر تلافيفي مثل هذه النتيجة (التعويض المادي المدني) امر ممكن لان الموضوع في نهاية المطاف ما هو الا مبلغ نقدي قابل للاسترداد عند عدم تحقق مسؤولية من حكم به.¹⁰⁴⁷

وقد تعرض هذا الموقف من الفقه الانكلوسكسوني لانتقادات تنطرق لأبرزها،

أولها: انكار المنتقدين لهذا النظام ان الخطأ غير الواعي لا يتضمن ارادة إجرامية كما انكروا ان طبيعة المسؤولية الجنائية الناشئة عنه كونها مسؤولية مادية لكون الخطأ غير الواعي او بدون توقع يتفق مع الخطأ الواعي او مع التوقع في ان كلاهما يعبران عن حالة من اخلال الجاني بمتطلبات الحيطة والحذر، كما قال المنتقدون بان الراي الراجح في الفقه والقضاء يقول بتحقيق الرابطة النفسية بين النتيجة المتحققة وسلوك مرتكبها بدون خطأ، بمعنى عدم وجود اختلاف أساسي بين صورتين الخطأ، ودليلهم على ذلك ان العديد من التشريعات العقابية جرمت كلا الصورتين¹⁰⁴⁸.

ثانيها: ان اخراج موضوع الخطأ بدون توقع من فلك القانون الجنائي وادخاله في فلك القانون المدني لا يحقق الردع العام ولا الردع الخاص لا بل ويتعارض مع مصلحة المجتمع، لكون التعويض لا يؤدي الى زجر الشخص الذي يرتكب مثل هذا النوع من الخطأ، خصوصا مع انتشار التأمين مما يعني تخفيف عبء التعويض عن كاهل هؤلاء، خصوصا مع التطورات والاكتشافات التكنولوجية الحديثة بسبب التقدم العلمي السريع الذي تشهده المجتمعات الامر الذي رتب على الخطأ غير الواعي اضرار اجتماعية جسيمة تكون احيانا اشد جسامة من السلوك المتعمد.¹⁰⁴⁹

وباعتقادنا، وبالرغم من كل الانتقادات التي وجهت لموقف الفقه الانكلوسكسوني انف الذكر، الا أننا نجد فيه الكثير من الوجاهة والحصافة وحفظ حقوق الانسان المتهم وعدم التوسع في دائرة التجريم الذي يعد بسيطاً جدا لانتفاء الخطورة الاجرامية فيه والتي يمكن معالجتها بوسائل أخرى غير جنائية، كما ان مساءلة الاخلال بمتطلبات الحيطة والحذر في الحقيقة فيها الكثير من المطاطية والمرونة، وهي الأخرى محض افتراض فكيف يمكن ان نبني مساءلة خطيرة مثل التجريم التي تمس حياة الناس وحررياتهم وسمعتهم على موضوع هو مجرد خيال وتصور لمحكمة الموضوع التي غالبا ما تتخذ من معيار الرجل المعتاد الذي هو الاخر محض افتراض، أساسا للمسؤولية الجنائية على اقل تقدير في الجرائم البسيطة التي لا تتم عن خطورة اجرامية مما يجعلها في كثير من الأحيان تتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية، ثم ان مثال المسؤولية الطبية الذي غالبا ما يتشدد به المنتقدين لتبرير انتقادهم نقول في الحقيقة ان مهنة الطب مهنة إنسانية سامية وان غاية الأطباء هي مساعدة المرضى على الشفاء فمن غير المتصور ان يقصد طبيب أذى مريض لا تربطه به اية رابطة او عدا، وأخيرا نقول ان موقف الفقه الانكلوسكسوني في استبعاد الخطأ غي الواعي او بدون توقع من دائرة التجريم انه يقترب كثيرا، لا بل وانه

¹⁰⁴⁷ د. محمد محي الدين عوض، مصدر سابق، ص 29.

¹⁰⁴⁸ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، الفقرة رقم 702، ص 637.

¹⁰⁴⁹ د. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج5، مكتبة العلم للجميع، بيروت-القاهرة، الفقرة رقم 360، ص 841. د. مصطفى القليلي، مصدر سابق، ص 205-206. د. السعيد مصطفى السعيد، شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 416.

مستمد بطريقة وبأخرى من آراء فقهاءنا المسلمين الاجلاء الذين ناقشوا باستفاضة مسألة معالجة الحالات المبنية على نوعين من الخطأ والتي هي التسبب وما يجري مجرى الخطأ في إطار الضمان دون القصاص¹⁰⁵⁰، أي انهما يدوران في فلك التعويض والدية وهو في الحقيقة موقف غاية في الروعة والدقة ومستنبط من حديث الرسول الأعظم محمد صلى الله عليه وآله وسلم (ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)¹⁰⁵¹،

كما وان هذا مبدأ غاية في الإنسانية والروعة وتقرير لحقوق الانسان مما يستوجب ان يكون من المبادئ الجنائية الحديثة في معالجة موضوع الخطأ والتي يجب على المشرع ان يقرره بصورة نص في قانون العقوبات.

ثالثا - انتفاء الخطأ إذا استحال على الفاعل توقع النتيجة الاجرامية كأثر لسوئته: إذا كان من المستحيل على الجاني توقع النتيجة التي وقعت، فان الخطأ لا يكون متحققا في هذه الحالة لانعدام هذه الامكانية او تلك الاستطاعة ويترتب على ذلك استحالة تفاديها. وتأكيدا على هذه الحقيقة فقد استقر قضاء محكمة التمييز العراقية في العديد من قراراتها على ذلك فقد قضت "لا يسأل المتهم جنائيا عن الضرر الحاصل جراء التصادم إذا كان متسببا عن خطأ المشتكي نفسه."¹⁰⁵²، وقضت في قرار اخر لها "الأذى الذي أصاب المجني عليه نتيجة سيره على خط القطار لا يسال عنه سائق القطار الذي لم يصدر عنه اهمال وتقصير."¹⁰⁵³

وفي قرار اخر لها "لا يسأل المتهم عن الحادث الذي وقع بخطأ المجني عليه وحده دون ان يساهم المتهم فيه."¹⁰⁵⁴، وفي قرار اخر لها "لا يسأل المتهم عن القتل الناتج من الاصطدام إذا كان الحادث واقعا بخطأ المجني عليه."¹⁰⁵⁵، وفي قرار اخر لها "إذا حاول المجني عليه اخذ بندقية المتهم جبرا ففارت طلقة منها في اثناء المجاذبة اصابت المجني عليه فيكون الخطأ صادرا من المجني عليه ولا مسؤولية على المتهم."¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵⁰ سنبحث فيها مفصلا في الباب الثاني من هذه اللطروحة.

¹⁰⁵¹ روى ابن ماجه عن أبي هريرة أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: " ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا " وروى الترمذي عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " ادروؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة "، ذكر الترمذي أنه روي موقوفاً وأن الوقف أصح، قال: وقد روى عن غير واحد من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا مثل ذلك. يقول الشوكاني في كتابه " نيل الأوطار " : حديث ابن ماجه ضعيف، وحديث الترمذي عن عائشة في إسناده راو ضعيف، قال البخاري عنه: إنه منكر الحديث، وقال النسائي متروك. والحديث المرفوع عن علي: " ادروؤا الحدود بالسبّهات " فيه راو منكر الحديث كما قال البخاري. وأصح ما فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود قال " ادروؤا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم "، ورواه ابن حزم عن عمر موقوفا عليه، قال الحافظ: وإسناده صحيح. وانتهى الشوكاني إلى القول بأن حديث الباب وإن كان فيه مقال فقد سُدَّ من عضده ما ذكرناه فيصلح بعد ذلك للاحتجاج على مشروعية دَرء الحدود بالسبّهات المحتملة لا مطلق السبّهة، وقد أخرج البيهقي وعبد الرزاق عن عمر أنه عزَّر رجلاً زنى في الشام وادّعى الجهل بتحريم الزنى، وكذا روى عنه وعن عثمان أنهما عزَّرا جارية زنت وهي أعجمية وادّعت أنها لم تعلم التحريم.

¹⁰⁵² رقم القرار: 603 / جزء تمييزية / 1973، تاريخ القرار: 1972/8/28، النشرة القضائية التي يتصدر عن وزارة العدل العراقية، ع3، ص3، ص 218.

¹⁰⁵³ رقم القرار: 722 / جزء التمييزية / 1972، تاريخ القرار 1972/8/30، النشرة القضائية التي يتصدر عن وزارة العدل العراقية، ع3، ص3، ص 219.

¹⁰⁵⁴ رقم القرار: 1375/تمييزية/1972، تاريخ القرار: 1973/2/12، النشرة القضائية الصادرة عن وزارة العدل العراقية، ع1، ص4، ص 238.

¹⁰⁵⁵ رقم القرار: 51 / هيئة العامة الثانية / 1973، تاريخ القرار: 1973/4/28، النشرة القضائية الصادرة عن وزارة العدل العراقية، ع2، ص4، ص 414.

¹⁰⁵⁶ رقم القرار: 2624/جنايات/1973، تاريخ القرار: 1974/3/18، النشرة القضائية الصادرة عن وزارة العدل العراقية، ع1، ص5، ص 404.

وفي قرار اخر لها "لا يكون السائق قد ارتكب خطأً سبب دهس الطفلة عليها بمؤخرة السيارة عند تحركها إذا كانت المجني عليها قد خرجت من داخل دارها التي تقف السيارة امامه واصطدمت بالسيارة وكان الشارع خاليا عند بدء السيارة بالحركة".¹⁰⁵⁷، وفي قرار اخر لها "إذا كان المتهم يقود سيارته بسرعة معتدلة وقد عبر من امامه فجأة طفل فاصطدم بالسيارة لعدم اتخاذه الحيطة عند العبور فلا يكون المتهم قد ارتكب خطأً سبب الدهس ويعتبر الحادث واقعا نتيجة خطأً المجني عليه وحده".¹⁰⁵⁸، وفي قرار اخر لها "إذا عبر المجني عليه الشارع في الوقت الذي اقتربت فيه السيارة المتهم من المجني عليه اقترابا تعذر معه تلافي الاصطدام فلا يمكن نسبة خطأً للمتهم يستوجب مساءلته عن الحادث".¹⁰⁵⁹، وفي قرار اخر لها "إذا كان انقلاب عربة التراكاتور التي سببت إصابة المجني عليه وبالتالي وفاته قد حصلت قضاء وقدر وليس بسبب خطأً السائق فلا يجوز ادانته عن الحادث لان قيادته لتراكاتور تمت دون إجازة".¹⁰⁶⁰

كما ان محكمة النقض المصرية قد قضت بانه " متى كان الحكم إذا قضى ببراءة المتهم بالقتل الخطأ ورفض الدعوى المدنية قد عول في ذلك على اقوال الشاهد من ان الترام كان يسير سيرا عاديا وكان المتهم يستعمل جهاز التنبيه طوال الطريق وقت حصول الحادث وانه لم يكن في استطاعته ان يتفاداه لان المصاب قد ظهر فجأة على بعد ثلاث أمتار ... وانه مما يتنافى مع طبائع الأشياء ان يتوقع ان كل من ينزل من الرصيف يريد عبور الشارع من جهة أخرى وان من حقه ان يعول على ان من واجب المشاة الا يعبروا القضبان وقت اقتراب الترام وان يعبروا الطريق من الأماكن التي اعدت لها وان يتبصروا مواقع اقدامهم عند عبورهم ومتى كان ذلك فان ما قاله الحكم سائغ في العقل والقانون".¹⁰⁶¹

كما وقضت في حكم اخر لها "لما كانت الوقائع كما أوردها الحكم تدل على ان العيار الذي انطلق لم يكن ليصيب أحدا لولا انفجار ماسورة السلاح وان إصابة المجني عليه حدثت من شظايا الماسورة المتفجرة بسبب عيب في صناعتها بما لم يكن للمتهم يد فيه ولم يكن في استطاعته ان يتوقعه ... فان الحكم يكون صحيحا فيما انتهى اليه من اعتبار الرابطة السببية غير متوفرة بين خطأً المتهم واصابة المجني عليه والقضاء ببراءة المتهم من تهمة القتل الخطأ".¹⁰⁶²

ونظرا لأهمية هذا المبدأ الوارد في القرار اعلاه، فقد ذهب جانب من الفقه المصري الى القول بان اتجاه محكمة النقض بانتفاء الرابطة السببية بين سلوك المتهم والنتيجة الجرمية المتحققة، (رغم ان انتفاء الخطأ لدى المتهم لا يكاد يثير اي

¹⁰⁵⁷ رقم القرار: 1884/جزء أولى - تمييزية/1980، تاريخ القرار: 1981/12/6، مجموعة الاحكام العدلية التي تصدر عن وزارة العدل العراقية، ع4، س12، ص 116.

¹⁰⁵⁸ رقم القرار: 95/جزء أولى - تمييزية/1982، تاريخ القرار: 1982/6/5، مجموعة الاحكام العدلية التي تصدر عن وزارة العدل العراقية، ع1، س12، ص 61.

¹⁰⁵⁹ رقم القرار: 485/جزء أولى/تمييزية/1982، تاريخ القرار: 1982/6/6، مجموعة الاحكام العدلية التي تصدر عن وزارة العدل العراقية، ع4، س12، ص 92.

¹⁰⁶⁰ رقم القرار: 1662/جنابات أولى/985-986، تاريخ القرار: 1986/7/16، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز القسم الجنائي، اعداد القاضي إبراهيم المشاهدي، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990، ص 156.

¹⁰⁶¹ قرار محكمة النقض المصرية 5/ ابريل/1954 والمنشور في مجلة المحاماة المصرية، س35، رقم655، ص 1291.

¹⁰⁶² نقض 23 يونية سنة 1963، مجموعة احكام النقض المصرية، س14، رقم 102، ص 530.

اشكال) بسبب كون المتهم لم يكن باستطاعته توقع النتيجة الاجرامية أي ان محكمة النقض أعطت للرابطة السببية طابعا معنوياً، وجعلت استطاعة التوقع عنصراً مشتركاً بين الخطأ وعلاقة السببية.¹⁰⁶³

الآن وبعد ان انتهينا من بحث موضوع التوقع وأصبح واضحاً للعيان بوجود صلة بينه وبين التسبب على أساس من ان المعنى اللغوي والاصطلاحي للتوقع يأتي بمعنى الاحتمال والتكهن بالشيء او فيما لا جزم فيه وهي معاني تكاد تقترب من المعنى القانوني للمصطلح كما ان التوقع يقود ويؤدي الى التسبب. الذي قد يكون الجزء غير الواعي من الخطأ، والتوقع هو درجة من درجات العلم وهو ادى مستويات العلم التي تتدرج بين التوقع اليقيني الى التوقع الاحتمالي ومن ثم التوقع الامكاني، والذي يهمننا في هذا المقام هو التوقع الامكاني ما دمنا نتكلم في إطار الخطأ غير العمدي.

وهنا تتضح أولى الصلات بين التوقع والتسبب. وان مصدر هذه الصلة تنبع بالإضافة الى ما ترشح من المعنى اللغوي والاصطلاحي لكل منهما، فأنا عندما نتكلم عن التسبب فهو الخطأ غير الواعي بمعنى اننا نتكلم عن افتراض التوقع الذي يتمثل هنا بالتوقع الامكاني، والتوقع حقيقة يختلف عن افتراض التوقع او التوقع المفترض، فهنا اننا نقارن بين التوقع وافتراض التوقع التي هي تمثل نوعي الخطأ غير العمدي، فنقول ان افتراض التوقع مبني على معيار الرجل المعتاد في مثل ظروف الجاني، فالجاني قد توقع او كان عليه ان يتوقع لأنه لا تكليف بمستحيل فالحقيقة اننا عندما نقول بالصلة بين المصطلحين (التسبب والتوقع) فمعنى ذلك اننا نقصد الصلة بين التوقع وافتراض التوقع وإمكانية التوقع، وهنا تكمن الصلة الثانية بالإضافة الى الصلة اللغوية والاصطلاحية التي سبق وان تطرقنا اليها، فالصلة الأخرى التي يمكن تصورها بين التوقع والتسبب تكمن في كون التوقع يأتي في مجال الخطأ سواء كان خطأً واعياً ام غير واعٍ أي اننا نتكلم عن التوقع في الأصول المعنوية للجريمة.

الخاتمة:

بعد ان أنهينا البحث في هذا الموضوع فقد كان لنا عدد من النتائج والاستنتاجات والمقترحات نوردتها فيما يلي:

أولاً: الاستنتاجات:

- 1- عدم صلاحية خطورة الجاني وسلوكه الخطر كأساس للعقاب على الجرائم غير العمدية لكون المشرع لا يعاقب على مجرد السلوك ولا على مجرد الخطأ ما لم تترتب عليهما نتائج ضارة يجرمها.
- 2- عدم صلاحية الضرر المحتمل كأساس للعقاب على الجرائم غير العمدية لكون هذا النوع من الضرر غير مؤكد الوقوع وان الاخذ به سوف يوسع من نطاق دائرة التجريم والعقاب بشكل يؤدي الى المساس بحقوق الانسان ويؤدي الى شعور الافراد بعدم عدالة العقوبة الامر الذي يدفعهم الى عدم الخوف منها مما قد يدفع الى تنامي ظاهرة الاجرام.
- 3- ان تأسيس المسؤولية الجنائية على فكرة أخلاقية لا تتواءم مع التطورات الكبيرة التي شهدتها المجتمعات وما رافقها من تزايد ظاهرة الاجرام غير العمدي، لذلك لا يجب بناء المسؤولية الجنائية على مجرد مخالفة النص القانوني مما يجعل الامر اكثر انطباقاً على نوع من الجرائم التي تتمثل غاية التجريم فيها من اجل حماية المجتمع كما في الجرائم المرورية والجرائم الاقتصادية، وان الاخذ بهذا الأساس سوف يسهل من امر اثبات موضوع توقع الجاني او كون باستطاعته التوقع

¹⁰⁶³ د. شريف سيد كامل محمد، مصدر سابق، ص 862.

التي هي في الأساس مسألة صعبة وصعبة جدا، الامر الذي دفع بهم للتخلي عن فكرة الخطأ كأساس للتجريم في هذا النوع من الجرائم.

4- ان الركن المعنوي في الخطأ هو ان المشرع يفترض الحيطة والحذر بالجاني وان هذا الأخير قصر فيها، بمعنى هذا هو السلوك، ولكن كيف أخل هذا الجاني بأية صورة؟ فما ان تكون عن عمد او اهمال او رعونة، وان اخلاله هذا يعني انه حاد عن الطريق الذي رسمه المشرع فالإخلال بواجبات الحيطة والحذر هو سلوك بعدم الانتباه فاذا كان هذا هو الركن المعنوي (من باب إقامة الحجة على الخصم) فماذا سيكون الركن المعنوي؟ كما ان المادة/ 35 عقوبات عراقي نصت على صور الخطأ بقولها (تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالاً او رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والأنظمة والاوامر.) التي هي في الحقيقة صور معنوية وان الاخلال كعنصر مادي أي انه السلوك الخاطيء ولكن ان يكون بإهمال او بدون اهمال فتلك صور معنوية.

5- هناك خلط بين العنصر المعنوي والمادي للخطأ، فالعنصر المادي للخطأ يتمثل في الاخلال بمقتضيات الحيطة والحذر، بينما العنصر المعنوي يتمثل في عدم توقع النتيجة مع استطاعتها او وجوب توقعها، كما ان استناده للمعنى اللغوي للخطأ هو الاخر قد جانب الصواب لكونه اعتبر عبارة (بدون توقع) صفة تلحق في الخطأ في حين انها عنصر في الرابطة المعنوية غير العمدية.

ثانيا: النتائج:

1- لم يفرد المشرع الجنائي العراقي نصا عاما ينظم حالة الغلط في فهم الوقائع وتقديرها وفقا لوجهتها الصحيحة، ولكنه ساوى بين أسباب الاباحة والغلط فيها، إذا كان الفاعل موظفا أو مكلفا بخدمة عامة وقد وقع في الغلط بحسن نية مستندا الى أسباب معقولة بعد اتخاذه الحيطة المناسبة، أو حتى بعدم اتخاذه هذه الحيطة إذا كان القانون لا يسمح بمناقشة الأمر الصادر للموظف كما في حالة الأوامر العسكرية أو الأوامر الصادرة في الظروف الخطيرة والطارئة وهذا ما أشارت اليه المادة/ 40 والمادة/ 42 من قانون العقوبات العراقي المتعلقة بأداء الواجب وحق الدفاع الشرعي، أما المادة/ 45 منه فقد جعلت الغلط في حدود الدفاع الشرعي عذرا مخففا يجوز للمحكمة استخدامه طبقا لتقديرها، وقد استخدم المشرع في المواد المتعلقة بأسباب الاباحة لفظة (الاعتقاد) ست مرات ليعني بها معنى (الغلط)، وانه استخدم كلمة (الاعتقاد) أيضا ليعني بها معنى (الغلط) في المادة/ 30 من قانون العقوبات العراقي¹⁰⁶⁴، حيث قصد بذلك أن هذا الاعتقاد أو (الغلط) ينفي المسؤولية عن الجريمة المستحيلة التي ألحقها بالشروع يمكن العقاب عليها بالعقوبة المقررة للشروع نفسها، إذا كان مصدر ذلك الاعتقاد أو (الغلط) أو السبب فيه هو (الوهم) أو (الجهل المطبق)، بمعنى اخر أن الاعتقاد المغلوط هنا لا ينتج اثره في قيام المسؤولية الجنائية إذا كان مصدره وسببه غير الوهم والجهل التام كما لو كان سببه اهمال الفاعل وتقديره أو حتى عمده أو جهله الجزئي أو وهمه في بعض الحقيقة فقط، وهذا يقودنا الى القول بوجود الإشكالية الاصطلاحية التي رافقت المشرع العراقي في العديد من المواد المنصوص عليها في قانون العقوبات، حيث يفترض بالمشرع ان يوحد مصطلحاته بدلا من استخدام مصطلحات معينة للإشارة الى معنى اخر، لا هذا الامر سيقود بكل تأكيد لعدم استقرار القضاء.

¹⁰⁶⁴ المادة (30) عقوبات التي نصت على (...ويعتبر شروعا في ارتكاب الجريمة كل فعل صدر بقصد ارتكاب جناية أو جنحة مستحيلة التنفيذ ... مالم يكن اعتقاد الفاعل صلاحية عمله لأحداث النتيجة مبنيا على وهم أو جهل مطبق).

2- كما ان من الملاحظ على المشرع العراقي في قانون العقوبات انه اذ اورد أحكاما تعالج حالة الغلط على النحو المذكور آنفاً، فإنه قد اورد أحكاما قانونية أخرى لها علاقة بالغلط وهي (التغليب)، أي غش المجني عليه أو خداعه بوسائل التزوير والاحتيال وما شابهها، فعلى سبيل المثال المادة/ 456 الفقرة/1 البند/أ و ب من قانون العقوبات العراقي التي تتعلق بالاحتيال لتسلم أو نقل حيازة مال منقول باستعمال طرق احتيالية أو اتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة أو تقرير أمر كاذب عن واقعة معينة متى كان من شأن ذلك (خدع) المجني عليه (وحمله) على التسليم، وكذلك المادة/ 287 الفقرة/1 البند/ بعقوبات عراقي، التي اشارت الى أن التزوير المادي الذي يقع في حالة الحصول بطريق المباغثة أو الغش على امضاء أو بصمة أو ختم لشخص لا يعلم مضمون المحرر على حقيقته، وكذلك المادة/ 308 عقوبات عراقي المتعلقة بالرشوة والتي جاء فيها لفظ (الاعتقاد) لتشير الى (الغلط) الذي لا يؤثر في قيام المسؤولية وبقاتها.

9- وبالرغم من كل الانتقادات التي وجهت لموقف الفقه الانكلوسكسوني الذي لا يأخذ بفكرة امكان التوقع لا بل وانه اخرجها من ميدان القانون الجنائي وأدخلها في ميدان القانون المدني،، الا أننا نجد فيه الكثير من الوجاهة والحصافة وحفظ حقوق الانسان المتهم وعدم التوسع في دائرة التجريم الذي يعد بسيطاً جداً لانتفاء الخطورة الاجرامية فيه والتي يمكن معالجتها بوسائل أخرى غير جنائية، كما ان مساءلة الاخلال بمتطلبات الحيطة والحذر في الحقيقة فيها الكثير من المطاطية والمرونة، وهي الأخرى محض افتراض فكيف يمكن ان نبي مسالة خطيرة مثل التجريم التي تمس حياة الناس وحررياتهم وسمعتهم على موضوع هو مجرد خيال وتصور لمحكمة الموضوع التي غالباً ما تتخذ من معيار الرجل المعتاد الذي هو الاخر محض افتراض، أساساً للمسؤولية الجنائية على اقل تقدير في الجرائم البسيطة التي لا تنم عن خطورة اجرامية مما يجعلها في كثير من الأحيان تتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية، ثم ان مثال المسؤولية الطبية الذي غالباً ما يتشدد به المنتقدين لتبرير انتقادهم نقول في الحقيقة ان مهنة الطب مهنة إنسانية سامية وان غاية الأطباء هي مساعدة المرضى على الشفاء فمن غير المتصور ان يقصد طبيب أذى مريض لا تربطه به اية رابطة او عدا، وأخيراً نقول ان موقف الفقه الانكلوسكسوني في استبعاد الخطأ في الوعي او بدون توقع من دائرة التجريم انه يقترب كثيراً، لا بل وانه مستمد بطريقة وبأخرى من اراء فقهاءنا المسلمين الاجلاء الذين ناقشوا باستفاضة مسألة معالجة الحالات المبنية على نوعين من الخطأ والتي هي التسبب وما يجري مجرى الخطأ في إطار الضمان دون القصاص، أي انهما يدوران في فلك التعويض والدية وهو في الحقيقة موقف غاية في الروعة والدقة ومستنبط من حديث الرسول الأعظم محمد صلى الله عليه وآله وسلم (ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام إن يخطئ في الغفو خير من أن يخطئ في العقوبة)، كما وان هذا مبدأ غاية في الإنسانية والروعة وتقرير لحقوق الانسان مما يستوجب ان يكون من المبادئ الجنائية الحديثة في معالجة موضوع الخطأ والتي يجب على المشرع ان يقره بصورة نص في قانون العقوبات.

10- وجود صلة بين التوقع وبين التسبب على أساس من ان المعنى اللغوي والاصطلاحي للتوقع يأتي بمعنى الاحتمال والتكهن بالشيء او فيما لا جزم فيه وهي معاني تكاد تقترب من المعنى القانوني للمصطلح كما ان التوقع يقود ويؤدي الى التسبب. الذي قد يكون الجزء غير الوعي من الخطأ، والتوقع هو درجة من درجات العلم وهو أدى مستويات العلم التي تتدرج بين التوقع اليقيني الى التوقع الاحتمالي ومن ثم التوقع الامكاني، والذي يهمننا في هذا المقام هو التوقع الإمكانى ما دمننا نتكلم في إطار الخطأ غير العمدي. وهنا تتضح أولى الصلات بين التوقع والتسبب. وان مصدر هذه الصلة تتبع بالإضافة

الى ما ترشح من المعنى اللغوي والاصطلاحي لكل منهما، فأنا عندما نتكلم عن التسبب فهو الخطأ غير الواعي بمعنى اننا نتكلم عن افتراض التوقع الذي يتمثل هنا بالتوقع الامكاني، والتوقع حقيقة يختلف عن افتراض التوقع او التوقع المفترض، فهنا اننا نقارن بين التوقع وافتراض التوقع التي هي تمثل نوعي الخطأ غير العمدي، فنقول ان افتراض التوقع مبني على معيار الرجل المعتاد في مثل ظروف الجاني، فالجاني قد توقع او كان عليه ان يتوقع لأنه لا تكليف بمستحيل فالحقيقة اننا عندما نقول بالصلة بين المصطلحين (التسبب والتوقع) فمعنى ذلك اننا نقصد الصلة بين التوقع وافتراض التوقع وإمكانية التوقع، وهنا تكمن الصلة الثانية بالإضافة الى الصلة اللغوية والاصطلاحية التي سبق وان تطرقنا اليها، فالصلة الأخرى التي يمكن تصورها بين التوقع والتسبب تكمن في كون التوقع يأتي في مجال الخطأ سواء كان خطأً واعياً ام غير واعٍ أي اننا نتكلم عن التوقع في الأصول المعنوية للجريمة.

المقترحات:

1- ندعو مشرعنا الحضيف لمعالجة الإشكالية الاصطلاحية التي رافقتة في صياغة احكام قانون العقوبات من خلال توحيد المصطلحات المستخدمة، كما وندعوه الى تنظيم موضوع الغلط من خلال النص المقترح الاتي بدلا من النص الحالي للمادة/ 37 عقوبات عراقي أو على اقل تقدير الاستفادة من بعض حيثياته، والنص المقترح هو: (1. ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر، أو بالغلط في فهمه على الوجه الصحيح. 2. لايسأل جزائيا، الفاعل أو الشريك إذا: أ. تعذر علمه بالقانون أو بفهمه على الوجه الصحيح بسبب قوة قاهرة أو ظروف استثنائية طارئة لا يمكن توقعها ودفعتها. ب. ارتكب جريمة خلال سبعة أيام من تاريخ نفاذ أحكام قانون أو نص قانوني جديد، ورد على فعل كان مباحا، وثبت أن جهله في هذا القانون أو النص أو عدم فهمه على الوجه الصحيح كان بناء على أسباب معقولة. ج. ارتكاب الأجنبي جريمة خلال سبعة أيام من تاريخ دخوله الى العراق لأول مرة شرط أن يثبت جهله بالقانون أو عدم فهمه على الوجه الصحيح، وكان قانون بلده أو موطنه أو محل اقامته الدائم لا يعاقب عليها. 3. يسأل الفاعل أو الشريك عن فعله في كل الحالات السابقة، إذا شكل هذا الفعل جريمة غير عمدية نتجت عن اهماله وتقصيره. ولا يعفى من المسؤولية الا إذا ثبت أنه كان حسن النية، ولم يهمل في اتخاذ الحيطة اللازمة، وان جهله أو غلظه بالقانون أو بالوقائع كان مبني على اسباب كافية ومعقولة).

الغش في مرحلة تنفيذ عقد البيع

د. محمد حسين عبد ملحم الطوبوسي
تحت إشراف الأستاذ الدكتور

د. أحمد خيرى أحمد عولاد
طالب باحث

المقدمة:

قد تتم مرحلة المفاوضات على عقد البيع وإبرامه بشكل سليم وبما يتطابق مع ما يستوجبه مبدأ حسن النية في التعامل، ومن غير أن يتعرض المشتري لأي أسلوب من أساليب الغش والخداع، إلا أن مبدأ حسن النية، هو مبدأ عام يسري في جميع مراحل العقد، وقد نص المشرع العراقي بشكل خاص على إلزامية هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد، باعتبار أن هذه المرحلة هي المرحلة الأكثر أهمية في حياة العقد، بل هي المرحلة المرجوة والمستهدفة من مرحلتى التفاوض والإبرام، وقد يحدث ألا يرتكب الغش في مرحلة المفاوضات وإبرام العقد، بل أثناء مرحلة التنفيذ، كما في التلاعب بمواصفات المبيع المشترطة أو المنصوص عليها في القانون، وقد يلجأ البائع إلى التلاعب بحقيقة المبيع أو نوعه أو طبيعته أو وزنه أو مصدره، وبشكل يتنافى مع ما يفرضه مبدأ حسن النية في التعامل، وبما يتعارض مع ما تم الاتفاق عليه في العقد،

إلا أن المشرع ورغبةً منه في حماية المشتري ولكي يحقق العقد الغرض المقصود منه، فقد جعل البائع بموقف الضامن بتحقيق حيازة نافعة للمبيع بكيفية يخلو فيها من أي عيب، فضلاً عن تمكين المشتري من التمتع بحيازة آمنة وهادئة، وهذا كله لن يتحقق إلا بإلزام البائع بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق وجعل الغش المرتبط بهذا الضمان نقطة فاصلة لعدم جواز تخفيف هذه الضمان أو الإعفاء منه. ولدراسة الغش في مرحلة تنفيذ عقد البيع بمزيد من التفصيل نقسم هذا المبحث على المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: عدم التنفيذ بحسن نية

المطلب الثاني: الغش المرتبط بضمان البائع

المطلب الأول: عدم التنفيذ بحسن نية

بادئ ذي بدء إن مما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل، هو أن يتم تنفيذ العقد بالشكل الذي تم الاتفاق عليه، وأن ينفذ كل طرف التزامه باستقامة وإخلاص وبصورة تحقق الغاية التي من أجلها التزم كل طرف، إلا أن المتعاقد قد يلجأ إلى التهرب، أو الامتناع القسدي عن تنفيذ التزاماته التي تتمخض عن العقد الذي تم الاتفاق عليه، ففي عقد البيع قد يتم تسليم المبيع إلى المشتري، وبطريقة تتنافى مع ما تم الاتفاق عليه، أو عما يستوجبه القانون، مما يؤدي إلى انتفاع المشتري بالمبيع على وجه غير مرضٍ، أو عدم الانتفاع به على الإطلاق، وصور الغش والخداع التي من الممكن أن يلجأ إليها البائع عند تنفيذ عقد البيع كثيرة ومتعددة، وكلها تدور حول عدم التزامه بمبدأ حسن النية ومحاولة تحقيق مكاسب مالية غير مشروعة على حساب المشتري، فالبايع قد ينفذ التزامه بصورة تفوت على المشتري الصفات التي كفلها الأول للثاني، أو فرضها القانون، أو يلجأ إلى طرق الخداع والتزييف بالمبيع وبشكل يتنافى مع حقيقة ما تم الاتفاق عليه. ولدراسة كيفية عدم التزام البائع بمبدأ حسن النية عند تنفيذه عقد البيع، نقسم هذا المطلب على الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: عدم الالتزام بتسليم مبيع مطابق للمواصفات.
الفرع الثاني: الخداع والتزيف في المبيع.

الفرع الأول: عدم الالتزام بتسليم مبيع مطابق للمواصفات

قد يسعى البائع باستعمال أساليب الغش والخداع إلى عدم الالتزام بمطابقة السلع والخدمات التي يقدمها للمواصفات المتفق عليها، أو المواصفات القياسية المحلية والدولية، بهدف تحقيق ربح مادي غير مشروع على حساب صحة وأمن ومصالح الطرف الآخر، وما يتبع ذلك من تهديد أمن واستقرار المجتمع واضطراب المعاملات، لذا دائماً ما نجد أن التشريعات تتشدد في التعامل مع السلع والخدمات المغشوشة والتي لا تنطبق مع المواصفات المعتمدة لها في سبيل المحافظة على صحة و أمن ومصالح الأفراد. ولدراسة دور الغش في مخالفة المواصفات الاتفاقية و القياسية في عقد البيع بمزيد من التفصيل نقسم هذا الفرع على المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: عدم الالتزام بالمواصفات الاتفاقية

من المعلوم أن للمتعاقد استناداً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أن يحدد بعض المواصفات للسلعة التي يرى أن إشباع حاجته التي من أجلها أقبل على التعاقد لن يتم إلا بتحقيقها، ولا يُعدُّ البائع موفياً لالتزامه بالتسليم على وجه صحيح و متكامل إلا بتحقيق هذه المواصفات في السلعة عند التسليم، رغم خلوها في هذا الفرض من العيوب ورغم اتخاذ البائع من إجراءات تصير معها مأمونةً في حيازتها واستعمالها⁽¹⁰⁶⁵⁾.

وإن الالتزام بوجود صفات معينة في المبيع قد ينشئ عن تعهد صريح من البائع، أو عن اشتراط المشتري وجودها في المبيع، كما قد ينشأ هذا الالتزام عن العرف التجاري⁽¹⁰⁶⁶⁾.

ويُعدُّ تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع كافيًا بحد ذاته لقيام مسؤوليته أيًا كانت هذه الصفة، لأن أهمية الصفة تتحدد بالنظر إلى شخصية المشتري الذي اشترط وجودها في المبيع، فلا يعتد بتحديدتها بالعنصر الموضوعي، لذا فإن شرط التأثير غير مطلوب في هذه الصورة، فاشتراط المشتري وجود صفة في المبيع يدل على أن إرادته قد اتجهت إلى أن لها أهمية، ولا يستطيع البائع أن يتهرب من المسؤولية بإثبات أن الصفة التي كفلها وتخلفت لا تنقص من قيمة المبيع أو من نفعه⁽¹⁰⁶⁷⁾. وبطبيعة الحال فإن المنتج أو البائع يهدفان من وراء خلو المبيع من الصفات المشروطة أو المكفولة باستخدام أساليب الغش والخداع إلى تحقيق الربح عن طريق تسليم سلع ذات مستوى أدنى من المتفق عليه، أو إدخال عناصر أقل جودة فيها، على نحو ينال من توافر هذه الصفات بها، وبصورة من شأنها تقليل قيمتها، فتصبح ذات تكلفة أقل من تلك التكلفة التي يلتزمان بموجبها متى تحققت هذه الصفات، لذا فإن عدم تحقق المواصفات المتفق عليها في المبيع على هذا النحو يعد من قبيل الغش والخداع⁽¹⁰⁶⁸⁾.

(1065) د. جعفر الفضلي، الوجيز في القانون المدني، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص 130؛ د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 687.

(1066) د. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، ط 3، دار إقراء، بيروت-لبنان، 1983، ص 73.

(1067) د. أسعد دياب، المصدر نفسه، ص 77.

(1068) د. عمر محمد عبد الباقي، المصدر نفسه، ص 715.

ولا شك أن التسليم على هذا النحو يكون مجالاً خصباً لإعمال الغش والخداع من جانب البائع وذلك عندما يتفق مع المشتري على مبيع بمواصفات معينة إلا أنه يقوم بتسليمه مبيع من مواصفات أخرى، أو من المواصفات نفسها لكن بدرجة متدنية إلى غير ذلك من وسائل الغش والخداع منتهزاً في ذلك بالغالب جهل المشتري، أو عدم خبرته بتلك المسائل⁽¹⁰⁶⁹⁾

ومن خلال ملاحظة الأحكام التي أوردها المشرع العراقي بخصوص العيوب الخفية، يلاحظ أن المشرع العراقي لم يتطرق لضمان تخلف الوصف ولم يعدّه عيباً موجباً للضمان، شأنه شأن العيب الخفي، وإنما تطرق لخيار الوصف بمناسبة النص على أحكام الغلط في صفات المبيع وما يتصل بها كخيار الرؤية أو البيع بمقتضى أنموذج، وبالرغم من أهمية وضرة وجود أحكام تعالج حالة تخلف المواصفات المتفق عليها والتي لا تقل أهمية بأي حال من الأحوال عن ضمان العيب ذاته⁽¹⁰⁷⁰⁾، إلا أن عدم تطرق المشرع العراقي لخيار الوصف لا يمنع المشتري من الرجوع على البائع بمقتضى القواعد العامة في الفسخ لعدم التنفيذ⁽¹⁰⁷¹⁾ فيستطيع المشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني، فيجبر البائع على تسليمه شيء آخر يكون مطابق للمواصفات المشترطة في العقد، كما يستطيع أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عما أصابه من ضرر، ويستطيع بدلاً من ذلك كله أن يقبل المبيع غير المطابق مع إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة المبيع المطابق للأوصاف المشترطة في العقد⁽¹⁰⁷²⁾.

أما المشرع المصري فقد نص بشكل واضح على أن البائع يكون ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، وقد ساوى المشرع المصري فيما يتعلق بالخضوع لأحكام العيب بين العيب بمعنى الآفة الطارئة وبين تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري⁽¹⁰⁷³⁾. إلا أن مساواة المشرع المصري بين تخلف الوصف والعيب الخفي تأتي فقط من حيث الأحكام، وليس مساواة في الشروط⁽¹⁰⁷⁴⁾ التي يجب أن تحققها في كل منهما، لذا فإنه لا مجال للبحث عما إذا كان تخلف الصفة مؤثراً أم غير مؤثر، خفي أم غير خفي، لأن هذه الشروط خاصة بضمان العيب، ولا تنطبق

(1069) د. هلدبر أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، ط2، دار الكتب العالمية، بيروت-لبنان، 2013، ص375.

(1070) أمانح رديم أحمد، حماية المستهلك في إطار العقد، ط1، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت-لبنان، 2010، ص261.

(1071) إلا أن المشرع العراقي خرج عن القواعد العامة هذه في البيع بمقتضى أنموذج، والذي نص عليه في المادة(518) من القانون المدني، فإذا ثبت أن المبيع لا تتحقق فيه مواصفات النموذج الذي اشترى على مقتضاه، فإن المشتري مخيراً بين فسخ عقد البيع، أو قبول المبيع بالثمن المسمى، دون أن يكون له في هذه الحالة الأخيرة الحق بالتعويض عن فوات الوصف المتفق عليه بمقتضى النموذج.

(1072) د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، 130؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، بلا سنة طبع، ص237.

(1073) إذ نصت المادة (447) من القانون المدني المصري على أنه ((يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع الصفات التي كفل للمشتري وجودها.....)) في حين أن المشرع العراقي لم يشير إلى حالة تخلف الوصف بل اكتفى بالتطرق إلى العيب بمعنى الآفة الطارئة. (1074) لذا فقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن المشرع وإن كان ألحق تخلف الوصف بل اكتفى بالتطرق إلى العيب بمعنى الآفة الطارئة. أنه لم يشترط في حالة فوات الصفة ما اشترطه في العيب الذي يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثراً وخفياً، بل إنه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجباً لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره، سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع، أم كان لا يعلم وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها، أم كان لا يستطيع، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعرض لأمر تحقق الصفة في الحدود السالف ذكرها، وجرى على أن عدم توافر هذه الصفة عيب في المبيع يشترط فيه لقيام المسؤولية توافر شرط الخفاء، فإنه يكون قد خالف القانون. (نقض/19/3-1970/م.م-ف-السنة 21- مدني ص 475) أشار إليه المستشار أنور العمروسى، دعوى الضمان في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص131.

على حالة تخلف الوصف⁽¹⁰⁷⁵⁾. فالعيب هو آفة طارئة أو تلف أو عطب يؤثر على حسن أداء الشيء لوظيفته، أو يؤثر في متانته، أو حتى على مظهره الخارجي، أما عدم المطابقة فهي تفترض قيام البائع بتسليم شيء خال من العيوب، ولكنه يختلف في جوهره، أو أحد عناصره الأساسية عن الشيء الذي تم الاتفاق عليه في العقد، ويترتب على ذلك أن دعوى التسليم غير المطابق لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا وجد اختلاف بين الشيء الذي تم تسليمه والشيء الذي تم الاتفاق عليه، في حين أن دعوى ضمان العيوب الخفية تفترض أن البائع قد سلم ما قام ببيعه فعلاً ولكنه سلمه مصاباً بآفة طارئة كان من الواجب خلو المبيع منها، كما أن دعوى التسليم غير المطابق تسقط بقبول المشتري للمبيع دون إبداء أي تحفظات عليه ولا يكون للمشتري للمنازعة في المطابقة سوى دعوى ضمان العيوب الخفية متى تحققت شروطها⁽¹⁰⁷⁶⁾.

ويذهب القضاء الفرنسي إلى عد مطابقة المبيع للمواصفات شرطاً من شروط التسليم، فلا يكفي أن يقوم البائع بتسليم المبيع وإنما لا بد أن يسلم شيئاً مطابقاً، وقد توسع في مفهوم المطابقة فلم يجعلها قاصرة بما تم الاتفاق عليه من مواصفات، بل أضاف إلى ذلك ضرورة أن يكون المبيع مطابقاً للاستعمال المخصص له، فالمطابقة لا تعني تسليم شيء يستجمع الخصائص الأساسية التي تم الاتفاق عليها، وإنما إلى جانب ذلك لا بد من صلاحية المبيع الذي تم تسليمه للاستعمال المطلوب، ويترتب على ذلك أن يكون المشتري في حل من أن يقبل شيئاً مخالفاً للمتفق عليه، أو غير صالح للغرض المعد له⁽¹⁰⁷⁷⁾.

ولا بد من الإشارة إلى أن التزام البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات المتفق عليها، هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، فالبايع ملزم بأن يسلم المشتري مبيعاً مطابقاً لما تم الاتفاق عليه، ولا يمكن للبايع التحلل من هذا الالتزام بدعوى أنه بذل العناية اللازمة في سبيل تسليم مبيع مطابق ولم يتمكن من ذلك، فتخلف الصفة إذاً هو عيب، حتى ولو كان المبيع خالياً من آفة طارئة⁽¹⁰⁷⁸⁾.

المقصد الثاني: عدم الالتزام بالمواصفات القياسية

إن المنتج أو البائع لا يلتزم فقط بمطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها، بل إضافةً إلى ذلك يلتزم بضرورة مطابقة المبيع للمواصفات القياسية والتي تعد من المبادئ الحديثة التي تأخذ موقعاً مميزاً بين مبدأ نزاهة المعاملات ومبدأ حماية المشتري، إذ لا بد من مطابقة المبيع للمواصفات القياسية التي تحدد الخصائص التي يجب أن يشتمل عليها المنتج أو الخدمة ليكون صالحاً لاستعماله في الغرض المعد له⁽¹⁰⁷⁹⁾.

(1075) أنور العمروسي، المصدر أعلاه، ص194؛ د. حسام الدين كامل الدهواني، عقد البيع في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1989، ص730؛ د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص742.

(1076) د. عامر القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، ط 1، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2002، ص79.

(1077) الباقى، مصدر سابق، ص721؛ د. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، ط 1، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2002، ص79.

(1078) د. حسام توكل موسى، حماية المستهلك من الغش والخداع التجاري(مرحلة الإعلان-مرحلة التعاقد) دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2019، ص342؛ حسام الدين كامل الدهواني، مصدر سابق، ص6.

(1079) د. روسم عطيه موسى نو، الحماية الجنائية للمستهلك من الغش في المعاملات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014، ص89.

وتُعرف المواصفات القياسية على أنها الوثيقة المعتمدة التي يتم إعدادها بإتباع أساليب التقييس في مجال ما، وتشمل مجموعة الاشتراطات التي يجب توافرها في السلعة أو المادة⁽¹⁰⁸⁰⁾.

وقد أُلزم المشرع العراقي كل من المجهز والبائع بضرورة الالتزام بالمواصفات القياسية العراقية، أو العالمية لتحديد جودة السلع المستوردة، أو المصنعة، وحظر على البائع ممارسة الغش والتضليل والتدليس وإخفاء حقيقة المواد المكونة للمواصفات المعتمدة في السلع والخدمات⁽¹⁰⁸¹⁾، وقد أوكل المشرع العراقي إلى الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية مهمة إعداد المواصفات القياسية التي يجب أن تتحقق في السلع والخدمات المصنعة محلياً والمستوردة، إذ تشكل هذا الجهاز بموجب القانون رقم (54) لسنة 1974 وأوكلت إليه مهام كثيرة، منها إصدار المواصفات القياسية لمختلف المنتجات ورفع الجودة في المنتجات الوطنية والحد من تدفق السلع ذات الجودة المنخفضة من خلال فحص السلع المستوردة ومراقبة جودة السلع والخدمات المحلية، إذ عدَّ المشرع العراقي المواصفات القياسية التي يعتمدها الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية ملزمة وواجبة على كل المنتجين في أنحاء العراق، ومنح المشرع للجهاز سلطة إيقاف الإنتاج لأي مشروع يخالف المواصفات القياسية العراقية⁽¹⁰⁸²⁾.

وبالاتجاه نفسه أكد المشرع المصري على إلزام المورد، أو البائع بقواعد الصحة والسلامة ومعايير الجودة وضمائنها للمشتري (المستهلك) في منتجاته وفقاً للمواصفات القياسية المصرية، أو وفقاً للمواصفات الدولية في حال عدم وجودها، كما أُلزم المشرع المصري المورد بأن يضع على السلع البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية وباللغة العربية وبشكل واضح تسهل قراءته⁽¹⁰⁸³⁾. أما المشرع الفرنسي فقد أُلزم المنتج بمطابقة منتجاته مع القواعد الآمرة ذات الطابع التشريعي والتنظيمي والتي من بينها المواصفات القياسية الآمرة، وقد أعفى المشرع الفرنسي المنتج من المسؤولية عن كل عيب ينسب إلى المنتج في حالة التزامه بالقواعد والمواصفات القياسية⁽¹⁰⁸⁴⁾.

والمواصفات القياسية دائماً ما تعبر عن الحدود الأساسية للجودة، سواء فيما يتعلق بطبيعة السلعة وصنعها وبنائها ومنشأها ومميزاتها الأساسية وتركيبها وهوية المبيع وقابليته للاستعمال والأخطار الناتجة عن الاستعمال والاحتياطات الواجب اتخاذها لا سيما إذا كان المنتج خطيراً، وبهذا فإن هذه المواصفات تُعدُّ الحد الأدنى من الخصائص والعناصر النافعة المطلوبة في تركيب المنتجات لكي لا تلحق الضرر بصحة وأمن ومصالح المشتري ولكي تحقق الأغراض المخصصة لها⁽¹⁰⁸⁵⁾.

وتقسم المواصفات القياسية من حيث عنصر الإلزام بالتقيد بها إلى نوعين، مواصفات قياسية إجبارية وهي المواصفات التي يجب على المنتج التقييد بها وإلا عدَّ مرتكباً لمخالفةٍ ويقع تحت طائلة الجزاء القانوني، ومواصفات قياسية اختيارية، وهي

(1080) د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2007، ص139.

(1081) المادة (7/ثانياً) والمادة (9/أولاً) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010..

(1082) المادة (2,3,11,12) من قانون الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية العراقي رقم (54) لسنة 1979

(1083) المادة (3,6) من قانون حماية المستهلك المصري لسنة رقم 181 لسنة 2018.

(1084) المادة (10-1245) من قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016.

(1085) جليل أمال، تأثير قانون حماية المستهلك على عقد البيع، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة وهران، الجزائر، ص 87 ؛ كالم حبيب، حماية المستهلك، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2005، ص 40.

المواصفات التي يتاح للمنتج حرية التقييد بها، ولا يقع تحت طائلة الجزاء القانوني فيما إذا لم يتقيد بها، وضابط التفرقة بين النوعيين مرتباً بمدى مساس السلع بصحة و أمن ومصالح الأفراد، فلا شك أن المواصفات التي تتعلق بالأطعمة والأشربة والدواء ووسائل الأمان تعد من المواصفات الإجبارية، وتهدف التشريعات عادةً من وراء نظام المواصفات والمقاييس إلى تحقيق جملة من الأهداف، أهمها المحافظة على سلامة الأفراد وصحتهم، وذلك من خلال توفير السلع ذات الجودة والإتقان ولا سيما في مجال الطعام والدواء، وتحقيق الاستقرار في التعامل ونشر الثقة بين المتعاملين⁽¹⁰⁸⁶⁾.

لذا يُعدُّ غشاً عرض المنتجات بصورة تخفي حقيقتها، أو صفاتها الجوهرية، أو معدل العناصر المفيدة الداخلة بها وبما يتعارض مع المواصفات القياسية المعتمدة⁽¹⁰⁸⁷⁾.

الفرع الثاني: الخداع والتزييف في المبيع

قد ينعقد عقد البيع بغير غشٍ، أو خداع وتتحقق في السلعة أو الخدمة الشروط والمواصفات كافة المتفق عليها، أو التي ينص عليها القانون، إلا أنه قد يتبين أن البائع عند تنفيذه لعقد البيع قام بتسليم السلعة، أو الخدمة بحالٍ مغاير لما تم الاتفاق عليه، باستخدامه أساليب متعددة من الخداع والتزييف للمبيع⁽¹⁰⁸⁸⁾، كأن يقوم بخداع⁽¹⁰⁸⁹⁾ المشتري في حقيقة السلعة أو طبيعة مكوناتها أو خصائصها الجوهرية أو نوعها أو كميتها أو هويتها، أو يقوم بتزييف المبيع عن طريق الخلط أو الإضافة أو الإنقاص⁽¹⁰⁹⁰⁾.

ويلاحظ أن أساليب الخداع تتحقق من خلال ممارسات تظهر الشيء بغير حقيقته، من دون أن يصل الأمر إلى التزييف، بحيث تقتصر طرق الخداع على أفعال خارجية تمارس على الشيء، من دون أن تلحق أي تغيير بطبيعته أو جوهره، بينما يتناول التزييف السلعة بالتغيير، أو التعديل، أو التشويه، من خلال الخلط أو الإضافة أو الإنقاص الذي يقع على جوهر وطبيعة وتكوين المبيع، ويكون من شأن ذلك النيل من خواصه الأساسية⁽¹⁰⁹¹⁾.

ولدراسة أساليب الخداع والتزييف في المبيع بمزيد من التفصيل نقسم هذا الفرع على المقصدين الآتيين:

(1086) د. محمود البخيت، المواصفات القياسية الأردنية أهميتها وأحكامها في الشريعة الإسلامية وقانون المواصفات والمقاييس الأردني، مجلة جرش للبحوث والدراسات، المجلد الخامس، العدد الأول، 2000، ص 4، 7.

(1087) د. عبد المنعم موسى إبراهيم، مصدر سابق، ص 143.

(1088) جميلة جلام، الحماية الجنائية للمستهلك من الغش التجاري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2011، ص 35.

(2) نصت المادة (467) من قانون العقوبات العراقي على ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من غش متعمداً معه في حقيقة البضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو العناصر الداخلة في تركيبها أو نوع البضاعة أو مصدرها في الأحوال التي يُعدُّ فيها ذلك سبباً أساسياً في التعاقد أو كان الغش في عدد البضاعة أو مقدارها أو مقياسها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها أو كان في ذاتية البضاعة إذا كان ما سلم منها غير ما تم التعاقد عليه)).

(1090) د. إبراهيم أحمد البسطويسى، المسؤولية عن الغش في السلع، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص 55؛ د. عبد الفضيل محمد أحمد، جريمة الخداع التجاري في نظام مكافحة الغش التجاري السعودي، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الرابع، الكويت 1994، ص 137.

(1091) كالم حبيبه، مصدر سابق، ص 102.

المقصد الأول: الخداع في المبيع

يُعرف الخداع على أنه القيام بأعمال وأكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقته، أو إلباسه مظهرًا يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع⁽¹⁰⁹²⁾.

فقد يعمد البائع إلى القيام ببعض الأعمال والأكاذيب، أو الحيل التي من شأنها إظهار السلعة على نحو مخالف لحقيقتها عند التسليم، كأن يسلم للمشتري شيئاً آخر يختلف عما تم الاتفاق عليه سواء من حيث المصدر أو النوع، أم من حيث الخصائص الجوهرية⁽¹⁰⁹³⁾. فالخداع المكون للغش أمر مادي لا يكفي فيه مجرد الكتمان أو الكذب، بل يتحقق من خلال أعمال تقع على السلعة وإن صاحب ذلك كتمان وكذب ليحدث الغلط المطلوب في فكر المشتري من خلال إظهار الشيء بغير حقيقته⁽¹⁰⁹⁴⁾.

فقد يعمد البائع إلى القيام بعدة ممارسات بقصد خداع المشتري بطبيعة السلعة أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها أو عيارها، أو يخدع المشتري بذاتية السلعة وذلك من خلال تسليم سلعة أخرى غير التي تم التعاقد عليها، أو يعمد إلى الخداع في حقيقة السلعة، أو هويتها، أو صفاتها الجوهرية، أو مكوناتها، أو ما تحتويه من عناصر نافعة، أو قد يحصل الخداع على نوع السلعة، أو أصلها، أو مصدرها⁽¹⁰⁹⁵⁾. ومن خلال ما تقدم يمكن حصر أساليب الخداع في المبيع بالأعمال والطرق الآتية:

أولاً: الخداع في طبيعة أو حقيقة المبيع: يقصد بطبيعة أو حقيقة المبيع مجموعة العناصر المميزة للمبيع والتي كانت دافعاً للإقبال عليه، ويكون هناك خداع بشأن طبيعة، أو حقيقته المبيع، إذا كان هناك تغيير جسيم في خصائص المبيع محل الخداع، بحيث إما يفقده طبيعته وإما يجعله غير صالح للاستعمال الذي أعد له، إذ يُعد المشتري في الحقيقة قد تسلم الشيء وقد تحول إلى شيء آخر غير المتفق عليه، كأن يتعاقد المشتري مع البائع على شراء صابون مصنوع من زيت الزيتون في حين يتسلم صابوناً خالياً من زيت الزيتون⁽¹⁰⁹⁶⁾.

والخداع في طبيعة، أو حقيقة المبيع لا يكفي لتحقيقه أن يحصل التغيير في صفة من صفات الشيء، بل يجب أن يقع التغيير في صفة من الصفات الأساسية، مما يشوه طبيعة المبيع، أو يجعله غير صالح للغرض الذي أعد له المشتري⁽¹⁰⁹⁷⁾.

وقد يتحقق الغش في طبيعة المبيع من خلال خداع المشتري بحقيقة المبيع الذي اتجهت إليه إرادته، فالتشابه الكبير بين السلع قد يدفع البائع إلى تزويد المشتري بسلعة أخرى غير التي تعاقد عليها، أو تكون مماثلة لها إلى حد ما مع وجود

(1092) د. حسني الجندي، شرح قانون قمع التدليس والغش المصري، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 29.

(1093) جميلة جلام، المصدر نفسه، ص 33، 35.

(1094) كالم حبيبه، مصدر سابق، ص 102.

(1095) د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص 51.

(1096) د. عبد الفضيل محمد أحمد، جريمة الخداع التجاري في نظام مكافحة الغش التجاري السعودي، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة الثامنة

عشر، العدد الرابع، الكويت، 1994، ص 138.

(1097) د. روم عطية موسى نو، الحماية الجنائية للمستهلك من الغش في المعاملات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014

ص 184.

فوارق يتعذر عليه إدراكها⁽¹⁰⁹⁸⁾.

ثانياً: الخداع في كمية المبيع: وتتحقق هذه الصورة من الخداع باستعمال البائع موازين، أو مقاييس، أو مكاييل زائفة، وبكل طريقة ترمي خداعاً إلى رفع الوزن و الكيل عند تسليمه للمبيع، ويدعم البائع أفعاله هذه غالباً باستخدام طرق احتيالية يلجأ إليها لإيهام المشتري بسلامة المبيع سواء في العدد، أم الوزن، أم الكيل⁽¹⁰⁹⁹⁾.

والغش في الكمية قد يتحقق في فرضين، أولهما: أن تكون كمية المبيع محددة بموجب الاتفاق إلا أن البائع قام بتسليم المشتري المبيع، وهو أقل مما تم الاتفاق عليه، وثانيهما: أن تكون كمية المبيع محددة بموجب البيانات و المعلومات التي يحتويها المبيع ويقوم البائع بالتلاعب بالكمية من أجل الاستفادة في الحالتين بفارق الوزن والكمية على حساب المشتري⁽¹¹⁰⁰⁾.

فالبائع لا سيما المحترف قد يستغل جهل المشتري بموضوع المعاملة فيعمد إلى عدم تحديد مقدار المبيع على وجه الدقة، لذا فالاتجاه الراجح في الفقه يرى بضرورة تطبيق العرف التجاري في حالة المطابقة الكمية، فإذا عين مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عن النقص في هذا القدر بحسب العرف التجاري، وترتيباً على ذلك فإنه إذا كان البائع ملتزماً بتسليم المبيع بالقدر المتفق عليه، فإنه يجب أن يراعى ما يسمح به العرف التجاري من نقص في الكمية المسلمة⁽¹¹⁰¹⁾.

ثالثاً: الخداع في نوع المبيع: يقصد بنوع المبيع المزاي والخصائص التي توجد فيه، أو مجموعة العناصر التي تميز مبيعاً عن آخر من الجنس نفسه⁽¹¹⁰²⁾، وعادةً تكون هذه المزاي والخصائص الموجود في المبيع معياراً لتمييزه عن مبيع آخر من الجنس نفسه⁽¹¹⁰³⁾. وحقيقةً أن السلع قد تتشابه من ناحية الشكل والمظهر ولكنها تختلف فيما بينها بحسب النوع، مما يترتب عليه تغير في قيمتها لدى المتعاقدين، فتسليم البائع للمشتري سلعةً مشابهةً للسلعة التي تعاقد عليها ولكنها مختلفة في النوع يعد غشاً وخداعاً⁽¹¹⁰⁴⁾.

وقد يخدع البائع المشتري عن طريق تسليمه سلعة من نوع مشابه للسلعة الأصلية، ولكنها مختلفة عنها في النوع، مع وضع بيانات السلعة الأصلية على السلعة التي تسلمها المشتري، مما يؤدي إلى خداع المشتري كأن تكون السلعة المتعاقد عليها زيتاً خالياً من الكولسترول إلا أن البائع يسلم المشتري زيتاً يحتوي على الكولسترول مع وضع البيانات التي تؤكد الخلو من الكولسترول عليه⁽¹¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁹⁸⁾ د. سالم محمد عبود و م.م. رشا كيلان شاكر، الحماية القانونية للمستهلك من الغش التجاري، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون-جامعة المستنصرية، السنة السادسة، العدد(19) بغداد، 2012، ص265، د. فاروق إبراهيم جاسم و أمل كاظم سعود، الوجيز في شرح أحكام قانون حماية المستهلك رقم 1 لسنة 2010، دار السنهوري، بيروت-لبنان، 2016، ص 55.

⁽¹⁰⁹⁹⁾ جميلة جلام، مصدر سابق، ص44، د. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 313.

⁽¹¹⁰⁰⁾ كالم حبيبه، مصدر سابق، ص104.

⁽¹¹⁰¹⁾ د. عمر عبد الباقي، مصدر سابق، ص 697.

⁽¹¹⁰²⁾ د. حسام توكل موسى، مصدر سابق، ص204.

⁽¹¹⁰³⁾ بصائر علي محمد البياتي، جريمة الغش التجاري في السلع، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون-جامعة بغداد، 1998، ص 74.

⁽¹¹⁰⁴⁾ جميلة جلام، مصدر سابق، ص 41.

⁽¹¹⁰⁵⁾ د. إبراهيم أحمد السيوطي، مصدر سابق، ص71.

وتبدو خطورة الخداع بشأن النوع في الأحوال التي يعبر فيها المشتري اهتماماً خاصاً بالنوع والصفة، كما أن التطور الصناعي والتكنولوجي الحديث أدى الى ظهور سلع متشابهة من حيث الشكل والمظهر، ولكنها تختلف من حيث النوع، وأدى استخدام التقنيات المتطورة في إنتاجها، إلى صعوبة اكتشافها من المشتري⁽¹¹⁰⁶⁾.

رابعاً: الخداع في مصدر أو هوية المبيع: ويتحقق الخداع في هذه الصورة من خلال تسليم البائع سلعة ذات هوية، أو مصدر مختلف عن السلعة التي تم التعاقد عليها، كأن يسلم تاجر الخيول جواداً إنكليزياً بدل الجواد العربي المتفق عليه⁽¹¹⁰⁷⁾، وفي أغلب الحالات يقرن البائع خداعه للمشتري في هوية المبيع ببعض المزايم لإيهامه بصحة المصدر، أو الأصل كأن يستعمل بياناً تجارياً، أو علامة تجارية غير صحيحة، أو يغير الاسم التجاري⁽¹¹⁰⁸⁾، كما قد يتحقق الخداع في مصدر وهوية المبيع من خلال كتابة بيانات غير حقيقية عن الجهة، أو البلد الذي صنعت أو أنتجت فيه السلعة، كأن يكتب عبارة صناعة ألمانية على أجهزة الراديو في حين أن القاعدة فقط هي صناعة ألمانية، أو عبارة صناعة فرنسية على سلعة ما في حين أنها هولندية والبائع غالباً ما يسعى في الخداع في مصدر المبيع إلى تحقيق الربح المادي من خلال فارق السعر الذي يكون فيما لو كانت السلعة من مصدرها الأصلي فعلاً، مما يشكل خداعاً للمشتري لا سيما إذا كانت إرادته قد اتجهت إلى الحصول على السلعة من منشأ أو مصدر محدد⁽¹¹⁰⁹⁾.

المقصد الثاني: التزييف في المبيع

التزييف هو كل تغيير أو تعديل أو تشويه يقع على الجوهر، أو التكوين الطبيعي لمادة أو سلعة معدة للبيع، ويكون من شأن ذلك النيل من خواصها الأساسية، أو إخفاء عيوبها، أو إعطائها شكل ومظهر سلعة أخرى تختلف عنها في الحقيقة، وذلك بقصد الاستفادة من الخواص المسلوقة، أو الانتفاع بالفوائد المستخلصة والحصول على فارق الثمن⁽¹¹¹⁰⁾. والتزييف يقع من خلال أعمال مادية على السلعة بقصد تغييرها، فقد نجد أن السلع محددة مكوناتها بموجب نص قانوني، أو بموجب الاتفاق، أو الأعراف التجارية والمهنية، ومن ثم أي تغيير يلحق بالسلعة خلافاً لما هو مصرح به يكون تزييفاً لها⁽¹¹¹¹⁾.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن حالات التزييف في المبيع هي:

أولاً: التزييف عن طريق الخلط أو الإضافة تُعدُّ هذه الطريقة من طرق التزييف من أشهر وأقدم الطرق التي يستخدمها البائع لغش المشتري، لسهولة عملها، ويتحقق الغش في هذه الصورة من خلال خلط جنس رديء بجنس جيد مثل إضافة الدقيق العادي إلى الدقيق الفاخر، وإما بخلط جنس بجنس آخر، كخلط الماء بالبن⁽¹¹¹²⁾، فقد تكون مكونات السلع محددة

(1106) أمين كاكه زياد، الترويج الجرمي للسلع الاستهلاكية المغشوشة بطرق الإعلان، ط1، مكتبة زين الحقوقية، بيروت-لبنان، 2015، ص 41، د.

عبد الفضيل محمد أحمد، مصدر سابق، ص142.

(1107) كالم حبيبه، مصدر سابق، ص 106.

(1108) جميله جلام، مصدر سابق، ص 43.

(1109) د. إبراهيم أحمد السيوطي، مصدر سابق، ص72.

(1110) حسني الجندي، مصدر سابق، ص45.

(1111) كالم حبيبه، مصدر سابق، ص 106.

(1112) د. عبد الله بن ناصر السلمي، الغش في العقود، ج1، ط1، دار كنوز اشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، 2004، ص 49.

بمقتضى القانون، أو الاتفاق، أو العرف وبنسب معينة، فأى إضافة أو خلط لمكونات السلعة بما يتعارض مع النسب المصرح بها يعد غشاً من البائع⁽¹¹¹³⁾.

والبائع غالباً ما يهدف من الغش بالخلط، أو الإضافة إلى زرع الاعتقاد بأن السلعة خالصة، أو بإظهارها ذات مواصفات، أو جودة عالية، مما يترتب عليه تغيير يضعف من طبيعتها، أو يفقدها بعض خواصها، كخلط حليب صناعي بآخر طبيعي، شرط أن لا يكون هذا الخلط، أو الإضافة مرخص به بنصوص قانونية، أو مطابقاً للعادات التجارية، كأن يكون الخلط ضرورياً لحفظ بعض المنتجات، أو يكون الغرض منه تحسين الإنتاج⁽¹¹¹⁴⁾.

ثانياً: التزييف عن طريق الإنقاص: ويتم الغش في هذا النوع من التزييف عن طريق إنقاص جزء من العناصر التي تدخل في تكوين المنتج الأصلي، وذلك عن طريق التغيير والتعديل، الذي قد يدخله البائع على السلعة بغرض الاستفادة من العناصر المسلوقة⁽¹¹¹⁵⁾، مما يؤدي إلى إيجاد سلعة ناقصة الجودة لا تتوافر فيها خصائص المادة الأصلية وتركيبها ومحتواها من العناصر المفيدة⁽¹¹¹⁶⁾.

وغالباً ما يسعى البائع الغاش عند إنقاصه السلعة إلى أن يترك للسلعة المظهر الخارجي الذي يوحي بأنها السلعة الأصلية ومن دون أن يظهر عليها النقصان، وتبقى السلعة محتفظة بالاسم نفسه وبالثمن نفسه بالرغم من النقص الذي أصاب السلعة وجودتها⁽¹¹¹⁷⁾. إذ إن البائع يعتمد بعد إنقاص السلعة، إلى تكملة الغش بالإضافة، فبعد أن يتم انتزاع بعض العناصر من السلعة الأصلية، يضاف إليها بعد ذلك مادة، أو منتج آخر، أو يضاف إليها لون آخر، وما إلى ذلك من طرق الإضافة بحسب طبيعة السلعة، لكي تظهر السلعة على أنها السلعة الحقيقية، إلا أنه يشترط أن تبقى السلعة محتفظة بمظهرها الخارجي بعد الانقاص، أو أن يبقى مظهرها الخارجي يوحي أنها هي السلعة الحقيقية، لذلك إذا ما أدى الإنقاص إلى إلغاء مادة السلعة أو أعدامها أو أفقدها مظهرها الحقيقي، فإن هذا الفعل لا يعد انتقاصاً⁽¹¹¹⁸⁾.

المطلب الثاني: الغش المرتبط بالتزام البائع بالضمان

يُعدُّ الالتزام بالضمان من أهم الالتزامات التي ألزم بها القانون البائع، في سبيل تحقيق حياة نافعة للمشتري، وذلك من خلال إلزام البائع بتسليم المبيع خالياً من كل عيب، فضلاً عن تمكين المشتري من التمتع بحياة هادئة وسليمة وبطبيعة الحال إن ذلك لن يتحقق ما لم يلتزم البائع بامتناعه عن التعرض القانوني والمادي للمشتري فضلاً عن دفع التعرض القانوني الصادر من الغير لا سيما إذا كان البائع هو سبب هذا التعرض، ولأن الغش يعبر عن نية سيئة وخبيثة هدفها الإضرار بالغير،

(1113) د. أحمد البسطويسى، مصدر سابق، ص 59.

(1114) د. حسام توكل، حماية المستهلك من الغش والخداع التجاري (مرحلة الإعلان-مرحلة التعاقد) دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2019 ص 155 ؛

د. علي حمودة، الحماية الجنائية للتصنيع الغذائي في ضوء التشريعات المطبقة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 47 ؛ مبروك

سامي، مصدر سابق، ص 29.

(1115) جميلة جلام، مصدر سابق، ص 47.

(1116) كالم حبيبه، مصدر سابق، ص 107.

(1117) د. محمد بودالي، مصدر سابق، ص 321 ؛ د. محمد مختار القاضي، الغش التجاري، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2014 ص 17.

(1118) د. إبراهيم أحمد البسطويسى، مصدر سابق، ص 62 ؛ د. حسام توكل موسى، مصدر سابق، ص 156 ؛ د. علي حمودة، مصدر سابق، ص

فإنه لا مجال أمام البائع لعقد أي اتفاق على التخفيف أو الإعفاء من ضمانه للمبيع، فيعد باطلاً وبحكم القانون كل اتفاق يهدف إلى إنقاص ضمان البائع للمبيع، أو إعفائه. ولدراسة دور الغش وتأثيره على ضمان البائع، نقسم هذا المطلب على الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الغش المرتبط بضمان العيوب الخفية.

الفرع الثاني: الغش المرتبط بضمان التعرض والاستحقاق.

الفرع الأول: الغش المرتبط بضمان العيوب الخفية

نص المشرع العراقي في النصوص الخاصة بعقد البيع في القانون المدني، على ضمان البائع لعيوب المبيع الخفية والتي تكون موجودة فيه وقت العقد، أو بعد العقد وقبل التسليم، شريطة أن لا يكون المشتري على علم بهذا العيب، أو لا يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية⁽¹¹¹⁹⁾، ويشترط في العيب الموجب للضمان أن يكون خفياً وقديماً ومؤثراً وأن يكون غير معلوم للمشتري⁽¹¹²⁰⁾.

ويلاحظ أن شرط الخفاء وعدم علم المشتري بالعيب يعد وثيق الصلة بمسألة تحقق الغش لدى البائع، فالبائع قد يعلم بالعيب ويعمد بسوء نية إلى إخفائه وعدم إعلام المشتري به في حين يركن المشتري إلى سلامة المبيع انطلاقاً من مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود العقود، إذ إن المشتري يُعدُّ أعزل السلاح اتجاه العيب الخفي الذي يشوب المبيع، خاصةً إذا لم يكن بمقدوره اكتشاف العيب باستعمال خبرته، أو الاستعانة بذوي الخبرة من الغير⁽¹¹²¹⁾، ويذهب أغلب الفقه إلى أنه لا يكفي أن يكون العيب خفياً بل لا بد أن يكون غير معلوم للمشتري، باعتبار أن العيب قد يكون من العيوب الخفية، ولكنه يكون في الوقت نفسه معلوماً وقت العقد، أو وقت التسليم، ففي مثل هذه الفرض يعد العيب الخفي الذي يعلم به المشتري في حكم العيب الظاهر الذي لا يضمنه البائع، إذ إنه في الغالب قد وضعت مسألة وجود العيب في الحسبان عند تحديد الثمن⁽¹¹²²⁾.

وفي حقيقة الأمر أن اشتراط الخفاء وعدم علم المشتري بالعيب كشرط لتحقيق ضمان البائع، جاء في سبيل تحقيق استقرار المعاملات، وصيانةً لحقوق البائع، إلا أنه في الوقت نفسه فإن البائع غير جدير بهذه الحماية ويضمن العيب ولو كان ظاهراً، في حالتين، الحالة الأولى إذا أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب، ويعدُّ هذا الفرض بمثابة اتفاق ضمني بين البائع والمشتري على أن البائع يضمن بالذات هذا العيب إذا ظهر بالمبيع، ولا تترتب على المشتري في هذه الحالة إذ إنه قد اطمأن إلى تأكيد البائع على خلو المبيع من العيب، بل ولا يعدُّ مقصراً إذا لم يكلف نفسه مؤنة فحص المبيع، ولو بعناية الشخص المعتاد، والحالة الثانية إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه، فالبائع هنا يضمن العيب ولو كان ظاهراً للمشتري، إذا كان يستطيع أن يكتشفه بنفسه، أو بواسطة الاستعانة بذوي الخبرة من الغير، إذ أن البائع هنا يضمن العيب؛

⁽¹¹¹⁹⁾ المواد (558) (559) مدني عراقي وتقابلها المادة (447) (448) (449) مدني مصري والمادة (1641) (1642) مدني فرنسي.

⁽¹¹²⁰⁾ د. أنور العمروسى، دعوى الضمان في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص 130.

⁽¹¹²¹⁾ د. أسعد دياب، ص 85؛ د. محمد كامل مرسى باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005، ص 327.

⁽¹¹²²⁾ د. أسعد دياب، المصدر أعلاه، ص 86؛ د. عبد الرسول عبد الرضا محمد، الالتزام بضمان العيوب الخفية، دار حراء، القاهرة، 1974، ص 89.

لأن خطأه كان مستغرفاً لخطأ المشتري، ولأن خطأ البائع خطأ عمدي بقصد الغش، وخطأ المشتري هو مجرد إهمال أو تقصير في فحص المبيع⁽¹¹²³⁾، لذا فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه مع كون الأصل أن البائع لا يضمن العيب إلا إذا كان خفياً، إلا أن البائع يبقى ضامناً، ولو كان العيب ظاهراً، إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب⁽¹¹²⁴⁾.

علمًا أن البائع يضمن العيب الخفي سواء كان عالمًا به أم لم يعلم⁽¹¹²⁵⁾، إلا أن علم البائع بالعيب ورغم ذلك أخفاه عن المشتري دليل على سوء نيته وغشه، وما يستتبع ذلك من أن يكون للغش دور في الآثار المترتبة في حالة تحقق ضمان البائع للعيب، فعلم البائع له تأثير كبير في تحديد مقدار التعويض الذي يجب أن يقتضيه المشتري من البائع، وفي تحديد مدة التقادم التي يسقط فيها حق المشتري في إقامة دعوى العيوب الخفية، كما أن لعلم البائع دورًا في قيام الضمان رغم أن العيب كان ظاهرًا للمشتري، أو كان يستطيع أن يتبينه لو أنه استعان بذوي الخبرة، وكذلك بطلان كل شرط يسقط ضمان العيوب الخفية أو ينقصه، إذا كان البائع يعلم بالعيب وتعمد إخفائه عن المشتري غشًا به⁽¹¹²⁶⁾.

فالبائع إذا كان يعلم بوجود العيب في المبيع وعمد بسوء نية إلى إخفائه عن المشتري غشًا به، فإنه يُسأل عن تعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، أما إذا لم يكن على علم به، فإنه يسأل عن الضرر المباشر المتوقع فقط⁽¹¹²⁷⁾.

كما أن للغش دورًا في تحديد مدة التقادم التي يسقط فيها حق المشتري في إقامة دعوى ضمان العيوب الخفية، إذ إنه وإن كان الأصل في القانون المدني العراقي أن هذه الدعوى لا تسمع بعد انقضاء ستة أشهر من وقت تسليم المبيع، إلا أن البائع لا يستطيع أن يتمسك بهذه المدة للحكم بسقوط الدعوى لمرور الزمن إذا ما أثبت المشتري أن خفاء العيب كان بغش من البائع⁽¹¹²⁸⁾ وبالوقت نفسه فإن البائع سيء النية، الذي يعلم بالعيب وأخفاه عن المشتري، لا يستطيع أن يدفع بسقوط دعوى الضمان لعدم قيام المشتري بفحص المبيع، أو بإخطاره بالعيب بعد كشفه وهو لا يستطيع أن يتمسك بذلك لغشه وسوء نيته طبقًا لقاعدة الغش يفسد كل شيء⁽¹¹²⁹⁾.

كما أنه وإن كان الأصل أن للمتعاقدين أن يتفقا على إسقاط ضمان العيب الخفي، أو إنقاصه إلا أنه إذا كان البائع يعلم بالعيب الخفي وتعمد إخفائه عن المشتري، فإنه يقع باطلاً كل اتفاق يسقط الضمان، أو ينقصه نتيجة للغش⁽¹¹³⁰⁾.

⁽¹¹²³⁾ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، مصدر سابق، ص 726؛ د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 538؛ د. كمال ثروت الوندي، شرح أحكام عقد البيع، ط 1، مطبعة دار السلام، بغداد، 1972، ص 221.

⁽¹¹²⁴⁾ (نقض مصري-جلسة 1/26-1967 م-م-ف-السنة 18 مدني ص 94) أشار إليه د. أنور العمروسي، مصدر سابق، ص 132.

⁽¹¹²⁵⁾ المادة (447) مدني مصري، والمادة (1643) مدني فرنسي، ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني العراقي.

⁽¹¹²⁶⁾ المواد (559) (560) (568) (570) مدني عراقي والمادة (447) (552) (553) مدني مصري والمادة (1645) (1647) مدني فرنسي.

⁽¹¹²⁷⁾ سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2000، ص 13؛ د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 560.

⁽¹¹²⁸⁾ المادة (570) مدني عراقي، أما القانون المدني المصري فقد حددها في المادة (453) بمدة سنة واحدة، في حين ترك القانون المدني الفرنسي وحسب نص المادة (1684) للفاضي تحديد هذه المدة التي أكد على أنها يجب أن تكون قصيرة.

⁽¹¹²⁹⁾ Cass. Com., 25 fev. 1981, d., 1981, somm.p. 445. نقلًا عن د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 564.

⁽¹¹³⁰⁾ المادة (568) مدني عراقي والمادة (453) مدني مصري والمادة (1643) مدني فرنسي.

ونتيجةً للنتائج المترتبة على علم البائع بالعيب الخفي والمذكورة أعلاه، ورغبة من القضاء الفرنسي في تحقيق حماية أكبر للمشتري، فإن هذا القضاء عمد إلى تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع، ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية في قضية الخبز الملعون قضت هذه المحكمة (أنه يتضح من نص المادة (1645) من القانون المدني، أن البائع الذي يعرف العيب-ويشبهه ويأخذ حكمه أيضاً البائع الذي لا يمكن أن يجهل بالعيب بسبب مهنته- يلتزم بالإضافة إلى رد الثمن، تعويض المشتري عن الأضرار كافة التي لحقت به)⁽¹¹³¹⁾.

وقد أقام القضاء الفرنسي حكمه في تشبيه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم بالعيب الخفي، على أساس أن البائع المحترف إما أن يعلم بالعيب فعلاً ولا يخطر به المشتري فيكون سيء النية ويجب أن يعامل معاملة من ارتكب غشاً، أو أنه يجهل بالعيب وعندها يعزى جهله إما إلى إهماله في فحص المبيع وإما إلى عدم كفاية فحصه المبيع، وفي الحالتين ينسب إليه خطأ جسيم يرتب من حيث مدى التعويض نتائج الغش نفسها، أي يجعل البائع ملتزماً بتعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع⁽¹¹³²⁾، ويُعد علم البائع المحترف بالعيب الخفي قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس⁽¹¹³³⁾، حيث جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن صفة البائع المحترف تكفي لقيام مسؤوليته الكاملة عن العيوب الخفية للمبيع، حتى لو أقام الدليل على جهله بالعيوب، أو أنه يستحيل عليه أن يكتشفها⁽¹¹³⁴⁾.

الفرع الثاني: الغش المرتبط بضمان التعرض والاستحقاق

نص المشرع العراقي في المواد الخاصة بعقد البيع في القانون المدني، على إلزام البائع بالامتناع عن التعرض الشخصي للمشتري سواء بشكل مادي أو قانوني، وعلى دفع التعرض القانوني الذي قد يصدر من الغير للمشتري، وإذا أخفق البائع بدفع التعرض الصادر من الغير، فإن للمشتري الرجوع بضمان الاستحقاق على البائع⁽¹¹³⁵⁾.

ويلاحظ أن المشرع العراقي قد ألزم البائع بضمان فعله الشخصي ولم يميز في ضمانه للاستحقاق سواء صدر عن غش أو خطأ جسيم أو يسير وسواء كان فعله يُعد خطأً عمدياً، أو غير عمدي فكل فعل صدر من البائع وأدى إلى استحقاق المبيع للغير يجعل البائع ضامناً لهذا الاستحقاق⁽¹¹³⁶⁾. إلا أنه في الغالب يكون تعرض الغير للمشتري مصدره الغش، كأن يقوم البائع ببيع عقاره مرة أخرى ويبادر المشتري الثاني بتسجيله في السجل العقاري، فتنتقل إليه الملكية دون المشتري الأول، فيُنزع منه العقار، وكذلك قد يصدر التعرض للمشتري نتيجة الغش في حالة أن يقوم البائع ببيع المنقول مرة ثانية ويسلمه إلى المشتري الثاني فتنتقل إليه الملكية بموجب قاعدة الحيازة في الملكية سند الملكية، ويلاحظ أنه في الحالتين هناك تعرض

⁽¹¹³¹⁾ أشار إليه د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 567.

⁽¹¹³²⁾ د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 439.

⁽¹¹³³⁾ آلن بينابنت، القانون المدني (العقود الخاصة المدنية والتجارية)، ط 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 2004، ص 184.

⁽¹¹³⁴⁾ Com, 27 nov. 1972, bull. Civ. Lv, no, 266 p 282. أشار إليه د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية(نحو مسؤولية موضوعية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 145.

⁽¹¹³⁵⁾ المادة (549) والمادة (550) مدني عراقي، وتقابلها المادتان (439) و(440) مدني مصري، والمادتان (1626) و(1628) مدني فرنسي.

⁽¹¹³⁶⁾ د. سعدي البرنزي، شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي، ط 1، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل-العراق، 2003، ص 47.

للمشتري من الغير والبائع في الوقت نفسه، وأن تعرض الغير للبائع سببه غش البائع⁽¹¹³⁷⁾. فالحالة الأبرز لغش البائع هو عندما يكون سبب استحقاق المبيع ناتج عن تعرض قانوني للمشتري يستند فيه الغير إلى حق له على المبيع وكان البائع هو الذي أنشأ له هذا الحق⁽¹¹³⁸⁾. كما أن البائع قد يكون سيء النية عند إبرام العقد ويعلم أنه غير مالك للمبيع وقت البيع إلا أنه قد يصبح مالكا له مستقبلاً عن طرق الميراث مثلاً فعندها يرفع دعوى الاسترداد بوصفه مالكا، فهنا نكون أمام تعرض قانوني غير جائز قائم على الغش من البائع، فللمشتري أن يدفع هذا التعرض على أساس التزام البائع بالضمان، لأن من وجب عليه الضمان أمتنع عليه التعرض⁽¹¹³⁹⁾.

وفي كل الأحوال التي يتم فيها التعرض للمشتري من الغير فإن على المشتري إخطار البائع بهذا التعرض وإعداره في الوقت الملائم⁽¹¹⁴⁰⁾ وإذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى التعرض، فإن هذا الأخير لا يلزم بضمان التعرض الصادر من الغير إذا أثبت أنه يستطيع أن يدفع دعوى الضمان لو كان قد تدخل في دعوى التعرض في الوقت المناسب ولما صدر حكم للمتعرض، فعدم إخطار المشتري للبائع يعد غشاً أو خطأ جسيماً يستحق عليه رفض دعواه⁽¹¹⁴¹⁾. إلا أنه في حالة عدم تدخل البائع رغم إخطاره بدعوى التعرض فإنه يلزم بالضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في دعوى التعرض كان نتيجة غش المشتري أو خطئه الجسيم، فهنا لا يلزم البائع بالضمان بسبب غش المشتري استناداً إلى قاعدة الغش يفسد كل شيء⁽¹¹⁴²⁾.

وللغش دورٌ كبير في تحديد مقدار ما يدفعه البائع للمشتري في حالة استحقاق المبيع، فإذا استُحق المبيع من المشتري وكان البائع سيء النية أي يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع وتصرف به عن طريق الغش، فللمشتري أن يسترد الثمن مع الزيادة التي قد تحصل في قيمة المبيع، وله أن يسترد قيمة الثمار التي ألزم بردها إلى المستحق وجميع المصروفات النافعة والكمالية وجميع مصروفات دعوى الضمان والاستحقاق وله أن يطلب تعويضاً عن كل ما لحقه من خسارة، أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع، أما إذا كان البائع حسن النية لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع، فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت، وله أن يسترد قيمة الثمار التي ألزم بردها إلى المستحق، والمصروفات النافعة وجميع المصروفات التي أنفقها على دعوى الضمان والاستحقاق، عدا ما كان يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى⁽¹¹⁴³⁾.

ولا بد من ملاحظة أن الأحكام المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق لا تعد ذات طابع إلزامي، وهي مقررةٌ لحماية المشتري، ومن ثم من الممكن أن يتفق البائع والمشتري على تعديل أحكام الضمان والاستحقاق سواء بالتشديد أو التخفيف

(1137) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 248؛ د. عبد الرزاق السنهوي، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، مصدر سابق، ص 628؛ د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج 1، ط 1، عقد البيع، النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، 1997، ص 343.

(1138) أنور العمروسي، مصدر سابق، 15؛ د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص 109.

(1139) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، المصدر نفسه، ص 241؛ د. سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص 119؛ د. محمد حسنين، عقد البيع في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، مصدر سابق، ص 129؛ د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 343.

(1140) (551) مدني عراقي، والمادة (440) مدني مصري، والمادة (1640) مدني فرنسي.

(1141) د. محمد حسنين، عقد البيع، المصدر نفسه، ص 141؛ د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 367.

(1142) د. عبد الرزاق السنهوي، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، مصدر سابق، ص (670)

(1143) المادة (554) مدني عراقي، والمادة (543) مدني مصري، والمادة (1635) مدني فرنسي.

أو الإعفاء، إلا أنه يشترط لسريان مفعول هذه الاتفاقات عدم تعمد البائع إخفاء حق المستحق؛ لأن ذلك يعد غشاً منه⁽¹¹⁴⁴⁾. ويلاحظ أن الاتفاق على زيادة الضمان أقل شيوعاً في العمل من الاتفاق على إنقاصه، لأن في أحكام الضمان القانوني حماية كافية للمشتري كلما يرتضي البائع زيادتها⁽¹¹⁴⁵⁾. فغالباً ما يتفق البائع مع المشتري على إسقاط الضمان أو إنقاصه إلا أن هذا الاتفاق يكون باطلاً إذا ارتكب البائع غشاً، كأن يشترط عدم ضمان حق معين قد يظهر لأجنبي على العين المبيعة، وهو يعلم بوجود هذا الحق فعلاً وقت البيع ويكتمه عن المشتري، إذ إن البائع لا يستطيع أن يشترط عدم مسؤوليته عن غشه⁽¹¹⁴⁶⁾. كما أن شرط إسقاط الضمان يكون عديم الأثر إذا كان سبب الاستحقاق قد نتج عن فعل البائع، فيبقى البائع مسؤولاً عن الاستحقاق، لأن شرط عدم الضمان لا يعفي البائع من التزامه بعدم التعرض الشخصي للمشتري، وإذا كان الاستحقاق قد نتج عن فعل الغير، فإن هذا الشرط يرتب أثره ولكن في حدود معينة، إذ إنه لا يعفي البائع إلا من المسؤولية عن التعويض وبالتالي يبقى مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق⁽¹¹⁴⁷⁾.

الذاتمة:

إن الغش في مرحلة تنفيذ عقد البيع، يتم من خلال إما التلاعب بالمواصفات التي تم الاتفاق عليها بين البائع والمشتري، أو التلاعب والتحريف في المواصفات القياسية التي تنظمها وتقرها القوانين والأنظمة والتعليمات التي تصدر من السلطة المختصة، وقد يكون الغش في هذه المرحلة عن طريق التلاعب بحقيقة المبيع أو نوعه أو مصدره أو وزنه أو شكله، للتغريب بالمشتري من أجل دفعه إلى أن يتسلم السلعة محل العقد بشكل مختلف عما تم الاتفاق عليه، ويلاحظ أن المشرع العراقي عالج الغش في مرحلة تنفيذ عقد البيع بواسطة نظرية الضمان التي أقرها الفقه الإسلامي، من خلال عدّ البائع ضامناً للعيوب الخفية التي يحتوي عليها المبيع ولا يعلم بها المشتري، وكذلك ضمان البائع لاستحقاق المبيع للغير بسبب يعود إليه، إلا أنه يلاحظ أن هذه النظريات باتت قاصرةً علة توفير الحماية اللازمة للمشتري في ظل التطور العلمي والتكنولوجي، إذ أصبح من الصعوبة في كثير من الحالات إثبات شروطها، مما يدعو إلى الحاجة للجوء إلى أساليب جديدة لحماية المشتري من الغش، كالاعتراف باستقلالية الالتزام بالإعلام عن نظريات الضمان، وإلزام البائع بإعلام المشتري بكل البيانات الضرورية التي تنور المشتري وتدفعه إلى التعاقد ببصيرة وبينه من أمره، وفي حالة إخلال البائع بالالتزام بالإعلام فإن للمشتري نقض عقد البيع، أو الإبقاء عليه مع حقه بالتعويض في كلا الحالتين.

⁽¹¹⁴⁴⁾ المادة (556) مدني عراقي والمادتان (545) و(546) مدني مصري، والمادتان (1627) و(1628) مدني فرنسي.

⁽¹¹⁴⁵⁾ د. محمد حسنين، مصدر سابق، ص 149..

⁽¹¹⁴⁶⁾ د. جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 273، د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، مصدر سابق، ص 640؛ د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 379.

⁽¹¹⁴⁷⁾ د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مصدر سابق، ص 287.

النزاعات العقارية الجماعية : الإجراءات والاختصاص

د. زينب عبد الله المصطفى

باحثة بصف الدكتوراه - مدرسة الدكتوراه

جامعة نواكشوط - كلية العلوم القانونية والاقتصادية

مقدمة

إن المحلل للوضعية العقارية في موريتانيا يرى أن السمة الأبرز لها هي كثرة النزاعات العقارية، إذ تحتل مرتبة كبيرة بين النزاعات الأخرى، سواء المعروض منها أمام القضاء أو الإدارة.

وتعتبر الملكية العقارية الجماعية⁽¹¹⁴⁸⁾ أحد مجالات هذه النزاعات، وذلك لكونها ملتقى حقوق عدة أشخاص، وما قد يستتبع ذلك من تعارض قد يؤدي في أحيان كثيرة إلى نشوب نزاعات عقارية جماعية. ويشير مفهوم الجماعية إشكالات كثيرة حيث تختلف أحيانا مواقف القضاة والإداريين منه⁽¹¹⁴⁹⁾.

⁽¹¹⁴⁸⁾ يقول جيزيفاستيفان أنه " منذ العهود التاريخية القديمة نجد الهيكل الاجتماعي لأفريقيا الشمالية كان قبليا ، وكانت النتيجة الطبيعة لهذا الهيكل هي الملكية الجماعية. انظر سعاد عاشور، حجية التسجيل وفق نظام التحفيظ المغربي 1997 -ص : 20

⁽¹¹⁴⁹⁾ فأحيانا تدفع اللجان العقارية في المقاطعات بكون النزاع ليس جماعيا فيطعن الأطراف أو أحدهم في القرار أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا فتعتبر النزاع جماعيا تبت فيه لجنة المقاطعة ويطعن فيه أمام لجنة الولاية من ذلك مثلا القرار رقم 2016/35 بتاريخ 2016/05/02 والذي جاء فيه " مما سبق يتضح بجلء أن التكييف الواردة في المحضر المطعون فيه والذي اعتبر النزاع القائم بين طرفي الخصومة نزاعا فرديا جانب الصواب، وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من نفس المادة بقبولها؛ أو في حالة فشل هذه المحاولة (محاولة حل النزاع صلحا) يمكن اللجنة أن تعتبر ، إما أن النزاع ذو طابع جماعي" المقصود في المادة 7 من الأمر القانوني 83 - 127 بتاريخ 06 يونيو 1983 وفي هذه الحالة تواصل تحرياتها وجهودها بغية التوصل إلى حل تصالحي للنزاع أو إلى قرار التحكيم".

هذا النص هو الذي يتعين على اللجنة أن تأخذ به وتعمل بمقتضاه لكون النزاع جماعيا بشكل لا غبار عليه ، حيث ينطبق عليه مدلول المادة 103 السابقة تمام الانطباق، اما وصفه بأنه فردي ، وخلع حلية "الجماعية" عنه فلا يخلو من تعسف وتجاهل للنصوص وتغيير للوقائع، وهو ما يترتب عليه بطلان التكييف الذي اعتمده اللجنة وأصدرت على أساس قرارها باعتبار النزاع فرديا ، مما يتعين معه إلغاؤه باعتباره نزاعا جماعيا طبقا للمادة 7 من الأمر القانوني 83 - 127 والمادة 103 المرسوم 2010 - 080 المطبق له ، وتختص لجنة الوقاية وتحكيم النزاعات الجماعية العقارية بمقاطعة بوامديد بالنظر والتصدي له طبقا لنص المادة 104 من نفس المرسوم السابق.

وفي بعض الحالات الأخرى تبت لجنة المقاطعة في نزاع خصوصي على أنه نزاع جماعي وتصدر فيه قرارا وبعد طعن أحد الأطراف أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا تقضي بخصوصية النزاع ، من ذلك مثلا القرار رقم: 09/59 بتاريخ 2009/06/11 والذي جاء فيه " حيث أن النزاع الجماعي عرفه النص السالف الذكر بأنه ذلك النزاع الذي ينشأ بين جماعتين أي قبيلتين أو تجمع حضري ، أما النزاع الذي تتناوله محضر اللجنة العقارية محل النزاع قد سبق أن أصدرت فيه أحكام قضائية (الحكم رقم 2002/30 الصادر بتاريخ 2002/02/17 (الصلح الصادر بتاريخ 1985/09/20) وبالتالي يكون محل النزاع خصوصي. حيث إن المادة 102 من المرسوم رقم 2000/089 تحدد النزاع الجماعي بأنه النزاع الذي تكون مجموعة تقليدية أي قبيلة على الأقل طرفا فيه وهذا النزاع زعم أنه تم تخصيص القطعة الأرضية موضوع النزاع عن طريق أحكام قضائية سبق ذكرها فهو نزاع حسب ما أورد الحاكم في مذكرته بين أسرتين وبالتالي لم يكن من اختصاص اللجان الإدارية المنصوص عليها في المادة 103 من المرسوم رقم 2000/089

مما ينشأ عنه تنازع سلبي في الاختصاص يذهب ضحيته أطراف النزاع ، مما يدعونا للتساؤل ما هي النزاعات العقارية الجماعية ؟ وما مدى نطاق وسلطة القضاء والإدارة في حل هذه النزاعات؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سنعالج الموضوع من خلال تحديد النزاعات العقارية الجماعية (مطلب أول) ثم بيان الاختصاص والإجراءات في هذه النزاعات (مطلب ثاني).

المطلب الأول: النزاعات العقارية الجماعية

لم يوضح الأمر القانوني 83/127 بتاريخ 05 يونيو 1983 المتضمن التنظيم العقاري معنى النزاعات العقارية الجماعية، وهو ما أثارا للبس والغموض قبل صدور المرسوم رقم 2000/089 المطبق للأمر القانوني، حيث ظلت بعض المحاكم تعتبر الدعاوى المرفوعة من جماعة لمجرد كونها جماعة نوعا من الدعاوى الجماعية (1150).

استنادا إلى المادة 7 من الأمر القانوني وهو ما جعل المحكمة العليا تفسر معنى الدعوى الجماعية فقد جاء في القرار رقم 08/24 بتاريخ 08/05/2008 عن الغرفة المدنية والاجتماعية بالمحكمة العيا" وحيث إن القرار المطعون فيه صائب فيما ذهب إليه من اسناد الاختصاص بمحكمة المقاطعة ومن عدم الاعتداد بكون الدعوى جماعية تنطبق عليها المادة 7 من الأمر القانوني 83/ 127 الصادر بتاريخ 1983/06/05 المنظم للعقارات وأراضي الدولة ، فذلك حمل للنصوص على غير محلها ، وقد فصلت المادة 102 من المرسوم 2000/089 وأفصحت عن قصد المشرع، وقصده تطبيقا للمادة 7 أن الدعوى الجماعية التي تعتبر غير مقبولة أمام العدالة هي التي يكون أحد أطرافها مجموعة تقليدية، والمجموعة التقليدية تعني القبائل والعشائر مدعية كانت أو مدعى عليها ، وتعني خاصة القبائل والعشائر المسجلة بأسمائها الأراضي ، أو تدعيها ولو لم تكن مسجلة بأسمائها، أما هذه الدعوى فهي مرفوعة من عدة طالبين أو مدعين طبقا للمادة 22 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية ليس إلا" كما أوضحت المادة 103 من المرسوم 2010/080 والذي ألغى المرسوم 2000/089 أن النزاعات العقارية الجماعية هي التي يكون أحد أطرافها على الأقل مجموعة تقليدية (1151). مع أن المشرع في المادة 3 من الأمر القانوني 83/127 أعلاه ألغى نظام حيازة الأرض التقليدية (1152). وهو ما يتطلب تحديد ملكية الأراضي الجماعية لذلك سنتناول مفهوم الملكية العقارية الجماعية (فرع أول) ثم بيان الشروط التي تتطلبها المشرع في الملكية العقارية الجماعية (فرع ثاني).

الفرع الأول: مفهوم الملكية الجماعية

يقصد بالملكية الجماعية للأرض ذلك السلوك الذي يظهر عند المجموعات القبلية متمثلا في حيازة أراضي معينة تحت عنوان القبيلة العامة، أو بعنوان إحدى تفرعاتها الداخلية كالعشيرة والفخذ، فتكون مشاعة بذلك بين كافة الأفراد مما يخولهم الانتفاع ولو بشكل رمزي (1153).

(1150) الحكم رقم 08/10 بتاريخ 2008/02/18 عن محكمة مقاطعة الطينطان

(1151) نشير إلى أن المشرع استخدم عبارة تقليدية لأن الصياغة القانونية تقتضي أن لا تثير لدى السامع أي اعتراض ، لذلك تم اختيار تعبير الجماعة بدلا من القبيلة التي تحمل معاني خاصة قد توحي بالإقصاء الأمر الذي يتنافى مع عمومية وتجرد القاعدة القانونية التي يراد لها أن تشمل الجميع دون استثناء .

(1152) المادة 3 "إن نظام حيازة الأرض التقليدي أصبح لاعيا "

(1153) د- يحي ولد البراء ملكية الأرض في موريتانيا أبعادها الاجتماعية والثقافية الطبعة الأولى. 2009 ص 141

كما يمكن تعريفها بأنها الأراضي التي ترجع ملكيتها إلى جماعات على شكل قبائل أو عشائر تربط بينهم روابط عرفية وعائلية واجتماعية ، ودينية، وحقوق الأفراد فيها غير متميزة عن حقوق الجماعة ، حيث ملكيتها تعتبر ملكية شائعة بين جميع الأفراد مع إمكانية توزيع حق الانتفاع فيما بينهم⁽¹¹⁵⁴⁾.

يتبين من خلال هذه التعريفات أن الملكية الجماعية للأرض هي ذلك النوع من الملكية الذي تشترك فيه جماعات قد ترجع إلى أصل واحد، وحقوق الفرد فيها غير متميزة عن حقوق الجماعة، فالتصرف فيها يكون جماعيا بين أفراد القبيلة أو العشيرة وملكيتها ليست كالملكية الفردية التي هي حق التصرف والاستعمال والاستغلال ، وليست كالملكية الشائعة التي يملك فيها كل مالك على الشياخ صفة معينة تخوله عدة حقوق من أبرزها الخروج عن حالة الشياخ.

ويخضع هذا النوع من الملكية للأعراف والتقاليد التي تشكل عموما إحدى السمات الأساسية التي ترى فيها القبائل الإطار الذي يضمن حياتها ويحافظ على هويتها وذلك لتحقيق بعض الأهداف التي يمكن تلخيصها في النقاط التالية.

- المحافظة على وحدة القبيلة من خلال جعل مصالحها مشتركة ومترابطة لما يمكن أن ينبج عن ذلك من تدعيم لعلاقة التراخي والترابط من بين أعضاء القبيلة⁽¹¹⁵⁵⁾.
 - الرفع من شأن القبيلة وإظهار هذا الشأن في عيون الآخرين نظرا لما يمكن أن يمنحه هذا النوع من الملكية من قيمة معنوية ذات شان.
 - الحفاظ على الأرض بغض النظر عن استثمارها من عدمه، نظرا لسهولة حيازتها كلما كانت جماعية وبساطة الحفاظ عليها لتهيب مجموعات أخرى من الصدام معها أو الخصام.
- ويتم تحقيق الأهداف أعلاه من خلال آليتين اثنتين:

1- أحادية التداول: وتعني هذه العبارة أن الملك الجماعي القبلي يفرض أن يكون المستفيد من الأرض معروفا سلفا ، يلزم أن يكون من أبناء القبيلة لا يخرج عنهم إلى سواهم⁽¹¹⁵⁶⁾.

كما يدخل الترهيب من بيع الأرض هو الآخر ضمن استراتيجيات أحادية التداول المتبع عند الموريتانيين ، إذ يحرص الملاكعادة على عدم بيع الأراضي ولو بلغوا من الحاجة حد الضرورة بل يتطيرون من هذا النوع من التصرف ويرون في عاقبه الخسارة والشؤم⁽¹¹⁵⁷⁾.

⁽¹¹⁵⁴⁾ عبد الكريم بزاع، أراضي الجموع محاولة لدراسة بنيتها السياسية ودورها في التنمية الطبعة الأولى 1998 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص: 5 .

⁽¹¹⁵⁵⁾ القبيلة ككيان تقليدي وسياسي محكم التنظيم تتكون بفعل عوامل متعددة منها القرابي والنسبي ، والولاء، والعصب ، ويتمدد أفقيا وعموديا بفعل عوامل الولاء والتلمذة والمكاتبية والتفاسخ والتدافع. يحي ولد البراء ، مرجع سابق ص: 154.

⁽¹¹⁵⁶⁾ يحرص الكثير من أصحاب الملكيات الجماعية على عدم توريث أبناء البنات إن لم يكونوا من القبيلة بل إن بعضهم لا يقبل تترك الأرض حذرا من أن تنال النساء نصيبهن المفروض في التركة ، هذا بالإضافة إلى ظاهرة إخفاء عقود الأملاك العقارية الذي يبدو مسلما معهودا لدى سكان الواحات والمدن القديمة ، فكثره تعاقد الأجيال عليها من نفس العشيرة يؤدي في الغالب إلى تشتت هذه الملكية وانتقالها بالبرث والهبة والتجسس ، إذالم يتم إخفاء وثائقها حيث تبقى الوسيلة الأوضح لثباتها في أصل عمود النسب ، يحي ولد البراء مرجع سابق ص: 144

⁽¹¹⁵⁷⁾ نفس المرجع ص: 143 .

2- الاشتراك في الاستغلال: ويعني اشتراك أعضاء الجماعة القبلية في الانتفاع الفعلي بالملك⁽¹¹⁵⁸⁾ وهو ما يفرض على هذه المجموعات وحرصا منها على مصلحة القبيلة أن تعمل ما أمكنتها من وسائل وأعراف لإبقاء الأرض ملكا جماعيا مشاعا بين أفراد الجماعة (القبيلة) يعهد أمر تقسيمها وطرق منحها لجماعة الحل والعقد سواء من القبيلة في المجتمع البيطاني أو الأسرة الممتدة في المجتمع الزنجي⁽¹¹⁵⁹⁾، ونشير إلى أن التنظيم العقاري قبل الأمر القانوني 83/127 كان يعترف بالملكية الجماعية (التقليدية) ففي المرسوم 20 مايو 1955 تم الاعتراف بالملكية العرفية للقبائل حيث اعتبر هذا المرسوم أن كل الأراضي التي هي ليست موضع ملكية عقارية للدولة أو احد الأشخاص المعنويين ولا يوجد أي سند ملكية عليها وتوجد مجموعة محلية تمارس عليها حقوق عرفية فردية أو جماعية يتم الاعتراف بملكيتها لها ، هذا بالإضافة إلى الحقوق العرفية التي حصل أصحابها على سندات ملكية قبل سريان مرسوم 1955⁽¹¹⁶⁰⁾.

وقد أقر القانون 139/60 الصادر بتاريخ 2 أغسطس 1960 الملكية العرفية ولكنه ربط هذا الإقرار والاعتراف بوجود أثر بديهي دائم على الأرض⁽¹¹⁶¹⁾. وتمثل الأثر البديهي في البنات والحقول والمزارع والآبار ، وقد حاول المشرع من خلال هذا القانون تقليص الأراضي التابعة للقبائل وشيوخها، حيث أعطى للدولة الحق في الاستيلاء على جميع الأراضي التي لا مالك وكذلك تلك التي الخالية منذ 10 سنوات⁽¹¹⁶²⁾ لكن اعترافه بالحيازة كأساس للملكية حال دون تحقيق الأهداف الأخرى.

ومع تطبيق الأمر القانوني 83/127 لم تعد الحيازة التقليدية معترفا بها⁽¹¹⁶³⁾. حيث أكد في المادة 5 على أن التسجيلات العقارية على أسماء الشيوخ والوجهاء تصبح لصالح المجموعات التي ينتمون إليها، لكن المشرع الموريتاني لم يوضح مدى قابلية الملكية الجماعية للتفويت أو الاكتساب بالتقادم⁽¹¹⁶⁴⁾ كما فعلت بعض التشريعات كالتشريع المغربي الذي نص في

⁽¹¹⁵⁸⁾ ويأخذ هذا الاشتراك الفعلي عدة أنواع :

فهناك الأراضي البور ، التي لم يجري عليها أي عمل من الإنسان من شأنه أن يغير في شكلها الأصلي وتمارس بعض الفئات (لحراطين على هذا النوع من الأرض حقوق استغلال شكلي دائم حيث تعرف كل أسرة حدودها وترى أنها تمارس حق ملكية على أراضيها التي تقع في ضواحي آدوابه وتقع في الشريط المحاذي في الحدود بين موريتانيا ومالي. وهناك الأراضي المستصلحة في المناطق الجافة وتزرع هي الأخرى في نفس الفئات خلف سدود أنشأت بوسائل بدائية ويطلبون الإذن دائما من الأسر المتحكمة وتقع هذه المناطق في أمّل وأفطوط. الأراضي الزراعية خلف السدود وهي تلك المستصلحة بمبادرة من الجماعة القبلية بمفهومها الواسع ومن أمثلتها بومسعود ، بوكادوم ، وأكمان من الحوض الشرقي ، ومقطع اسفيرة ، وأم الكوز في ولاية العصابة . وتوزيع القطع الأرضية في هذه السدود تشرف عليه المجموعة القبلية كما أن هناك نظام الاستغلال الأصلي في مناطق أمّل والولايات الجنوبية وفيه تستغل الأرض من يد عاملة بمسميات مختلفة وتحت سلطة أسر روحية ، ويلاحظ ارتفاع حجم الدخل العقاري الذي تقدمه الطبقة العاملة لهذه الأسر المالكة- انظر كوليالي بوكار ، النظام العقاري الموريتاني، مداخلت في ملتقيات للسلطات الإدارية لسنة 2000 ترجمة إدارة الترجمة بوزارة الداخلية.

⁽¹¹⁵⁹⁾ الدكتور يحي ولد البراء مرجع سابق 147

⁽¹¹⁶⁰⁾ مرسوم 8 أكتوبر 1925 ومرسوم التحفيظ 1932

⁽¹¹⁶¹⁾ نصت المادة 3 من القانون رقم 139/60 على انه " يتم إقرار الحقوق العقارية العرفية المشتملة على استئجار واضح ودائم على الأرض".

⁽¹¹⁶²⁾ المادة 7 من القانون 60/139

⁽¹¹⁶³⁾ نص المادة 3 على أن نظام حيازة الأرض التقليدية أصبح لاغيا.

⁽¹¹⁶⁴⁾ لم نجد نص في التشريع العقاري الموريتاني يحدد مدى قابلية الملكية الجماعية للتفويت أو التقادم

الفصل الرابع من ظهير 1919/04/27 على أن "الأراضي الجماعية غير قابلة للتقادم ولا للتفويت أو الحجز" (1165) ونرى بأن ما كان من هذه الأراضي محفظا لا يمكن أن يطاله التقادم وذلك بمقتضى المادة 4 والمادة 10 من المرسوم 2010/080 (1166).

أما الأراضي التي لم تكن موضع تسجيل عقاري أو لم تكن محيية من طرف أصحابها أي لم يبق لإحيائها آثار بديهية فيمكن ادعاء انتهاء ملكيتها بالاندراس (1167).

الفرع الثاني: شروط الملكية الجماعية

إن التنظيم القانوني للأراضي الجماعية وما خلفه من مشاكل جعل الأراضي الجماعية لم تشهد ذلك التطور الذي عرفتته بعض أنواع الملكية العقارية الأخرى وأثر سلبا على تنميتها واستثمارها وأدى إلى اعتمادها على الأعراف والتقاليد في استغلال هذه الأراضي، وأبرز الحاجة إلى تطويرها، لهذا كان من اللازم إيجاد إطار قانوني يتناسب والسياسات الوطنية المناهضة بإعطاء الأولوية للقطاع الزراعي وتقسيم الأرض بصفة تقلص الفوارق بين مختلف المستغلين مما يساهم في تحقيق العدالة الاجتماعية ومواجهة الحرمان، ويهدف المشرع من خلال هذه النصوص إلى إلغاء الملكية الجماعية التي لم يعد يعترف بها، لذلك اشترط أن يتم تفريد الملكيات الجماعية المحصول عليها في ظل النظام القديم (أولا)، أو تحويلها إلى رابطات ذات شخصية معنوية يحكمها القانون المنظم للرابطات إذا كان ذلك ممكنا من الناحية الفنية ولا يضر بمردودية الأرض (ثانيا).

أولاً: التفريد

التفريد هو إجراء قانوني يقصد منه تصفية صيغة من التملك لم تعد موجودة قانونا، أو هو عبارة عن تقسيم ملكية جماعية إلى عدة ملكيات فردية، ويتم بموجب محضر ويتوج بإصدار شهادة ملكية (1168).

أما مجال تطبيق التفريد فهو:

- الأراضي التي كانت مملوكة قبل 1983 للقبائل أو العشائر أو من تجمعهم عصبية معينة .
- الأراضي المسجلة لدى الإدارة الاستعمارية باسم الوجهاء أو الشيوخ التقليديين ، حيث أوضحت المادة 5 من الأمر القانوني: 83/127 أنها تصبح لصالح المجموعات التقليدية التي ينتمون إليها (1169).

(1165) د / محمد مومن ، معيقات الاستثمار في أراضي الجموع مقال منشور في مجلة الحقوق المغربية العدد الأول سنة 2010 ص:108

(1166) نصت المادة 4 على أنه "يمكن ادعاء فوات حق الملكية بالاندراس على كل مالك لم يسجل أرضه طبقا للمسطرة المعمول بها

كما نصت المادة 10 " ... ويحصن التسجيل ضد فوات حق الملكية بالاندراس كما يشكل دليلا قاطعا على الملكية"

(1168) حمادي ولد اميمو مقال مقدم في اليوم العلمي المنظم من طرف المحكمة العليا حول الأمن العقاري في موريتانيا 24-25 نوفمبر 2016

، ص : 3

(1169) وقد أوضحت (المادة 6) الأشخاص الذين يحق لهم الاستفادة من التفريد حيث نصت على أن الحقوق الجماعية المكتسبة شرعا حسب النظام السابق والخاصة بالأراضي الزراعية يجب أن تعود لفائدة الذين ساهموا في الاستصلاح الأصلي لتلك الأرض ، وكذلك الذين ساهموا في استمرارية قابليتها للاستغلال ، كما نصت نفس المادة على إجبارية فردية الملكية ، وأنه في حالة ما إذا وقع نزاع على التوزيع أو تطلب النظام الاجتماعي ذلك فإن الإدارة تتدخل للإشراف على عملية التوزيع ، ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع أراد حماية حقوق الأشخاص الذين ساهموا في الاستصلاح الأصلي للأرض وكذلك الذين ساهموا في استمرارية قابليتها للاستغلال ، وذلك راجع لما تسبب فيه هذا النمط من

وقد نصت المادة 36 من المرسوم 2010/080 على أن الملكية الزراعية المكتسبة قبل سريان القانون 60/139 المنظم للعقارات المستغلة جماعيا من قبل الجماعات التقليدية سيتم تقسيمها إذا ما تطلبت ذلك المقتضيات الاجتماعية بين أفراد المجموعة الذين شاركوا في الإحياء الأصلي أو ساهموا في ديمومة الاستغلال .

وأوضحت المادة 37 أنه يستفيد من تقسيم الأراضي الجماعية ضمن الشروط المحددة في المادة 36 أعلاه الأشخاص الذين يقيمون ضمن المجموعة التقليدية بصفة دائمة، والذين شاركوا بهذه الصفة باستغلال تلك الأراضي وإن لم يكونوا مسجلين إداريا ضمن المجموعة المذكورة .

ونشير إلى أن الأشخاص المستفيدين من التفريد سواء كانوا مشاركين في الإحياء الأصلي أو مساهمين في استمراره ينتقل حقهم إلى ورثتهم وتكون حصة كل فرد متناسبة طردا مع ما بذله من مجهود مادي أو عضلي في عملية الإحياء واستمراره

وأضافت المادة أن الأشخاص الذين قاموا بمبادراتهم الخاصة أو بموافقة مجموعة بناء منشآت لحجز المياه أو بترميمها أو بأي استصلاح من شأنه تحسين مردودية الأرض الجماعية التي كانوا يستفيدون منها قبل التقسيم لا يحق لهم أن يتمتعوا بمناسبة ذلك التقسيم بأي ميزة إضافية على جميع المستفيدين الآخرين .

ويتم القيام بعملية التفريد إذا حصل أحد الشروط التالية:

- اقتضاها الوضع الاجتماعي بحيث أصبحت العلاقات بين أفراد المجموعة متوترة أو بطلب من بعض الأفراد أو باتفاق بين جميع الأفراد ، ونصت المادة 40 على أنه يفتح في كل مقاطعة سجل عقاري مخصص من بين أمور أخرى لتقييد قرارات واتفاقات تقسيم الأراضي الجماعية ، وأن هذه القرارات والاتفاقات لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد تقييدها بالسجل العقاري ، وتحدد الترتيبات المتعلقة بمسك هذا السجل بمقتضى مقرر مشترك صادر عن وزير الداخلية والمالية والتنمية الريفية والبيئة .

تبدأ إجراءات التفريد عندما يلاحظ الحاكم توفر أحد الشروط التي ذكرنا سابقا فيعد بذلك تقريرا إلى الوالي فيقرر الوالي إجراءات عمليات التفريد ويحدد الحاكم تاريخ التقسيم ومكان اجتماع أرباب الأسر المعنيين بالتقسيم على نحو يؤمن حضور جميع المستفيدين أو ممثليهم ، كما يؤمن لهذه العملية أوسع إشهار بواسطة الملصقات والإذاعة (المادة 46م)

يقام تلقائيا قبل عملية التقسيم بإنشاء محمية عقارية يجب أن تكون مساحتها مساوية لعشر مساحة الأرض مع التقسيم لضمان الحقوق المحتملة للأشخاص الغائبين أو غير الممثلين شرعيا أثناء عملية التقسيم (المادة 43م) وأوضحت نفس المادة أنه يمكن أن يستفيد هؤلاء الأشخاص من التقسيم خلال فترة لا تتجاوز السنتين اعتبارا من تاريخ قيده بالسجل العقاري

الملكيات من تعطيل الكثير من المناطق الزراعية عن الاستغلال والاستثمار وتسخير أعداد كبيرة من بعض فئات المجتمع لاستغلالها بشكل لا يحترم أحيانا الشروط والضمانات الضرورية للعمل فكانت بذلك نتائج السلبية البادية على الحياة الاقتصادية والاجتماعية لسكان البلد ، إضافة إلى دور التملك التقليدي في الإبقاء بشكل صارم على ثبات واستمرار المواقع الجهوية لأبناء هذا المجتمع ، تلك المواقع التي ظلت حاجزا حصينا أمام مبتغى التحديث مما شكل ضرورة ملحة لوجود حماية قانونية لهذه الحقوق الفردية.

كما هو منصوص في المادة 45 وأوضحت ذات المادة أن قرار التوزيع يكون من اختصاص الوزير المكلف بالداخلية بعد الاطلاع على تقرير مفصل من الوالي وعلى رأي لجنة الوقاية وتحكيم النزاعات العقارية الجماعية للمقاطعة⁽¹¹⁷⁰⁾.

وبعد انتهاء إجراءات التفريد يعد الحاكم محضرا بختم عمليات التفريد وعلى إثر ذلك تسجل القطع الأرضية باسم ملاكها الفرديين وتسلم لكل واحد منهم شهادة ملكية للقطعة التي حصل عليها⁽¹¹⁷¹⁾.

ثانيا: تحويل المجموعات إلى رابطات ذات شخصية معنوية

أكد الأمر القانوني 83/127 على أن كل حق ملكية لا يرتبط بشخصية قانونية يعتبر غير موجود في الوقت الذي حرمت فيه النصوص المجموعات التقليدية من الشخصية القانونية. فمن خلال الأمر القانوني يتضح أن على المجموعات التقليدية الانتظام في شكل شخصيات معنوية تتشكل طبقا للقانون ويتم استصدار شهادة الملكية باسم الشخصية المعنوية الجديدة وقيدها في السجل العقاري ويختم على مقلوب إفادة الملكية ختم يحوي على عبارة كل المستفيدين⁽¹¹⁷²⁾.

ومع أن تطبيق فكرة الرابطات وفقا لشروط مضبوطة سيشكل حافزا لسكان الأراضي الجماعية لاستغلالها بشكل أكثر مردودية من قبل، لأن أفراد الجماعات ينحدرون من أصل واحد غالبا ويوجد بينهم تقارب إلا أنه لا يخلو من سلبيات فهناك بعض المجموعات التي تحولت فعلا إلى رابطات ولكن العلاقات الاجتماعية الطبقية ظلت باقية، وإن كانت قد تجمعت شكلا جديدا، فالوجيه التقليدي هو رئيس الرابطة، وبنو عمه الأقربون هم مكتبها والباقون هم بقية أعضاء الرابطة⁽¹¹⁷³⁾. وهو ما قد يزيد من تعقيد مشكل الأراضي الجماعية سواء على الصعيد الاجتماعي أو الاقتصادي وهو ما يستدعي إيجاد بدائل ملائمة لتطوير الملكيات الجماعية.

المطلب الثاني: الاختصاص والإجراءات

إذا كانت معظم التشريعات والقوانين تخول من تتعرض ملكيته للتشويش أو الاعتداء أن يلجأ إلى القضاء لعرض نزاعه من خلال الدعاوى القضائية⁽¹¹⁷⁴⁾. لحماية ملكيته أو حيازته الظاهرة وذلك حفاظا على الاستقرار في استغلال الملكية

⁽¹¹⁷⁰⁾ لكن مع ذلك هنالك معوقات عملية تحول دون تطبيق التفريد، من هذه المعوقات عدم تحديد بعض المفاهيم كالمساهمة في استمرار اللحياء الذي يعتبر مفهوما عائلا إذ يشمل اعتبارات مادية ومعنوية يصعب تقويمها ومنها كذلك صعوبة توزيع الأراضي بحيث يستفيد كل فرد من قطعة تتوفر على نفس الامتيازات فالعملية تقوم على تقسيم قطع أرضية تتناقض يوميا بفعل التصحر على أفراد يشكلون مجموعة في ازدياد مستمر لذلك لم يتم تفريد الملكيات الجماعية منذ ربع قرن إلا مرتين فقط، واحدة في بلدة (فيد أفيد) في ضواحي بحيرة ألاك والثانية في قرية لهييلة التابعة لعيقة التيدومة في مقاطعة تامشكط، انظر حماد ولد اميمو مرجع سابق، ص 43.

⁽¹¹⁷¹⁾ وتطبيق هذا النوع من التقسيم سيلبي رغبة الكثير من الجماعات الأسباب التالية:
- إن رغبة تملك الأرض قوية جدا في نفوس المزارعين والتقسيم بقصد الاستغلال الدائم سيلبي هذه الرغبة وسيقضى على الجمود الذي يسيطر على أفراد الجماعات الذي لا يريدون إصلاح أرض ليس لهم فيها سوى حق الانتفاع المؤقت.
- إن التقسيم سيخفف من النزاعات القائمة على الرغم من أنه سيتطلب مجهودا كبيرا من طرف السلطات الإدارية المشرفة.
- إن هذا التقسيم سيشجع الجماعات على استثمار أراضيها بطرق عصرية جد منتجة وسيمكنه من مباشرة استصلاح الأراضي الزراعية.

⁽¹¹⁷²⁾ المادة 49 من المرسوم 2010/080

⁽¹¹⁷³⁾ محمد فال ولد عبد اللطيف مرجع سابق ص: 35.

⁽¹¹⁷⁴⁾ ومنها التشريع الموريتاني الذي خول لصاحب الحق اللجوء إلى القضاء لتقرير حقه وحمايته، وذلك من خلال دعوى الاستحقاق العقارية والتي تطالب باسناد ملكية العقار المحفوظ ونزعه من يد حائزه. وأيضا هنالك دعوى الحيازة التي تناولتها المادة 441 في مدون الإجراءات من م أ م أ

والاستفادة منها، وحماية النظام العام في المعاملات، إلا أن المشرع الموريتاني بمقتضى المادة 7 من الأمر القانوني 83/127 استثنى النزاعات العقارية الجماعية من هذه القاعدة وجعل المحاكم غير مختصة بالنظر في هذه النزاعات. وأسند البت في تلك الدعاوي للإدارة وفق مسطرة تحكيم إداري تبدأ بلجان محلية وجاهوية وتنتهي بقرار اللجنة الوطنية على مستوى وزارة الداخلية، بيد أن قرار اللجنة الوطنية والذي هو آخر درجات التحكيم الإداري، قد لا ينهي مسار النزاع بل يطعن فيه لدى قضاء الإلغاء الإداري بالمحكمة العليا حيث تحكم الغرفة الإدارية ابتدائياً ونهائياً فيه، الأمر الذي يتطلب منا تناول مسطرة التحكيم الإداري (فرع أول) ثم مسطرة الطعن القضائي (فرع ثاني).

الفرع الأول: مسطرة التحكيم الإداري

بمقتضى المادة 7 من الأمر القانوني 83/127 يعتبر القانون قد قلص نسبياً لصالح الإدارة من الاختصاص الطبيعي للقضاء، وذلك بمنع القضاء من النظر في الدعاوي العقارية الجماعية وشطب المعروض منها أمامه بقرارات وأحكام غير قابلة للطعن⁽¹¹⁷⁵⁾ وإسناد الاختصاص في تلك الدعاوي للإدارة من خلال مسطرة تحكيم إدارية تبدأ بالمقاطعة والتي يطعن في قراراتها أمام لجنة الولاية ثم، اللجنة الوطنية على مستوى وزارة الداخلية والتي يعتبر قرارها نهائياً في مسطرة التحكيم.

أولاً: التحكيم الإداري على مستوى المقاطعة والولاية

-اللجنة العقارية في المقاطعة:

يدخل تسيير النزاعات العقارية الجماعية ضمن اختصاص لجنة الوقاية وتحكيم النزاعات العقارية في المقاطعة⁽¹¹⁷⁶⁾. يمكن للجنة الوقاية وتحكيم النزاعات العقارية الجماعية في المقاطعة:

أن تعين ضمنها لجنة فرعية برئاسة العمدة المختص ترابيا وتضم مفتش التنمية الريفية وقائد فرقة الدرك⁽¹¹⁷⁷⁾.

تعد هذه اللجنة الفرعية تقريراً وتعرضه على لجنة المقاطعة التي يجب عليها استدعاء ممثلي الأطراف لمحاولة التوصل إلى حل النزاع صلحا وفي حالة فشل هذه المحاولة يمكن للجنة أن تعتبر:

"توصف "بدعوى حوزية" القضية التي خول القانون القيام بها لطائر عقار أو حق عيني على عقار، وذلك بقصد استرجاع حيازته أو استبقائها أو تعطيل أشغال".

⁽¹¹⁷⁵⁾ نصت المادة 7 على أنه لا تقبل الدعاوي العقارية الجماعية لدى العدالة، وتشطب المحاكم من مداولاتها على كل الدعاوي التي تكتسى نفس الطابع والمعروضة أمامها حالياً

⁽¹¹⁷⁶⁾ المادة 23 من قانون 2014/ 075 "تكلف اللجنة العقارية بالمقاطعة بوقاية وتحكيم النزاعات العقارية الجماعية. لذلك فهي معنية بدارسة كل ملف يتعلق بنزاع ويجوز لها القيام بجميع التحريات الضرورية لإبراز حقيقة الأحداث من أجل تقديم حل عادل للنزاع. تسهر اللجنة العقارية المقاطعية لوقاية وتحكيم النزاعات العقارية الجماعية على تطبيق القرار الحاصل جراء التسوية بالطريقة الودية بين الأطراف. وهي تطلع اللجنة العقارية للولاية على جميع الملفات التي لم تجد جلا على مستواها".

⁽¹¹⁷⁷⁾ المادة 24 جديدة من نفس المرسوم "تضم اللجنة العقارية المقاطعية كل من - حاكم المقاطعة رئيساً - عمدة البلدية المركزية - مفتش وزارة التنمية الريفية في المقاطعة - ممثل المديرية العامة للعقارات وأملاك الدولة - رئيس مصلحة الزراعة في المقاطعة - رئيس مصلحة المياه في المقاطعة - ممثل مصلحة البيئة في المقاطعة - ممثل المزارعين والمنمين - الشخصين أثنتين مشهود لهما بالاستقامة الخلفية يعينان من طرف الوالي بناء على اقتراح من الحاكم"

إما أن النزاع ذو طابع جماعي بالمعنى المقصود في المادة 7 من الأمر القانوني وفي هذه الحالة تواصل تحرياتها وجهودها بغية التوصل إلى حل نهائي للنزاع أو إلى قرار التحكيم. وإما أن النزاع مقبول أمام العدالة وفي هذه الحالة فإنها تقوم بتبليغ الأطراف بأنها تعتبر نفسها غير مختصة مع دعوتهم إذا رغبوا في ذلك إلى اللجوء إلى العدالة⁽¹¹⁷⁸⁾.

وفي حالة ما إذا كانت الأرض موضوع النزاع قد عرفت بداية استغلال مثبت منه من قبل اللجنة الفرعية المذكورة سابقا فإن الطرف المستقل يحتفظ بالأرض أن على أن لا ينجز فيها أي استصلاح جديد ما لم يكن لحمايتها من التلف ريثما يتم التوصل إلى حل.

لا تراعي قيمة المصاريف المستثمرة في الأرض أثناء فترة عرض النزاع بشأنها على الهيئات التحكيمية أو القضائية إذا كان قد تم دعوى من يحتلونها إلا في حالة الطرف المحكوم له⁽¹¹⁷⁹⁾.

تدرس اللجنة العقارية للمقاطعة بنفسها ملف النزاع ، كما تقوم باقتراح حل على الأطراف، لكنها في حال فشل مساعي الصلح تجتمع في غياب الأطراف لاتخاذ قرار تسجله في محضر التحكيم، يعرض هذا القرار على لوحة في مقر المقاطعة كما ينشر على الملأ ويمنع الأطراف أجل ثلاثين يوما لإبلاغ الحاكم قبولهم أو رفضهم التحكيم ، وفي حالة الرفض المبلغ كتابيا من قبل أحد الأطراف على الأقل فإن الحاكم يدعو هؤلاء إلى رفع النزاع إلى لجنة الولاية التي يحال إليها ملف القضية سبعة أيام بعد تبليغ الرفض ويرفق الحاكم ملف النزاع بتقرير مفصل.

اللجنة العقارية في الولاية: تملك الولاية هي الأخرى نفس الاختصاص حيث تقوم هذه اللجنة برئاسة الوالي وعضوية ممثلي المصالح المعنية⁽¹¹⁸⁰⁾. بالنظر في الطعون المقدمة إليها بشأن قرارات لجنة المقاطعة الآتفة الذكر ، وذلك على أساس المستندات الموجودة وما يدلى به الطرف الطاعن من حجج قديمة وجديدة ، وبعد دراسة الملف يمكن للجنة الولاية أن تقوم بجميع التحريات ومساعي الوساطة من أجل التوصل إلى حل ودي بيد أن التحريات ومساعي الوساطة المذكورة لا يمكن أن تتجاوز شهرين اعتبارا من تلمى الوالي ملف النزاع وعند انقضاء الأجل تجتمع لجنة الوقاية وتحكيم النزاعات العقارية في الولاية للبت في النزاع بعد الاستماع بنفسها إلى الأطراف المتنازعة ويتم عرض محضر الصلح أو قرار التحكيم الصادر عن لجنة الولاية بواسطة المصنقات ، كما يطلع عليها علنا الأطراف الذين يمنحون أجل 15 يوما كاملا لتبليغ الوالي إما بقبولهم أو رفضهم قرار التحكيم، وفي حالة القبول يتم التنفيذ من قبل لجنة الوقاية وتحكيم النزاعات العقارية الجماعية في المقاطعة بحضور جميع الأطراف، كما يرفع الحاكم تقريرا عن ظروف هذا التنفيذ وفي حالة ، الرفض يبلغ الوالي اللجنة الوطنية أ. م كما يرفع إلى وزير الداخلية ملف النزاع مرفقا بتقرير مفصل⁽¹¹⁸¹⁾.

⁽¹¹⁷⁸⁾ المادة 104 من المرسوم 2010/080

⁽¹¹⁷⁹⁾ المادة 105 من نفس المرسوم

⁽¹¹⁸⁰⁾ المادة 22 من مرسوم 2014/075 تشكل اللجنة العقارية للولاية كما يلي :- الوالي رئيسا - المندوب الجهوي لوزارة التنمية الريفية - المندوب الجهوي لوزارة البيئة - المندوب الجهوي لوزارة المياه - الممثل الجهوي للمديرية العامة للعقارات وأملاك الدولة - المندوب الجهوي لوزارة المكلفة بالعمران والاستصلاح الترابي - ممثلان إثنان عن المزارعين والمتممين يعينان في مقرر من الوالي- شخصيتان مشهود لهما بالاستقامة الخلية يعينان من طرف وزير الداخلية بناء على اقتراح من الوالي.

⁽¹¹⁸¹⁾ المادة 109 م 2010/080.

التحكيم على مستوى اللجنة الوطنية

تتمثل مهمة اللجنة الوطنية المكلفة بوقاية وتحكيم النزاعات العقارية الجماعية في معالجة النزاعات العقارية الجماعية. تبلغ اللجنة الوطنية المكلفة بوقاية وتحكيم النزاعات العقارية الجماعية من طرف وزير الداخلية وعندها تكون مخولة في القيام بكل ما تراه ضروريا لتمكين من اقتراح حل عادل للنزاع. ولا تعالج اللجنة الوطنية المكلفة بوقاية وتحكيم النزاعات العقارية الجماعية لغير النزاعات التي سبقت معالجتها على مستوى الولاية والمقاطعة على التوالي.

تبدى اللجنة الوطنية المكلفة بوقاية وتحكيم النزاعات العقارية الجماعية رأيا مبررا حول كل ملف يعرض عليها⁽¹¹⁸²⁾

ولا يمكن لهذه اللجنة أن تتجاوز تحرياتها ثلاثة أشهر ، وتجتمع لاقتراح حل على وزير الداخلية⁽¹¹⁸³⁾.

يحيل الوزير قرار تحكيمه إلى الوالي الذي يبلغه إلى الأطراف المتنازعة ولا يمكن لأية لجنة أن تحل محل أخرى، ويكتسي قرار تحكيم الوزير صبغة النفاذ الفوري ، ويتم تنفيذه من قبل الوالي بحضور الأطراف، وفي الأيام الثمانية الموالية للتنفيذ يرفع الوالي إلى الوزير تقريرا عن ظروف تنفيذ قرار اللجنة المكلفة بوقاية وتحكيم النزاعات العقارية الجماعية ولا يمكن تعليق أو تأجيل التنفيذ⁽¹¹⁸⁴⁾.

ولضمان استقلالية التحكيم الإداري نص المشرع على أنه لا يجوز للجنة الوطنية أن تحل محل اللجنة الجهوية في الولاية أن تحل محل لجنة الوقاية والتحكيم على مستوى الولاية ، كما لا يجوز للجنة الولاية أن تحل محل لجنة المقاطعة حتى وإن حل الوالي محل الحاكم لسبب ما⁽¹¹⁸⁵⁾.

كما أن المشرع حاول أن يحد من بقاء الإجراءات التي تتبعها هذه اللجان في حل النزاعات. من خلال تحديده إلزامية أن تبت لجنة التحكيم على مستوى الولاية في كل نزاع تم وصوله إليها من لجنة المقاطعة وذلك في ظرف شهرين على الأكثر اعتبارا من تلقي الوالي ملف النزاع (المادة 109 من المرسوم 2010/080).

الفرع الثاني: مسطرة الطعن القضائي

من المعلوم أن دور القضاء الإداري ذا أهمية قصوى في الموازنة بين مصلحة الإدارة التي ينبغي أن تكون دائما مصلحة عامة ، وبين مصلحة الأفراد الخاصة ولتحقيق هذه الموازنة لا بد للقاضي أن يجتهد ويبتكر لإرساء قدر من العدل والإنصاف، كما لا يجوز منع أي شخص من اللجوء إلى القضاء للطعن في قرار إداري يدعي أنه أضر

⁽¹¹⁸²⁾ المادة 20 " تتألف اللجنة الوطنية المكلفة بوقاية وتحكيم النزاعات العقارية الجماعية كما يلي: ممثل عن الوزارة المكلفة بالمالية -ثلاثة ممثلين عن الوزارة المكلف بالعمران - ممثل عن الوزارة المكلفة بالبيئة - ممثل عن الوزارة المكلفة بالعدل - ممثلون عن المزارعين والمنميين والمنظمات الغير حكومية الناشطة في مجال البيئة، تحدد إجراءات تعيينهم بمقرر مشترك من وزراء الداخلية والتنمية الريفية والبيئة".

⁽¹¹⁸³⁾ المادة 19 من المرسوم 2014/075 3 (المادة 113)

⁽¹¹⁸⁴⁾ المادة 104 و المادة 108 من المرسوم 2010/080

⁽¹¹⁸⁵⁾ المادة 114 من نفس المرسوم

بمصالحه لذلك تطال مسطرة الطعن الإداري القضائي قرار اللجنة الوطنية للنزاعات العقارية الجماعية مع أن قرار اللجنة الوطنية نهائيا في مسطرة التحكيم الإداري، لأنها بمثابة جهة استئنافية لقرارات لجنة الولاية إلا أنه بالنظر إلى تكوين هيئاتها ورئاستها من طرف وزير الداخلية تعتبر سلطة إدارية ولا يمكن إضفاء الصبغة القضائية على قراراتها ، إذ تبقى قرارات إدارية ككل القرارات الإدارية قابلة للطعن فيها بالإلغاء طبقا للمواد 28 ، 151 ، 163 من ق ا م ت⁽¹¹⁸⁶⁾.

ويختلف موقف التشريع الموريتاني مع بعض التشريعات الأخرى التي لا تقبل الطعن في هذه القرارات⁽¹¹⁸⁷⁾

وتخضع دعوى إلغاء القرارات الإدارية في النزاعات العقارية الجماعية للقواعد التي تخضع لها دعوى الإلغاء. فدعوى الإلغاء ترفع للمطالبة بإلغاء أو إنهاء العمل بالقرار الإداري لكونه معيبا أو مشوبا بعيب من عيوب عدم المشروعية ودعوى الإلغاء هذه لا تقبل إلا بتوافر شروطها الشكلية وهي تلك الخاصة بشروط دعوى الإلغاء وشروطها الموضوعية وهي تلك المتعلقة بالعيوب التي تشوب موضوع القرار الإداري فتخول الحق في طلب الإلغاء⁽¹¹⁸⁸⁾.

⁽¹¹⁸⁶⁾ نشير إلى أن هذا الاختصاص مثار إشكال واختلاف كبير بين القضاة و الإداريين فيرى معظم الإداريين أن قرار اللجنة الوطنية قرار نهائي لا يطعن فيه أمام القضاء ويستندون في ذلك لنص المادة 7 من الأمر القانوني 83/27 التي تنص على أن النزاعات العقارية الجماعية غير مقبولة أمام العدالة وأن المشرع عزل القضاء عن هذه النزاعات لأنها محدودة في الزمان والمكان وقائمة على صيغة من التملك لم يعد القانون يقرها (الملكية التقليدية)

فكان من المناسب تصفيتيها بالسرعة التي تتناسب مع ضرورة القضاء عليها نهائيا وأن نص المادة 7 نص خاص يقيد النص العام الوارد في مدونة الاجراءات. انظر محمد فال ولد عبد اللطيف محاضرات في المادة العقارية ، المدرسة الوطنية للإدارة، 2013، ص : 3
أما موقف معظم القضاة فيرون أن قرار اللجنة الوطنية بشأن النزاعات العقارية الجماعية يطعن فيه أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا لأنه لا يوجد نص في التشريع الموريتاني ينص على عدم قابليته للطعن ، ولأن الغرفة الإدارية تختص بالبت فيه ليس كنزاع عقاري جماعي وإنما كقرار إداري يطال الطعن بالإلغاء ككل القرارات الإدارية ،

انظر القاضي محمد عبد الرحمن ولد عبيدي، الملكية العقارية الخاصة وتطبيقاتها في قرارات المحكمة العليا والمذهب المالكي، رسالة لنيل شهادة الماستر . جامعة شنقيط العصرية، السنة الجامعية 2011-2012

والذي نرى أنه يطعن فعلا في القرار الصادر عن اللجنة الوطنية ليس بوصفه نزاعا عقاريا جماعيا وإنما باعتباره قرارا اداريا مستوفيا لجميع شروط ومقومات القرار الإداري باعتباره صادرا عن سلطة ادارية مختصة تملك حق إصداره ، كما انه نهائي في مسطرة التحكيم الإداري ومن ثم فانه مؤثر في المراكز القانونية للأطراف ، كما أنه في إطار دعوى الإلغاء التي هي دعوى قانون عام تكون كل القرارات الادارية متى توفرت فيها شروط ومقومات القرار الإداري قابلة للطعن فيها بالإلغاء، بالإضافة إلى أنه لا يوجد نص قانوني يمنع الطعن في هذه القرارات.

⁽¹¹⁸⁷⁾ فبعض التشريعات لا تقبل الطعن في قرارات لجنة الوصاية التي تشرف على حل النزاعات العقارية الجماعية كما في التشريع المغربي مثلا حيث يتولى مجلس الوصاية الذي يرأسه وزير الداخلية البت في قرارات النزاعات المرتبطة بأراض الجموع لكن قراراته لا تقبل الطعن، حسب الفصل 12 من ظهير 27 إبريل 1919

" تحرر المقررات من طرف النائب ويوقع عليها من جميع أعضاء المجلس وتكون المقررات غير مدعمة بالأسباب وغير قابلة للطعن" ويلاحظ ان المحاكم في المغرب دأبت منذ سنوات على قبول الطعن في مثل هذه القرارات لكن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى تشبثت بحرفية النص المذكور في عدة قرارات وألغت الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية التي قبلت الطعن بالإلغاء في قرارات مجلس الوصاية ،

فقد أكدت أن " المنازعات التي تنشأ عن توزيع الانتفاع بالأراضي الجماعية تعرض أولا على جماعة النواب لتب فيها طبقا للاعراف ومثل هذا القرار لا يقبل الطعن أمام أية جهة أخرى غير مجلس الوصاية التي تعتبر مقرراته غير قابلة للطعن فيها أمام المحاكم الإدارية مادامت تدخل في إطار استغلال الأراضي الجماعية والانتفاع بها" انظر بو عزاوي جمعة ، القانون الإداري للأملك الطبعة الأولى 2013 ص: 23-24

⁽¹¹⁸⁸⁾ د/ ملكية الصروح القانون الإداري / دراسة مقارنة ، الطبعة السابعة مع آخر المستجدات 2010 ص: 508

ويرجع الاختصاص في دعوى الإلغاء بالملكية العليا ، حيث تنظر غرفتها الإدارية ابتدائيا ونهائيا في الطعون التي يقام بها بسبب الشطط في استعمال السلطة أو في تقدير شرعية القرارات الإدارية ذات الطابع الفردي أو التنظيمي⁽¹¹⁸⁹⁾ ولا يجوز أن تتعهد المحكمة في القضايا الإدارية إلا عن طريق عريضة ضد قرار إداري صريح أو ضمني.

ولا تكون العريضة الفاتحة للدعوى مقبولة إلا من خلال أجل شهرين يسرى من تاريخ إبلاغ القرار المطعون فيه⁽¹¹⁹⁰⁾. ونشير إلى أن قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا يكون إما بإلغاء القرار المطعون فيه وإما بتأكيد.

ولا يجوز إلغاء القرارات الإدارية المطعون فيها بسبب الشطط في استعمال السلطة إلا بناء على أسباب مستنتجة من العيوب المؤثرة على الشرعية الخارجية بسبب عدم اختصاص من أصدر القرار المعيب في شكله أو إجراءاته وإما الشرعية الداخلية بسبب خرقه لقاعدة قانونية أو تجاوز حدود السلطة⁽¹¹⁹¹⁾.

ونشير إلى أنه يجوز للمحكمة العليا بصفة استثنائية وبناء على طلب صريح من الطرف العارض أن تأمر بوقف تنفيذ القرارات التي قدم ضدها الطعن بالالغاء.

لكن لا يجوز أن يمنح وقف التنفيذ إلا إذا كانت الأسباب المثارة تبدو جدية وكان الضرر الذي سيلحق بالعارض غير قابل للإصلاح⁽¹¹⁹²⁾.

⁽¹¹⁸⁹⁾ المادة 280 من (م ا م ت ا)

⁽¹¹⁹⁰⁾ المادة 150 من (م ا م ت ا)

⁽¹¹⁹¹⁾ المادة 163 من (م ا م ت ا)

⁽¹¹⁹²⁾ المادة 164 من م ا م ت ا

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}

www.Droitetentreprise.com



محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

Péripéties historiques de l'arbitrage

✍ Elkbir MESHALI

Doctorant au Laboratoire Droit des Affaires
FSJES Settat université Hassan 1er

De nos jours, nous ressentons avec force cette mondialisation féroce qui a bouleversé le cours du monde, à plusieurs égards, et notamment au niveau de la scène politique, de la sphère économique et financière et de la norme juridique et judiciaire des pays formant notre globe¹¹⁹³.

Ainsi, la croissance technologique, conjuguée à l'autonomisation industrielle des pays, a permis de créer un scénario mondial caractérisé par de nombreuses transactions très rapides. Il est naturel, au milieu de cette commercialisation intense à l'échelle mondiale, qu'il y ait des frictions tant dans les sphères publique que privée, amenant le conflit à recourir à une forme de résolution du différend.

Ainsi, à la lumière des caractéristiques commerciales actuelles, les parties sont censées rechercher le moyen le plus équitable et le plus rapide de régler leur différend, la décision par défaut ou injuste de ce dernier pouvant représenter un préjudice économique important pour l'une des parties ou les deux.

L'institut d'arbitrage a été qualifié de forme de résolution de conflit très bien adaptée aux exigences internationales, car il présente des avantages tels que la neutralité territoriale, en ce qui concerne le tribunal à utiliser ; le secret quant à la matière ; la possibilité de choisir des arbitres expérimentés et techniques dans un domaine donné ; des coûts inférieurs à ceux d'une procédure judiciaire ; plus rapide que la voie judiciaire. Il est entendu que chaque État a sa souveraineté et son autonomie, étant gouverné sur son territoire par son propre ordre juridique.

Ainsi, au niveau international, il est difficile de mettre en place un tribunal unique qui ait la légitimité nécessaire pour juger des différents conflits entre pays. Compte tenu de cette situation, l'arbitrage international - parce qu'il s'agit d'une forme de résolution de conflit dans laquelle intervient une ou plusieurs personnes choisies par les parties intéressées et dans lequel la procédure d'arbitrage est déterminée par les parties en vue de générer la sentence arbitrale – plus impartiale à la flexibilité que réclament des conflits de cette ampleur.

Cependant, grâce à cette flexibilité, il est possible d'identifier, au cours de l'arbitrage international, l'incidence des systèmes juridiques de différentes nations, les normes des conventions et traités internationaux, les règles stipulées par les tribunaux arbitraux déjà constitués ou même, de règles établies par les parties ou d'un ensemble de règles choisies par celles-ci, ce qui entraîne par conséquent une incertitude quant à leur validité devant l'ordre juridique national, puisque la sentence arbitrale générée par l'arbitrage international doit être déclarée reconnue et exécutoire. Au Maroc c'est par le président de la juridiction commerciale dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue, ou par le président de la juridiction commerciale du lieu d'exécution si le siège de l'arbitrage est situé à l'étranger, observant, au cours de cette analyse, le respect de certaines

¹¹⁹³ M. TAMOURO, « Droit de l'arbitrage interne et international, Droit et pratique de l'arbitrage international au Maroc », UIR, 2015-2016, p.4.

exigences. En outre, la communauté internationale comprend que la sentence arbitrale est valable entre les parties concernées et peut donc être efficace de différentes manières dans chaque Etat.

Pourquoi l'arbitrage a-t-il si prospéré dans le domaine des relations commerciales internationales ?

Étant donné les qualités et les difficultés de l'arbitrage international, cet article entend clarifier le concept et les types d'arbitrage et, parallèlement, aborder la loi 08/05¹¹⁹⁴ chaque fois utile, avec son règlement sur l'arbitrage international, permettant finalement, un point de vue sur la résolution des conflits dans le commerce international avec le recours à l'arbitrage, est ce pour bien le décanter des incertitudes et des insécurités qui surgissent naturellement lorsqu'une partie domiciliée dans un pays conclut un accord avec un autre domicilié dans un autre pays ?

A. Concept et types d'arbitrage

Donner une définition précise à l'arbitrage¹¹⁹⁵ est une gageure, compte tenu de la diversité et de l'immense richesse du concept.

1) Concept

Il existe plusieurs concepts sur ce que serait un arbitrage, mais il peut être défini comme suit :

L'arbitrage, traditionnellement dénommé « arbitrage commercial », mais dont le domaine excède désormais assez largement celui du droit commercial, est un mode alternatif de règlement des litiges ; il est « alternatif » dans le sens où il propose le traitement d'un litige en dehors du cadre judiciaire d'un recours aux tribunaux étatiques. Il n'en est pas moins un mode de règlement juridictionnel du litige, et c'est pourquoi on le distingue des autres modes alternatifs de règlement des litiges, également conventionnels dans leur source, mais non juridictionnels dans leur régime¹¹⁹⁶.

C'est un règlement des litiges rapide, équitable et de qualité qui contribue à la stabilisation des relations économiques et à l'amélioration du climat des affaires. De même doit-on se garder d'exagérer et de croire la justice arbitrale nécessairement moins coûteuse que la justice étatique. Sous ces réserves, on peut admettre que « speed, convenience and economy » sont trois vertus maîtresses de l'arbitrage.¹¹⁹⁷

Vieille comme le monde, l'institution arbitrale a fait, et continue à faire, l'objet de tant de commentaires et d'analyses qu'il semble aussi impossible que superflu d'y ajouter quelque chose. On est tenté de citer ici La Bruyère et de remarquer que, sur l'arbitrage, « tout est dit et l'on vient trop tard » et que l'« on ne fait que glaner après les Anciens et les habiles d'entre les Modernes »!¹¹⁹⁸

L'arbitrage a pour objet de faire trancher un litige par un tribunal arbitral qui reçoit des parties la mission de juger en vertu d'une convention d'arbitrage¹¹⁹⁹.

Le tribunal arbitral est un organe non gouvernemental constitué de personnes choisies par les parties ou désignées conformément à la procédure établie par la loi en vue de régler le différend.

¹¹⁹⁴ Loi n°08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du Code de procédure Civile a été promulguée par le dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 et publiée au bulletin Officiel n° 5584 du Jeudi 6 Décembre 2007.

¹¹⁹⁵ Vient du mot arbitre, Etymologie : du latin arbitror, tri=témoin (qui assiste à une chose), juge ; dérivé, le verbe : arbitror, are=observer, épier, penser.

¹¹⁹⁶ Dominique Vidal, « Droit français de l'arbitrage interne et international », Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2012.p. 14.

¹¹⁹⁷ Johnson, « Arbitration in English and International Law » (1956) 41, Transactions of the Grotius Society, p. 96, cité par E. J. Conn, « The Rules of Arbitration of the I.C.C. », International and Comparative Law Quarterly, January 1965, p. 132.

¹¹⁹⁸ Jean de La Bruyère, « Les Caractères, Des ouvrages de l'esprit, I », éd.1696.

¹¹⁹⁹ Article 306 de la loi 08/05.

Dans le contexte du droit international privé au sens large l'arbitrage commercial international ¹²⁰⁰ est probablement le domaine par excellence de l'autonomie des parties, ainsi que celui où le recul de l'Etat est le plus marqué. En effet, au cours des cinquante dernières années l'arbitrage n'a pas cessé de gagner de liberté par rapport aux systèmes juridiques des Etats en même temps qu'il continuait à gagner d'importance comme instrument alternatif aux juridictions étatiques pour le règlement des litiges dans les rapports commerciaux internationaux.

Souvent considéré comme un succédané de la justice étatique, l'arbitrage consiste, on le sait, dans le règlement des litiges par de simples particuliers choisis par les parties, soit directement, soit, tout au moins, selon des mécanismes convenus ou acceptés par elles. Que ce soit en matière interne ou en matière internationale, qu'il s'agisse de relations privées ou de relations interétatiques, l'essence de l'institution est la même : fondée sur un accord, elle tend à obtenir le règlement d'un litige par une décision émanant d'une ou plusieurs personnes choisies par les parties . . . « par des juges de leur choix », comme dit la Convention de La Haye de 1907 sur le règlement pacifique des différends entre Etats. ¹²⁰¹

Aux termes de la loi 08/05, "les parties intéressées peuvent soumettre le règlement de leurs différends au tribunal arbitral au moyen d'une convention d'arbitrage, ainsi entendant le compromis et la clause d'arbitrage"¹²⁰². Avec cela, les parties, exerçant le principe de l'autonomie de la volonté, déterminent de manière consensuelle la procédure d'arbitrage ; l'objet de l'arbitrage ; le lieu de l'arbitrage ; le nombre d'arbitres ; la loi qui sera appliquée au litige ou à la résolution en équité.

Comme indiqué précédemment, le compromis d'arbitrage et la clause d'arbitrage sont des points essentiels d'un arbitrage, car elles représentent un accord entre les parties, d'un différend actuel ou futur, qui définit le règlement du différend par l'arbitrage. En ce qui concerne la définition des deux formes de convention d'arbitrage, le compromis d'arbitrage est défini par l'accord consensuel des parties qui établit le règlement du conflit actuel entre elles par voie d'arbitrage. En revanche, une clause d'arbitrage¹²⁰³ est un type de convention d'arbitrage, insérée dans un contrat ou un document séparé qui la mentionne, par laquelle les parties établissent que les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat seront réglés par des arbitres. Ainsi, la divergence générale entre les deux formes de convention d'arbitrage est que le compromis d'arbitrage est un différend en cours¹²⁰⁴ et que la clause d'arbitrage fait référence à un différend futur¹²⁰⁵.

2) Types d'arbitrage

Il existe deux formes de procédure d'arbitrage : l'arbitrage ad hoc et l'arbitrage institutionnel. Un arbitrage ad hoc est un arbitrage dans lequel les parties par convention (le compromis ou la clause d'arbitrage) décident de la manière dont l'arbitrage se déroulera par rapport à leur objet ; arbitre (s) ; règles ; local ; procédures. En d'autres termes, les parties sont responsables de l'ensemble de l'administration de l'arbitrage et doivent respecter les règles du droit de l'arbitrage et des autres lois

¹²⁰⁰ Par ce terme on se réfère ici à l'arbitrage entre personnes privées (ou entre personnes privées et entités étatiques étrangères) portant sur des litiges commerciaux et présentant des rattachements à plusieurs Etats. Pour plus de détails, aussi au sujet des particularités de cette terminologie dans les conventions internationales et les droits nationaux, voir Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *On International Commercial Arbitration*, La Haye, Boston, Londres, 1999 (ci-après Fouchard-Gaillard-Goldman), pp. 9 ss. ; J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Paris, Zurich, 2002 (Poudret-Besson), pp. 23 ss. ; J. D. M. Lew, L. A. Mistelis et S. M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haye, Londres, New York, 2003 (Lew-Mistelis-Kröll), pp. 49 ss.

¹²⁰¹ Article 37 de la Convention de La Haye de 1907.

¹²⁰² Article 307 de la loi 08/05.

¹²⁰³ La clause d'arbitrage n'est valable qu'entre commerçants.

¹²⁰⁴ Article 314 de la loi 08/05.

¹²⁰⁵ Article 316 de la loi 08/05.

en la matière afin de parvenir à un consensus sur l'ensemble de la procédure d'arbitrage. Ce type d'arbitrage est guidé par le principe de l'autonomie des parties, puisque la procédure d'arbitrage est établie selon leur volonté.

Entre-temps, l'arbitrage institutionnel est un processus dans lequel les parties, par consensus, choisissent une institution d'arbitrage qui administrera l'arbitrage, en désignant les arbitres ; les règles ; la législation ; l'emplacement ; les délais ; langue ; mener le procès ; entre autres questions liées à l'arbitrage conformément à son règlement. Ce type est caractérisé par des questions de procédure d'arbitrage par les parties, préservant un comportement d'éthique et de secret. Les institutions d'arbitrage représentent généralement une sécurité et une agilité pour les parties, dans la mesure où elles suivent des règles de fonctionnement interne, selon la loi 08/05 dans son article 319, alinéa 3 « ...seront respectées les règles relatives aux droits de la défense », en plus ils ont des arbitres avec des connaissances techniques et spécialisées dans plusieurs domaines, constituant une véritable structure pour l'exécution de l'arbitrage.

Au niveau international, l'arbitrage institutionnel est très efficace, considérant qu'il s'agit d'une relation entre entreprises, individus et États-nations avec des lois, des langues et des cultures différentes, représentant un éventail de décisions à prendre pour un arbitrage équitable, et avec l'institution intermédiaire, tout devient une responsabilité de la même manière, générant moins d'usure entre les parties et assurant une relation plus saine entre elles.

Le contrat est conclu sous les formes suivantes :

1) La convention est incluse dans le texte du contrat économique extérieur (le compromis d'arbitrage).

Conformément à la législation marocaine en vigueur, le compromis d'arbitrage contenu dans le texte du contrat est toujours traité comme une transaction distincte et indépendante du contrat principal, la transaction. Ainsi, la reconnaissance d'un accord de commerce extérieur invalide n'invalidera pas la clause d'arbitrage et le différend sera examiné¹²⁰⁶.

La solution admise (l'arrêt Gosset¹²⁰⁷, l'arrêt Impex¹²⁰⁸, l'arrêt Toulouzy¹²⁰⁹ en France et l'arrêt Prima Paint¹²¹⁰ au Etats-Unis) a été reprise au point qu'il apparaît, à raison de sa conformité à l'attente des parties et aux intérêts du commerce international, qu'elle devient un élément des « principes généraux de l'arbitrage auxquels les arbitres du commerce international se réfèrent volontiers quel que soit le lieu où ils siègent »¹²¹¹. Ce principe est également énoncé à l'article 16§1 de la loi type de la CNUDCI ainsi qu'à l'article 6 §9 du règlement d'arbitrage de la CCI.

2) Une clause d'arbitrage distincte. A cet effet l'article 308 de la loi 08/05 dispose que « la clause d'arbitrage est réputée être une convention indépendante des autres clauses du contrat. La nullité,

¹²⁰⁶ Une décision rendue par la Cour de Commerce de Casablanca a rendu un arrêt par lequel elle reconnaît une sentence arbitrale internationale et en donne l'exequatur à l'encontre d'une société n'ayant pas signé la clause compromissoire et n'ayant pas été partie au contrat contredisant alors le Jugement de Première Instance avait accordé l'exequatur, mais partiellement et à l'encontre d'une seule partie au litige (la partie contractante). La sentence arbitrale dont il s'agit, en application du Droit Suisse, avait étendu les effets de l'arbitrage à des sociétés du Groupe n'ayant pas signé de clause compromissoire ni souscrit à la convention objet du litige. Le dossier impliquant la Société Ynna Holding en 2015.

¹²⁰⁷ Cass.civ.1^{ère}, 7 mai 1963, Gousset.

¹²⁰⁸ Cass.civ.1^{ère}, 18 mai 1971, Impex.

¹²⁰⁹ Cass.com, 9 avril 2002, Toulouzy.

¹²¹⁰ Cour suprême des Etats-Unis, 12 juin 1967, Prima Paint.

¹²¹¹ Fouchard, Gaillard et Goldman, n° 392 et 406 ; cf. Paris, 7 juin 2001, Hellfrance, Rev. Arb. 2001.616 :l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal est un principe général de droit de l'arbitrage commercial international.

la résiliation ou la cessation du contrat n'entraîne aucun effet sur la clause d'arbitrage comprise avec ledit contrat lorsque celle-ci est valable en soi ».

Conformément à la Convention de New York de 1958, la législation de la plupart des pays, y compris la Maroc, une convention d'arbitrage est requise pour se conformer à la forme écrite¹²¹². Ainsi l'exigence d'une forme écrite d'un accord d'arbitrage, permet sa conclusion sous toute autre forme¹²¹³, étant donné qu'il existe des États dans lesquels aucune loi n'impose de forme écrite pour un accord d'arbitrage. L'arbitre ne peut pas représenter les intérêts des parties dans les procédures d'arbitrage. L'une des tâches principales des arbitres est la confidentialité des différends examinés par l'instance d'arbitrage¹²¹⁴.

- Dans *l'application de l'arbitrage institutionnel* (l'arbitre est nommé par la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale)¹²¹⁵.

- *Lorsqu'elles forment un groupe spécial d'arbitrage*, les parties choisissent indépendamment un arbitre individuel (à moins que les parties n'aient convenu qu'un arbitre sera nommé, trois arbitres seront nommés, chaque partie désignant un arbitre, deux arbitres nommés par les parties, choisissent le troisième arbitre, qui est un arbitre (le responsable de l'arbitrage ad hoc).

Aussi un arbitre ne peut être récusé que si des circonstances soulèvent des doutes raisonnables quant à son impartialité ou à son indépendance, ou s'il ne dispose pas des qualifications requises par l'accord des parties¹²¹⁶. Une partie ne peut contester un arbitre qu'elle a désigné ou pour lequel elle a été partie que pour des raisons qui lui sont connues après sa nomination¹²¹⁷. Son révocation ne peut avoir lieu qu'à la suite du consentement unanime des parties¹²¹⁸. Dans sa forme, la révocation est normalement expresse, et résultera, soit par un procès-verbal en cours d'arbitrage ou d'une lettre adressée par les parties aux arbitres¹²¹⁹.

¹²¹² Article 313 : « La convention d'arbitrage doit toujours être établie par écrit, soit par acte authentique ou sous seing-privé, soit par procès-verbal dressé devant le tribunal arbitral choisi. La convention d'arbitrage est réputée établie par écrit lorsqu'elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunication considéré comme convention et qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange de conclusions en demande ou de conclusions en défense, dans lesquelles l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre... ».

¹²¹³ La souplesse de ces dispositions relatives à l'établissement de la preuve de la convention d'arbitrage a mis fin la rigidité des dispositions de l'ancien article 309 (alinéa 2) du code de procédure civile de 1974 qui disposait que « les parties peuvent, lorsque le contrat concerne un acte de commerce, désigner à l'avance dans la convention même, le ou les arbitres. Dans ce cas, la clause doit être écrite à la main et spécialement approuvée par les parties, à peine de nullité ». Abdallah KHALIL, « L'arbitrage en droit marocain », sur : <https://cimed.org/larbitrage-en-droit-marocain-par-mr-abdallah-khial/>. visité le 27/08/2019 à 14h37.

¹²¹⁴ Article 326 de la loi 08/05.

¹²¹⁵ **La cour marocaine d'arbitrage (CMA)** est la principale institution nationale de règlement des différends commerciaux internationaux. CASABLANCA TECHNOPARK, route de Nouaceur, Casablanca – Maroc.

¹²¹⁶ L'article 327-3 de la loi 08/05 vise l'un des cas de mise en jeu de la responsabilité des arbitres.

¹²¹⁷ Article 322 de la loi 08/05.

L'article 323 énumère les motifs de la récusation d'un arbitre quand :

- 1 - il a fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'un des faits énumérés à l'article 320 ci-dessus ;
- 2 - il a ou son conjoint ou ses ascendants ou descendants un intérêt personnel direct ou indirect à la contestation ;
- 3 - il y a parenté ou alliance entre l'arbitre ou son conjoint et l'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclusivement ;
- 4 - il y a procès en cours ou quand il y a eu procès terminé depuis moins de deux ans entre l'une des parties et l'arbitre ou son conjoint ou leurs ascendants ou descendants ;
- 5 - il est créancier ou débiteur de l'une des parties ;
- 6 - il a précédemment plaidé ou postulé ou déposé comme témoin sur le différend ;
- 7 - il a dû agir comme représentant légal de l'une des parties ;
- 8 - il existe un lien de subordination entre l'arbitre ou son conjoint ou ses ascendants ou descendants et l'une des parties ou son conjoint ou ses ascendants ou descendants.
- 9 - il y a amitié ou inimitié notoire entre l'arbitre et l'une des parties.

¹²¹⁸ Article 324 de la loi 08/05.

¹²¹⁹ JEAN, Robert. , « L'arbitrage : droit interne, droit international privé ». Paris : Édition Dalloz 6e édition. P.93.

L'arbitre a le droit de se déclarer lui-même pour les motifs suivants :

- une déclaration aux parties (l'arbitre dans ce cas peut lui-même refuser de participer à la procédure qu'avec l'accord des parties);
- en cas de perte de confiance des parties et de l'arbitre ou lorsqu'un fait nouvel essentiel intervenant après l'acceptation par l'arbitre dénature le compromis ou la mission de l'arbitre¹²²⁰.

B. L'arbitrage international dans la sphère commerciale

L'originalité essentielle de l'arbitrage commerciale international provient du fait que ses règles prennent fortement en compte les usages du commerce international ou plus précisément la *lex mercatoria* comme étant une règle juridique dans les règlements du litige confié aux arbitres.

1) Lex Mercatoria en tant que source d'arbitrage international

Les sources de l'arbitrage international sont : les lois, les traités internationaux, les coutumes et pratiques, la jurisprudence arbitrale, la doctrine, les principes généraux du droit et la *lex mercatoria*. Comme les lois, les traités internationaux, les coutumes et les pratiques, la jurisprudence arbitrale, la doctrine et les principes généraux du droit sont des instituts récurrents communs aux autres branches du droit, nous soulignerons la *lex mercatoria*, qui est la source différentielle appliquée dans l'arbitrage international.

Appelée également "droit des marchands" ou encore "droit des praticiens", la *Lex mercatoria* est constitué de règles professionnelles propres sans référence à un droit déterminé. C'est à dire qu'elle s'appuie sur des usages et des principes largement reconnus et respectés, sur des usages observés entre commerçants, sur des contrats-types et des principes consacrés par les sentences arbitrales rendues en matière de commerce international.

On y trouve plus particulièrement :

- des dispositions qualifiées de "sources spontanées" car elles ont leur origine première dans les pratiques et usages du commerce international : Les Incoterms
- le droit conventionnel qui inclut à la fois les conventions inter-étatiques bilatérales, et les conventions multilatérales.¹²²¹

C'est une théorie qui part du principe que les sous-traitants ont l'intention d'unifier le régime juridique des ventes internationales et des opérations complémentaires par le biais de contrats.

Pour Emily Kadens: *La lex mercatoria historique n'était pas un système juridique unique, uniforme et essentiellement privé, mais un *ius mercatorum*, le droit des commerçants : ensembles de privilèges et de pratiques privés, statuts publics et coutumes privées régis par le droit des marchands avec un certain type de commerce supra-local et les personnes qui l'exercent. Certaines normes coutumières étaient similaires dans de grandes zones ; beaucoup étaient locales ou régionales, voire spécifiques à certains groupes professionnels. En outre, il ne s'agissait pas d'un régime indépendant purement coutumier de lois et de tribunaux locaux, mais d'une création hybride reposant sur un échafaudage de lois étroitement lié aux règlements et aux alliances locales.*¹²²²

¹²²⁰ BOUDAHRAIN, Abdellah, « L'arbitrage Commercial Interne Et International Au Regard Du Maroc ». Casablanca : Édition Al Madariss .p.67.

¹²²¹ <https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/lex-mercatoria.html#iYBxjTzribgjmuv.99>. visité le 22 aout 2019 à 17h55.

¹²²² KADENS, Emily. « Ordre dans le droit, variété avec coutume : le caractère du droit des marchands médiéval », Chicago Journal de droit international, Chicago, v. 5, n. 1, p. 42, 2004.

Malgré tout, il est certain que *Lex Mercatoria* avait pour prédécesseur le *Lex Rhodia de Jactu*, ce qui, selon les mots de Trakman, était "*un ensemble de lois maritimes utilisées par les Grecs et les Romains entre le troisième et le deuxième siècle avant notre ère*"¹²²³

Lex mercatoria consiste en un ensemble de règles de droit, connues et utilisées, non liées à un système juridique spécifique, fondées sur les coutumes et pratiques de cette localité, ainsi que par l'adoption répétée de clauses types et de contrats et pratiques standard reconnus acceptés internationalement par des associations professionnelles, des organisations supranationales et des entités similaires.

L'institut utilise les principes généraux du droit, englobe les us et coutumes et forme un ensemble de normes. Ainsi, il est possible que les problèmes puissent être résolus grâce à une pratique inscrite dans le droit international, dans la mesure où il s'agit d'un ensemble de solutions déjà trouvées dans le scénario du commerce international.

Caractérisée comme nationale, la nouvelle *lex mercatoria*, qui n'est liée à aucun ordre juridique étatique, évolue vers un droit transnational construit au sein de l'ordre juridique international. Et sur l'effectivité de la fonction normative de la *lex mercatoria* dans l'arbitrage commerciale international que l'article 29-4 de la loi type de la CNUDI¹²²⁴ (commission des Nations Unis pour le Droit commercial International) par exemple impose aux tribunaux arbitraux de juger dans les cas conformément aux stipulations du contrat et de tenir compte aux obligations des règles d'usages du commerce applicable à la transaction¹²²⁵.

2) L'arbitrage commercial international¹²²⁶

L'arbitrage commercial est présent dans le monde depuis longtemps, car l'être humain a toujours recherché, en tant que nécessité inhérente de sa personnalité, la relation avec les autres êtres humains. C'est ainsi que sont apparues les coutumes de l'achat et de la vente. L'échange d'objets, d'aliments et de services à la recherche de la satisfaction de certains besoins matériels et biologiques. Comme le début de l'arbitrage commercial, nous avons connu la période au cours de laquelle les relations commerciales étaient réglementées par la *Lex Mercatoria*, en vigueur au Moyen-âge et présentant des divergences dans certaines localités, mais généralement suivies par plusieurs peuples.

Avec l'évolution humaine, d'une part, nous avons consolidé les États-nations, obligeant la "*Lex Mercatoria*" à laisser la place aux traités internationaux et aux lois mises en œuvre de manière interne par les pays respectifs. D'autre part, l'évolution technologique et la mondialisation qui rapprochent de plus en plus les pays et accroissent le nombre de relations commerciales. En conséquence, de plus en plus de conflits apparaissent entre ces négociations internationales et les pays se trouvent dans une situation qui mérite une forme de résolution de conflit plus appropriée, chaque pays ayant son ordre juridique et sa souveraineté, empêchant les différends sont généralement réglés sans influence judiciaire impartiale.

¹²²³ TRAKMAN, Léon E. « L'évolution Le marchand de loi : notre patrimoine commercial ». Partie I. n. 12. Journal de droit maritime et du commerce. Philadelphie : JMLC, 1980.

¹²²⁴ Dans le même sens cf. convention euro de GENEVE sur l'arbitrage com. interna : article 33 RAC.N.U.D.I. pp172.

¹²²⁵ Transaction com. interna : l'évolution 1985.

¹²²⁶ la formation d'un contrat appelé convention d'arbitrage est définie à l'article 7 (1) de la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international comme étant « une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel ». La même disposition précise qu'« une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou faire l'objet d'une convention séparée ».

Le commerce international est défini par l'échange de biens et de services entre personnes physiques ou morales de pays différents ou comportant des éléments juridiques ou matériels de caractère international. Toutefois, dans le cas de l'arbitrage international, le droit marocain de l'arbitrage a pour critère l'article 327-46 de la territorialité, c'est-à-dire que si la sentence arbitrale est rendue en dehors du Maroc, elle sera considérée comme étrangère. La décision du tribunal arbitral est assortie de l'exécution provisoire, l'exercice du recours en annulation ne suspend pas, *ipso facto*, l'exécution de la sentence arbitrale internationale¹²²⁷.

Parmi les avantages de l'arbitrage dans la résolution des conflits commerciaux internationaux, on peut citer la flexibilité de son processus, qui permet aux parties de disposer d'une autonomie dans le choix de l'arbitre, du lieu et des règles, par exemple. De plus, les parties bénéficient de la rapidité et du secret, qui sont deux autres grands avantages, car en matière de commerce, le temps est un facteur important de profit et de secret, car il est entendu que la divulgation des affaires litigieuses peut entraîner des pertes d'entreprise.

Il est également important de souligner que, sur la scène internationale, la résistance au respect des décisions rendues par des arbitres n'est pas très récurrente, car les relations commerciales sont, en règle générale, continues et ramifiées, c'est-à-dire celles qui ne respectent pas leurs obligations ; il devient une cible de discrimination au sein de la communauté commerciale internationale car il ne garantit pas la sécurité de leurs relations.

En plus le Maroc a promulgué la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, plus simplement appelée «Convention de New York», ratifiée en vertu du Dahir du 19 février 1960. Pour le moment, il est important de souligner que la Convention de New York est un document extrêmement utile pour permettre l'arbitrage international. Bien que l'ancien code de la procédure civile, du 12 août 1913, a réservé un chapitre 15 du titre IV (articles 527 à 543) à l'arbitrage. Ce texte constituait le régime commun en la matière et ne fut remplacé que bien plus tard, par celui du 28 septembre 1974, en l'occurrence par son chapitre 8 du titre V (articles 306 à 327). La loi n° 08/05 quant à elle contient déjà des préceptes assurant de manière satisfaisante la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères au Maroc, c'est l'adhésion à la Convention de New York qui confère la confiance des partenaires internationaux et la certitude que les sentences arbitrales seront reconnues et appliquées dans les pays qui subordonnent l'application de la Convention de New York à la réciprocité.

Par conséquent, depuis l'adhésion à la Convention de New York, le Maroc est pleinement intronisé dans le monde de l'arbitrage international, un fait qui contribuera certainement énormément à la croissance de ses activités à l'étranger. L'arbitrage entre les parties marocaines et étrangères sera plus fréquent et important. Il doit se dérouler dans la langue et la localisation d'un autre pays, dans lequel une loi étrangère ou même des règles de droit non nationales pour le règlement du mérite seront appliquées et des procédures établies seront adoptées par des institutions d'arbitrage internationales, loin de notre code de procédure civile. Ces faits impliquent un défi important pour les avocats marocains, un défi qui se pose lorsque notre environnement juridique s'efforce toujours d'absorber pleinement une véritable culture de l'arbitrage. Les avocats marocains doivent se préparer à voyager avec aisance dans le monde de l'arbitrage international, plaider devant des collègues étrangers, déjà familiarisés avec les subtilités et les complexités de cet univers.

¹²²⁷ Mohamed Chakib Kanouni Hassani « La Justice étatique face à la sentence arbitrale en droit marocain : étude critique de l'office du juge », Droit. Université Bourgogne Franche-Comté, 2018. P.284.

Conclusion

L'arbitrage représente une forme alternative et extrajudiciaire dans une résolution de conflit, dans laquelle un ou plusieurs arbitres constituent la "sentence arbitrale". Chaque partie jouit d'une autonomie dans la manifestation de sa volonté, établissant ainsi, de manière consensuelle, l'intégralité de la procédure d'arbitrage. Les parties peuvent choisir entre un arbitrage ad hoc ou un arbitrage institutionnel. Les caractéristiques de secret, de célérité, de souplesse, de spécialité des arbitres font de ce système extrajudiciaire un choix très avantageux, en particulier pour les questions de la sphère internationale, dans lesquelles on a le choc des cultures et la souveraineté de chaque État-nation.

En raison de tous ces facteurs, l'institut d'arbitrage a de plus en plus attiré les justiciables, car il s'agit d'une méthode de résolution des conflits véritablement efficace, rapide et confidentielle sur le plan contractuel et commercial, national ou international. Outre ces avantages, l'expertise, la qualité professionnelle et la profondeur technique des arbitres dans l'affaire en litige dépassent souvent le niveau technique de la justice de l'État.

Ces caractéristiques sont les principaux facteurs qui poussent les parties à recourir à l'arbitrage national ou international et montrent en quoi cette méthode de résolution des conflits peut constituer une excellente alternative aux principaux besoins des entreprises lors du règlement de leurs différends commerciaux.

La loi sur l'arbitrage 08/05 établit, avec d'autres traités internationaux tels que la convention d'arbitrage de New York de 1958 et la loi type de la CNUDCI, d'importants règlements concernant l'exécution de l'arbitrage et la validité de la sentence arbitrale, contribuent de plus en plus au développement d'un système qui répond très bien aux demandes internationales.

Dans le domaine commercial, l'arbitrage international a été mis en place grâce à l'élargissement des organismes de réglementation et des tribunaux arbitraux internationaux, garantissant ainsi un système plus adéquat de résolution des conflits en matière de commerce, ainsi que les avantages offerts par ce système extrajudiciaire alternatif.

Dans de telles circonstances, seul l'arbitrage est en mesure de garantir qu'aucune des parties ne risque de voir un tribunal du pays de la partie *adverse opposé* à un éventuel litige concernant les activités contractées. La convention d'arbitrage, en vertu de ses effets négatifs et positifs, a le pouvoir de supprimer la juridiction de la justice d'État des deux côtés du pays.

De plus, en arbitrage, le consensus des parties prévaut sur les diktats de l'État. Ce sont les parties qui choisissent d'un commun accord le juge ou le critère de nomination du juge; le processus à adopter lors du procès et les règles de droit à appliquer pour résoudre le fond du conflit. Ils ne risquent donc pas de voir leurs litiges réglés par le pouvoir judiciaire d'un pays étranger, conformément aux lois, règles de procédure et pratiques judiciaires plus familières à la partie adverse. Ils ont également toute latitude pour choisir la langue à utiliser dans la procédure arbitrale et le lieu où le jugement sera rendu.

L'arbitrage commercial international a aujourd'hui un véritable appareil transnational composé de conventions internationales, de lois nationales, de réglementations sur les procédures d'arbitrage, de coutumes et pratiques dûment établies, d'institutions d'arbitrage saines et respectables, d'une communauté de professionnels spécialisés composée d'arbitres, de juristes experts. Universitaires, jurisprudence, congrès, séminaires, conférences, revues, etc.

Douane et commerce électronique

✉ Elfaïque Amine

Etudiant-Doctorant

« Equipe de recherche « Gouvernance Douanière
Faculté de Droit - Casablanca

Introduction :

Le commerce électronique n'est pas un nouveau phénomène, « les entreprises n'ont pas attendu la disponibilité d'internet pour réaliser les transactions électroniques »¹²²⁸, les échanges électroniques existaient depuis la fin des années quarante principalement sous la forme des EDI (Electronic Data Inter change).

L'avènement de l'internet a marqué un changement essentiel dans l'histoire de l'économie mondiale, la naissance de cette technologie a engendré notamment trois phénomènes, l'accélération et l'internalisation des échanges commerciaux et leur dématérialisation.

La naissance du Web a changé toutes les données et a marqué alors l'histoire du commerce électronique, à partir des années quatre-vingt-dix, et grâce à cette technologie convivial et axé sur la présentation graphique et qui facilite la communication et la recherche de l'information, les beaux jours de l'e-commerce vont commencer...

Dans ce cadre, « les véritables débuts commerciaux d'Amazon, Cisco ou Dell datent de 1995 et ce n'est qu'en 1998 que sont apparues les premières formes du commerce électronique alimentaire en France »¹²²⁹ (Télémarket, suite à une expérience antérieure en télématique sur Minitel).

Le commerce électronique n'a pas fait l'objet d'une définition commune et universelle, en raison notamment du nombre important des acteurs sur le marché e-commerce et la complexité et l'évolution rapide des rapports entre ces acteurs.

Le comité technique permanent de l'organisation mondiale des douanes (CTOMD) le définit comme « un moyen de gérer les affaires en utilisant l'informatique et les télécommunications afin de faire circuler les données entre les systèmes informatique propres aux organisations en présence pour effectuer une transaction commerciale »¹²³⁰.

Le CTOMD adopte une conception matérielle large de la notion du e-commerce, donc, la définition proposée met en lumière les échanges de données dans le contexte des opérations fondamentales réalisées par la douane.

L'histoire du commerce électronique a commencé au début des années 90, « en 1991, il y avait moins de 3 millions d'internautes dans le monde, et l'application d'internet au commerce

¹²²⁸ : Henri Isaac et Pierre Volle, E-COMMERCE: De La Stratégie A La Mise En Œuvre Opérationnelle, PEARSON Education, Paris, 2008, P.11.

¹²²⁹ : Gilles Marouseau, A la recherche d'un modèle logistique pour les cybermarchés, Université du Maine, p.3.

¹²³⁰ : Alioune Dione, Le droit douanier, le commerce électronique et la dématérialisation, L'Harmattan, Paris, 2012, p.17.

électronique était quasiment inexistante, près d'une décennie plus tard, en 1999, on estimait que 300 millions de personnes avaient accès à internet et que le quart environ effectuaient des achats en ligne pour une valeur avoisinant 110 milliards de dollars »¹²³¹, il s'agit alors d'un marché en pleine croissance...

Le sondage de Louis-Harris réalisé pour Enjeux Les Echos et France Info en 1995 a souligné que 9 % des entreprises françaises seulement étaient connectées à internet, selon les prévisions, le chiffre d'affaires du commerce sur internet en France ne dépassera pas 457 millions d'euros en 2000...

Après cinq années, « la réalité était tout autre, avec un chiffre d'affaires de 2,2 milliards d'euros sur le marché français (42 milliards au niveau mondial), en vingt ans, l'e-commerce a connu un développement exponentiel, il s'est élevé en 2014 à 57 milliards d'euros en France, 423,8 milliards en Europe et 1,462 milliards dans le monde »¹²³², alors, on peut parler d'une croissance à une vitesse vertigineuse !

Selon le rapport 2015 sur l'économie de l'information de la CNUCED, 1,1 milliard de personnes, soit environ 41 % des internautes au niveau mondial, ont réalisé au moins une opération d'achat en ligne au cours de 2013, dans le même cadre, et d'après eMarketer, « le nombre des acheteurs en ligne devrait dépasser en 2018 le chiffre de 1,6 milliard de personnes dans le monde, soit une croissance de 50% »¹²³³ par rapport à l'année 2013.

La Chine occupe en 2015 la première place mondiale sur le marché e-commerce, avec un chiffre d'affaires qui a dépassé 691 milliards euros, suivie par les Etats-Unis avec plus de 537 milliards euros selon les chiffres clés 2016 de la Fevad.

Les estimations présentées par eMarketer pour les années 2014 à 2017, « laissent entrevoir une hausse du commerce électronique de 122 % dans le monde »¹²³⁴, ce qui montre le rythme avec lequel évolue ce marché...

Le commerce sur internet devrait poursuivre sa croissance exponentielle, participer au développement des micro-, petites et moyennes entreprises, et jouer donc son rôle comme l'un des moteurs clés de la croissance économique mondiale... Le développement du commerce en ligne permet d'accroître sensiblement l'efficacité des économies, hausser leur compétitivité, améliorer l'affectation des ressources et accélérer la croissance à long terme.

En Belgique, « 23,1 % du chiffre d'affaires total du transport et 17,9 % du chiffre d'affaires du commerce en 2011, ont été réalisés grâce à ce type de commerce, en moyenne, l'industrie belge a réalisé 10,4 % de son chiffre d'affaires »¹²³⁵ à travers des activités liées à l'e-commerce.

L'e-commerce a favorisé « la création de nouveaux marchés et constitué les bases de plusieurs milliers d'entreprises nouvelles »¹²³⁶, au niveau de l'UE, plus de 20% de la croissance du PIB est liée à l'économie internet¹²³⁷ au cours de la période 2007-2012.

¹²³¹ : OMC, Le commerce électronique dans les pays en développement : Possibilités offertes aux petites et moyennes entreprises et difficultés rencontrées, Genève, 2013, p.3.

¹²³² : Les Echos, le : 15/07/15, Internet a bousculé le commerce mondial.

¹²³³ : CNUCED, La cyberlégalisation et réglementation comme moyen de renforcer le commerce électronique: études de cas et enseignements tirés de l'expérience, Genève, mars 2015, p.6.

¹²³⁴ : Desjardins, Etudes économiques, Volume 24 / Mars 2014.

¹²³⁵ : SPF Economie, L'e-commerce : un atout pour la durabilité de votre entreprise ?, Bruxelles, 2016.

¹²³⁶ : Kenneth Laudon et Jane Laudon, Management des systèmes d'information, Pearson Education, Paris, 2010, p.98.

¹²³⁷ : Antonio Tajani, Les opportunités qu'internet et le Marché Intérieur Digital offrent aux PME, Bruxelles, 2012, p.2.

L'Économie internet représente en France 5,2% du PIB et environ 900.000 des emplois (3,7% du total) dans les 100.000 entreprises de 10 salariés ou plus en 2013¹²³⁸, en France toujours, le développement des TIC a participé à la création de 700 000 emplois en 15 ans, entre 2012 et 2015, 450 000 emplois supplémentaires ont été créés¹²³⁹ sur l'ensemble de l'économie du pays.

L'e-commerce permet d'employer en Chine 2,5 millions de personnes, en plus de 18 millions dans des services liés à ce type de commerce en 2014¹²⁴⁰, comme le transport par exemple. Une étude du Boston Consulting Group en 2013¹²⁴¹ confirme que les PME disposant d'un projet e-commerce organisé et développé, ont connu une amélioration de leurs chiffres d'affaires de 22 % de plus par rapport aux autres PME.

Cette évolution du commerce sur internet représente une opportunité sérieuse pour l'économie, les entreprises et les consommateurs pour réaliser des gains de productivité considérables, or, la croissance du commerce électronique constitue parallèlement, une manne providentielle pour les criminels...

Le commerce électronique se caractérise notamment par « l'anonymat, le sentiment d'impunité, la transformation permanente des sites (dénomination, adresse web, pays d'hébergement...), et bien sûr l'extrême morcellement des envois »¹²⁴², ces spécificités permettent de faciliter la fraude sur internet.

Les informations transmises dans le cadre du e-commerce sont bien moins précises qu'en commerce traditionnel, en fret postal, les obligations déclaratives sont minimales et invérifiables, et les envois ne font pas l'objet d'une procédure informatisée de contrôle, mais d'un « tri visuel » reposant sur la provenance ou l'aspect du colis¹²⁴³, ce qui complique encore la mission des autorités chargées du contrôle...

Le rythme de croissance, les avantages et les spécificités du commerce sur internet nécessitent alors une adaptation des outils et méthodes de contrôle de la douane, pour pouvoir faciliter les transactions électroniques qui créent une valeur ajoutée pour l'économie nationale, et renforcer l'efficacité du contrôle en matière de lutte contre les marchandises illicites. Le commerce électronique présente donc de grandes possibilités de développement pour les e-marchands et pour le secteur économique de manière globale, or, ces gains de productivité s'accompagnent aussi de difficultés...

Quels sont alors ces risques et ces difficultés sur le plan économique, financier et aussi sécuritaire ? et comment les autorités douanières peuvent s'adapter à ces évolutions ?

Section 1 - E-commerce : risques économiques et financiers

L'e-commerce peut être considéré comme un vecteur essentiel des fraudes et trafics, la montée en puissance des canaux de vente sur internet est perçue comme une opportunité par les fraudeurs de bénéficier des points faibles des systèmes de paiement électroniques et des transactions en ligne.

¹²³⁸ : Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, Protéger les Internauts : Rapport sur la cybercriminalité, Février 2014, p.7.

¹²³⁹ : Premier Ministre, France numérique 2012-2020 : bilan et perspectives, Novembre 2011, p.2.

¹²⁴⁰ : Les Echos, le 24/06/15, Olivier Verot, L'e-commerce, un phénomène de société en Chine.

¹²⁴¹ : Banque de développement du Canada, Planifier votre croissance cinq tendances de consommation qui changent la donne, 2013, p.7.

¹²⁴² : SÉNAT, Les douanes face au commerce en ligne : une fraude fiscale importante et ignorée, Rapport d'information n° 93 (2013-2014), déposé le 23 octobre 2013, p.8.

¹²⁴³ : Cour des comptes, L'action de la douane dans la lutte contre les fraudes et trafics, Janvier 2015, p.25.

Les risques économiques et financiers liés au commerce électronique proviennent notamment des évolutions rapides de technologies, ces évolutions devançant dans la majorité des cas l'adaptation des pouvoirs publics.

Le développement des ventes en ligne pourrait représenter alors des nouvelles opportunités de fraude financières importantes, en raison notamment de la difficulté de réaliser des opérations de contrôle efficaces sur des transactions virtuelles qui n'ont pas un établissement stable dans le pays.

Autrement dit, l'internet est en train de changer les pratiques du commerce, dans ce cadre, l'émergence des NTIC a facilité le développement de nouveaux types de fraudes financiers sur internet et l'émergence d'un nouveau modèle économique pour les trafiquants...

I. Commerce en ligne : nouveau modèle économique pour les faussaires...

L'e-commerce constitue le secteur préféré des faussaires compte tenu des gains et avantages qu'ils tirent, les fraudes, dans ce cas, ont une forme dématérialisée et elles sont réalisées dans le cyberspace, contrairement aux crimes traditionnels commis dans le monde physique.

Avec l'avènement d'internet et le développement des NTIC, le crime financier a évolué et a pris de nouvelles formes, la criminalité financière peut être alors considérée comme la nouvelle menace du 21ème siècle...

Les caractéristiques du commerce électronique permettent d'offrir des facilités aux cybercriminels, contrairement à la criminalité traditionnelle, le crime financier peut être commis en dehors des frontières à des milliers de kilomètres...

A- Transactions électroniques : vecteur essentiel de la criminalité financière

Le commerce sur internet présente plusieurs avantages, mais de l'autre côté, il encourage et renforce la criminalité financière, « aujourd'hui, on perçoit cette évolution criminelle, d'une part au caractère nouveau des actes, et d'autre part, à la fréquence des actes commis »¹²⁴⁴, l'e-commerce est devenu alors l'un des vecteurs essentiels de criminalité financière.

D'après le GAFI (2001), les trois caractéristiques principales de l'internet qui peuvent aggraver certains risques de criminalité financière sont: la facilité d'accès, la dématérialisation du contact entre le client et le fournisseur, et enfin la rapidité des transactions électroniques.

Ces caractéristiques rendent difficiles l'identification du client et le suivi des comptes et des transactions par les institutions financières¹²⁴⁵, notamment lorsque l'ouverture des comptes peut se faire sans contact direct avec le client ni lien à un compte traditionnel existant.

A titre d'exemple, « aux Etats-Unis, la fraude pour les transactions de commerce électronique était 20 fois supérieure aux transactions hors ligne (1,92% en 2000 et 1,8% en 2002) »¹²⁴⁶, en plus, 50% des contestations aux Etats-Unis dans la même période se rapportaient aux transactions électroniques, alors que ces transactions ne constituaient qu'entre 1 à 2% du chiffre d'affaires¹²⁴⁷, donc, plus cette part augmente, plus les risques seront plus importants...

¹²⁴⁴ : Abbas Jaber, Les infractions commises sur Internet, L'Harmattan, Paris, 2009, p.13.

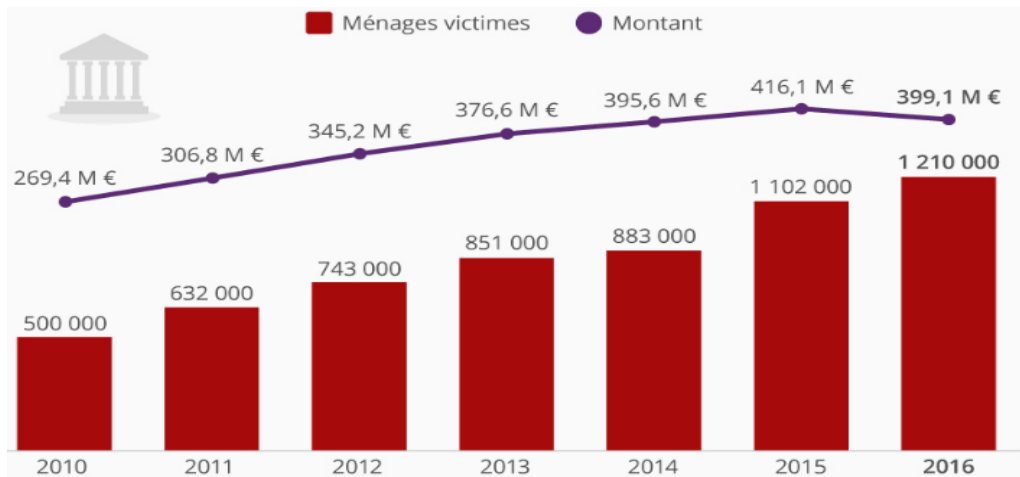
¹²⁴⁵ : Jean-Christian Lambelet, Séminaire d'économie nationale, Le blanchiment d'argent en Suisse, Université de Lausanne, Ecole des HEC, Mars 2003, p.25.

¹²⁴⁶ : Mostafa Hashem Sherif, Paiements électroniques sécurisés, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, Collection technique et scientifique des télécommunications, Lausanne, 2007, p.9.

¹²⁴⁷ : Ibid, p.10.

Le commerce électronique se caractérise aussi par la mise en place de nouveaux modes de paiement adaptés aux besoins des e-acheteurs, dans le cadre de ces nouveaux modes de paiement, la figure suivante montre le nombre des e-acheteurs victimes de débit frauduleux et montant de la fraude à la carte bancaire.

Figure N°01 : E-acheteurs victimes de débit frauduleux et montant de la fraude à la carte bancaire



Source : Banque de France, Ministère de l'intérieur, Interstats.

Selon les résultats présentés par cette figure, le nombre de ménages victimes de débit frauduleux s'est élevé à 1 210 000 en 2016 contre 500 000 en 2010, soit plus du double, le montant de la fraude a dépassé 416 millions euros en 2015 et 399 millions euros en 2016.

Enfin, en Italie, et d'après les statistiques publiées par l'agence des douanes italienne, « sur un échantillon de 54 000 colis contrôlés, la différence constatée entre le montant déclaré et celui constaté était de 17 %, contre 2 % à 3 % sur le fret classique, sur ces seuls 54 000 colis, près de 600 000 euros de droits et taxes ont été redressés »¹²⁴⁸, ce qui peut confirmer alors les chiffres déjà cités dans ce cadre.

B- Coût de la contrefaçon sur internet

L'e-commerce a permis de passer vers une relation directe entre le producteur et le consommateur « en supprimant les intermédiaires classiques, notamment les distributeurs, cependant, nous assistons à une "réintermédiation" dans le contexte de la contrefaçon »¹²⁴⁹, car, les véritables distributeurs des produits contrefaits ne peuvent pas être suivis.

L'internet est devenu l'un des leviers essentiels du marché mondial de la contrefaçon, les contrefacteurs ont bénéficié de la multiplication des sites de vente en ligne et du développement de ce nouveau modèle économique pour encore élargir leurs marchés... La contrefaçon « est devenue depuis des dizaines d'années un sujet de réflexion majeur »¹²⁵⁰, dans son ouvrage, M. Moisés Naím confirme que 25 milliards de dollars de contrefaçons sont commercialisés chaque année sur

¹²⁴⁸ : SÉNAT, Commission des finances, L'e-commerce : propositions pour une tva payée à la source, Rapport II, 2015, p.31.

¹²⁴⁹ : Eric Przystwa, Cybercriminalité et contrefaçon, FYP Editions, Collection Présence / essai, Paris, 2010, p.50.

¹²⁵⁰ : Papa Gueye, Criminalité organisée, terrorisme et cybercriminalité : réponses de politiques criminelles, Editions Harmattan-Sénégal, Dakar, 2018, p.24.

internet¹²⁵¹, les caractéristiques du commerce électronique permettent donc de faciliter l'industrie du faux.

Selon une étude réalisée par le cabinet DLA Piper, la vente de marchandises contrefaites sur les sites d'enchères représente chaque année 800 millions de livres (plus d'1 milliard d'euros) au Royaume Uni¹²⁵², l'étude prévoit que ce chiffre aurait doublé en 3 ans. Dans le même cadre, en France, on peut citer l'exemple d'une opération coup de poing réalisée dans le centre douanier postal de Chilly-Mazarin au cours du mois de juillet 2011.

Le centre douanier postal de Chilly-Mazarin traite chaque jour 5000 colis à l'import et 7000 à l'export¹²⁵³, dans cette opération, les agents douaniers ont contrôlé pendant cinq jours 100% des colis qui arrivent d'un certain nombre de pays ciblés.

Parmi les principaux résultats de cette opération, on peut citer notamment, 4 % des marchandises contenaient des contrefaçons, (1600 marchandises au total), les douaniers ont saisi en moyenne 22 faux produits par envoi, et enfin la saisie de 580 types de médicaments qui n'ont pas une autorisation de mise sur le marché.

Au niveau des pertes des entreprises internationales, en 2013 à titre d'exemple, la contrefaçon en ligne a fait perdre plus de 350 milliards de dollars aux marques¹²⁵⁴, ce qui montre l'enjeu que représentent les DPI pour les grandes multinationales.

La contrefaçon sur internet constitue « une menace de niveau élevé de dangerosité, qui entraîne des dysfonctionnements, des dégâts et des couts »¹²⁵⁵, les risques liés à ce phénomène évoluent alors de façon permanente et continue...

II. Vente en ligne : Multiplication des risques financiers et économiques

L'émergence du commerce électronique a conduit vers l'apparition de nouveaux types de fraudes et le développement des fraudes déjà existantes...

Les risques sont alors plus importants au niveau des ventes en ligne par rapport au commerce traditionnel, les fraudes sur internet se sont multipliées parallèlement au développement des transactions électroniques.

L'apparition et la diffusion d'internet peuvent être considérées donc comme l'un des piliers essentiels du développement des fraudes économiques et financières, les TIC et notamment l'internet ouvrent à ce type de fraudes l'opportunité de se jouer des frontières...

A- Fraudes sur les paiements en ligne

L'e-commerce est souvent présenté de manière très positive, mais les gains que ce type de commerce peut engendrer s'accompagnent aussi de difficultés, à la tête de ces difficultés, on peut citer notamment les risques sur les paiements en ligne...

¹²⁵¹ : Unifab, L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France, Avril 2010, p.64.

¹²⁵² : Ibid, p.65.

¹²⁵³ : Le Figaro, le : 01/08/11, Christophe Cornevin, Explosion des saisies douanières dans les colis.

¹²⁵⁴ : MarkMonitor, Livre blanc : la protection des marques dans le monde numérique, 2014, p.3.

¹²⁵⁵ : Solange Ghernaouti-Hélie, La cybercriminalité: le visible et l'invisible, Presses polytechniques et universitaires romandes, Collection le savoir suisse, Lausanne, 2009, p.20.

Selon le groupe international d'assurances spécialisées Hiscox, en 2012, 48% des cyber-attaques ont concerné les sites de vente sur internet¹²⁵⁶, ils cherchent principalement les coordonnées postales et bancaires des e-consommateurs.

Les données bancaires volées ou piratées s'échangent par millions dans le monde de l'internet, le prix de ces données volées varie selon plusieurs critères, on peut citer essentiellement la nationalité de la carte, sa date de validité et son niveau.

Le développement des transactions électroniques a permis l'émergence de nouveaux types de risques, dans ce cadre, « la fraude à la carte bancaire a littéralement explosé »¹²⁵⁷, les chiffres et les statistiques permettent de confirmer ces données...

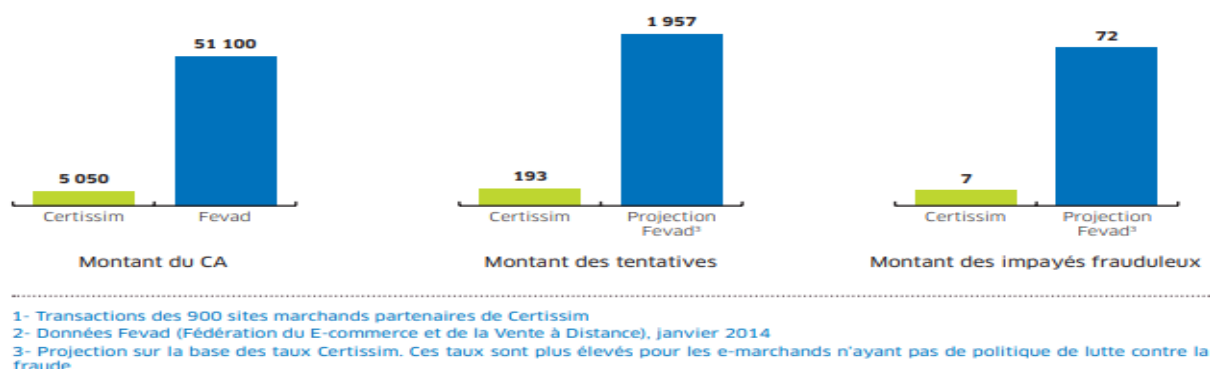
A titre d'exemple, en 2011, « Sony a été victime d'une attaque de grande ampleur, le vol de 250 millions d'adresses de joueurs en ligne »¹²⁵⁸, cette attaque a visé notamment les données bancaires de ces clients.

En 2015, la France a connu une forte croissance de la fraude sur les paiements par carte bancaire, on parle de 522,7 millions d'euros, soit une augmentation de 4,4% par rapport à 2014, sachant que l'augmentation du montant total des transactions était de 1,8 %¹²⁵⁹, donc toujours la fraude évolue plus vite que le commerce...

Les avantages de l'e-commerce ne sont pas donc automatiques, ce type de vente peut poser aussi des risques à certains acteurs du marché, c'est le cas des cybermarchands par exemple.

Une étude de la société spécialisée dans la sécurité du e-commerce FIA-NET réalisée en 2002 montre que les tentatives de fraude en ligne représentent environ 3% des 26 millions de transactions effectuées sur internet en France, soit 1,7 milliard d'euros, sachant que le chiffre d'affaires réalisé par le commerce électronique dans le pays sur la même période s'est élevé à 45 milliards d'euros¹²⁶⁰, à titre de comparaison, les tentatives de fraude ont représenté 245,2 millions d'euros en 2002¹²⁶¹, donc le montant a doublé 7 fois en 10 ans.

Figure N°02 : La fraude à l'échelle du e-commerce français 2013 (en millions d'euros)



Source : Certissim, Livre Blanc : La fraude dans le e-commerce, 12e Édition, Paris, Juin 2014, p7.

¹²⁵⁶ : HISCOX, e-commerce : Gérer le risque de la cybercriminalité, p.3.

¹²⁵⁷ : Pascal Colombani, Fraudes à la carte bancaire, Editions Carnot, Chatou, 2004, p.19.

¹²⁵⁸ : Challenges, le : 14/09/13, Delphine Dechaux, La vérité sur les fraudes à la carte bancaire.

¹²⁵⁹ : OSCP, Rapport annuel de l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement 2015, p.18.

¹²⁶⁰ : L'expansion L'express, le : 12/04/2013, Samuel Baudouin, La fraude à la carte bancaire passe à l'échelle industrielle.

¹²⁶¹ : Pascal Colombani, Op.Cit, p.36.

En 2013, le montant total des tentatives de fraudes en France a enregistré une hausse de 11%, ce qui représente 1.96 milliard d'euros, le montant des impayés frauduleux a atteint dans la même année 72 millions d'euros¹²⁶² selon les chiffres présentés par Certissim.

Dans ce cadre, il sera nécessaire pour les e-marchands de prévenir l'ensemble des risques précédemment cités par des stratégies adaptées à ces risques au lieu de suivre uniquement les résultats et les conséquences...

B- Pertes de recettes fiscales difficiles à chiffrer...

Le commerce électronique connaît une croissance très rapide du volume des transactions en ligne, mais dans plusieurs pays, ni droits ni taxes ne sont collectés sur ces échanges électroniques, ce qui représente une perte potentielle de recettes pour les Etats.

En France à titre d'exemple, et selon un rapport du SENAT en 2010, la perte de recettes fiscales est estimée à 450 millions d'euros¹²⁶³ dans le secteur du commerce électronique.

Une autre étude réalisée en 2009 par le cabinet Greenwich consulting avait évalué cette perte en France à 300 millions d'euros en 2008, et plus de 600 millions d'euros en 2014¹²⁶⁴, soit une évolution de 100% en 6 ans...

Les nouveaux chiffres du SENAT publiés en 2018 parlent d'un manque à gagner de 20 milliards d'euros par an¹²⁶⁵, notamment au niveau de la TVA, ces chiffres montrent clairement qu'il n'y a pas de raison de laisser passer cette forme de travail au noir¹²⁶⁶, les statistiques présentées par les autres pays leaders du e-commerce peuvent confirmer ces résultats...

Aux États-Unis à titre d'exemple, et selon une estimation publiée en 2010, les pertes des taxes de vente non perçues sur les achats liés au commerce sur internet s'élèvent à 3,9 milliards de dollars par année¹²⁶⁷, ces pertes peuvent atteindre des montants beaucoup plus importants...

Le manque à gagner s'élève à 1,2 milliard d'euros au Royaume-Uni et à 603 millions d'euros en Allemagne¹²⁶⁸ à la fin de l'année 2008 selon les chiffres publiés par le journal La Tribune.

Enfin, le tableau suivant présente une étude réalisée par Greenwich Consulting, l'étude cite le cas d'Amazon Europe, cette dernière réalise un CA de 930 millions d'euros en France, alors que la filiale française ne déclare qu'un CA de 25 millions d'euros, le reste est enregistré sous la forme de prestations de services logistiques, rémunérées par la filiale à Luxembourg, la même remarque peut être observée au niveau des autres pays européens.

¹²⁶² : François Guillaume, E-commerce, Ecole de Commerce de Lyon, 2015, p.31.

¹²⁶³ : SENAT, Rapport d'information n° 398 (2009-2010) de M. Philippe MARINI, fait au nom de la commission des finances, déposé le 7 avril 2010, p.21.

¹²⁶⁴ : SÉNAT, M. Philippe MARINI, Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur la fiscalité numérique, juin 2012, p.23.

¹²⁶⁵ : Le Parisien, le : 25/07/2018, Daniel Rosenweg, Nouvelles règles fiscales en vue pour les ventes en ligne.

¹²⁶⁶ : Olivier de Wasseige, E-Commerce, e-Marketing, E-Bay: 3 Leviers de croissance pour les entreprises, Editions des CCI SA, Liège, 2007, p.358.

¹²⁶⁷ : Institut économique de Montréal, Mathieu Bédard, Le dilemme des taxes de vente sur les achats en ligne, Novembre 2015, p.1.

¹²⁶⁸ : 20minutes, le : 07/04/10, Elsa Meyer, Le commerce en ligne spécialiste de l'évasion fiscale.

Tableau N°01 : Impôt sur les sociétés (IS) et cas d'Amazon Europe : répartition du volume d'activité et du CA déclaré par pays (En millions d'euros)

	Volume d'activité	CA déclaré	Emplois (ETP)
Luxembourg		3 801 M€	Non communiqué
France	930 M€	25 M€	318
Royaume-Uni	820 M€	105 M€	1 695
Allemagne	1 794 M€	67 M€	1 810
Irlande	90 M€	35 M€	50
Autres	-	3,5 M€	-
TOTAL	4 038 M€	4 038 M€	-

Source : SENAT, Rapport d'information n° 398 (2009-2010) de M. Philippe MARINI, Op.Cit, p.18.

On parle alors d'une perte de recettes de TVA de l'ordre de 100 millions d'euros¹²⁶⁹ dans ce cas.

Dans le même cadre, ce type de fraude fiscale « privilégie les entreprises en ligne au détriment des magasins traditionnels »¹²⁷⁰ qui payent régulièrement les droits et taxes, sans oublier que la fraude dans ce cas « désavantagent aussi de manière significative les détaillants nationaux »¹²⁷¹ qui payent les impôts et les taxes contrairement à une grande partie des e-commerçants exerçant à l'étranger.

Cette situation peut sérieusement « remettre en cause le principe de neutralité technologique de la politique douanière »¹²⁷², et donc fausser le jeu de la concurrence sur le marché.

Le développement de l'e-commerce représente alors un défi majeur pour les organisations chargées du contrôle fiscale, ces dernières doivent donc essayer de s'adapter aux risques et enjeux liés à ce nouveau type de commerce...

Section 2 - Développement des transactions électroniques : risques sécuritaires

Le développement et la diffusion du réseau internet n'a pas échappé aux réseaux terroristes, les organisations criminelles vont essayer alors d'utiliser les possibilités offertes par cette évolution pour multiplier leurs modes de financement.

La dématérialisation des processus permet aux groupes criminels de réaliser des gains importants et de développer de manière continue leur chiffre d'affaires.

Le développement des TIC et l'émergence du e-commerce ont encouragé la croissance de la cybercriminalité, les infractions commises dépassent souvent les frontières, cette situation peut engendrer des couts importants sur le plan social et économique...

¹²⁶⁹ : Idem.

¹²⁷⁰ : Mostafa Hashem Sherif, Op.Cit, p.487.

¹²⁷¹ : OMD, Ana B. Hinojosa, Le concept de commerce électronique, p.4.

¹²⁷² : Laurent Gille, Les dilemmes de l'économie numérique: la transformation des économies sous l'influence de l'innovation, Collection Innovation, Limoges, 2009, p.131.

La croissance des ventes en ligne s'est accompagnée aussi d'un développement du trafic illicite sur internet, ce type de commerce illicite se trouve facilité par l'évolution technologique et principalement l'émergence et la diffusion de l'internet.

Les principales marchandises illicites proposées à la vente en ligne sont notamment la drogue, les produits stupéfiants, les produits contrefaits, les faux médicaments et les produits liés au piratage informatique, autrement dit, on parle principalement des produits interdits, volés ou non conformes.

I. E-commerce : vers une meilleure réalisation de l'action frauduleuse...

Le développement des transactions électroniques peut être considéré comme un levier essentiel de réalisation de l'action frauduleuse sur internet...

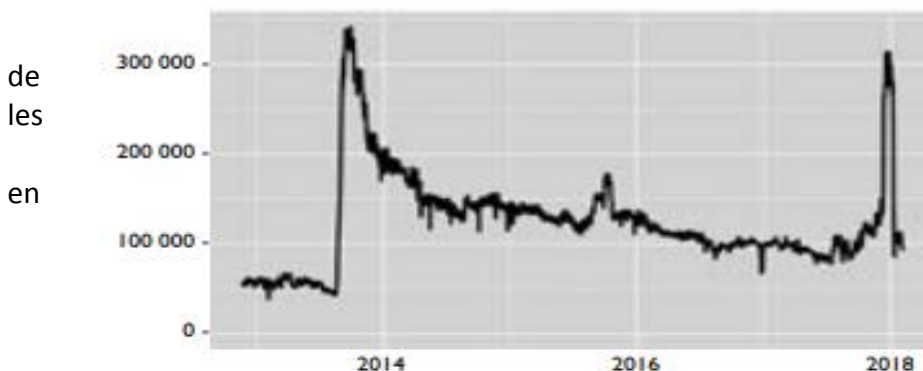
L'anonymat offert par internet conduit vers l'apparition et le renforcement de plusieurs types de fraudes en ligne, et participe dans ce cas à la diversification des sources de financement des groupes criminels. Le commerce en ligne peut être donc utilisé par les organisations terroristes pour financer leurs activités, mais il peut être aussi utilisé par les cybercriminels pour générer des profits exceptionnels... La croissance des transactions électroniques peut conduire alors vers une augmentation des menaces contre la sécurité et un développement de l'activité criminelle.

A- Commerce électronique et évolution de la criminalité internationale

L'utilisation des TIC et principalement internet « a ouvert un nouvel espace que l'on appelle "cyberespace" »¹²⁷³, ce dernier permet aux organisations criminelles de bénéficier d'une « technologie à moindre coût et d'agir depuis l'étranger sans risque d'être poursuivi »¹²⁷⁴, autrement dit, les cybercriminels peuvent faire mieux, avec moins... Les activités criminelles et terroristes (trafics illicites, stupéfiants, espèces protégés, produits pharmaceutiques, propriété industrielle et intellectuelle, blanchiment d'argent...) sont alors facilitées par l'émergence des nouvelles technologies électroniques »¹²⁷⁵, et notamment la diffusion d'internet et l'émergence du e-commerce. Le cyberespace est très grand, on y retrouve le Web visible mais aussi le Darknet accessible uniquement à travers le réseau Tor.

En France par exemple, et comme le montre la figure N°03, un pic d'utilisation de Tor a été enregistré en septembre 2013 avec 350 000 utilisateurs directs quotidiens, ce nombre a atteint plus de 300 000 utilisateurs directs quotidiens de Tor en 2018.

Figure N°03 : Pic d'utilisation du réseau Tor en France entre septembre 2013 et décembre 2017



Source : Délégation ministérielle aux industries sécurité et à la lutte contre cybermenaces, État de la menace liée au numérique 2018, Rapport n° 2, Mai 2018, p.16.

¹²⁷³ : Papa Gueye, Op.Cit, p.29.

¹²⁷⁴ : Daniel Ventre, Cyberespace et acteurs du cyberconflit, Lavoisier Librairie, Paris, 2011, p.156.

¹²⁷⁵ : Florian Bedet, Essai sur la définition d'un statut juridique de la procédure de dédouanement des envois postaux, Université Paris-Saclay, 2016, pp.85 et 86.

Toujours en France, la DGDDI a enregistré en 2012 en fret postal et express « 2,8 tonnes de stupéfiants (+ 86 % par rapport à 2011), 29,5 tonnes de tabacs et cigarettes de contrebande (- 18 % par rapport à 2011) et 1,4 million d'articles de contrefaçons (stable par rapport à 2011) »¹²⁷⁶, dans les saisies on trouve notamment des armes, des médicaments contrefaits et aussi des espèces protégées.

L'e-commerce permet aussi aux terroristes de réaliser des transactions financières sans laisser aucune trace, les autorités chargées du contrôle ne peuvent pas dans plusieurs cas déterminer l'origine des transactions, les systèmes de paiement anonymes sur internet peuvent représentés alors un outil efficace pour financer des activités terroristes sans prendre de risques...

Les organisations terroristes peuvent gérer parfois « jusqu'à 50 000 sites de vente en ligne illégaux »¹²⁷⁷, plusieurs exemples peuvent être cités dans ce cadre.

Ces groupes terroristes « détiendraient donc une part du trafic illicite sur internet qui servirait à financer leurs opérations, Irish Republican Army (IRA), Euskadi Ta Askatasuna (ETA), Hezbollah et Kurdistan Workers' Party (PKK) »¹²⁷⁸ peuvent être des exemples qui montrent comment ces groupes exploitent des sites e-commerce illicites pour financer leurs activités.

B- Cybercriminalité : évolution et cout économique

Les spécificités du canal internet favorisent le développement de la cybercriminalité « (anonymat, faibles barrières à l'entrée, difficultés d'application de la loi à des juridictions multiples) »¹²⁷⁹, les risques sur internet sont plus faibles et les couts sont beaucoup moins élevés.

La Figure suivante présente une étude sur les prix de vente de produits illégaux sur le darknet français, autrement dit, une image sur l'économie souterraine de la cybercriminalité française.

Figure N°04 : L'économie souterraine de la cybercriminalité française : prix de vente de produits illégaux sur le darknet français



Source : La Tribune, le : 15/09/16, Sylvain Rolland, Cybercriminalité : qui sont les escrocs du darknet français ?

Les cybercriminels proposent donc une liste très variée de produits illicites, « on y trouve des armes discrètes vendues entre 10 et 150 euros, des armes lourdes vendues entre 650 et 1.800 euros, ainsi que des kits d'impression d'armes en 3D, que l'on peut acquérir pour une poignée d'euros, le

¹²⁷⁶ : SÉNAT, Les douanes face au commerce en ligne : une fraude fiscale importante et ignorée, Op.Cit., p.32.

¹²⁷⁷ : Global Security Mag, janvier 2018, Emmanuelle Lamandé, Darknets et Darknautes : les dessous du commerce illicite sur les réseaux virtuels.

¹²⁷⁸ : David Décary-Héty, Vincent Mousseau et Ikrame Rguioui, Le trafic illicite de tabac sur les cryptomarchés une nouvelle frontière?, Université de Montréal, Juin 2017, p.14.

¹²⁷⁹ : EL Azzouzi Ali, La Cybercriminalité au Maroc, Editions Bishops Solutions, Casablanca, 2010, p.2.

cannabis se vend entre 6 et 15 euros le gramme, mais on trouve aussi de la cocaïne, de l'héroïne...»¹²⁸⁰, ces produits illégaux sont présentés à des prix très compétitifs par rapport au commerce traditionnel.

Les réseaux sociaux, notamment Facebook, Twitter et Instagram peuvent être considérés aussi comme des leviers essentiels de l'activité frauduleuse, ces réseaux contiennent par exemple des liens renvoyant vers des sites e-commerce de faux.

En France, Symantec estimait en 2011 à plus de 10 millions les Français victimes de la cybercriminalité, soit une facture totale estimée à 2,5 milliards d'euros, en hausse de 38%¹²⁸¹ par rapport à l'année précédente.

D'après un expert en cybersécurité de Symantec, « la cybercriminalité a encore crû en 2014 avec 317 millions de nouveaux programmes malveillants créés au niveau mondial, soit près de 1 million par jour »¹²⁸², on peut parler alors d'un marché en pleine expansion...

Selon une présentation en 2008 de l'éditeur McAfee au Forum économique mondial de Davos, la cybercriminalité a coûté 1000 milliards de dollars au niveau mondial¹²⁸³, le continent africain est l'une des régions les plus touchées par ce phénomène...

Sans oublier enfin, qu'on doit prendre en considération dans le calcul du coût global de la cybercriminalité, les coûts indirects, il s'agit notamment de la perte de confiance dans les services bancaires sur internet, et aussi les coûts liés à la défense, à la détection et à la répression.

II. Transactions sur internet et évolution de l'activité de la criminalité organisée

Les fraudes et trafics liés à l'exploitation d'internet sont multiples et diversifiés et leur ampleur se développe plus rapidement que prévu...

L'internet a modernisé la criminalité organisée, dans ce sens, l'émergence et le développement du darknet ont favorisé la croissance des trafics illicites sur internet, cette nouvelle technologie permet de vendre, acheter et commercialiser les produits illicites anonymement et en toute sécurité, la tâche des autorités chargées du contrôle se complique alors de plus en plus.

Dans ce cadre, le fret postal et le fret express sont de plus en plus utilisés aujourd'hui pour l'acheminement des marchandises illicites vendues sur internet...

A- Marchés virtuels et évolution des trafics illicites

Le déplacement des trafics illicites vers l'internet n'est pas quelque chose de nouveau, depuis l'émergence des NTIC, les cybercriminels ont utilisé les forums de discussion et les chatrooms pour acheter et vendre des produits illicites, ces cybercriminels sont actifs principalement dans le secteur du piratage informatique et les secteurs liés aux différents types de fraude financière.

L'émergence et la diffusion des TIC a bouleversé l'ordre des choses¹²⁸⁴, dans ce cadre, internet devient un outil essentiel du commerce mondial de marchandises illicites, il représenterait d'ores et

¹²⁸⁰ : La Tribune, le : 15/09/16, Sylvain Rolland, Cybercriminalité : qui sont les escrocs du darknet français ?

¹²⁸¹ : Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, Enjeux et difficultés de la lutte contre la cybercriminalité, Paris, juillet 2015, Op.Cit, p.6.

¹²⁸² : Idem.

¹²⁸³ : EL Azzouzi Ali, Op.Cit, p.18.

¹²⁸⁴ : Papa Gueye, Op.Cit, p.27.

déjà 10 % du commerce illicite, avec une progression de 20 ou 25 % par an¹²⁸⁵, on peut parler alors d'un marché avec un potentiel de croissance important.

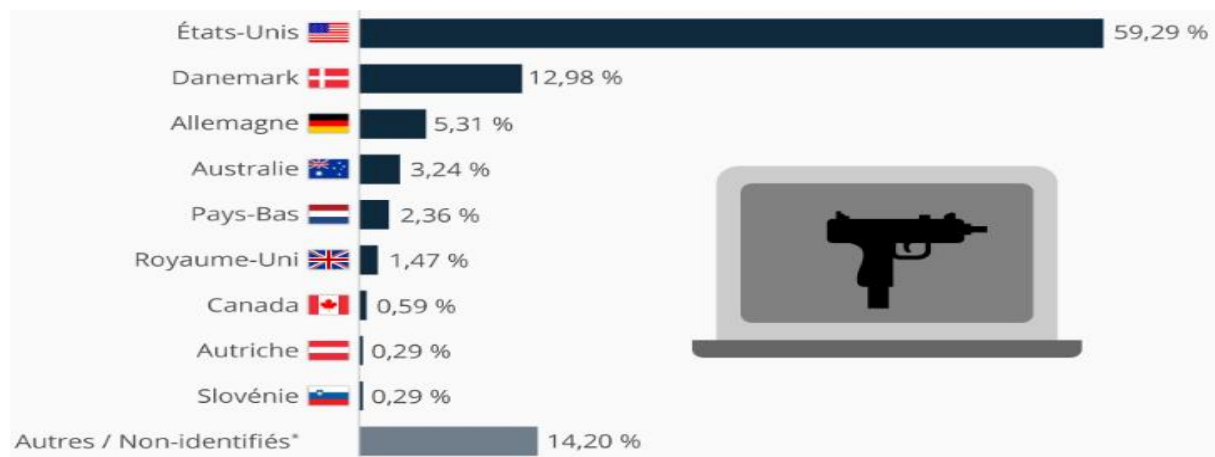
Au niveau de l'Union Européenne par exemple, 1/3 des produits contrefaisants saisis sont en relation avec des réseaux de distribution sur internet¹²⁸⁶ selon les chiffres publiés par l'Unifab.

Les cybercriminels utilisent aussi les médias sociaux et les sites de petites annonces pour commercialiser leurs produits, les pertes liées au trafic illicite sur internet sont difficiles à chiffrer, mais les études réalisées parlent de plusieurs millions de dollars...

Aux Etats-Unis, le chiffre d'affaires du Silk Road (fermé par le FBI à la fin de 2013) est estimé par le FBI à 1,2 milliard de dollars (880 millions d'euros)¹²⁸⁷, ce chiffre était réalisé seulement pendant deux ans et demi d'ouverture du site.

Les cybercriminels utilisent le darknet et les cryptomonnaies pour vendre anonymement des armes, « on peut acheter ou louer des moyens d'attaques, des compétences, quand elles ne sont pas disponibles en interne »¹²⁸⁸, la figure suivante analyse la répartition des ventes mondiales d'armes sur le darknet par pays en 2017.

Figure N°05 : Répartition des ventes mondiales d'armes sur le darknet par pays en 2017



Source : Centre d'analyse RAND Corporation.

Selon les résultats de cette figure, le marché des armes sur le darknet aux Etats-Unis occupe la première place avec plus de 59% des ventes mondiales, on trouve ensuite le Danemark avec environ 13% et l'Allemagne avec 5% de ces ventes, ces chiffres montrent une autre fois l'importance du marché américain du commerce illicite sur internet.

Enfin, et d'après un rapport de la Commission justice pour la faune sauvage (WJC) publié en 2015 sur le trafic illicite d'espèces sauvages, une valeur minimale de 445.356 dollars ont été échangées à travers l'internet, notamment sur Facebook¹²⁸⁹, ce qui montre le rôle que les NTIC peuvent jouer dans le développement du trafic de produits de la faune sauvage...

¹²⁸⁵ : Centre d'Étude et de Prospective Stratégique, Les liaisons dangereuses du commerce illicite : Terrorisme et criminalité organisée, Avril 2018, p.3.

¹²⁸⁶ : Unifab, Combattre le commerce illicite en ligne, 2019, p.5.

¹²⁸⁷ : Unifab, Contrefaçon et terrorisme, 2016, p.25.

¹²⁸⁸ : Daniel Ventre, Op.Cit, p.189.

¹²⁸⁹ : L'autre quotidien, le : 12/02/19, Maina Waruru, Le trafic illicite d'espèces sauvages prospère sur internet.

Les cybercriminels spécialisés dans le commerce illicite d'espèces sauvages utilisent donc de plus en plus l'internet pour commercialiser leurs produits en ligne et réaliser des gains considérables...

B- Développement des risques sanitaires en matière de fret express et postal

La contrefaçon liée aux produits pharmaceutiques en ligne représente un choix de prédilection pour les cybercriminels pour deux raisons essentielles, la popularité et les prix élevés de ces produits.

Ce type de commerce présente aux trafiquants de médicaments contrefaits plusieurs avantages, notamment la possibilité d'écouler leurs marchandises à grande échelle, à moindre coût et en toute sécurité...

Dans ce sens, l'OMS a estimé qu'en 2010, la contrefaçon de médicaments a généré 75 milliards de dollars en revenus¹²⁹⁰ pour les cybercriminels spécialisés dans ce domaine.

Selon des études, ce type de trafic

« serait ainsi 25 fois plus rentable que le commerce de l'héroïne et 5 fois plus que celui des cigarettes »¹²⁹¹, le trafic de faux médicaments permet de gagner beaucoup d'argent sans prendre de risques...

D'après l'OMD, le trafic de contrefaçon de médicaments aurait augmenté de 300% entre 2007 et 2008 au niveau mondial¹²⁹², ce qui montre le rythme avec lequel évolue ce fléau...

L'OMS ajoute que les faux médicaments constituent 10% de marché pharmaceutique mondial, ce taux s'élève à 50% dans certains pays¹²⁹³, notamment sur le continent africain.

Selon une autre étude de l'OMS, le taux de médicaments contrefaits en Afrique dépasse 60%, l'étude cite par exemple, 30% pour le Kenya et notamment 70% pour l'Angola¹²⁹⁴, ce qui montre la dynamique que connaît ce marché.

L'utilisation des faux médicaments comporte des risques importants pour la santé des consommateurs, certains de ces médicaments contrefaits s'avèrent seulement inefficaces, mais d'autres peuvent avoir des effets dangereux sur la santé.

Statistiquement parlant, entre 100 000 et 1 million de personnes par an sont victimes de la contrefaçon de médicaments¹²⁹⁵, selon une étude menée par l'OMS.

La Figure suivante présente les résultats d'une étude de l'IRACM publiée en 2013 sur l'organisation du trafic mondial de la contrefaçon de médicaments.

¹²⁹⁰ : Claudia Thériault, La contrebande de médicaments contrefaits commercialisés sur internet : Réflexions sociopolitiques pour améliorer la lutte contre ce crime transnational, École supérieure d'affaires publiques et internationales, Université d'Ottawa, 2014, p.22.

¹²⁹¹ : Rocher Lauraine, Thèse : La contrefaçon des médicaments dans le monde : situation actuelle et perspectives, Université Claude Bernard- Lyon 1, Faculté de Pharmacie, 2014, p.53.

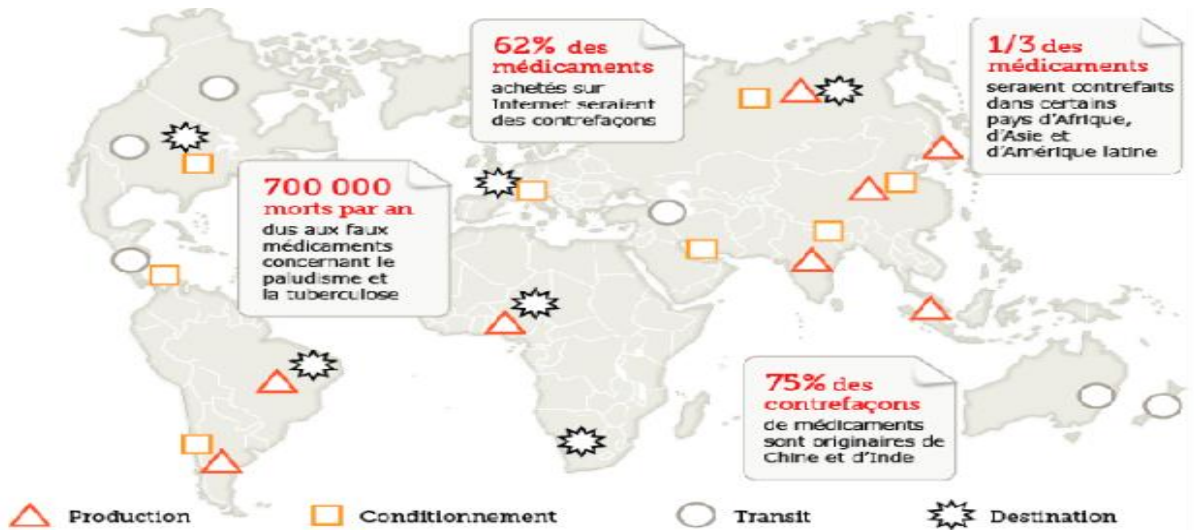
¹²⁹² : Idem.

¹²⁹³ : Claudia Thériault, Op.Cit, p.22.

¹²⁹⁴ : Rocher Lauraine, Op.Cit, p.62.

¹²⁹⁵ : SANOFI, Lutte contre la contrefaçon des médicaments, Novembre 2015, p.5.

Figure N°06 : Organisation du trafic mondial de la contrefaçon de médicaments



Source : Le Figaro, le : 25/09/13, Thomas Féat, Les médicaments contrefaits tuent 700.000 personnes par an.

Selon cette étude, les faux médicaments tuent 700.000 personnes chaque année¹²⁹⁶, l'étude de l'IRACM souligne aussi le rôle croissant du commerce en ligne dans ce cadre...

Section 3 - Explosion du commerce électronique : le salut de l'analyse des risques...

Le commerce électronique est devenu aujourd'hui un canal préféré par les malfaiteurs pour commercialiser massivement leurs produits illicites, la croissance des ventes en ligne apporte des risques majeurs de fraude pour les autorités chargées du contrôle, ces risques sont de plus en plus importants...

Le développement de l'e-commerce représente un défi majeur pour les administrations des douanes, ces dernières doivent donc essayer de s'adapter aux risques et enjeux liés à ce nouveau type de commerce...

Parmi ces enjeux essentiels, on peut citer notamment, la facilitation des échanges, la réduction des délais de dédouanement, la mise en place d'un contrôle efficace pour lutter contre la fraude commerciale et la sécurité de la chaîne logistique.

Face à l'évolution continue des flux de marchandises et des techniques de fraude, la douane devrait mettre en place des systèmes de contrôles intelligents basé sur l'analyse des risques, pour pouvoir trouver un équilibre entre la nécessité de faciliter et l'obligation de contrôler...

I. Gestion des risques : concept, évolution et valeur ajoutée

Les administrations des douanes doivent faire face à l'évolution constante et continue des risques liés à l'émergence des transactions électronique, sachant qu'elles disposent de ressources de plus en plus rares, alors pour pouvoir utiliser ces ressources avec le maximum d'efficacité, ces administrations cherchent à appliquer des techniques de ciblage et de gestion des risques.

¹²⁹⁶ : Le Figaro, le : 25/09/13, Thomas Féat, Les médicaments contrefaits tuent 700.000 personnes par an.

La finalité de la démarche d'analyse des risques est double, cette démarche permet d'assurer des contrôles efficaces et de mettre en place parallèlement des procédures de dédouanement simplifiées qui participent à la croissance économique du pays.

Autrement dit, cette démarche permet grâce à un ciblage performant des opérations commerciales, d'offrir de grandes facilités tout en assurant un contrôle efficace aux opérations susceptibles de présenter des risques élevés...

A- Concept et évolution de la gestion des risques

Les administrations douanières sont placées aujourd'hui sous une pression croissante pour contrôler l'évolution de la criminalité organisée et des risques liés au développement du commerce électronique tout en répondant à la nécessité de faciliter les opérations de commerce extérieur, il s'agit donc de trouver un équilibre entre la facilitation et le contrôle, autrement dit, passer vers des techniques modernes de contrôle et d'analyse des risques...

L'OMD définit l'analyse des risques comme : « l'utilisation systématique des informations disponibles afin de déterminer la fréquence d'occurrence de certains risques et l'ampleur de leurs conséquences probables »¹²⁹⁷, elle présente alors l'analyse des risques comme un rapport entre la probabilité d'un événement et son incidence prévisible.

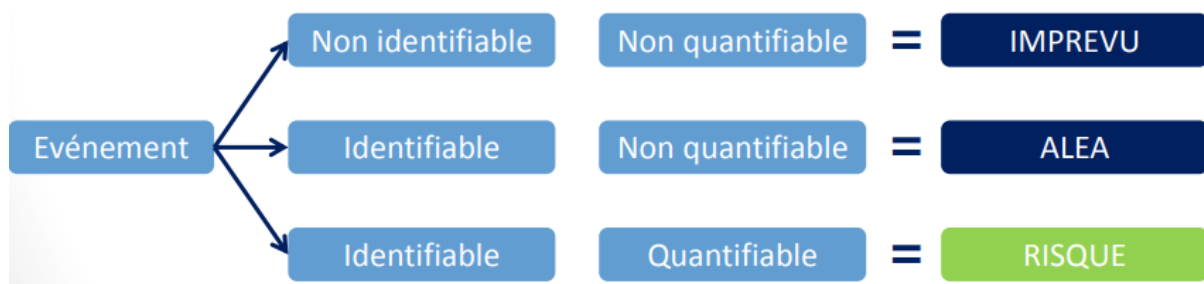
Dans le même sens, la gestion des risques est défini par l'OMD comme : « des activités coordonnées des administrations visant à orienter et à contrôler les risques »¹²⁹⁸, pour arriver à comparer et classer par ordre de priorité ces risques.

L'analyse des risques peut être considérée alors comme la mise en place d'un ensemble de procédures qui permettent d'identifier, analyser, évaluer, traiter et contrôler les risques douaniers.

Ce processus permet « d'axer les activités de contrôle douanier sur les risques plutôt que sur des éléments ou des déclarations sélectionnés de manière aléatoire »¹²⁹⁹, ce qui permet de contrôler mieux avec moins de ressources...

La gestion des risques s'attache aux événements identifiables et quantifiables, la figure suivante présente le champ d'application de l'analyse des risques.

Figure N°07 : Gestion des risques : champ d'application



Source : Clémence Duray & Gatién Braeckman, Gestion des risques, Groupe Jolimont.

¹²⁹⁷ : OMD, Recueil de l'OMD sur la gestion des risques en matière douanière.

¹²⁹⁸ : Idem.

¹²⁹⁹ : Commission Européenne, Opérateurs Economiques Agréés : le modèle compact OEA, Bruxelles, juin 2006, p.2.

L'analyse des risques permet donc de trouver le meilleur équilibre possible entre la sécurisation et la facilitation des transactions électroniques, puisqu'elle permet à la douane d'axer ses ressources sur les échanges présentant un risque élevé¹³⁰⁰, c'est dans ce cadre qu'on peut lire le rôle de la gestion des risques pour les administrations douanières...

B- Analyse des risques douaniers : Valeur ajoutée et gains de productivité...

Le travail des administrations douanières se caractérise par la nécessité de traiter de gros volumes d'échanges liés au développement du commerce sur internet, ces volumes évoluent constamment, il sera alors impossible pour la douane de vérifier tous...

Dans ce cadre, la gestion des risques « constitue, pour les administrations des douanes, une manière efficace et effective de traiter de gros volumes d'échanges lorsque les ressources sont limitées »¹³⁰¹, sachant que les risques évoluent aussi de manière continue...

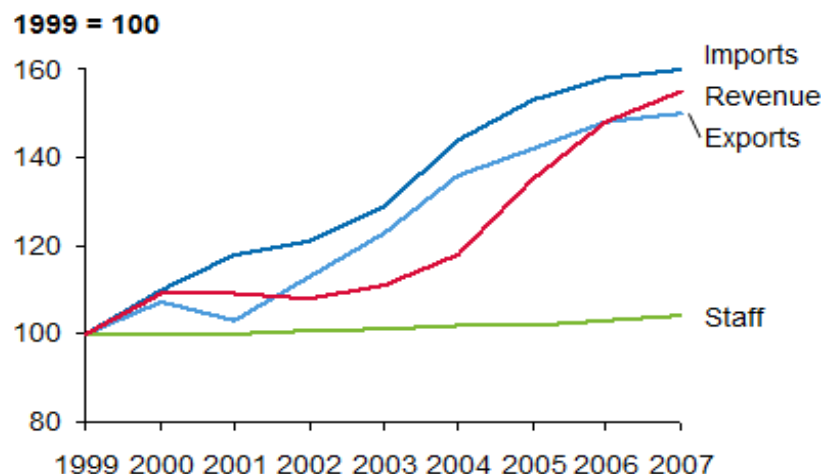
Une approche basée sur les risques permet à la douane de cibler plus efficacement les risques, d'orienter les ressources qui sont de plus en plus rares vers les domaines prioritaires, et de trouver un meilleur équilibre entre contrôle et facilitation.

Selon l'OMD, cette approche permet notamment :

- ✓ « Meilleure utilisation des ressources existantes, ou capacité à travailler avec des ressources inférieures ;
- ✓ Utilisation des ressources pour les domaines présentant le plus de risques ;
- ✓ Et amélioration de la facilitation et de la circulation des marchandises et augmentation des investissements étrangers ». ¹³⁰²

Statistiquement parlant, la figure suivante montre la transition dans le volume des principaux services et le nombre de fonctionnaires au niveau de la douane japonaise.

Figure N°08 : Administration douanière japonaise: étude sur le temps nécessaire à la mainlevée



Source : ministère des finances du Japon.

¹³⁰⁰ : OMC, Étude de cas sur la mise en œuvre de la facilitation des échanges : Gestion des risques, L'expérience de la Nouvelle-Zélande, p.11.

¹³⁰¹ : Idem.

¹³⁰² : OMD, Guide sur la Gestion des Risques, 2003, p.5.

Selon les résultats présentés par cette figure, la mise en place d'une démarche basée sur les risques a permis à la douane japonaise de travailler depuis 1999 avec un effectif quasiment inchangé, alors que les Déclarations d'importation ont évolué d'environ 60% en 2007 et les Déclarations d'exportation ont augmenté de près de 50% dans la même année, sachant que les recettes douanières ont évolué aussi de manière significative...

L'application des techniques de gestion des risques permis donc aux administrations des douanes de « libérer la grande majorité des cargaisons (jusqu'à 80-90 % de toutes les importations dans la plupart des pays) »¹³⁰³ et d'orienter les contrôles uniquement vers les importations correspondant à des profils à risque déterminés.

II. Processus de gestion des risques douaniers

Le processus d'analyse des risques consiste à identifier, analyser, évaluer et traiter les risques, ce processus doit être aussi contrôlé, évalué et documenté pour pouvoir décrire l'ensemble du processus.

L'analyse des risques permet notamment de quantifier les risques à travers un examen des sources des risques, et une évaluation des conséquences de ces événements pour arriver enfin à les hiérarchiser et mettre en place des stratégies de réduction de ces risques.

Le processus de gestion des risques consiste alors à établir d'abord le contexte de la gestion des risques, identifier ensuite les risques, les analyser, les évaluer et enfin les traiter en ordre de priorité.

A- Identifier, pondérer et comparer les risques douaniers :

Les risques douaniers ne peuvent pas être analysés et traités avant d'être d'abord recensés et identifiés de manière précise.

Pour identifier les risques douaniers, il suffit principalement de répondre à deux questions :

- ✚ « Qu'est-ce qui risque d'arriver ?
- ✚ « Comment et pourquoi cela risque-t-il d'arriver » ?¹³⁰⁴

Le résultat de la démarche d'identification des risques est « un registre qui documente les risques et garantit que la totalité de l'éventail des risques est prise en compte »¹³⁰⁵, ces risques seront ensuite analysés et évalués...

L'analyse et l'évaluation des risques permettent d'identifier la probabilité que les risques surviennent et les conséquences liées à ces risques.

Il s'agit comme le montre la figure N°09 d'évaluer les risques, en :

- ✚ « Estimant la fréquence des risques ;
- ✚ Estimant la gravité potentielle des risques (faible, moyenne ou élevée) ».¹³⁰⁶

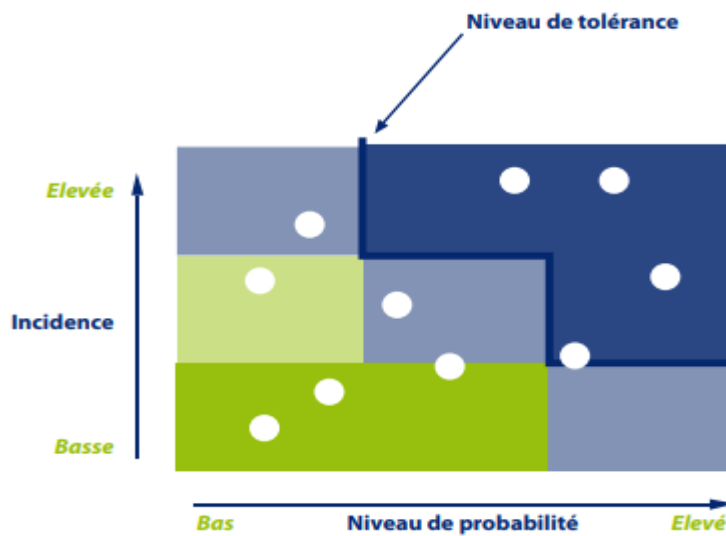
¹³⁰³ : CNUCED et OMD, Note Technique No. 5, Audit a posteriori, Janvier 2011.

¹³⁰⁴ : Département du commerce international, Banque mondiale, Gestion du respect de la loi basée sur les risques : Guide des administrations douanières, p.11.

¹³⁰⁵ : OMD, Recueil de l'OMD sur la gestion des risques en matière douanière, p.15.

¹³⁰⁶ : OMD, Guide sur la cartographie des risques en matière de corruption, juin 2015, p.15.

Figure N°09 : Grille d'évaluation des risques



Source : OMD, 2012.

Ces risques doivent être aussi hiérarchisés, cette étape permet de comparer les niveaux de risques estimés avec les critères préalablement établis, pour pouvoir hiérarchiser les risques et dégager des priorités de gestion.

B- Traitement, contrôle et documentation des risques :

Les responsables chargés de la gestion des risques doivent « distinguer trois catégories de situation: soit ils n'ont aucun contrôle sur le déroulement des événements, soit ils ont un contrôle direct, soit enfin ils ont un contrôle indirect »¹³⁰⁷ sur ces événements.

Le traitement des risques douaniers fait référence à l'ensemble des mesures prises par la douane face à un risque déterminé, quatre types génériques de réactions peuvent être appliquées¹³⁰⁸, elles sont dénommées les quatre T:

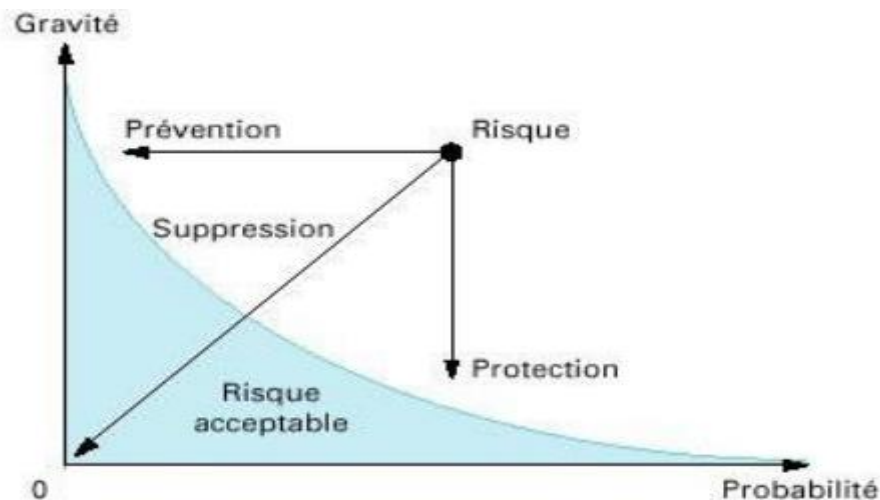
- ❑ tolérer : risques acceptables.
- ❑ traiter : réduire la probabilité ou la conséquence des risques.
- ❑ transférer : transférer un risque à un tiers.
- ❑ terminer : éviter un risque en décidant d'abandonner une activité.

La figure suivante résume les différentes stratégies de réduction des risques, la prévention qui permet de diminuer la probabilité de survenance de l'événement, la suppression, autrement dit, abandonner une activité pour éviter un risque identifié, et enfin, la protection pour réduire la gravité du risque.

¹³⁰⁷ : OMD ACTUALITÉS, n° 62, Juin 2010, p.20.

¹³⁰⁸ : OMD, Recueil de l'OMD sur la gestion des risques en matière douanière, p.19.

Figure N°10 : Stratégies de réduction des risques



Source : Clémence Duray & Gatién Braeckman, Gestion des risques, Groupe Jolimont.

Après le traitement des risques, l'étape suivante consiste à « surveiller et à examiner la performance du système de gestion des risques, y compris les changements qui pourraient l'affecter »¹³⁰⁹, il s'agit alors de contrôler et examiner l'évolution des risques traités.

Enfin, la documentation, cette étape permet de tenir des fichiers des risques, en d'autres termes, disposer d'une trace écrite permettant de décrire l'ensemble du processus de gestion des risques.

Conclusion :

Le développement des transactions électroniques a eu certainement un impact positif sur la croissance économique, notamment grâce à la stimulation de la consommation et la création d'emplois, mais de l'autre côté, ce développement pose sérieusement un certain nombre de défis sur le plan économique, financier et sécuritaire...

Ces risques et défis sont liés principalement au commerce électronique transfrontalier de marchandises de faible valeur B2C (Business to Consumer) et C2C (Consumer to Consumer).

Les caractéristiques du commerce sur internet « (anonymat, mobilité des sites et des hébergeurs et morcellement des envois) ne favorisent pas les contrôles »¹³¹⁰, ce type de commerce peut alors donner lieu à des infractions graves, on peut citer parmi d'autres, la cybercriminalité, la contrebande de marchandises, la contrefaçon de médicaments et le trafic de stupéfiants.

Les fraudes et trafics liés aux échanges électroniques sont de plus en plus divers, complexes, mondialisés et exploitent toutes les opportunités possibles et tous les vecteurs de transport, aérien, maritime, routier et ferroviaire, et notamment le fret postal et express qui gagne du terrain ces dernières années...

La mission des autorités douanières est devenue de plus en plus complexe, « ces dernières ont dû prendre en compte la dématérialisation inévitable des moyens de communication et du

¹³⁰⁹ : OMC, Étude de cas sur la mise en œuvre de la facilitation des échanges, Op.Cit, p.8.

¹³¹⁰ : Assemblée Nationale, Gaby Charroux et Éric Woerth Députés, Rapport d'information sur l'évaluation de l'action de la douane dans la lutte contre les fraudes et trafics, Juin 2015, p.17.

développement exponentiel du commerce électronique »¹³¹¹, ce type de commerce constitue désormais un vecteur essentiel des fraudes et trafics.

Dans ce contexte, l'adaptation sera alors une nécessité pour l'administration des douanes qui devra suivre les évolutions du commerce.

La grande partie des marchandises déclarées à la douane étaient jusqu'à la seconde moitié du 20ème siècle contrôlées par les agents des douanes, cependant, le rôle des administrations douanières est aujourd'hui en constante évolution¹³¹², notamment avec la mondialisation des échanges et l'évolution constante et continue des transactions électroniques.

Cette situation a obligé les administrations des douanes « dans le monde entier à repenser leurs structures, procédures, politiques et pratiques existantes »¹³¹³, pour pouvoir faire face à l'ensemble des défis déjà cités et soutenir le développement économique.

Les dirigeants et les cadres supérieurs des administrations des douanes sont obligés aujourd'hui de chercher les meilleurs résultats, sur le plan des recettes douanières, et sur le plan aussi de facilitation et contrôle douanier, avec des ressources de plus en plus rares...

Dans ce cadre, les stratégies et « les méthodes traditionnelles de contrôle douanier, comprenant une intervention à 100 % ou la sélection de pourcentages élevés d'importations ou des critères de sélection purement aléatoire, ne constituent pas les meilleurs modèles en matière de gestion des frontières »¹³¹⁴, ces méthodes ne permettent pas de répondre aux enjeux de facilitation et de sécurisation fixés par la douane

Les agents des douanes ne peuvent pas vérifier « toutes les déclarations du fait de l'insuffisance des capacités par rapport à la charge de travail, même s'il le pouvait encore, cela ne serait ni nécessaire, ni souhaitable »¹³¹⁵, la douane sera obligé alors d'améliorer la stratégie de contrôle appliquée...

Autrement dit, il n'est ni acceptable ni inutile ni possible d'inspecter toutes les déclarations¹³¹⁶, dans ce sens, les administrations des douanes modernisées utilisent aujourd'hui des démarches scientifiques de ciblage pour analyser et gérer les risques et cibler de manière précise les risques prioritaires.

Le document sur la douane au 21ème siècle, approuvé par le Conseil de l'OMD lors de la session de juin 2008 à Bruxelles, a signalé la nécessité de mettre en place une démarche positive et dynamique de gestion douanière.

Le troisième élément constitutif de la douane au 21ème siècle considère l'analyse des risques comme la composante clé d'une stratégie douanière orientée vers l'avenir.

Dans le même cadre, les Normes contenues dans le Chapitre 6 de l'Annexe Générale de la Convention de Kyoto révisée peuvent représenter la base légale pour la mise en place de l'analyse des risques.

¹³¹¹ : Florian Bedet, Op.Cit, p.14.

¹³¹² : Commission Européenne, Opérateurs Economiques Agréés : le modèle compact OEA, Op.Cit, p.2.

¹³¹³ : Direction des contributions de Maurice, Département des douanes, S.S. Purmah, Mise en œuvre de la facilitation des échanges en République de Maurice, octobre 2011.

¹³¹⁴ : OMD, Renforcement des capacités 2012, p.10.

¹³¹⁵ : Commission Européenne, Opérateurs Economiques Agréés : le modèle compact OEA, Op.Cit, p.2.

¹³¹⁶ : OMD, Cadre de normes SAFE de l'OMD, Juin 2015, p.1.

Alors, il sera nécessaire dans ce contexte de « mettre en œuvre un système de "contrôles intelligents" dans lequel les risques seront évalués et les ressources adéquates débloquées en conséquence »¹³¹⁷ pour pouvoir utiliser efficacement ces ressources de plus en plus rares.

Ce système de contrôles intelligents basé sur une stratégie de travail ciblée et planifiée, remplace donc le contrôle aléatoire de documents et de marchandises.

L'objectif de la politique d'analyse des risques « est alors d'identifier les opérateurs ou les personnes fiables ainsi que les envois et les transactions à faible risque »¹³¹⁸, qui peuvent bénéficier d'une politique de facilitation des procédures douanières, et identifier parallèlement les transactions à risque élevé qui nécessitent un contrôle rigoureux.

L'enjeu pour la douane est de trouver le meilleur équilibre possible entre la facilitation et le contrôle, l'analyse des risques est alors indispensable pour les administrations douanières pour moins contrôler et mieux contrôler...

¹³¹⁷ : OMD, Guide sur la Gestion des Risques, 2003, p.5.

¹³¹⁸ : OMD, Recueil de l'OMD sur la gestion des risques en matière douanière.

La récente loi n°73-17 : un dispositif pro-débiteur mis à l'épreuve ?

✉ Oussama CHEKAUD

étudiant chercheur en Droit des Affaires,
lauréat du Master « Juriste d'affaires » de la FSJES de Fès.

Sans doute, avec l'avènement de la récente loi n° 73-17¹³¹⁹ modifiant et complétant le livre V du code marocain du commerce, entrée partiellement¹³²⁰ en vigueur en avril 2018, la scène juridique marocaine est redynamisée, et la doctrine divisée entre scepticisme et enthousiasme, pourtant et de premier regard, le gain à compenser est colossal car notre droit des entreprises en difficulté était qualifié souvent comme « un **droit de faillite, en faillite.** »

Cette faillite est une réalité liée à la défaillance économique (avant de celle juridique et judiciaire) matérialisée par le nombre important des mise en liquidation quasi-systématique des entreprises malades, en fait à travers les statistiques du ministère de justice un pourcentage s'élevant à peu près de 90%¹³²¹ de celles-ci finissent et sombrent à travers la procédure de liquidation. C'est à dire une disparition anticipée et imprévisible de ces acteurs économiques incontournables du tissu économique national.

La loi susmentionnée est donc conçue comme une bouée de sauvetage, instituant surtout et pour la première fois au Maroc une nouvelle procédure de « sauvetage » des entreprises en crise, appelée « procédure de sauvegarde¹³²² ».

La lecture rapide des dispositions encadrant cette procédure fait apparaître une ressemblance par rapport à sa sœur aînée introduite en France par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005¹³²³ de sauvegarde des entreprises.

Ainsi le nouveau droit marocain des entreprises en difficulté est désormais remodelé et réaménagé pour recevoir ce nouveau-né, qui certainement suscitera l'intérêt de la doctrine en premier lieu en tant que nouveau mécanisme hybride nécessitant une analyse plus approfondie pour l'appréhension de ses finalités et ses retombées pratiques, ensuite cette procédure est censée mobiliser les dirigeants des entreprises car l'une des principales caractéristiques de cette dernière est le maintien de ces dirigeants à la tête de leurs entreprises, sans omettre que le législateur soucieux de garantir sa réussite l'a corréler à un volontarisme sans précédent en laissant exclusivement à ces derniers la faculté et le droit de demander l'ouverture de ladite procédure..

Autre point à préciser, la nouvelle loi est venue combler plusieurs insuffisances et zones d'ombres caractérisant sa prédécesseur, sans être exhaustif, je donnerai l'exemple de la définition apportée

¹³¹⁹ Loi n° 73-17 modifiant et complétant le livre V de la loi 15-95 formant code de commerce, publiée en B.O n° 6667 le 23 avril 2018.

¹³²⁰ Article 798 de la loi n° 73-17 :

« Dans l'attente de l'institution de juridictions compétentes pour le règlement des différends intervenus entre commerçants ou pour l'application de la présente loi, il sera statué sur lesdits différends conformément à la législation en vigueur. »

¹³²¹ Saida BACHLOUCH, « La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit compare franco-marocain » THÈSE de doctorat en Droit de l'Université Paris-Est Créteil, Soutenue le 1er octobre 2012, p.232.

¹³²² La procédure de sauvegarde régie, principalement, par le Titre III du livre V relatif à la procédure des difficultés de l'entreprise (Art 560 au 574) de la loi n° 73-17.

¹³²³ La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises en France.

par ce nouveau texte à la notion de la cessation de paiement¹³²⁴, actuellement mise à jour et mettant terme au renvoi systématique à la jurisprudence, aussi l'institution des procédures internationales d'insolvabilité, disposition totalement novatrice de cette loi...

Aujourd'hui aussi, avec l'avènement de la loi n° 73-17, rien n'a changé par rapport aux finalités du livre V, au contraire, le dispositif réinventé, a consacré enfin, une disposition qui énonce ses finalités¹³²⁵. Cette situation qui a suscité le débat, partant, Professeur A. CHMIA¹³²⁶, a tiré l'attention particulière autour de l'insertion de cette disposition dans la partie relative à la procédure de sauvegarde, tandis que selon le même auteur, il fallait consacrer cette disposition dans la partie dédiée aux dispositions générales, cet aménagement qui écartera toutes nuances éventuelles quant au champ d'application de ces finalités.

D'une façon générale, le législateur en adoptant ce texte avait une double contrainte, d'une part le bilan très décevant des dispositifs préventifs et curatifs du livre V, et d'autre part la nécessité d'une refonte de son droit d'insolvabilité capable de l'harmoniser avec les standards internationaux en la matière.

Donc, dans quelle mesure peut-on avancer que cette loi, constitue elle un dispositif pro-débiteur, et si au contraire, quelle sont les limites qui font d'elle une simple prolongation de l'ancien livre V ?

Pour approcher cette problématique, il s'avère opportun de préciser les nouvelles mesures avantageuses, introduite par la récente loi, accordées au débiteur et ensuite dresser un constat autour des dysfonctions et éventuelles entraves, altérants la position du débiteur, qui subsisteront malgré ladite réforme du livre V.

I- Les Mesures « pro-débiteur » circulées par la loi n°73-17

Commençant tout logiquement par l'examen des apports de cette loi qui sont en faveur du débiteur en difficultés, ces apports qui se manifestent, surtout, dans l'introduction pour la première fois de la procédure de sauvegarde (2) mais avant, il faut pointer le doigt la rénovation de l'ancien règlement amiable par l'adoption d'une procédure de conciliation (1) et enfin les nouvelles dispositions très favorables aux cautions personnes physiques (3), souvent des chefs d'entreprises en difficultés.

(1) La procédure de conciliation : maintien de l'approche préventive

La procédure de conciliation succède à l'ancien dispositif de prévention des difficultés de l'entreprise, le règlement amiable. Institué par la loi du 1er mars 1984 en France, et la loi du 1er aout

¹³²⁴ C'est d'ailleurs l'une des avancées de la loi n° 73-17, qui a enfin donné une définition claire à cet état qualifiée de « cessation de paiement », désormais selon le 2ème alinéa de l'article 575 :

« La cessation de paiement est établie dès lors que l'entreprise est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. ».

¹³²⁵ L'article 560 du livre V, dispose que : « La procédure de sauvegarde a pour objet de permettre à l'entreprise de surmonter ses difficultés afin de garantir la poursuite de son activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. ».

¹³²⁶ الدكتور عبد الرحيم شميعة شرح أحكام نظام مساطر معالجة صعوبات المقاول في ضوء القانون 73-17 ، دار الافاق المغربية، طبعة 2018 ص، 19

{و إذ نأسف عن عدم تحلي المشرع المغربي حتى مع القانون 73.17 الذي عمل خلافا للقانون القديم إلى تخصيص المادتين 545 و 546 إلى تحديد المراحل والمفاهيم الخاصة بهذا القانون، وسيتم الإعلان عن أهدافه في المادة 560 م.ت المنظمة لمسطرة الإنقاذ، والحال أنه كان يتعين القيام بذلك في أول مادة من هذا القانون بالشجاعة عن الكشف عن أهداف و غايات الكتاب الخامس من مدونة التجارة، فإنه يجب أن لا يلتبس الأمر لدى أي باحث فيما يخص أهداف الكتاب الخامس، والتي لا تختلف في شيء عن ذات الأهداف عن القانون الأصل الذي أخذ عنه مشرعنا ونقصد به القانون الفرنسي.

1996 au Maroc, ce dernier qui avait pour objectif « le traitement prophylactique »¹³²⁷ des entreprises, ne remplissant pas totalement la mission qui lui avait été assignée, il devait être rénové par la loi n° 73-17 par une procédure plus attractive et surtout plus efficace. Le règlement amiable prendra alors avec cette loi le nom de conciliation.

Le président tribunal de commerce¹³²⁸ dans cette procédure joue le rôle d'un amiable compositeur entre les intérêts conflictuels du débiteur et ceux des créanciers. Ce qui signifie que c'est au chef d'entreprise qu'incombe la responsabilité de recourir à ce mécanisme de prévention.

Cette procédure qui reste l'une des premières opportunités offertes aux débiteur (après la prévention interne et le mandataire spécial), n'étant pas encore en état de cessation de paiement, de jouir d'une protection judiciaire (suspension provisoire de poursuite) et d'une large gamme de prérogatives incitatives (nature confidentielle des démarches judiciaires et conventionnelle de l'accord avec les créanciers).

(2) La procédure de sauvegarde : renforcement de la position du débiteur

L'innovation de la loi de sauvegarde au Maroc résidait dans la création d'une nouvelle procédure collective, un redressement judiciaire anticipé : la sauvegarde qui implique que l'entreprise ne soit pas encore en cessation de paiements, et que ses difficultés aient été aperçues et analysées et qu'il soit encore possible de trouver avec les créanciers une solution.

La sauvegarde est à la fois une procédure préventive qui doit intervenir avant que les difficultés de l'entreprise ne soient telles que celle-ci se trouve en cessation des paiements. Mais c'est en même temps une procédure curative, dans la mesure où les mécanismes mis en œuvre s'inspirent assez largement de la procédure de redressement judiciaire¹³²⁹.

Cette procédure de sauvegarde, contrairement à celle de redressement judiciaire ne dessaisit pas le chef d'entreprise de la direction de celle-ci : celui-ci poursuit en effet la gestion de son entreprise avec l'aide du syndic. Si l'entreprise n'est pas en cessation des paiements, le débiteur ne court pas le risque de sanction à titre personnel tels que la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer, ou encore une condamnation sur ses biens personnels en comblement pour insuffisance d'actif.

Cependant, en cas de fraude de gestion, il est susceptible d'être poursuivi sur ses biens personnels.

Favorable au débiteur par les avantages qu'elle lui procure, notamment de ne pas être exproprié à l'issue de la procédure, favorable aux dirigeants de la personne morale débitrice ou au débiteur personne physique, en c'est qu'elle est incompatible avec les sanctions qui trouvent leur justification dans le préjudice collectif causé par la cessation des paiements et en ce qu'elle accorde aux cautions personnes physiques les conditions d'apurement du passif accordées au débiteur, elle n'a de sens et d'intérêt qu'utilisée avec un réel sens de l'anticipation¹³³⁰.

¹³²⁷ C. SAINTE-ALARY-HOUIN, La procédure de conciliation et la loi de sauvegarde des entreprises : de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies, RPC, 2007, p.13.

¹³²⁸ 3^{ème} alinéa de l'article Article 546 de la loi n°73-17 :

« On entend par président du tribunal au sens du présent livre, le président du tribunal de commerce ou son suppléant. »

¹³²⁹ Gerard BLANC, « la nouvelle loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », actes du Colloque organisé par la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix- Marseille, presses universitaires d'Aix Marseille, 2006, p.64.

¹³³⁰ Veronique MARTINEAU-BOURGINAUD, « la loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? » Colloque du vendredi 24 février 2006, Lexis Nexis, Paris, p.3.

(3) Les avantages accordés aux cautions « personnes physiques »

Le législateur a déterminé la qualité des cautions qui peuvent bénéficier de l'ensemble des mesures favorables issues de la loi n°73-17, qualifiée de pro-débiteur, en précisant que seuls les cautions personnes physiques, solidaires ou non, pourront y être intégrées.

Dans leur ensemble, les nouvelles dispositions relatives aux cautions personnes physiques, sont une étape dans laquelle le législateur Marocain, accorde un très grand confort à ces dernières, cette protection qui se manifeste à travers l'étendue des bénéfices que ce législateur a pu réintégrer dans le nouveau dispositif issue de la récente loi n°73-17. Ainsi, et durant la procédure de conciliation, les cautions sont mieux placées, dans la mesure où elles bénéficieront désormais de la suspension provisoire des actions et procédures¹³³¹ durant cette procédure amiable.

Pour sa part, la nouvelle procédure de sauvegarde, s'avère très bénéfique aux cautions, puisque ces dernières seront parfaitement placées à travers l'étendue des mesures protectrices de l'entreprise, n'étant pas encore arrivé au stade ultime de la cessation de paiement, ainsi et à travers l'article 572, ses cautions, personnes physiques, profiteront principalement des dispositions du plan de sauvegarde et aussi de l'arrêt du cours des intérêts mais aussi de la suspension provisoire des poursuites..

Cette position du législateur s'inscrit dans le renforcement de cette procédure et dans l'amélioration de son attractivité, puisque cette protection des cautions n'est pas une fin en soi mais une mesure incitative des chefs d'entreprises au recours à cette procédure, sachant bien, que dans une grande partie, ce sont ces mêmes chefs d'entreprises qui sont cautions de leurs entreprises.

II- Quelques situations juridiques « défavorables » au débiteur, incarnées par la loi n°73-17 :

La loi n°73-17, étant donné qu'elle prévoit des mesures favorables au débiteur, présente également des situations juridiques défavorables pour ce même débiteur, à titre non exhaustif, la nouvelle procédure de déclaration de créances (1), le rôle maintenu des organes judiciaires dans la concrétisation des solutions adaptées par le tribunal (3), mais surtout l'interventionnisme du tribunal en phase curative (2).

(1) Les retombées négatives de la nouvelle procédure de déclaration de créances sur le débiteur

Il ressort de la nouvelle procédure de déclaration de créances que le législateur a essayé de corriger les lacunes de cette phase critique de détermination du passif de l'entreprise en crise, en mettant en avant les droits des créanciers par un assouplissement de démarches, ce qui va aller automatiquement, à l'encontre des intérêts du débiteur.

Ceci dit, on note que le législateur a œuvré pour un élargissement des créanciers concernés par l'avertissement du syndic, en disposant que ce dernier doit avertir en plus des créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat de crédit-bail publié, tous les créanciers connus par lui¹³³².

Aussi, pour chaque procédure, un registre spécial coté et paraphé par le juge-commissaire doit être tenu par le syndic qui y inscrit les déclarations de créances selon l'ordre chronologique de leur réception.

¹³³¹ L'article 559 du C.com

¹³³² L'article 719 de la loi n°73-17.

Il découle de cette nouvelle procédure de déclaration de créances, que les créanciers seront mieux informés, voire personnellement informés, et avertis en cas de passage de leur entreprise débitrice en phase de traitement de difficulté.

Mais la contrepartie de cette protection des créanciers, n'est que l'altération des intérêts du débiteur qui doit, désormais, subir l'impact négatif de l'élargissement du cercle d'avertissement de ses créanciers.

(2) l'interventionnisme du tribunal en phase curative

La loi ne précise pas que seul le créancier dont la créance est en souffrance peut initier la demande d'ouverture de la procédure¹³³³, le tribunal reste aussi à travers la récente loi, un acteur incontournable, ainsi et pour une veille juridique sur le respect et la bonne marche des procédures de traitement, des difficultés de l'entreprise, le tribunal a gardé son rôle de déclencheur de procédure et de correcteur parfois.

Tout d'abord en matière de déclenchement, le tribunal peut s'auto-saisir pour déclencher l'ouverture de procédures curatives en cas de :

- *Redressement judiciaire* :

Ainsi, la procédure peut être ouverte sur l'assignation d'un créancier quelle que soit la nature de sa créance. Mais Le tribunal peut aussi se saisir d'office ou sur requête du ministère public ou du président du tribunal dans la limite de ses attributions en matière de prévention externe¹³³⁴.

- *Liquidation judiciaire* :

Dans ce cas, Le tribunal prononce, d'office ou à la demande du chef de l'entreprise, d'un créancier ou du ministère public, l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire lorsqu'il lui apparaît que la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise¹³³⁵.

Ensuite, cet interventionnisme se manifeste par la possibilité donnée au tribunal de convertir la procédure de sauvegarde en redressement ou en liquidation, en cas de non réunion des conditions préalables requises¹³³⁶.

(3) le rôle « gênant » des organes de procédure dans la concrétisation du sort de l'entreprise défaillante

À côté du tribunal, d'autres organes judiciaires vont s'immiscer dans les affaires de l'entreprise en difficultés, cette intervention qui reste, pourtant, mal digérée par les chefs d'entreprise, ces derniers qui vont perdre le contrôle de leurs unités de production.

Ainsi, le syndic, véritable chef d'orchestre est chargé de mener les opérations de redressement et de liquidation judiciaires à partir du jugement d'ouverture jusqu'à la clôture de la procédure¹³³⁷.

Aussi, convient-il de souligner qu'hormis l'hypothèse où le chef de l'entreprise est écarté de la gestion de celle-ci, le syndic n'est pas le représentant légal de l'entreprise en difficulté¹³³⁸.

¹³³³ Abdeljalil HAMMOUMI, Droit des difficultés de l'entreprise : la prévention des difficultés, le redressement judiciaire, la liquidation judiciaire, 3ème édition, LIBRAIRIE DAR ASSALAM, 2008. p. 58.

¹³³⁴ Art. 578 de la loi n°73-17

¹³³⁵ Art. 651 de la loi n°73-17

¹³³⁶ Art. 573 de la loi n°73-17

¹³³⁷ Abdeljalil HAMMOUMI, op.cit. p.68.

¹³³⁸ محمد العبدوني، دور السنديك في إدارة المقاوله الفاضعة لمسطرة التسوية القضائية، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاوله، " سلسلة القانون والممارسة القضائية"، عدد 5، 2005، ص.47.

Le juge commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence¹³³⁹, contrairement au syndic dont l'étendue de la mission est précisée par le tribunal, ce dernier n'a aucun pouvoir de moduler la tâche du juge commissaire. En effet, bien qu'il constitue un prolongement du tribunal qui l'a nommé, cet organe tient son pouvoir par la loi. Le tribunal conserve néanmoins le pouvoir d'intervenir lorsque des questions importantes concernant la procédure sont posées¹³⁴⁰.

La polyvalence des attributions offertes au ministère public consolide et conforte sa situation de défenseur de l'ordre public économique, dès qu'il constate le non dépôt des comptes sociaux, il lui est impérativement sollicité :

- La régularisation, voire l'engagement des poursuites
- veiller à ce que des créanciers n'instrumentalisent pas le droit des entreprises en difficulté et si la constatation de la cessation des paiements a été déjà établie, il doit veiller au traitement égalitaire entre les créanciers.
- Il doit veiller au respect de l'ordre public.
- Il doit également remplir convenablement son rôle d'interlocuteur naturel des salariés, lorsque ces derniers n'arrivent pas à obtenir le paiement de leurs salaires.

En guise de conclusion, il est très opportun de faire le point sur les grandes avancées que la loi n°73-17 a pu apporter aux « procédures collectives », dans la mesure où le législateur a renforcé remarquablement le volet préventif de ces procédures, en maintenant l'essentiel des démarches préventives contenues dans la version précédente du livre V, d'une part, et d'autre part pas les nombreuses amendements qu'il a administré dans ce même volet, pour ne pas citer que la fameuse procédure de sauvegarde..

Ce constat, ne doit pas laisser croire que la justice commerciale est à l'épargne de toutes critiques, à l'image du livre V, car certains points restent cependant tributaires à une révision prochaine de ce même dispositif.

Le débiteur censé être mieux protégé par cette nouvelle loi, s'est vu attribué un attribut, celui de sauver son entreprise à travers la nouvelle procédure de « sauvetage », mais qui se trouve dans certaines situations dépourvu de moyens pour la réalisation de cet objectif.

¹³³⁹ Yves GUYON, Droit des affaires tome 2, Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite : nouvelle édition 2012.p.177.

¹³⁴⁰ Abia CHRAIBI, le redressement des entreprises en difficulté au Maroc : état actuel et perspectives de réformes à la lumière du droit français, thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé, USMBA, FSJES Fès soutenue le 23-avril-2018. p.234.

La démocrature politico-économique : Stratégie endogène du développement de l'Empire du Milieu

✍ **NOUR Mohammed Rida**

Professeur habilité en droit public

à la Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Fès

Président du Centre marocain des études africaines et du développement durable

Conception particulière et assez originale, la démocrature n'est d'autre que la contraction de « démocratie » et « dictature », qui fait référence aux régimes politiques hybrides dotés d'une démocratie de façade et dont les mécanismes « démocratiques » sont dévoués au profit du maintien artificiel au pouvoir d'un dictateur ou d'une oligarchie. Comme le précise MERCHET Jean-Dominique, « Les archéologues du vocabulaire considèrent que la première occurrence du mot remonte à 1987, avec la parution du livre du sociologue Gérard MERMET justement intitulé *Démocrature : comment les médias transforment la démocratie*. Si le mot est forgé depuis trente ans, ce n'est que plus récemment qu'il est utilisé dans son sens actuel, comme le fait abondamment l'essayiste Nicolas Baverez. Le mot s'est imposé dans le dictionnaire et il existe dans de nombreuses langues »¹³⁴¹. Néanmoins, ce système hybride

Partie I – La démocrature sociopolitique

Pendant que la majorité des spécialistes affirmaient qu'il ne peut y avoir de développement sans démocratisation de la société, les pouvoirs politiques chinois, fidèles à des traditions ancestrales, ont préféré maintenir un système politico-social hybride.

Sous partie I- La démocrature politique

Dans ce sens, la Chine est certainement l'un des États qui répond le mieux aux caractéristiques de cette description. Dans son long chemin vers le développement, l'empire du Milieu a su adopter une stratégie assez originale où démocratie et dictature cohabitent à la fois sur les plans sociopolitiques que dans le domaine économique et monétaire, à travers un dirigisme étatique quasi inimitable. Une stratégie qui, malgré ses déficiences, recueille la bénédiction d'une grande majorité du peuple chinois, puisqu'elle est constante de la philosophie politique chinoise depuis plus 4000 ans.

En effet, pour les Chinois, celui qui sauve la nation d'un grand danger (invasion militaire, des inondations ou la famine, etc.) reçoit automatiquement le « mandat du ciel » c'est-à-dire un pouvoir qu'il conservera à vie tant qu'il ne démérite pas. Alors que, toujours selon la tradition chinoise, un dirigeant impuissant et incapable de défendre les intérêts de la nation, est un Homme stérile qui ne mérite pas son statut et par conséquent, il est dépourvu du « mandat du ciel ». C'est la raison pour laquelle, d'ailleurs, que les Chinois conçoivent assez mal le modèle occidental où le mandat est octroyé par les électeurs, mais sans possibilité de le reprendre lorsque l'élu s'en montre indigne.

Dans ce sens, certains spécialistes de la Chine estiment que, contrairement à ce qui est perçu en Occident, le gouvernement n'est pas une dictature pure et dure. Certes le régime politique chinois est toujours dominé par un parti unique (PCC), mais l'État reste, plus ou moins, à l'écoute de la

¹³⁴¹ MERCHET Jean-Dominique, « Démocrature, dédagisme, ubériser, selfie, climatosceptique : cinq mots qui ont déboulé dans notre vie », 05 juin 2018, (en ligne), disponible sur : www.lopinion.fr.

population sur plusieurs dossiers et registres. Ainsi, comme le précise Baverez, « Trop souvent la Chine est assimilée à un régime dictatorial », pourtant il existe des « débats très vifs entre camps opposés bien loin de l'image monolithique faussement perçue en Occident » et cela « révèle une forme de démocratie interne »¹³⁴². Pour lui, parfois on a même tendance à assimiler le pays à une véritable démocratie, tant la force du débat est importante, surtout que depuis quelques années on assiste, bel et bien, à l'émergence d'une opinion publique qui contraint les dirigeants à écouter de plus en plus le peuple. Une nouvelle « mode » due à l'explosion d'internet et des réseaux sociaux dans en Chine. « Sur internet, ce sont 700 millions de personnes qui dénoncent quotidiennement les travers de la société » et qui sont « analysés par des experts, puis débattus en interne au sein du Parti communiste, qui y voit l'occasion de réformer un système conçu comme un être vivant, donc susceptible d'évoluer à tout moment »¹³⁴³. Paradoxalement, selon Baverez, ce régime écouterait même plus « son peuple que la France par exemple », car le gouvernement sait que « sa légitimité il la tient avant tout de son efficacité »¹³⁴⁴.

Toutefois, il n'en reste pas moins que lorsqu'on désire procéder à de grandes réformes socio-économiques et politiques on ne consulte pas la population, à l'image d'ailleurs de ce qui se passe dans la plupart des pays occidentaux dotés d'une démocratie électorale et où la prise de décision demeure un champ exclusif de la classe politique professionnelle. Alors que, dans la plupart du temps, le peuple se trouve dépossédé de sa souveraineté de principe, vu qu'il est dépourvu de la jouissance directe de ses pouvoirs politico-économiques, sauf lors de certains rendez-vous électoraux épisodiques (soit à travers les élections, soit à l'occasion de quelques rares consultations populaires « référendums »), lorsque ces derniers ne sont pas truqués ou biaisés.

Politiquement incorrect, en Chine la population n'a pas non plus son mot à dire sur orientations adoptées pour le pouvoir afin de développer l'Empire. Néanmoins, cette stratégie inspirée par un système politique hybride conciliant *hard* et *soft* Powers a permis à la Chine de réaliser des avancées extraordinaires dans des secteurs où elle était, économiquement et socialement, faible.

D'ailleurs, l'État chinois n'hésite pas à assumer et faire l'apologie de sa démocrature politique qui lui a permis de réaliser des réformes économiques sans précédent, à une époque où les spécialistes du développement occidentaux affirmaient que le préalable indispensable au développement d'une société, quelle qu'elle soit sa nature, sa taille et son orientation, c'était sa démocratisation. Or Pékin prouve depuis plus de cinquante ans que l'inverse est possible et réalisable. Et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle les Chinois soutiennent, en grande partie, l'ensemble des projets du gouvernement.

Donc, ce régime politique hybride a réussi pour l'instant son défi de développement, même si certaines couches sociales continuent de souffrir, à l'image des millions de personnes qui n'arrivent toujours pas à profiter de cette ascension, tel que les Míngōng, considérés par plusieurs spécialistes comme étant les plus grands perdants du miracle chinois.

Sous partie II- Le système du Hukou

Malgré l'expansion économique actuelle de l'Empire, certains Chinois n'arrivent toujours pas à nourrir correctement leur famille. Le miracle chinois ne profite pas à toutes les composantes de la

¹³⁴² David Baverez, « Paris-Pékin express : La nouvelle Chine racontée au futur Président », Paris, Bourin Francois Eds, 2017, p. 68.

¹³⁴³ Le petit journal, « Chine – Quelle évolution pour cette nouvelle "démocrature" ? », 04/04/2017, (En ligne), disponible sur : www.lepetitjournal.com

¹³⁴⁴ David Baverez, Ibid.

société à cause, entre autres, de l'adoption par les pouvoirs publics de ce qu'on appelle le « système du Hukou »¹³⁴⁵ qui limite les déplacements de population en Chine.

En effet, en Chine « chaque citoyen n'est libre de travailler, sauf exception, que dans sa province de résidence et uniquement à la campagne s'il est né dans une zone rurale. Le parti annonçait rituellement la fin du Hukou mais il ne l'a pas fait cette fois-ci, car ce système est pour lui une bénédiction »¹³⁴⁶. Le Hukou crée à l'intérieur de la Chine une classe sous-prolétaire dépourvue de droits, représentée par ce qu'on appelle les Míngōng, c'est-à-dire des *citoyens chinois migrants*¹³⁴⁷, issus des zones rurales et agricoles et qui, par manque d'opportunité et d'offres de travail, sont contraints de quitter, *sans autorisation*, leurs villages pour « migrer » vers les villes à la recherche d'un emploi dans les entreprises et chantiers des villes et zones périurbaines et qui représentent « une main-d'œuvre taillable et corvéable à merci. C'est quand même ça la clé du système chinois ! »¹³⁴⁸.

Ce mouvement d'exode de ces ruraux Chinois qui migrant vers les grandes métropoles pour chercher une vie meilleure, a été entamé en 1979, « lors de l'ouverture de la Chine à l'économie mondialisée sous l'impulsion de Deng Xiaoping. Bâisseurs, ouvriers, balayeurs : ils sont depuis quarante ans les petites mains de la croissance chinoise »¹³⁴⁹.

Dès le milieu des années 1990, profitant de l'assouplissement du *hukou*, des dizaines de millions de paysans sont ainsi montées à la ville pour trouver du travail. « Bao Jian, dans le Quotidien du peuple de Pékin, rappelait que ces « *immigrés de l'intérieur* » ou travailleurs migrants réussissaient pour une partie d'entre eux à s'intégrer progressivement. Et c'est précisément cette migration qui a permis l'extraordinaire explosion des villes Chinoises parfois qualifiée de « *big bang urbain* » dès le début des années 2000 (Westendorff, 2001). Toutefois, ce boom urbain a provoqué une autre vague de migrants en situation précaire à la périphérie des mégapoles de Beijing, Shanghai, Canton. Ces populations mouvantes, sous-payées, ont servi et servent de main-d'œuvre à bon marché pour l'expansion de l'immobilier et la construction de nombreux équipements, comme pour la préparation des Jeux olympiques de 2008 »¹³⁵⁰. En 2012, le nombre de ses migrants a atteint 250 millions, alors qu'en 2016 « on estime cette population flottante à 300 millions de personnes »¹³⁵¹ selon le gouvernement chinois. Un chiffre qui dépasse le nombre des travailleurs migrants internationaux recensés par l'ONU¹³⁵².

Donc, ces Míngōngs représentent une aubaine pour les entreprises chinoises qui, faute d'autorisation de travail délivrée par les autorités administratives, ils les obligent à accepter des salaires précaires par rapport aux travailleurs chinois légaux. Une situation d'autant plus favorable

¹³⁴⁵ Système d'enregistrement des ménages appliqué en République populaire de Chine.

¹³⁴⁶ HOLZMAN Marie, « Où va la Chine de Xi Jinping ? », In., « Monde chinois », 2017/2 N° 50, p. 42.

¹³⁴⁷ Carburant humain de l'avancée économique, ces travailleurs migrants internes sont les grands oubliés du rêve chinois. On les appelle les Míngōng, un nom composé de « mín », « gens du commun / peuple » et « gōng », « travailleurs / ouvriers », et qui se traduit par « travailleurs migrants ». Cf., Wikipédia.

¹³⁴⁸ Idem.

¹³⁴⁹ ESPARGILIERE Loup et MONNET Théau, « La deuxième génération des mingong », In., le monde diplomatique, Novembre 2016, p. 16.

¹³⁵⁰ QUITTE Jean-Marc et MAIRE Richard, « Chine-Inde : course au développement et impacts socio-environnementaux », In., Chine : regard croisé, 253-254 | Janvier-Juin 2011, p. 16.

¹³⁵¹ GAY Christophe et LANDRIEVE Sylvie, « Le casse-tête chinois : urbanisation, mobilité et développement durable », Paris, Association Population & Avenir, In., « Population & Avenir » 2018/3 n° 738, p. 15.

¹³⁵² Pour avoir une idée détaillée sur les migrants chinois, voir ROCCA Jean-Louis, « Marchandisation et précarisation des ouvriers chinois », In., « La condition chinoise. La mise au travail capitaliste à l'âge des réformes (1978-2004) », Paris, Karthala, 2006.

aux gérants des entreprises urbaines que le travail effectué est souvent temporaire et dépend largement des commandes à un moment donné de la saison.

Conséquence, il n'existe quasiment jamais une rémunération des heures supplémentaires et les congés sont rarement payés. Alors qu'en cas d'accident du travail, il est pratiquement impossible d'être indemnisé. Travaillant, généralement, plus de 12 heures par jour, sans congés, ils ne bénéficient que d'une petite pause de quelques minutes pour avaler un repas rudimentaire. Malgré cela, ils considèrent souvent cette existence et leurs maigres salaires préférables à la vie en campagne et à l'incertitude de la production agricole.

Dans de telles conditions propices pour les entreprises chinoises et faute d'une forte idéologie syndicaliste, l'économie chinoise a pu en profiter pour diminuer encore et encore le cout de travail, mais au détriment de la santé psychique des ouvriers¹³⁵³. Ainsi par exemple, le groupe industriel taiwanais Foxconn Technology, le plus grand fabricant d'électronique contractuelle au monde spécialisé dans la fabrication de produits électroniques pour le compte des grandes multinationales telles que Apple, Nokia, BlackBerry ou PlayStation 3 et 4, a compté 18 suicides parmi ses employés en 2010 et plusieurs autres tentatives de suicide en 2017 et 2018, par des personnes qui ont traité l'entreprise de « *camp de concentration* » et de « *cauchemar* » à cause de la pression mise sur les ouvriers et des conditions très strictes de travail¹³⁵⁴.

Il est certain que ce groupe industriel n'est qu'un exemple parmi d'autres de l'exploitation de ces ouvriers, en général, et des migrants chinois clandestins, en particulier, dans la majorité des grandes entreprises en Chine, mais les autorités estiment qu'ils sont indispensables pour le boom économique. Surtout que dans plusieurs cas, les travailleurs, opprimés, mais motivés, continuent de remplir le rôle d'ouvrier jusqu'à ce qu'ils économisent suffisamment d'argent et acquièrent une bonne expérience et compétence pour devenir entrepreneur.

Une situation qui arrange les autorités du pays puisque la Chine bénéficie de tous les avantages de l'immigration - un afflux considérable de pauvres agriculteurs ambitieux, prêts à tout faire pour améliorer ses conditions, ce qui accroît la productivité dans les zones urbaines, sans pour autant amplifier le niveau de xénophobie, bien qu'indubitablement les émigrés ruraux nouvellement arrivés subissent plusieurs préjugés.

Ceci dit, ces dernières années, ce phénomène a été limité, surtout avec l'essor des mouvements ouvriers menés surtout par les migrants internes, la Fédération nationale des syndicats de Chine a été contrainte, surtout depuis 2008, à prendre des mesures plus strictes pour lutter contre l'exploitation des migrants internes. Alors que d'habitude cette Fédération est avant tout un instrument de l'État piloté par le Parti communiste chinois et dont la majorité des responsables syndicaux sont désignés par le gouvernement.

Conséquence, dans son dernier rapport de 2018, l'ONG China Labour Bulletin, basée à Hong-kong, analyse près de 7 000 mouvements de protestation entre 2015 et 2017. Ainsi, « les nouvelles

¹³⁵³ Pour plus d'informations sur le sujet, Cf., MOU Jin ; CHENG Jinquan ; GRIFFITHS Sian M. ; WONG Samuel ; HILLIER Sheila ; ZHANG, Dan, « Internal migration and depressive symptoms among migrant factory workers in Shenzhen, China », *Journal of Community Psychology*, vol. 39, n° 2, March 2011, pp. 212-230.

¹³⁵⁴ Cf. NGAI, Pun ; CHAN, Jenny, « Global capital, the State, and Chinese workers : the Foxconn experience », *Modern China*, vol. 38, n° 4, July 2012, pp. 383-410.

technologies ont (...) permis aux travailleurs de mieux s'organiser et d'obtenir « une négociation plus rationnelle et ordonnée », relève l'ONG. Fini les grèves sauvages sans lendemain »¹³⁵⁵.

De même, en 2010, plus de 2000 ouvriers de la société Honda à Foshan, ont organisé une manifestation réussie qui a duré presque trois semaines afin d'exiger l'augmentation des salaires et une réforme des syndicats. Une manifestation qui a été bénéfique pour les salariés de Honda, mais qui a provoqué, en parallèle, des protestations partout dans le sud de la Chine. De plus, la manifestation de Foshan a mis au jour une nouvelle génération d'ouvriers migrants qui se distingue des générations précédentes en étant de plus en plus revendicative et beaucoup moins tolérante.

Donc, « le Hukou crée à l'intérieur de la Chine un sous-prolétariat sans droit, ces mingong, ces « travailleurs migrants », qui viennent à la ville sans autorisation, qui représente une main-d'œuvre taillable et corvéable à merci »¹³⁵⁶. C'est la raison pour laquelle les autorités chinoises ont tenté de résoudre ce problème à travers une révision de la législation du travail afin d'assurer la viabilité de ce type de salariat.

Ainsi, une modification importante de la loi sur le contrat de travail a été adoptée en 2012. Elle concerne la mise à disposition de personnel ou ce que beaucoup appellent les relations triangulaires de travail, en mettant l'accent sur le perfectionnement des conventions collectives. En outre, inspiré du droit français, la Chine a contraint les entreprises fournir plus de garanties financières, avant de bénéficier d'une autorisation de l'Administration du travail, tout en imposant un seuil maximal relatif au nombre des salariés qui exécutent des travaux temporaires au sein des entreprises et qui ne peut dépasser 10 %, sans oublier le perfectionnement de la loi sur la sécurité sociale de 2010 qui a affermi un ensemble de normes adoptées depuis les années 1990.

Par ces mesures, « La loi a renforcé a donc la responsabilité des entreprises et alourdi les sanctions en cas de violation de ces dispositions. Elle a aussi institué le principe "à travail égal, salaire égal". Enfin, son règlement d'application a donné aux entreprises un délai pour s'adapter »¹³⁵⁷.

Cette stratégie s'inscrit dans le projet d'édification de politiques socialement inclusives qui profitent aux salariés de toutes catégories. Néanmoins, cette nouvelle stratégie, malgré les magnifiques progrès réalisés dans le domaine du droit de travail, reste toujours limitée par l'héritage socialiste d'un État marqué par la démocrature, ce qui fait toujours le bonheur des entreprises (publiques et privées) chinoises qui profitent toujours d'une main-d'œuvre abondante et à un prix dérisoire.

Partie II – La démocrature économique et monétaire

Selon François Bougon, « le marxisme droit dans ses bottes doit réussir sa synthèse avec la tradition chinoise illustrée par Confucius ou Mencius, mais aussi par Han Fei (mort en 233 avant J.-C.). Cette réhabilitation de la pensée du philosophe favori de Xi Jinping, concepteur du légisme, qui prône la primauté de la peur, de la force et du contrôle pour servir l'autorité, fait dire à certains que l'on assiste à l'avènement d'un « nouveau totalitarisme de marché », un totalitarisme adapté au XXIe siècle – le prix à payer pour le rêve chinois »¹³⁵⁸.

¹³⁵⁵ BOUGON François, « En Chine, les conflits sociaux étendent leur périmètre », In., Le monde, 13.08.2018 (en ligne), consulté le 12-10-2018.

¹³⁵⁶ HOLZMAN Marie, « Où va la chine de XI JINPING ? » (Entretien), In., « Monde chinois », Paris, Nouvelle Asie, 2017/2 N° 50, p. 42.

¹³⁵⁷ TRIOMPHE Claude Emmanuel et ZHENG Aiqing, « Chine : le droit du travail s'éveille, les conflits aussi ! », 04 Août 2016, (en ligne), consulté le 06-11-2018.

¹³⁵⁸ BOUGON François, « Dans la tête de Xi Jinping (résumé de 4e de couverture) », Arles, Solin/Actes Sud, 2017, p.65.

Un rêve dont le secret se résume dans un socialisme du marché épaulé par un fort étatisme monétaire.

Sous partie I- l'économie socialiste de marché

Le concept d'« économie socialiste de marché »¹³⁵⁹, dont l'approche est susceptible de révéler un véritable paradoxe, illustre réalité chinoise assez originale, puisque dans ce système, les moyens de production sont détenus par l'État mais les entreprises demeurent libres quant aux choix de leurs orientations et la prise de décisions. Ceci dit, les prix sont déterminés, empiriquement, par une autorité étatique, mais en cas d'augmentation de la production, les prix baissent en respectant les lois de l'offre et de la demande.

Conséquence, deux systèmes cohabitent dans cette stratégie chinoise. D'un côté, un l'État propriétaire des moyens de production et qui profite de l'efficacité des outils rationnels du marché et de l'autre côté, une gérance effectuée par des entreprises indépendantes qui cherchent, comme dans le capitalisme libéral, le profit et la rentabilité et ne subissent aucune régulation. Sauf que dans ce système, les prix sont déterminés, positivement, par les acteurs publics. Donc, il s'agit bien d'un libéralisme original, appliqué selon des méthodes et des stratégies à la Chinoise.

Rappelons à cet effet qu'entre 1978 et 1989, le gouvernement chinois a réformé en profondeur l'économie du pays, la transformant d'une économie planifiée à l'image de ce qui se passait au sein de l'ex-URSS à un « socialisme de marché », une formule inventée par Deng Xiaoping, dirigeant issu du courant pragmatique, pour désigner un système économique original caractérisé par un libéralisme économique d'un côté, et un contrôle politique autoritaire de l'autre.

Cette stratégie se distingue par quelques critères particuliers :

- Le secteur économique s'accoude sur un contrôle permanent des Institutions par l'État et plus particulièrement par le PCC ;
- Contrairement à certains pays qui avaient tenté d'appliquer la même philosophie économique, en Chine le secteur public garde une place assez importante et centrale dans le paysage économique ;
- Conséquence, la théorie d'Adam Smith de la main invisible n'a pas de place dans cette architecture. Le marché reste régulé par le gouvernement. Il est libéré à l'intérieur, mais très surveillé par l'État.

Donc, la Chine a inventé son propre modèle de développement basé sur un boom de l'entrepreneuriat, facilité par un *capitalisme de copinage*, corrompu, en dehors de toute conformité à la règle de droit, ce qui a offert et offre encore une voie de réussite et croissance plus rapide et plus courte que celle des États-Unis. Résultat, aujourd'hui, alors que le monde entrepreneurial souffre dans plusieurs Régions du monde, surtout en Europe et aux États-Unis, l'esprit d'entreprise s'épanouit dans tous les secteurs en Chine pour la transformer en véritable « atelier du monde », surtout que l'empire du Milieu n'a pas adopté les stratégies financières et bancaires occidentales, et encore moins américaines.

En effet, contrairement aux États-Unis où on considère que l'intervention de l'État dans l'économie entrave le développement du pays, et par conséquent il faudrait accorder une liberté illimitée au monde des finances, surtout les banques, les Chinois n'ont pas laissé leur système

¹³⁵⁹ Pour avoir une idée générale sur les économies socialistes du marché qui ont été adoptées dans plusieurs pays, Cf. BALCEROWICZ Leszek, « À PROPOS DE L'ÉCONOMIE SOCIALISTE DE MARCHÉ », Paris, Gallimard. In., « Le Débat », 1990/5 n° 62, pages 125 à 129. Et Pour avoir une idée générale sur les économies socialistes du marché qui ont été adoptées dans plusieurs pays, Cf. BALCEROWICZ Leszek, « A propos de l'économie socialiste de marché », Paris, Gallimard. In., « Le Débat », 1990/5 n° 62, pages 125 à 129.

bancaire prendre le dessus sur l'économie productive. Les banques chinoises opèrent -pour le peuple -et non pas le contraire, comme on a pu le constater lors de la crise des subprimes en 2008¹³⁶⁰. Et contrairement au monde occidental dominé et apprivoisé par les bourses et économie virtuelle, tout en ayant des conséquences fâcheuses sur le quotidien réel des citoyens, la Chine demeure la seule grande économie où il n'existe pas de véritable déconnexion entre le secteur financier / banquier et le monde ordinaire réel. Grâce à la façon dont le gouvernement a géré ses banques, les deux mondes sont en plein essor. D'ailleurs au moment où les banques occidentales ont du mal à prêter de l'argent aux ménages et entreprises dans leurs pays respectifs, le crédit en Chine coule librement et les banques chinoises continuent à prêter à la population et à leurs entreprises en nombre record. Mieux que ça, pendant que la plupart des États souffraient d'une carence de crédits après la crise des subprimes, les banques publiques chinoises avaient massivement augmenté le prêt.

Ainsi, pendant cette période la Banque populaire de Chine avait prêté pour le premier semestre de 2009 la somme de 1,08 trillion de dollars, ce qui représentait 50% de plus que le montant des prêts des banques chinoises émis pendant toute l'année 2008. Certains diront que la Réserve fédérale américaine avait également participé à des niveaux record de prêts, mais ce n'était pas pour le même objectif puisque ces prêts sont allés principalement pour renflouer et sauver le secteur financier lui-même, alors qu'il été le premier responsable de la crise. Une attitude qui poussé plusieurs politiciens, sociologue et économistes à considérer une telle attitude de la part des gouvernements occidentaux d'injuste et même de criminelle, en accusant le monde politique d'être au service de la dictature financière mondiale. La même dictature que les responsables occidentaux regrettent et critiquent en Chine dans tous ses aspects, y compris l'aspect monétaire.

Sous partie II- Le dumping monétaire

Dans une économie administrée, la valeur de la « monnaie du peuple » ou yuan est délimitée par l'État. Dès 1994, les responsables du PCC ont instauré un taux de change unique avec le dollar pour le yuan convertible. En effet, un facteur primordial a permis de faire la différence. Il s'agit de la politique monétaire suivie par la Banque Centrale chinoise.

Depuis 1995, les Chinois ont appliqué une stratégie volontaire de dévaluation de leur monnaie. Une sorte de dumping monétaire très complexe. Ils ont fustigé le système monétaire international à son propre jeu. À la Chinoise. En effet, les autorités avaient accepté de modifier le système de change avec une réévaluation de 20 % du yuan, mais en réalité, il ne s'agissait que d'un libéralisme de façade. Depuis, la Chine a eu une croissance très importante basée sur l'augmentation des exportations, encouragées par la faiblesse de la valeur de leur monnaie, sans pour autant qu'il ne s'apprécie face au dollar ou l'euro.

En temps normal, une fois que les exportations d'un pays augmentent, la valeur de sa monnaie s'apprécie, car elle devient plus demandée sur le marché des changes international. Mais, en parallèle, une monnaie devenant plus forte, condamne à la baisse la compétitivité des entreprises et diminue le rythme des exportations à cause de l'augmentation des prix. Mais, depuis 1995 la Banque Centrale chinoise, a artificiellement maintenu le Yuan à un cours fixe face au dollar.

Cette « arme » du *plongeon volontaire* et prémédité de la devise chinoise a toujours été utilisée pour acquérir de nouveaux marchés, surtout les marchés des pays occidentaux.

Ainsi, dans sa guerre engagée contre les États-Unis, et surtout après l'avènement de Donald Trump, la devise de la République populaire de Chine a perdu près de 10% face au dollar en 2018, ce

¹³⁶⁰ Pour plus de détails sur ce point, voir notre article, « La Face Cachée De La Crise Des Subprimes ». In., Revue « Tribune juridique », Casablanca, 2016.

qui reflète une action volontaire des autorités chinoises, et cela afin de compenser l'impact de l'imposition de droits de douane américains, et ainsi préserver la compétitivité des entreprises du pays. Cette stratégie a permis aux produits chinois d'être exportés vers les États-Unis avec un gain et un avantage considérable en termes de compétitivité, ce qui a généré, pour la Chine, l'équivalent de 1,5 point de PIB.

D'un autre côté et comme nous l'avons mentionné dans la partie réservée à l'analyse de la nature du système économique chinois (*le socialisme du marché*), la Chine n'a pas opté, dans le cadre de l'organisation de ses marchés financiers, aux produits financiers dérivés. Alors que ceux lancés par les Américains ont engendré une crise sans précédent dans les marchés internationaux, à travers la titrisation, ce qui avait provoqué l'éclatement de la crise financière internationale de 2008¹³⁶¹, la Chine n'en est pas à cette échelle. En effet, jusqu'à nos jours, les responsables de la surveillance du marché spéculent sur des produits de structure simple, que les autorités peuvent facilement contrôler et réguler, tout en répartissant les risques entre les banques et leurs clients.

Alors que les produits dérivés en occident sont devenus si embrouillés et obscurs que même les investisseurs sont ruinés et perdus. En réalité, aux États-Unis et en Europe, on assiste à une privatisation des profits (la plus grande part est réservée aux banques et au monde des finances, alors que le peuple n'y voit que des miettes) et une socialisation des pertes (après l'éclatement de la crise de 2008, on a voulu faire endosser la responsabilité de la gestion criminelle des produits financiers aux citoyens en contraignant les gouvernements des pays occidentaux à injecter des centaines de milliards de dollars dans les fonds des banques privées afin de les sauver).

Pour éviter de subir le même sort que les banques occidentales après la crise des subprimes, les autorités chinoises ont tenté de garder le contrôle du degré d'innovation et préviennent les risques tout en s'assurant de la transparence.

Néanmoins, face aux pressions, surtout américaines, et pour s'adapter au contexte international, les autorités chinoises étaient contraintes de procéder à certaines réformes monétaires affectant le Yuan, « notamment en laissant s'apprécier le renminbi à partir de 2005 sous la pression des partenaires commerciaux, puis en aménageant son flottement géré selon les circonstances »¹³⁶².

Ainsi, la Banque populaire de Chine qui n'avait pour objectif, depuis sa création en 1984, que d'exercer les fonctions d'une banque centrale et la conduite de la politique monétaire était obligée de se moderniser et de se perfectionner.

Aujourd'hui, on est passé d'un système planifié par les autorités publiques à un régime davantage inspiré du marché, qui fait de la croissance monétaire le principal objectif intermédiaire. « Dans le cadre de cette transition, les taux d'intérêt ont été libéralisés, ce qui les a rendus plus réactifs aux signaux du marché, et les outils de la politique monétaire ont été modernisés. Le système bancaire a aussi été largement réformé et l'économie est devenue beaucoup plus sensible aux mesures utilisant les mécanismes du marché »¹³⁶³.

En réalité, même si l'empire du Milieu est le premier exportateur mondial, il a toujours une monnaie encore peu utilisée dans les transactions commerciales multilatérales. C'est la raison pour laquelle les autorités ont décidé, depuis 2005, de procéder à un « démantèlement progressif des

¹³⁶¹ Pour plus d'informations sur le sujet, consultez notre article : La Crise Des Subprimes : Autopsie D'une Frénésie Financière Internationale. In., Revue de finance et de prévisions économiques », Édition L'Harmattan, 2018.

¹³⁶² Idem.

¹³⁶³ OCDE, « Chapitre 2. Poursuivre la réforme de la politique monétaire », In., « études économiques de l'OCDE », Paris, Editions de l'OCDE, 2010/6 n° 6, p. 56.

contrôles sur les mouvements de capitaux mis en œuvre sur les dernières années témoigne de la volonté du gouvernement chinois d'internationaliser sa monnaie. L'assouplissement du contrôle de la banque centrale sur le marché des changes relève aussi de cette logique »¹³⁶⁴. Cette réforme financière a reçu une nouvelle impulsion en 2012, surtout avec l'entrée en fonction de la nouvelle Administration, dirigée par Xi JINPING. C'est ainsi que lors de la troisième assemblée du PCC en novembre 2013, les autorités chinoises ont formellement décidé de mettre le projet de libéralisation financière au centre de leurs préoccupations. « Ce message a été interprété comme une annonce de la libéralisation des taux d'intérêt, du libre flottement du RMB et de la libération totale du compte de capital à cette date »¹³⁶⁵.

Ceci dit, il serait hasardeux de considérer que le taux de change du Yuan et la dévaluation de la monnaie sont les moteurs, exclusifs, de la montée en puissance chinoise. Cette politique n'aurait engendré et produit ses effets s'il n'était pas conjugué à d'autres éléments et d'autres facteurs qui ont contribué au dessin de la politique générale de développement chinois, et pour cause : entre 2005 et 2013, même après l'appréciation du Yuan, les entreprises chinoises ont continué leur croissance fulgurante. Il est vrai que même après les différents ajustements des autorités, le Yuan demeure toujours sous-évalué, mais ce n'est pas un facteur essentiel. « En outre, si la dévaluation du yuan peut constituer un avantage en termes d'exportation, c'est loin d'être le cas en termes de production »¹³⁶⁶.

Conclusion

La Chine a réalisé depuis 1980 une trajectoire assourdissante. Les particularités du pays (Système politique, démographie, territoire, taille du PIB et réserves de change, monnaie, puissance militaire, etc.) sont en train de former un nouvel acteur global. Dans ce sens, trois points doivent être retenus. D'abord, comme nous l'avons expliqué, la Chine est un pays de contrastes, peu de choses sont ou toutes blanches ou toutes noires. Donc, il ne faut pas voir dans l'examen d'une situation seulement le versant ensoleillé de la montagne ou au contraire son seul versant à l'ombre.

Ensuite, il faut aussi relever les trois transformations majeures actuellement en cours dans le pays :

- a) La normalisation du cadre juridique qui accompagne le retour au premier plan de l'économie mondiale ;
- b) Le passage d'une économie purement industrielle à une économie laissant de plus en plus de place à l'innovation technologique ;
- c) une volonté tous les jours plus affirmée des entreprises à sortir de la Chine¹³⁶⁷.

Ceci dit, la Chine devrait relever les multiples défis qui menacent la guette dans le domaine social, mais aussi et surtout dans le domaine militaire s'elle souhaite détrôner l'Oncle Sam.

¹³⁶⁴ COUDERT Virginie « La politique de change chinoise et la place du renminbi dans le système monétaire international », In., « Revue d'économie financière », Paris, Association d'Économie Financière, 2015/3 n° 119, p. 70.

¹³⁶⁵ HERRERO Alicia Garcia, « Internationaliser la monnaie tout en s'endettant massivement : le cas de la Chine », In., « Revue d'économie financière », Association d'économie financière, 2015/3 n° 119, p. 122-123.

¹³⁶⁶ CARTON Malo, JAZAERLY Samy, LEVY Michel, TESTARD Hubert, « Jusqu'où ira la montée en gamme des entreprises chinoises ? » In., « Le journal de l'école de Paris du management », Paris, Association des amis de l'École de Paris, 2015/4 N° 114, p. 24.

¹³⁶⁷ Cf., JOLLY Dominique, « Ces entreprises qui font la Chine », Editions d'Organisation, Paris, 2011, p. 240.

La hausse de la dette publique marocaine: Causes et solutions en comparaison avec les économies avancées

✉ **ATTAHIR Oussama**

Docteur en Economie – Gestion de la FSJES Agadir. Université Ibn Zohr.

Mots clés : la dette publique, règles fiscales, économies avancées, causes, solutions.

1. Introduction

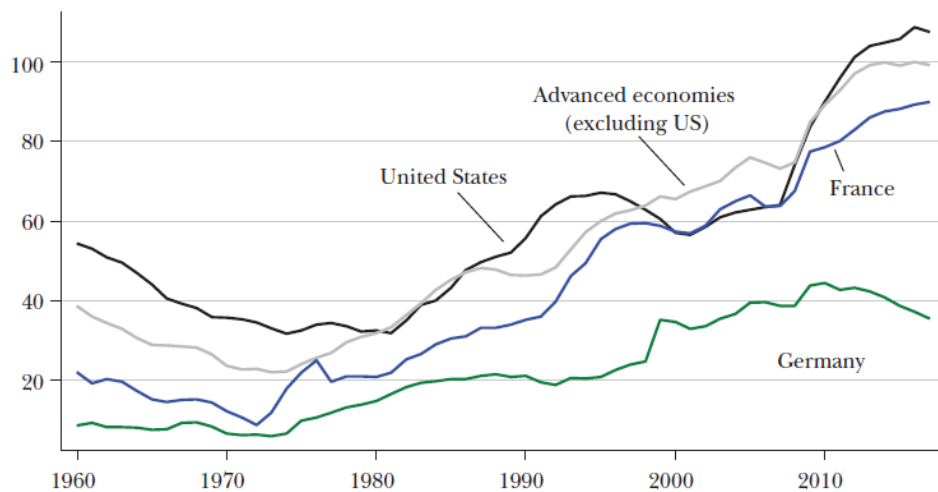
Le processus d'endettement public au Maroc a commencé depuis les années soixante, et a été intensifié au milieu des années soixante-dix en conséquence à la flambée phosphatière, il a suivi depuis une trajectoire généralement à la hausse. Elle se rapproche maintenant des niveaux jamais atteints et devrait continuer à augmenter considérablement au cours de la prochaine décennie (note du 9 juillet 2019 par le Haut-commissariat au plan (HCP)).

Ceci est en grande partie le résultat d'une expansion séculaire des dépenses gouvernementales - en particulier des programmes de dépenses obligatoires tels que la masse salariale et l'infrastructure, avec des recettes fiscales qui n'augmentent pas aussi rapidement. Le montant global des investissements publics, couvrant les budgets de l'Etat, des Etablissements, des Entreprises Publics et des Collectivités Territoriales, a enregistré un accroissement de 16,5% entre 2011 et 2019, en passant à 195 milliards de dirhams (MMDH), selon la Direction du Budget, relevant du ministère de l'Economie et des Finances.

Le Maroc n'est pas seul. Les économies avancées en tant que groupe ont connu une augmentation à long terme de la dette publique par rapport au PIB, avec la France et l'Allemagne cités à titre d'exemple dans la figure 1.

L'augmentation de la dette publique dans la plupart de ces pays est également le résultat du fait que les recettes fiscales ne suivent pas l'accroissement des dépenses publiques. Par exemple, entre 1972 et 2016, les recettes fiscales du gouvernement central en pourcentage du PIB ont augmenté en France, en Allemagne et, plus largement, dans les pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (d'après les données de la Banque mondiale)¹³⁶⁸.

¹³⁶⁸ Reinhart, Carmen M., Vincent Reinhart, and Kenneth Rogoff. 2015. "Dealing with Debt." *Journal of International Economics* 96(1): S43-S55.

Figure 1 : la dette publique dans les économies avancées¹³⁶⁹

L'accumulation importante de dettes peut éventuellement entraîner une diminution de l'activité économique, soit en évinçant les investissements de capitaux privés, soit en imposant une augmentation des taxes générant des distorsions ou par une réduction des investissements publics, pour faciliter le remboursement. En outre, un gouvernement lourdement endetté peut être contraint de faire face à de futures catastrophes, telles que des crises financières, des catastrophes naturelles ou des guerres¹³⁷⁰. Dans les cas extrêmes, le résultat est une défaillance résultant d'une répudiation explicite de la dette ou d'une inflation. Il existe de nombreux cas historiques de défaillances dans les économies avancées. Les coûts des défaillances incluent une pression accrue sur les institutions financières, un financement international inférieur pour les entreprises nationales et un accès réduit aux marchés d'exportation¹³⁷¹.

L'augmentation de la dette publique marocaine au cours des deux dernières décennies a-t-elle servi un objectif socialement bénéfique qui permettrait de compenser les risques liés au fardeau de la dette supplémentaire ? Dans la première partie de cet article, on passe en revue les théories macroéconomiques normatives dans lesquelles la dette publique remplit trois fonctions possibles : elle peut faciliter l'assouplissement des impôts, constituer un actif sûr ou maintenir l'efficacité dynamique. Tandis que l'augmentation de la dette au cours de certaines périodes peut avoir constitué une réponse optimale à des chocs macroéconomiques spécifiques. La tendance générale à long terme de l'accumulation de la dette semble aller à l'encontre de ces théories de la politique optimale de dette publique.

On passe ensuite en revue les théories d'économie politique de la dette publique, où nous analysons le fait qu'une polarisation politique croissante et une incertitude électorale croissante peuvent expliquer la tendance à long terme de la dette publique dans les économies avancées. L'incohérence dans le temps de la politique gouvernementale est un thème récurrent dans ces

¹³⁶⁹ Reinhart, Carmen M., Vincent Reinhart, and Kenneth Rogoff. 2012. "Public Debt Overhangs: Advanced-Economy Episodes since 1800." *Journal of Economic Perspectives* 26(3): 69–86.

¹³⁷⁰ Romer, Christina D., and David H. Romer. 2018. "Why Some Times Are Different: Macroeconomic Policy and the Aftermath of Financial Crises." *Economica* 85(337): 1–40.

¹³⁷¹ Hébert, Benjamin, and Jesse Schreger. 2017. "The Costs of Sovereign Default: Evidence from Argentina." *American Economic Review* 107(10): 3119–45.

théories d'économie politique. Les gouvernements actuels veulent être fiscalement irresponsables, tout en espérant que les futurs gouvernements seront fiscalement responsables.

Ainsi, les gouvernements autour du monde ont adopté des règles fiscales, telles que le déficit, les dépenses ou les limites de revenus prescrits, afin de limiter les futures augmentations de la dette publique. Les règles fiscales ou budgétaires doivent équilibrer entre l'engagement de ne pas trop dépenser, et la flexibilité pour réagir aux chocs. Dans la dernière partie de cet article, on décrit des recherches récentes sur la conception optimale des règles fiscales et budgétaires, en élucidant le compromis engagement / flexibilité en théorie et en pratique¹³⁷².

2. Politique optimale de dette publique

Derrière toute théorie optimale de la dette publique se cache la proposition d'équivalence Ricardienne (Barro 1974)¹³⁷³. Cette proposition indique que le niveau de la dette publique n'est pas pertinent et n'a pas d'effet sur l'activité économique réelle car les emprunts publics peuvent être réversibles par des acteurs privés. Par exemple, si le gouvernement réduit les impôts et emprunte aujourd'hui, le secteur privé prévoit une augmentation future des impôts du gouvernement qui doit rembourser la dette. En conséquence, le secteur privé utilise la réduction d'impôt d'aujourd'hui pour économiser grâce à des obligations d'État afin de financer une charge fiscale future plus lourde, et la décision du gouvernement d'emprunter davantage n'a aucune incidence sur les décisions en matière de consommation, de main-d'œuvre et d'investissement.

L'équivalence Ricardienne nécessite trois conditions fortes qui ne tiennent pas dans la pratique. Premièrement, il suppose que l'augmentation des recettes fiscales n'entraîne aucune perte sèche, raison pour laquelle le moment choisi pour l'augmentation de ces recettes ne déforme pas directement les décisions en matière de consommation, de main-d'œuvre ou d'investissements. Deuxièmement, les ménages et les entreprises sont supposés être sans contraintes financièrement et peuvent donc emprunter et prêter librement aux mêmes conditions que le gouvernement. Enfin, les ménages et les entreprises se soucient du niveau des taxes loin dans le futur. On aborde maintenant les théories de la dette publique optimale qui assouplissent chacune de ces trois conditions et déterminent si l'une d'elles peut justifier la tendance générale à la hausse de la dette publique.

2. 1. Tax Smoothing : besoins budgétaires imprévus et anticipés

L'argument du « Tax Smoothing » est la théorie la plus largement utilisée de la dette publique optimale. Si les taxes forfaitaires sont exclues, de sorte que la hausse des recettes fiscales déforme les décisions économiques, contrairement à la vente d'obligations d'État, la dette publique permet au gouvernement de compenser la perte sèche résultant de la hausse des recettes fiscales au fil du temps. Cependant, la logique de cet argument se déroule différemment si les besoins financiers sont non anticipés par rapport aux anticipés. Parlons des deux cas.

L'argument du « Tax Smoothing » suggère qu'un gouvernement confronté à des besoins de dépenses temporaires et imprévus devrait réagir de manière optimale en augmentant sa dette. La logique est que le financement de ces besoins par l'augmentation immédiate de recettes serait plus coûteux pour l'économie à court terme, il est donc préférable d'émettre une dette pour répartir ces coûts dans le futur, lorsque les besoins fiscaux sont moindres.

¹³⁷² Lledó, Victor, Sungwook Yoon, Xiangming Fang, Smaba Mbaye, and Young Kim. 2017. "Fiscal Rules at a Glance." March. International Monetary Fund Background Paper.

<https://www.imf.org/external/datamapper/fiscalrules/Fiscal%20Rules%20at%20a%20Glance%20-%20Background%20Paper.pdf>.

¹³⁷³ Barro, Robert J. 1974. "Are Government Bonds Net Wealth?" *Journal of Political Economy*, 82(6): 1095–1117.

Il est assez facile de penser à plusieurs besoins fiscaux temporaires imprévus qui ont entraîné une augmentation de la dette publique dans les économies avancées. La crise financière mondiale, qui a débuté en 2007, a exercé une pression à la baisse sur les recettes des administrations publiques et à la hausse sur les avantages potentiels des mesures de relance fiscale. Aux États-Unis, la dette brute des administrations centrales exprimée en fraction du PIB est passée de 64% en 2007 à 90% en 2010. Pendant la même période, la dette publique par rapport au PIB dans la zone euro a également augmenté, non seulement dans des pays fortement touchés par la crise, tels que la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Portugal et l'Espagne, mais également dans des pays moins touchés tels que l'Allemagne et la France¹³⁷⁴. Avant la crise financière mondiale, les guerres imprévues en Afghanistan (de 2001 à aujourd'hui) et en Irak (de 2003 à 2011) ont contribué à l'augmentation de la dette du gouvernement des États-Unis. Les dépenses militaires des États-Unis en tant que fraction du PIB sont passées de 2,9% en 2000 à 3,8% en 2007 (selon les données de la Banque mondiale).

Toutefois, si des besoins fiscaux temporaires imprévus résultant de la crise financière mondiale et de la guerre peuvent expliquer en partie l'augmentation de la dette américaine, ils ne peuvent expliquer ni la tendance à long terme de la dette publique depuis le milieu des années 1970 dans les économies avancées, ni l'augmentation des dépenses prévue dans le futur.

Une combinaison de la théorie du « Tax Smoothing » et des besoins fiscaux anticipés peut-elle expliquer la tendance à long terme de la dette publique ? Le problème ici est que, selon la théorie de « Tax Smoothing », un gouvernement confronté à des pressions fiscales futures croissantes devrait rembourser une plus grande partie de la dette dans le présent afin d'atténuer les tensions fiscales prévues. Dans les économies avancées, la réduction des taux de fertilité et l'allongement de la durée de vie ont augmentés le nombre de personnes âgées, ce qui a entraîné une augmentation à long terme des pressions fiscales¹³⁷⁵.

Face à ces changements démographiques bien anticipés, la théorie du « Tax Smoothing » aurait imposé une décumulation générale - et non une accumulation - de la dette publique au cours des dernières décennies. De plus, la théorie du « Tax Smoothing » aurait prédit une accumulation moins importante de la dette dans les pays anticipant des tensions accrues dues au vieillissement de la population. Néanmoins, les données montrent le contraire : les pays qui connaissent une augmentation plus importante du vieillissement de la population, comme le Japon, ont accumulé plus de dette en pourcentage du PIB que ceux qui subissent une pression démographique moindre, comme le Canada. En résumé, la tendance séculaire à long terme de l'accumulation de la dette publique dans les économies avancées ne peut refléter une réponse politique optimale aux besoins fiscaux imprévus ou anticipés.

2. 2. Disposition d'actifs sûrs

Une deuxième théorie de la dette publique optimale considère le rôle de la dette publique lorsque le secteur privé ne peut ni emprunter ni prêter librement aux mêmes conditions que le gouvernement¹³⁷⁶. Cette théorie repose sur le fait que les gouvernements peuvent emprunter à moindre coût que le secteur privé. En conséquence, lorsque le gouvernement émet des obligations, il assouplit les contraintes financières des emprunteurs qui reçoivent maintenant des ressources supplémentaires du gouvernement (par le biais de réductions d'impôts ou de prêts

¹³⁷⁴ Reinhart, Carmen M. and Kenneth S. Rogoff. 2011. "From Financial Crash to Debt Crisis." *American Economic Review* 101(5): 1676–1706.

¹³⁷⁵ Lojusch, Dagmar Hartwig, Marta Rodríguez-Vives, and Michal Slavík. 2011. "The Size and Composition of Government Debt in the Euro Area." ECB Occasional Paper 132, European Central Bank.

¹³⁷⁶ Azzimonti, Marina, and Pierre Yared. Forthcoming. "The Optimal Public and Private Provision of Safe Assets." *Journal of Monetary Economics*.

gouvernementaux). En outre, la théorie de la disposition d'actifs sûrs suggère que, si les contraintes financières deviennent plus strictes, une réponse politique optimale augmente la dette publique pour contrer la contraction de l'offre d'actifs sûrs pour les créanciers, tout en fournissant davantage de liquidités à des emprunteurs de plus en plus limités. Le rôle d'actif sûr de la dette optimale se présente dans divers contextes : au lendemain de la crise financière mondiale, lors de la déréglementation financière, face à l'évolution du risque de revenu et lors de la hausse des flux de capitaux transfrontaliers.

Du point de vue de la théorie de la disposition d'actifs sûrs, la réponse politique optimale à une mondialisation et à un afflux de capitaux plus importants est ambiguë. Ces phénomènes devraient réduire le coût de l'emprunt public pour deux raisons : 1) une augmentation de la demande d'actifs d'étrangers réduit les taux d'intérêt et le coût de l'émission de dette publique; et 2) la mondialisation élargit le marché des actifs sûrs, réduisant ainsi la réaction des taux d'intérêt marginaux à l'émission de dette publique supplémentaire. D'un autre côté, les emprunts supplémentaires du secteur privé national (en réponse à la baisse des taux d'intérêt) signifient que les emprunteurs nationaux souffrent davantage des augmentations marginales des taux d'intérêt induites par l'augmentation de la dette publique¹³⁷⁷.

2. 3. Efficacité Dynamique

Une dernière théorie, moins explorée dans les travaux de recherche, considère le rôle de la dette publique lorsque le secteur privé n'internalise pas les effets de la politique fiscale loin dans le future¹³⁷⁸. Dans un tel environnement, les ménages âgés ne sont pas confrontés au coût fiscal futur de l'émission de dette publique, car tous les impôts seront remboursés par les générations futures. En conséquence, une augmentation de la dette publique modifie le profil de consommation à long terme vers les générations plus âgées, tout en augmentant les taux d'intérêt et en évitant les investissements en capital. Dans certaines conditions, la dette publique peut se transformer en bulle. Une génération est disposée à détenir une dette publique simplement parce que les générations futures devraient également le faire.

De ce point de vue, si une économie est dynamiquement inefficace et a accumulé trop de capital, l'accroissement de la dette publique peut être optimal. Une suraccumulation inefficace de capital peut apparaître à l'équilibre lorsque les agents ont des horizons finis, auquel cas une bulle de la dette publique peut améliorer le confort sociale. Cependant, rien n'indique qu'il y ait eu suraccumulation de capital dans les économies avancées après la Seconde Guerre mondiale¹³⁷⁹.

3. Les forces de l'économie politique derrière la hausse de la dette publique

L'absence d'une raison normative claire de la tendance de la dette publique dans les économies avancées suggère que les forces politiques sont à l'origine de ce modèle. Dans cette section, nous passons en revue les théories d'économie politique de la dette publique, en mettant l'accent sur les théories rationnelles fondées sur l'intérêt personnel. Au cours des quatre dernières décennies, l'évolution de facteurs politiques spécifiques peut expliquer la trajectoire à long terme de la dette publique¹³⁸⁰.

¹³⁷⁷ Azzimonti, Marina, and Pierre Yared. 2017. "A Note on Optimal Fiscal Policy in an Economy with Private Borrowing Limits." *Economics Letters* 151: 62–65.

¹³⁷⁸ Blanchard, Olivier J. 1985. "Debt, Deficits, and Finite Horizons." *Journal of Political Economy* 93(2): 223–47.

¹³⁷⁹ Abel, Andrew B., N. Gregory Mankiw, Lawrence H. Summers, and Richard J. Zeckhauser. 1989. "Assessing Dynamic Efficiency: Theory and Evidence." *Review of Economic Studies* 56(1): 1–20.

¹³⁸⁰ Buchanan, James M., and Richard E. Wagner. 1977. *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes*. New York: Academic Press.

En politique fiscale, tout facteur politique qui amplifie le biais actuel entraîne des déficits plus importants (augmentation des dépenses ou baisse des impôts) et modifie la tendance à long terme de la dette publique. En outre, un gouvernement avec ce genre de biais actuel, reconnaîtra qu'il souhaite être plus patient à l'avenir, mais sera probablement incapable de le faire, et sera donc intéressé par la mise en œuvre de règles fiscales en tant que dispositif d'engagement¹³⁸¹.

3. 1. Vieillesse et hétérogénéité des taux

Les ménages diffèrent dans la mesure où ils pèsent le présent par rapport à l'avenir. Ces différences peuvent être dues à la démographie, les ménages plus âgés se souciant moins de l'avenir que les ménages plus jeunes. Ceci est cohérent avec les résultats d'enquête sur les différences intergénérationnelles dans les préférences politiques, les ménages plus jeunes accordant une plus grande importance à la responsabilité financière que les ménages plus âgés (Parker 2012. Wolter, Hansen, Campbell et Ansolabehere 2013)¹³⁸². Dans un environnement politique dans lequel la politique est choisie de manière séquentielle sans engagement, comme cela est courant dans une démocratie représentative qui ne s'est pas imposée de règles fiscales à long terme, cette hétérogénéité implique un biais actuel associé à des préférences incohérentes dynamiques pour le gouvernement.

Conceptuellement, l'hétérogénéité des taux d'actualisation signifie que les ménages impatientes exercent une influence disproportionnée dans l'élaboration des politiques de la période actuelle. Si l'engagement était possible, les ménages impatientes conviendraient à l'avance de permettre aux ménages patients d'exercer davantage d'influence politique à l'avenir, car ces derniers accordent plus d'importance à l'avenir. Cependant, rien ne peut empêcher les ménages impatientes de décider eux aussi d'influencer la politique lorsque les périodes ultérieures deviennent le présent. Jackson et Yariv (2014, 2015)¹³⁸³¹³⁸⁴ formalisent cette idée et montrent que, quelle que soit l'hétérogénéité des préférences, toute méthode d'agrégation non dictatoriale respectant l'unanimité doit être incohérente dans le temps; de plus, toute méthode de ce type séparable dans le temps doit conduire à un biais actuel. Cette théorie suggère que plus les vieux ménages impatientes sont nombreux par rapport aux ménages jeunes patients, plus le gouvernement manque de perspicacité, plus les déficits publics sont importants et plus l'accumulation de la dette publique est rapide.

3. 2. Tragédie des communes

L'élaboration de politiques en manque de perspicacité peut également résulter d'une version de la tragédie des communes dans laquelle les partis politiques agissant de manière indépendante engagent des dépenses gouvernementales excessives et ciblées, du fait qu'ils n'internalisent pas les coûts de financement partagés de la dette publique. Weingast, Shepsle et Johnsen (1981)¹³⁸⁵ abordent cette approche dans un cadre fiscal statique, tandis que Velasco (2000)¹³⁸⁶ offre un exemple de cette approche dans un cadre dynamique.

¹³⁸¹ Aguiar, Mark, and Manuel Amador. 2011. "Growth in the Shadow of Expropriation." *Quarterly Journal of Economics* 126(2): 651–97.

¹³⁸² Wolter, Kirk, Mark Hansen, Andrea Campbell, and Stephen Ansolabehere. 2013. "2012 NORC Presidential Election Study: Americans' Views on Entitlement Reform and Health Care." http://www.norc.org/PDFs/NORC_Inauguration%20Report-FINAL.pdf.

¹³⁸³ Jackson, Matthew O., and Leeat Yariv. 2014. "Present Bias and Collective Dynamic Choice in the Lab." *American Economic Review* 104(12): 4184–04.

¹³⁸⁴ Jackson, Matthew O., and Leeat Yariv. 2015. "Collective Dynamic Choice: The Necessity of Time Inconsistency." *American Economic Journal: Microeconomics* 7(4): 159–178.

¹³⁸⁵ Weingast, Barry R., Kenneth A. Shepsle, and Christopher Johnsen. 1981. "The Political Economy of Benefits and Costs: A Neoclassical Approach to Distributive Politics." *Journal of Political Economy* 89(4): 642–64.

¹³⁸⁶ Velasco, Andrés. 2000. "Debts and Deficits with Fragmented Fiscal Policymaking." *Journal of Public Economics* 76(1): 105–25.

Même en l'absence de désaccord politique intérieur, un problème de coordination associé peut surgir d'un pays à l'autre, en particulier si ces pays sont fortement intégrés financièrement, comme dans la zone euro. Certains pays peuvent ne pas internaliser l'impact de leurs décisions d'emprunt sur les taux d'intérêt partagés, les taux d'inflation ou la probabilité de contagion financière. Azzimonti, de Francisco et Quadrini (2014)¹³⁸⁷ traitent des emprunts excessifs dans le contexte de taux d'intérêt partagés, comme le fait Halac et Yared (2018a)¹³⁸⁸, tandis que Beetsma et Uhlig (1999)¹³⁸⁹, Chari et Kehoe (2007)¹³⁹⁰ et Aguiar, Amador, Farhi et Gopinath (2015)¹³⁹¹ le font dans le contexte de taux d'inflation partagés. Dans les deux cas, l'accumulation de la dette publique dans les pays est inefficace. Ces mécanismes s'appliquent également aux gouvernements sous-nationaux qui peuvent émettre leur propre dette (Dovis et Kirpalani 2017)¹³⁹².

La tragédie des communes prédit que les pays ayant un grand nombre de circonscriptions ou des désaccords profonds en matière de priorités fiscales entre les circonscriptions accumuleront des déficits publics plus importants, ce qui entraînera une accumulation plus rapide de la dette publique. Cette prévision est conforme aux travaux empiriques qui ont montré que des déficits plus importants sont associés à des pays avec plus de ministres, à une polarisation idéologique accrue au sein de l'exécutif et à un système électoral proportionnel (par opposition à majoritaire) (pour preuve, voir Woo 2003¹³⁹³; Persson et Tabellini 2004¹³⁹⁴; Crivelli, Gupta, Mulas-Granados et Correa-Caro 2016¹³⁹⁵). À travers le prisme de cette théorie, la tendance à long terme de la dette publique dans les économies avancées résulte de la polarisation et de la fragmentation politique croissante dans ces économies.

3. 3. Renouveau politique

Une littérature abondante se concentre sur le renouvellement politique comme explication de la hausse de la dette publique; Les premiers exemples sont Persson et Svensson (1989)¹³⁹⁶ et Alesina et Tabellini (1990)¹³⁹⁷, tandis que des exemples plus récents incluent Battaglini et Coate (2008)¹³⁹⁸ et Yared (2010)¹³⁹⁹. Dans ce cas, le biais actuel résulte de l'interaction de deux facteurs: 1) la concentration temporaire de l'autorité politique au sein d'un même parti politique, qui tire des avantages supplémentaires des dépenses consenties au pouvoir en renforçant sa popularité, concentrer les ressources du gouvernement sur les initiatives préférées ou augmenter les rentes

¹³⁸⁷ Azzimonti, Marina, Eva de Francisco, and Vincenzo Quadrini. 2014. "Financial Globalization, Inequality, and the Rising Public Debt." *American Economic Review* 104(8): 2267–2302.

¹³⁸⁸ Halac, Marina, and Pierre Yared. 2018a. "Fiscal Rules and Discretion in a World Economy." *American Economic Review* 108(8): 2305–34.

¹³⁸⁹ Beetsma, Roel, and Harald Uhlig. 1999. "An Analysis of the Stability and Growth Pact." *Economic Journal* 109(458): 546–71.

¹³⁹⁰ Chari, V. V., and Patrick J. Kehoe. 2007. "On the Need for Fiscal Constraints in a Monetary Union." *Journal of Monetary Economics* 54(8): 2399–2408.

¹³⁹¹ Aguiar, Mark, Manuel Amador, Emmanuel Farhi, and Gita Gopinath. 2015. "Coordination and Crisis in Monetary Unions." *Quarterly Journal of Economics* 130(4): 1727–79.

¹³⁹² Dovis, Alessandro, and Rishabh Kirpalani. 2017. "Fiscal Rules, Bailouts, and Reputation in Federal Governments." NBER Working Paper 23942.

¹³⁹³ Woo, Jaejoon. 2003. "Economic, Political, and Institutional Determinants of Public Deficits." *Journal of Public Economics* 87(3–4): 387–426.

¹³⁹⁴ Persson, Torsten, and Guido Tabellini. 2004. "Constitutional Rules and Fiscal Policy Outcomes." *American Economic Review* 94(1): 25–45.

¹³⁹⁵ Crivelli, Ernesto, Sanjeev Gupta, Carlos Mulas-Granados, and Carolina Correa-Caro. 2016. "Fragmented Politics and Public Debt." IMF Working Paper 16-190.

¹³⁹⁶ Persson, Torsten, and Lars E.O. Svensson. 1989. "Why a Stubborn Conservative Would Run a Deficit: Policy with Time-Inconsistent Preferences." *Quarterly Journal of Economics* 104(2): 325–45.

¹³⁹⁷ Alesina, Alberto, and Guido Tabellini. 1990. "A Positive Theory of Fiscal Deficits and Government Debt." *Review of Economic Studies* 57(3): 403–414.

¹³⁹⁸ Battaglini, Marco, and Stephen Coate. 2008. "A Dynamic Theory of Public Spending, Taxation, and Debt." *American Economic Review* 98(1): 201–236.

¹³⁹⁹ Yared, Pierre. 2010. "Politicians, Taxes and Debt." *Review of Economic Studies* 77(2): 806–840.

inutiles; et 2) l'incapacité des parties à prendre des engagements contraignants (intertemporels) les uns envers les autres.

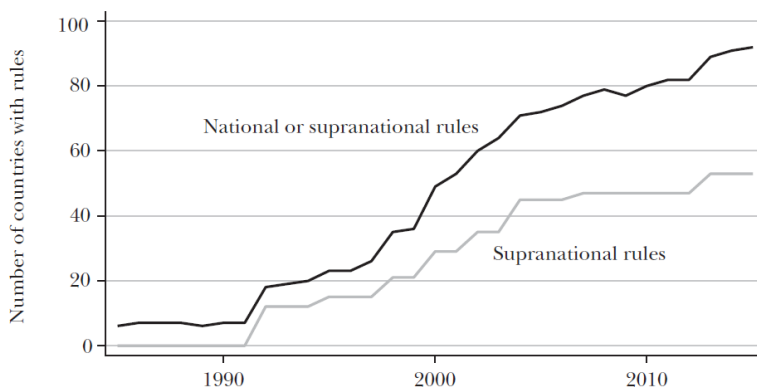
Sur le plan conceptuel, la réalisation (ou la menace) d'un renouvellement politique rend le gouvernement actuel impatient, car le parti au pouvoir reconnaît qu'il n'aura peut-être pas la possibilité de bénéficier de dépenses dans le futur. Ce biais actuel est encore plus grave si les avantages temporaires liés aux dépenses et à la recherche de rente pendant le mandat sont importants, s'il ya plus de partis en concurrence pour le pouvoir, si seul un sous-ensemble de partis peut prendre des décisions à tout moment (comme dans Battaglini et Coate 2008), ou s'il y a plus de risque politique. En plus de surestimer le présent par rapport à l'avenir, les préférences du gouvernement sont incompatibles de manière dynamique; c'est-à-dire que le parti au pouvoir préférerait que les futurs gouvernements soient responsables sur le plan financier, mais les gouvernements futurs ne peuvent pas s'engager dans une politique future. En ce sens, la combinaison du manque d'engagement et du risque politique amène le gouvernement à être « biaisé par le présent » et « incompatible avec le temps ». Aguiar et Amador (2011)¹⁴⁰⁰ proposent une analyse formelle dans ce sens.

Cette théorie prédit que les pays avec plus de recherche de rente, une fragmentation politique ou un risque politique encourront un déficit public plus important, ce qui entraînera une accumulation plus rapide de la dette publique. Ces prévisions concordent avec les études empiriques inter-pays sur les déterminants des déficits publics (par exemple, Drazen 2000¹⁴⁰¹; Alt et Lassen 2016¹⁴⁰²).

4. Des règles fiscales pour limiter la hausse de la dette

Chaque explication politique de la hausse de la dette évoquée dans la section précédente est basée sur une incohérence temporelle dans les préférences du gouvernement. Les gouvernements actuels veulent être irresponsables sur le plan fiscal, tout en espérant que les futurs gouvernements soient responsables sur le plan fiscal. Ainsi, les gouvernements du monde entier ont cherché à adopter des règles budgétaires - telles que le déficit obligatoire, les dépenses ou les limites de revenus - afin de limiter la future politique fiscale et de limiter l'augmentation de la dette publique. La figure 2 illustre le nombre croissant de pays qui ont imposé des règles budgétaires.

Figure 2 : nombre des pays avec des règles fiscales¹⁴⁰³



Des règles fiscales ont été adoptées aux niveaux sous-national, national et supranational. Dans certains pays, ces règles ont été efficaces. Par exemple, en Suisse, le ratio dette publique / PIB est passé de 13% en 1990 à 29% en 2003, mais après l'adoption d'une règle budgétaire cette année, le rapport dette / PIB de la Suisse est revenu à 20% du PIB en 2016

¹⁴⁰⁰ Aguiar, Mark, and Manuel Amador. 2011. "Growth in the Shadow of Expropriation." *Quarterly Journal of Economics* 126(2): 651–97.

¹⁴⁰¹ Drazen, Allan. 2000. "The Political Business Cycle after 25 Years." *NBER Macroeconomics Annual* 15: 75–117.

¹⁴⁰² Alt, James E., and David Dreyer Lassen. 2006. "Transparency, Political Polarization, and Political Budget Cycles in OECD Countries." *American Journal of Political Science* 50(3): 530–50.

¹⁴⁰³ Fond Monétaire International

(d'après les données de la Banque mondiale; voir Pfeil et Feld 2016¹⁴⁰⁴). Dans cette section, on décrit la recherche sur la conception optimale des règles fiscales. On commence par le compromis fondamental des règles fiscales entre engagement et flexibilité. En abordant ensuite la manière dont les règles fiscales devraient être subordonnées à l'information du public, à la manière dont elles devraient être appliquées, à la manière dont elles devraient être appliquées à un niveau supranational.

4. 1. Engagement par rapport à la flexibilité

Les règles fiscales impliquent un compromis fondamental. D'une part, les règles fournissent un engagement à contrecarrer le biais actuel dans l'élaboration des politiques; d'autre part, la flexibilité réduite à un coût, car les règles fiscales ne peuvent pas énoncer les prescriptions d'une politique pour chaque choc ou éventualité possible, de sorte qu'un pouvoir discrétionnaire peut être optimal. Ce compromis entre engagement et flexibilité est bien connu en macroéconomie. Par exemple, il se pose également lors de discussions sur les règles de politique monétaire, et il se pose également dans la théorie d'agent principal dans l'étude de la délégation¹⁴⁰⁵.

Il existe deux approches pour l'analyse théorique de ce compromis. Une approche qui limite la structure d'une règle fiscale à un formulaire utilisé dans la pratique, tel qu'une limite de déficit, et évalue la rigueur d'une règle optimale. L'autre approche ne restreint pas la structure d'une règle fiscale et utilise une conception de mécanisme pour caractériser simultanément la structure et la rigueur d'une règle optimale. Cette deuxième approche distingue les informations pertinentes sur le plan fiscal sur lesquelles une règle fiscale peut explicitement dépendre - telles que le niveau de la dette publique ou du PIB - et les informations pertinentes sur lesquelles une règle fiscale ne peut pas explicitement dépendre - telles que la profondeur d'une crise financière ou les besoins de l'armée en temps de guerre¹⁴⁰⁶.

L'avantage de la première approche est qu'elle peut être utilisée pour évaluer les règles du monde réel et évaluer les coûts et les avantages d'une réforme partielle dans un cadre intégrant un riche ensemble de forces macroéconomiques et politiques. L'avantage de la seconde approche est qu'elle peut être utilisée pour évaluer les coûts et les avantages d'une réforme globale, par opposition à une réforme partielle. Cette deuxième approche explique également comment d'autres considérations, en plus des informations privées et des biais actuels, peuvent contribuer à la détermination d'une règle optimale. Ces deux approches se complètent et fournissent des enseignements utiles pour la conception optimale des règles fiscales.

4. 2. Conditionner sur l'information

Une règle fiscale optimale repose sur des informations fiscales pertinentes, observables et contractables, telles que le niveau de la dette et le PIB. Comme toutes les informations fiscales pertinentes ne peuvent pas être facilement observées et vérifiées, cette règle peut permettre une certaine discrétion. Amador, Werning et Angeletos (2006)¹⁴⁰⁷ montrent que, sous certaines hypothèses sur la diffusion d'informations privées et les préférences du gouvernement, la règle optimale prend une forme de seuil simple, telle que le déficit, les dépenses ou les limites de revenus observées dans la pratique. (Sans ces hypothèses, une règle optimale est plus complexe et peut

¹⁴⁰⁴ Pfeil, Christian F., and Lars P. Feld. 2016. "Does the Swiss Debt Brake Induce Sound Federal Finances? A Synthetic Control Analysis." CESIFO Working Paper 6044. https://www.cesifo-group.de/DocDL/cesifo1_wp6044.pdf.

¹⁴⁰⁵ Amador, Manuel, and Kyle Bagwell. 2013. "The Theory of Optimal Delegation with an Application to Tariff Caps." *Econometrica* 81(4): 1541–99.

¹⁴⁰⁶ Piguillem, Facundo, and Anderson Schneider. 2016. "Coordination, Efficiency and Policy Discretion." EIEF Working Papers Series 1306, Einaudi Institute of Economics and Finance.

¹⁴⁰⁷ Amador, Manuel, Iván Werning, and George-Marios Angeletos. 2006. "Commitment vs. Flexibility." *Econometrica* 74(2): 365–96.

impliquer plusieurs seuils de politique.) En général, le seuil optimal est plus étroit, plus la volatilité des informations privées du gouvernement est faible et plus le biais actuel du gouvernement est grave, comme dans les deux cas. Dans certains cas, la valeur de l'engagement augmente par rapport à la valeur de la flexibilité.

L'établissement de seuils fiscaux optimaux est un défi. Premièrement, il y a des questions pratiques concernant la mise en œuvre. Des recherches récentes ont été consacrées à l'examen des mesures macroéconomiques à utiliser pour fixer un seuil, à la manière de mesurer l'importance relative de ces mesures et aux objectifs chiffrés de manière à offrir une flexibilité suffisante tout en empêchant une croissance excessive de la dette. Par exemple, Azzimonti, Battaglini et Coate (2016)¹⁴⁰⁸ analysent les coûts et les avantages à court et à long terme de l'adoption d'un amendement d'équilibre budgétaire aux États-Unis. Alfaro et Kanczuk (2016)¹⁴⁰⁹ comparent la performance d'un plafond de déficit indépendant de la dette à un plafond de dette pure pour le Brésil. Eyraud, Baum, Hodge, Jarmuzek, Kim, Mbaye et Türe (2018)¹⁴¹⁰ proposent une discussion générale sur les défis posés par le calibrage des règles budgétaires.

Deuxièmement, la détermination dynamique des règles fiscales optimales soulève des questions lorsque certaines informations fiscales pertinentes ne sont pas contractuelles. Halac et Yared (2014)¹⁴¹¹ montrent que si les informations privées du gouvernement sont persistantes dans le temps, une règle fiscale optimale devrait conditionner le degré de concordance des politiques antérieures avec les objectifs fiscaux, même si cette mesure n'est pas pertinente pour la détermination optimale des politiques. Cela implique des seuils fiscaux qui changent en réponse à des décisions politiques antérieures, contrairement aux seuils qui seraient optimaux lorsque les informations privées du gouvernement sont indépendantes au fil du temps. Comment intégrer de telles considérations dans les règles fiscales du monde réel de manière pratique est un domaine intéressant pour les recherches futures.

4. 3. Implémentation

Selon le Fonds monétaire international, les gouvernements ne respectent leurs règles fiscales que dans la moitié des cas (Eyraud, Debrun, Hodge, Lledó et Pattillo 2018)¹⁴¹². La violation des règles fiscales peut déclencher un mécanisme d'implémentation formel ou informel. Par exemple, dans l'Union européenne, une procédure de déficit excessif - une suite d'ajustements fiscaux coûteux et de sanctions potentielles - est mise en branle lorsqu'une règle est enfreinte (comme décrit dans Lledó et al. 2017, p. 81)¹⁴¹³.

Plusieurs facteurs doivent être pris en compte lors de l'évaluation des sanctions pour infraction aux règles fiscales. Premièrement, il peut être difficile de dire si les règles ont été enfreintes ou non. Il existe de nombreux exemples montrant comment les gouvernements peuvent utiliser une

¹⁴⁰⁸ Azzimonti, Marina, Marco Battaglini, and Stephen Coate. 2016. "The Costs and Benefits of Balanced Budget Rules: Lessons from a Political Economy Model of Fiscal Policy." *Journal of Public Economics* 136: 45–61.

¹⁴⁰⁹ Alfaro, Laura, and Fabio Kanczuk. 2016. "Fiscal Rules and Sovereign Default." NBER Working Paper 23370.

¹⁴¹⁰ Eyraud, Luc, Anja Baum, Andrew Hodge, Mariusz Jarmuzek, Young Kim, Samba Mbaye, and Elif Türe. 2018. "How to Calibrate Fiscal Rules: A Primer." *How-To Notes*, March. Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund.

¹⁴¹¹ Halac, Marina, and Pierre Yared. 2014. "Fiscal Rules and Discretion under Persistent Shocks." *Econometrica* 82(5): 1557–1614.

¹⁴¹² Eyraud, Luc, Xavier Debrun, Andrew Hodge, Victor Lledó, and Catherine Pattillo. 2018. "Second-Generation Fiscal Rules: Balancing Simplicity, Flexibility, and Enforceability." *International Monetary Fund Staff Discussion Note* 18-04.

¹⁴¹³ Lledó, Victor, Sungwook Yoon, Xiangming Fang, Smaba Mbaye, and Young Kim. 2017. "Fiscal Rules at a Glance." *March. International Monetary Fund Background Paper*. <https://www.imf.org/external/datamapper/fiscalrules/Fiscal%20Rules%20at%20a%20Glance%20-%20Background%20Paper.pdf>.

comptabilité créative pour contourner les règles. Frankel et Schreger (2013)¹⁴¹⁴ décrivent comment les gouvernements de la zone euro utilisent des prévisions de croissance optimistes pour se conformer aux règles fiscales. De nombreux États américains indemnisent les employés du gouvernement avec des retraites futures, ce qui augmente les engagements hors bilan non soumis à des règles fiscales (Bouton, Lizzeri et Persico 2016)¹⁴¹⁵. En 2016, la présidente brésilienne Dilma Rousseff a été mise en accusation pour avoir utilisé illégalement des banques gérées par l'État afin de payer les dépenses du gouvernement et contourner la loi sur la responsabilité fiscale (Leahy 2016)¹⁴¹⁶. Face à ce problème de transparence, de nombreux pays ont mis en place des conseils budgétaires indépendants pour évaluer et contrôler le respect des règles fiscales (Debrun et al. 2013)¹⁴¹⁷.

Une deuxième question à considérer est la crédibilité des sanctions. Par exemple, la procédure concernant les déficits excessifs à l'encontre de la France et de l'Allemagne en 2003 a été bloquée par un désaccord entre la Commission européenne et le Conseil européen; par conséquent, les déficits français et allemands ont persisté sans pénalité (comme discuté dans Gros, Mayer et Ubide 2004)¹⁴¹⁸.

Un troisième problème est la réaction du secteur privé à la violation des règles, qui peut également servir de forme de sanction. Eyraud, Debrun, Hodge, Lledó et Pattillo (2018), par exemple, constatent que la violation des règles budgétaires est associée à une augmentation significative des écarts de taux d'intérêt pour les emprunts souverains. Une telle augmentation des coûts de financement pénalise immédiatement un gouvernement qui enfreint une règle. Cette idée peut être formalisée dans un modèle de dette et de défaut de gouvernement présentant des équilibres multiples résultant des attentes du marché qui se réalise (comme dans Calvo, 1988)¹⁴¹⁹.

5. Conclusion

Au cours des dernières décennies, la dette publique en tant que fraction du PIB a connu une trajectoire ascendante dans les économies avancées et le ratio dette publique / PIB du Maroc approche des niveaux non atteints depuis l'indépendance. Ce document soutient que les théories d'économie politique peuvent expliquer cette tendance à long terme comme résultant du vieillissement de la population, d'une polarisation politique croissante et d'une incertitude électorale croissante.

De nombreux pays ont adopté des règles fiscales pour limiter la dette croissante. La plupart de ces règles ont été introduites récemment, et le temps nous dira si elles conduiront à des finances publiques viables et à un renversement de cette tendance vieille de plusieurs décennies. Leur succès dépend en partie de la question de savoir s'ils équilibrent de manière appropriée le compromis entre l'engagement et la flexibilité qui sous-tendent ces règles, et s'ils répondent à d'autres défis qu'on a soulignés, tels que l'implémentation.

¹⁴¹⁴ Frankel, Jeffrey, and Jesse Schreger. 2013. "Over-Optimistic Official Forecasts and Fiscal Rules in the Eurozone." *Review of World Economics* 149(2): 247–72.

¹⁴¹⁵ Bouton, Laurent, Alessandro Lizzeri, and Nicola Persico. 2016. "The Political Economy of Debt and Entitlements." NBER Working Paper 22570.

¹⁴¹⁶ Leahy, Joe. 2016. "What Is Brazil's President Dilma Rousseff Accused Of?" *Financial Times*, May 12.

¹⁴¹⁷ Debrun, Xavier, Tidiane Kinda, Teresa Curristine, Luc Eyraud, Jason Harris, and Johann Seiwald. 2013. "The Functions and Impact of Fiscal Councils." IMF Policy Paper, July 16.

¹⁴¹⁸ Gros, Daniel, Thomas Mayer, and Angel Ubide. 2004. "The Nine Lives of the Stability and Growth Pact: A Special Report of the CEPS Macroeconomic Policy Group." Centre for European Policy Studies Paperpacks. <https://www.ceps.eu/publications/nine-lives-stability-pact>.

¹⁴¹⁹ Calvo, Guillermo A. 1998. "Servicing the Public Debt: Role of Expectations." *American Economic Review* 78(4): 647–61.

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}

www.Droitetentreprise.com



محور تقارير عن الندوات واللقاءات العلمية

تقديم حول ندوة "دور العدالة في تحسين مناخ الأعمال"

تحت إشراف: الدكتور سمير الستاوي

د. زكرياء الشويخي

باحث في القانون الخاص

د. عبدالرزاق البدرسي

باحث في القانون الخاص

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومز
تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

الإطار عام للندوة

تلعب مؤسسة العدل دورا أساسيا في جميع الدول الديمقراطية نظرا لما تمتلكه من مميزات وخصائص تنعكس بشكل مباشر على المجتمع بصفة عامة، من بينها بناء دولة الحق والقانون وتهذيب السلطة وحماية الحريات الفردية إلى ما دون ذلك من القيم السامية التي يعتمد عليها القاضي لإصدار أحكامه محققا العدل كهدف منشود.

ولا شك أن دور العدالة من هذا المنظور يؤسس إلى مفهوم أساسي وهو الأمن القضائي الذي يتقاطع قطعا مع الأمن المجتمعي فلا استقرار بدون حكم عادل يرضي كلا الطرفين، إلا أن هذا الرضى يصبح مهددا كلما دخل الاقتصاد على الخط، حيث أن رجل الاقتصاد حينما يخسر قضيته يوجه تفكيره مباشرة إلى أن السبب هو عدم توفر الحكم على كل مقومات العدالة والمصادقية.

وسبب هذا الاعتقاد بالنسبة لرجال الاقتصاد يرجع بالأساس لتصورهم حول القضاء وهنا أركز حديثي عن القضاء المغربي حيث يعتبرونه قضاء تقليدي ينتهي دوره في فض النزاعات، كما أن وسائله التي يستعين بها سواء المرتبطة بالنصوص القانونية أو الموارد البشرية أو الأدوات اللوجستية التي تبرز الشق الإداري في مرفق القضاء كلها وسائل لا تساهم في إصدار أحكام بال جودة المطلوبة، مما ينعكس بالسلب على صورة الاقتصاد الوطني بشكل عام في أعين المستثمرين. لماذا؟

لأن المستثمر جبان بطبعه فهو لن يضع أمواله في بلد لا يتوفر على شرطين أساسيين دائما ما يضعهما بعين الاعتبار:

- الشرط الأول: الأمن والاستقرار؛
- الشرط الثاني: التمتع بقضاء نزيه مستقل يحمي حقوقهم بمناسبة معاملاتهم الاقتصادية سواء فيما بينهم أو في تعاملهم مع الدولة.

وبخصوص المغرب إن كان الشرط الأول متوفرا والحمد لله فإن توفر الشرط الثاني يبقى ضروريا لكونه حامل مشعل التنمية الاقتصادية سواء على المستوى المحلي أو الدولي.

وبالتالي فإن تفشي سمعة سيئة أو تسويق صورة مشوهة في الوقت الراهن عن القضاء المغربي أصبح أمرا غير مقبول لأن الواقع أصبح يعكس مقتضيات جديدة بالاهتمام منها ما كان ومنها ما أنجز ومنها ما هو قيد الإنجاز، لدى لا بد من التنويه بها وتشجيعها بعيدا عن الاتباع بشأنها سياسة التبخيس.

وانطلاقا مما سبق تأتي هذه الندوة في إطار التحسيس بالدور الذي أصبحت العدالة تلعبه لتحسين مناخ الأعمال ببلادنا، على جميع المستويات سواء من خلال:

- ❖ الدور التشريعي لوزارة العدل وما أفرزته من قوانين ومشاريع قوانين تصب في اتجاه مراعاة مركز المستثمر، أو دورها كإدارة وما قامت به بغيت تجاوز الوسائل التقليدية إلى ما هو رقمي؛
- ❖ أو من خلال تبني نظام القضاء المتخصص على المستوى التجاري وما أفرزه من حماية للمستثمرين؛
- ❖ كما أن الطابع التحسيسي امتد للفاعلين الاقتصاديين بشكل مباشر لتوضيح لهم الصورة حول الوضع الحالي في إطار من الشفافية والصدقية الرامية لتحفيزهم.

وقد افتتحت هذه الندوة بكلمة شكر في حق المحتفى به السيد "عبد الواحد الراضي"، من قبل شخصيات بارزة داخل الساحة الوطنية قرنا اعتمادها في هذا التقرير لما حملته من معلومات قيمة بخصوص موضوع الندوة، التي اعتمدت بعد ذلك على ثلاث محاور كبرى تضمنت خمسة مداخلات جاءت موزعة على النحو التالي:

- ❖ **المحور الأول: دور وزارة العدل في النهوض بمناخ الأعمال**
 - موضوع المداخلة الأولى: قانون مساطر صعوبات المقاولات الجديد ودوره في حماية الاستثمار والمقاولات.
 - موضوع المداخلة الثانية: الرفع من مستوى خدمات الإدارة القضائية ودوره في تحسين مناخ الأعمال.
- ❖ **المحور الثاني: دور المحاكم التجارية في حماية الاستثمار**
 - موضوع المداخلة: تجربة المحاكم التجارية في مجال حماية الاستثمار.
- ❖ **المحور الثالث: انتظارات الفاعلين الاقتصاديين من العدالة التجارية**
 - موضوع المداخلة الأولى: نجاعة قضاء الأعمال من منظور المقاولات.
 - موضوع المداخلة الثانية: تجويد قانون الأعمال وأثره الإيجابي على المقاولات وتحسين صورة المغرب في التقارير الدولية.

الكلمات الافتتاحية للندوة

❖ ملخص لكلمة السيد وزير العدل "محمد أوجار"

أتقدم بداية بالشكر للأستاذ الكبير السيد عبد الواحد الراضي والرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية السيد الوزير المنتدب المكلف بالشؤون العامة السيد الرئيس المدير العام لصندوق الإيداع والتدبير والعلامة السيد العلمي المشيشي والسيد رئيس فريق CGEM بمجلس المستشارين، السيدات والسادة النواب السيدات والسادة الممثلين للجنة الوطنية لمناخ الأعمال السيد رئيس جمعيات وهيئات المحامين بالمغرب السادة النقباء والمحامون السيدات والسادة الباحثون وممثلو المنابر العلمية السيدات والسادة رؤساء الجمعيات المهنية وجمعيات المجتمع المدني ووسائل الاعلام، الحضور الكريم كل بصفته وباسمه السادة المسؤولون القضائيون.

إنه لشرف كبير لي أن أفتتح أشغال هذه الندوة العلمية الهامة التي تنظمها وزارة العدل احتفاءً برجل من رجالات الدولة المغربية ورمز من رموز النضال السياسي والحقوقى والديمقراطي في المغرب وهرم من أهرمات الفكر السياسي، السيد الرئيس والوزير والقائد والنائب والباحث ووزير العدل الأسبق الأستاذ سيدي عبد الواحد الراضي أطل الله في عمره.

إسمحولي حضرات السيدات والسادة في مستهل هذه الكلمة أن أرحب بكم جميعاً في رحاب المعهد العالي للقضاء متمنياً في هذا الصباح المبارك الشفاء العاجل لمديره العام السيد عبد المجيد؟؟؟، شاكرًا لكم حضوركم ومشاركتكم في أشغال هذه الندوة العلمية والتي من المؤكد أنها ستكون فرصة ومناسبة لتقديم عروض من المستوى الرفيع وستخرج بتوصيات واقتراحات ومساهمات مهمة ستساهم في تطوير منظومة الاستثمار ببلادنا إن على المستوى التشريعي أو على المستوى التنظيمي وذلك بحضور ومشاركة هذه القامات والهجمات المنتمة لسلك القضاء وعالم السياسة والاقتصاد والمال والقانون والذين زينت بهم رحاب هذه القاعة ويشكل حضورهم فيها قيمة مضافة لهذه الندوة ويضفي عليها مزيداً من التميز والأهمية.

حضرات السيدات والسادة إن تنظيم هذه الندوة يأتي في سياق التحولات الهامة التي يعرفها مجال الاقتصاد بالمملكة وذلك بفضل الأوراش الإصلاحية الكبرى التي دشنها جلالة الملك محمد السادس نصره الله وأيده والبرامج المهيكلية التي تعمل الحكومة على تنزيلها على أرض الواقع والتي تستهدف استثمار كل الإمكانيات البشرية والاقتصادية التي يتوفر عليها المغرب لجعله قطبا اقتصاديا قادرا على مواجهة التحديات التي تفرضها العولمة واقتصاد السوق وهي برامج كان لها الأثر الأكبر على الاقتصاد الوطني جعلته قادرا على مقاومة الأزمات وتحسين مساهمة عدد من القطاعات في نمو الاقتصاد الوطني وإنجاح إقلاع القطاعات الاقتصادية فضلا عن اكتساب عدد من المقاولات المغربية للريادة على المستوى الجهوي كما أن تنظيم هذه الندوة يأتي في سياق الدينامية التي يعرفها المخطط المشترك للحكومة ووزارة العدل لاسيما في الشق المتعلق بتطوير وتحديث وعصرنة الترسانة القانونية المرتبطة بالمال والأعمال وجعلها منظومة قانونية تتسجم وتتماشى مع المعايير الدولية المعمول بها في هذا الشأن لتكون عاملا من عوامل تحسين مناخ الأعمال ودعم الاستثمار ببلادنا وتساهم في تنفيذ القضاء من بعد دوره كاملا في حماية وعم الاستثمار لذلك فإننا ننظر بكل اهتمام إلى ما سستمخض عنه أشغال

هذه الندوة من توصيات ومخرجات يمكن أن تكون ان شاء الله أساسا لمبادرات تشريعية نتقدم بها مستقبلا من أجل تطوير وتحديث المنظومة القانونية الوطنية في مجال المال والأعمال.

حضرات السيدات والسادة كما لا يخفى عليكم أنه في ظل مناخ الاقتصاد الدولي المتسم بالمنافسة الشديدة أصبح التركيز على الاستثمار كبيرا لتنشيط الدورة الاقتصادية وخلق فرص الشغل ودعم التنمية المستدامة وذلك من خلال تبسيط المساطر الإدارية ودعم المقاولات الوطنية وتعزيز قدراتها التنافسية ومساهمتها في الانخراط في التحولات التي تعرفها بلادنا فضلا عن حمايتها من المخاطر لتكون قاطرة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ومن منطلق مسؤولياتها في المجال التشريعي المرتبط بهذه المنظومة بادرة وزارة العدل إلى اتخاذ عدد من المبادرات التي من شأنها الاسهام في تحسين مناخ الأعمال والاستثمار ودعم المقاولات وفي هذا الإطار تميزت سنة 2018 بتقديمنا أمام البرلمان لمشروع قانون رقم 17.73 المتعلق بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون 15.95 المتعلق بمدونة التجارة فيما يخص مساطر صعوبات المقاولات وهو المشروع الذي تمت المصادقة عليه بالإجماع خلال الدورة الاستثنائية المنعقدة خلال شهر مارس الماضي ودخل حيز التنفيذ بمجرد نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ 23 أبريل الماضي وأفتح القوس لأحيي الفرق البرلمانية بكلا الغرفتين وأحيي بصفة خاصة CGEM الذي يحضر معنا في هذه الندوة.

لقد كان الهدف الأساسي من إعداد هذا النص القانوني هو تعزيز قدرة المقاولات المغربية على التنافسية والمساهمة في تشجيع الاستثمار والانخراط في التحولات الاقتصادية الهامة التي تشهدها بلادنا فضلا عن دعم تنافسية الاقتصاد المغربي سواء على الصعيد الإقليمي أو الدولي وذلك من خلال تأهيل مختلف مكوناته لولوج دائرة الاقتصادات الخمسين الأوائل في مؤشر " دوين بيزنيس " لسنة 2021 إن شاء الله.

لقد تضمن القانون الجديد عددا من المستجدات التي تهم أساسا تطوير آليات الرصد المبكر للصعوبات التي قد تعترض المقاولات وتعزيز دور الدائنين في المسطرة وحقوق الأجراء وتأهيل أجهزة المسطرة والانفتاح على البعد الدولي بإدخال تنظيم قانوني خاص بمساطر صعوبات المقاولات العابرة للحدود واعتبارا لأهمية الإصلاحات التي جاء بها القانون الجديد فقد أبرز التقرير السنوي الذي أصدره البنك الدولي قبل أيام وبالضبط يوم الثلاثاء 31 أكتوبر 2018 حول مناخ الأعمال " دوين بيزنيس " لسنة 2019 التطور الهام الذي عرفه ترتيب المملكة بهذا المجال حيث تمكنت المملكة من كسب تسع مراكز في ظرف سنة واحدة وانتقلت من الرتبة 69 إلى الرتبة 60 مقارنة بالسنة الماضية من بين 190 دولة شملها التقرير، وأصبح المغرب كما تعلمون يحتل المرتبة الثانية على مستوى دول الشرق الأوسط وشمال إفريقيا بعد دولة الامارات العربية المتحدة والثالث على مستوى القارة الافريقية بعد كل من جزر الموريس ورواندا، وحسب نفس التقرير فقد تمكن المغرب من ربح 63 مقعدا على مستوى "مؤشر تسوية الإحصاء" بانتقالنا من الرتبة 134 إلى الرتبة 71 مقارنة مع السنة الماضية وهذا فقط بفضل مصادقة البرلمان على تعديلات الكتاب الخامس.

إن تحسين ترتيب المغرب في مؤشر مناخ الأعمال بهذه الوتيرة السريعة بقدر ما يشعرون بالاعتزاز فهو يجعلنا نستشعر ثقل المسؤولية الملقاة على عاتقنا وذلك من خلال مواصلة العمل بنفس الروح والعزم والإرادة لتحسين الترتيب مستقبلا والوصول إلى الهدف المنشود في البرنامج الحكومي والمتمثل في ولوج دائرة الاقتصادات الخمسين الأوائل عالميا في مؤشر

" دوين بيزنيس " في أفق سنة 2020، وفي هذا السياق فإننا على يقين أن الجيل الجديد من الإصلاحات التي ننكب على تنزيلها حاليا في مجال الرقمنة ولامادية الإجراءات سيكون لها أثر أكبر في تحسين ترتيب المملكة والوصول إلى الهدف المنشود في أقرب الآجال، فالقانون رقم 88.17 المتعلق بإحداث المقاولات بطريقة إلكترونية والذي ساهمت وزارة العدل في صياغته وإعداد مقتضياته سيساهم بدون شك في تبسيط المساطر، وتقليص الآجال باعتماد طريقة إلكترونية كوسيلة وحيدة للقيام بالإجراءات، والمساطر المتعلقة بإحداث المقاولات وإيداع العقود والقرارات والتقارير والقوائم التركيبية ومحاضر المداولات والوثائق والمقررات القضائية على المنصة الإلكترونية، مع إمكانية مباشرة الإجراءات القانونية من خلال المنصة إما عبر المراكز الجهوية للاستثمار أو عن طريق المهنيين أو عن طريق القيام بها من طرف المعنيين أنفسهم أو بواسطة وكيل بمقتضى وكالة خاصة.

وبمقتضى هذا المشروع الذي أنجز بتشاور كافة الأطراف المعنية فإن الاختصاصات المخولة للمحاكم في مجال السجل التجاري وبالأخص إحداث المقاولات ستبقى كما هي بدون تغيير بحيث سيتم تحويل كافة المعطيات المسجلة عبر المنصة إلى قاعدة البيانات بالسجلات المحلية الممركزة بالمحاكم وبالإدارة المركزية لوزارة العدل وستتم معالجتها إلكترونيا من طرف كتابة الضبط تحت إشراف القاضي المكلف بالسجل التجاري والمصادقة عليها بعد التأكد من توفر جميع الشروط المنصوص عليها قانونا لإحداث المقاولات. وضمانا لحسن تنزيل هذا المشروع الاستراتيجي الهام ومواكبه بما يلزم من إجراءات وتدبير اشتغلت الوزارة في الفترة الأخيرة على مخطط يروم بالأساس تبسيط المساطر الإدارية للمقاولات وضع إطار تنظيمي لتسهيل الإجراءات ورقمتها، وهكذا فقد تم العمل على تحديث خدمات السجل التجاري الإلكتروني المحلي الممركز على اعتبار أن الإيداع القانوني والتسجيل بالسجلات المحلية المسوكة بالمحاكم التجارية والمحاكم الابتدائية الماسكة للسجل التجاري يعد مرحلة مهمة وأساسية لبدية المقاولات لذلك فقد تم التركيز على تحديث هذه الخدمة، وكانت التطبيقات الخاصة بها من أولى التطبيقات التي كانت قد أطلقتها الوزارة وتم استثمار ما تحقق وأنجز لصياغة مشروع شامل في إطار نظام معلوماتي مدمج وممركز يعد أرضية للتواصل مع مشروع منصة تأسيس المقاولات الرقمية وهكذا فقد تم:

□ تنزيل وتعميم نسخة متقدمة من البرنامج المعلوماتي لتدبير السجل التجارية على مستوى جميع المحاكم التجارية والمحاكم الابتدائية الماسكة للسجل التجاري، وتتضمن هذه النسخة وظائف جد متطورة تدعم لامادية الإجراءات والحصول على الخدمات عن بعد ومن أهم مميزات النسخة الجديدة إيداع القوائم التركيبية عبر الخط الذي بلغ 15600 خمسة عشر ألف وستة مائة إيداع قانوني؛

على تحديث هذه الخدمة، وكانت التطبيقات الخاصة بها من أولى التطبيقات التي كانت قد أطلقتها الوزارة وتم استثمار ما تحقق وأنجز لصياغة مشروع شامل في إطار نظام معلوماتي مدمج وممركز يعد أرضية للتواصل مع مشروع منصة تأسيس المقاولات الرقمية وهكذا فقد تم:

□ تنزيل وتعميم نسخة متقدمة من البرنامج المعلوماتي لتدبير السجل التجارية على مستوى جميع المحاكم التجارية والمحاكم الابتدائية الماسكة للسجل التجاري، وتتضمن هذه النسخة وظائف جد متطورة تدعم لامادية الإجراءات والحصول على الخدمات عن بعد ومن أهم مميزات النسخة الجديدة إيداع القوائم التركيبية عبر الخط الذي بلغ 15600 خمسة عشر ألف وستة مائة إيداع قانوني؛

□ أداء الرسوم إلكترونياً؛

□ الربط الإلكتروني مع نص تأسيس المقاولات عبر الخط؛

□ تغطية جميع التقييدات اللاحقة والتشطيبات والعقود الخاضعة للإشهار بالسجل التجاري؛

□ تدبير إجراءات الحصول على مستخرج السجل التجاري والموقع إلكترونياً وباقي الشواهد الأخرى المرتبطة بالسجل التجاري التي أصبحت تدخل إلى الراغبين فيها عبر بريد إلكتروني لا تتجاوز الساعة في أوقات العمل العادية وذلك في أفق أن يتم بطريقة أوتوماتيكية دون تدخل بشري؛

□ الربط الإلكتروني المؤمن مع مختلف الأجهزة في عملية التقييد في السجل التجاري، فقد بلغ مجموع شواهد السجل التجاري عبر الخط إلى اليوم 6700 طلب.

ومن بين الإجراءات الأخرى التي ستدعم مناخ الأعمال والتي تندرج ضمن مجال تبسيط الإجراءات لفائدة المقاول المغربية يتم العمل حالياً على إحداث سجل وطني للرهون ودعم شفافية تدبير مساطر البيوعات بالمحاكم ومشروع اعتماد الإعلانات الإلكترونية ومشروع فتح الامكانية للمشاركة في السمسرة الإلكترونية، إلى جانب تعزيز التواصل الإلكتروني مع المهنيين خاصة مع الموثقين من خلال تبادل المعطيات القانونية فيما يتعلق بالولوج الإلكتروني للسجل التجاري من قبل الموثقين والخبراء المحاسبين وهذه كلها مشاريع قيد الدرس الآن.

حضرات السيدات والسادة يعد القضاء ركناً أساسياً لإنجاح أس مخطط إصلاحية وعنصراً محورياً في مخططات التنمية الاقتصادية التي نشدها وبها تتحقق الطمأنينة التي يقوم عليها أمن المجتمع، ولا يمكن الحديث عن الاستثمار دون أن يكون القضاء مستقل ونزيه الضامن لاستمراره فالمستثمر حذر بطبعه لا يجازف في بيئة لا توفر له الأمن القانوني والقضائي وتضمن له سيادة القانون في كافة الأحوال ولاسيما أمام التعقيدات التي تشهدها المعاملات المالية والتجارية بفعل العولمة والتطورات وهو ما يقتضي منا جميعاً العمل يداً في يد من أجل توفير قضاء متخصص وعلى قدر كبير من الكفاءة المهنية والخبرة الميدانية والمعرفة الأكاديمية وتهيء الوسائل والظروف الكفيلة لتحقيق عدالة سريعة تراعي متطلبات العصر وتستجيب لشروط المحاكمة العادلة.

ومما لاشك فيه أن تجربة القضاء الإداري المتخصص التي دخلها المغرب منذ سنة 1998 قد أبانت عن نضج كبير ونجاحة مهنية عالية وكفاءة كبيرة في تدبير المنازعات المرتبطة بمجال الأعمال والمال، كما إن إسهامات المحاكم المغربية بمختلف أصنافها ودرجاتها بالمجهود المبذول لعم الاستثمار والمقاولات قد أضحت ظاهرة للعيان وذلك من خلال الاجتهادات القضائية المتميزة المتواترة سواء تلك الصادرة عن المحاكمة المتعلقة بنزاعات الشغل والمنازعات العقارية أو تلك الصادرة عن المحاكم التجارية المرتبطة بالمعاملات التجارية وفي مجالات الملكية الصناعية والعقود التجارية والنقل البحري وصعوبات المقاول أو تلك الصادرة عن المحاكم الإدارية في النزاعات التي تكون فيها الدولة أو مؤسساتها طرفاً في المنازعة الضريبية أو المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية أو بقانون التعمير إلى غير ذلك من أشكال الخصومة. وهو ما يؤكد بدون شك أن القضاء أصبح فاعلاً محورياً في منظومة الاستثمار ودوره لا يقل أهمية عن دور الجهات الأخرى المسؤولة عن هذا الملف إن لم يكن أكبر من كل هذه الأدوار.

تحديث هذه الخدمة، وكانت التطبيقات الخاصة بها من أولى التطبيقات التي كانت قد أطلقتها الوزارة وتم استثمار ما تحقق وأنجز لصياغة مشروع شامل في إطار نظام معلوماتي مدمج ومركز يعد أرضية للتواصل مع مشروع منصة تأسيس المقاولات الرقمية وهكذا فقد تم:

□ تنزيل وتعميم نسخة متقدمة من البرنامج المعلوماتي لتدبير السجل التجارية على مستوى جميع المحاكم التجارية والمحاكم الابتدائية الماسكة للسجل التجاري، وتتضمن هذه النسخة وظائف جد متطورة تدعم لامادية الإجراءات والحصول على الخدمات عن بعد ومن أهم مميزات النسخة الجديدة إيداع القوائم التركيبية عبر الخط الذي بلغ 15600 خمسة عشر ألف وستة مائة إيداع قانوني؛ التجاري من قبل الموثقين والخبراء المحاسبين وهذه كلها مشاريع قيد الدرس الآن.

إنني لأغتنم هذه المناسبة لأوجه أسمى عبارات الشكر والتقدير لقضاتنا الأجلاء بمختلف محاكم المملكة وإلى السيد الرئيس المنتدب القاضي سيدي "مصطفى فارس" الذي يدعم هذه الجهود ويسهر على تطويرها وإنجاحها والارتقاء بها، أشكركم السيدات والسادة القضاة على ما تبذلونه من مجهود جبار في سبيل الارتقاء بالعمل القضائي في مجال المال والأعمال وإصدار أحكام تشرف البلاد في آجال معقولة وفي نزاعات وخصومات على درجة كبيرة من الأهمية وتتسم في كثير من الحالات بالتعقيد والصعوبة وتتقاطع كلها بمصالح شتى.

ختاماً أجدد لكم جميعاً شكري الخاص وشكر أطر وزارة العدل على حضوركم وتشريفكم لنا في هذه الندوة العلمية الرفيعة متمنياً لأشغالكم كامل التوفيق والنجاح وأن تكون التوصيات التي ستخرجون بها في المستوى الذي يليق بهذا الحضور العلمي والقضائي الوزان وفي مستوى يليق بالمحتفى به أستاذنا وزعيمنا سيدي "عبد الواحد الراضي" أطال الله عمره، وأرجو أن تقفوا جميعاً تحية للأستاذ "عبد الواحد الراضي"، وأدعو سيادة الرئيس المنتدب الأستاذ "مصطفى فارس" لإلقاء الكلمة.

❖ ملخص لكلمة السيد الرئيس المنتدب لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية "مصطفى فارس"

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين، الحضور الكريم كل باسمه وصفته والتقدير والاحترام الواجب له اسمحو لي في مستهل هذه الكلمة أن أعبر لكم عن اعتزازي بالمشاركة معكم في أشغال الجلسة الافتتاحية لهذه الندوة العلمية المتميزة على مختلف المستويات، أولها أنها تأتي في سياق احتفاء و تكريم شخصية متفردة ساهمت بوطنية في مشروع إصلاح العدالة بمقاربة شمولية تشاركية حكيمة وأسست لتقاليد وقيم كبرى شخصية من طينة معالي الأستاذ الجليل "عبد الواحد الراضي" حفظه الله الذي نوجه له كل عبارات التقدير والثناء.

كما أن هذه الندوة تتناول موضوعاً ذي راهنية كبرى يحمل مضامين دستورية واقتصادية واجتماعية مختلفة ويكتسي أبعاداً وطنية وإقليمية ودولية متعددة ويثير مجموعة من الإشكالات التنظيمية والإدارية والأخلاقية والتي تطالنا بكثير من الحكمة والجرأة والمواطنة.

اسمحو لي أن أعتنم هذه المناسبة أن أؤيد بكل من ساهم بهذه المبادرة القيمة التي تبرز أهمية الانفتاح على كافة الفاعلين والاهتمام بكل القضايا الكبرى للوطن والتفاعل الإيجابي مع انتظارات المواطنين وأخص هنا بالشكر والثناء السيد الفاضل المحترم السيد "محمد أوجار" الذي يؤكد مرة أخرى من خلال هذا التنظيم المميز على أهمية المقاربات التشاركية من أجل التنسيق والتفعيل الأمثل لإيجاد الحلول الناجعة لكل القضايا الكبرى للعدالة ببلادنا. والشكر موصول لكافة المتدخلين والمشاركين الذين بكل تأكيد سيتيحون لنا من خلال تصوراتهم وآرائهم إيجاد الكثير من الاقتراحات والمبادرات من أجل خلق فضاء آمن للاستثمار ببلادنا فلكم جميعا عظيم الشكر وجزيل الثناء.

الحضور الكريم لا يخفى على كريم عنايتكم أن السلطة القضائية ملزمة دستوريا وقانونيا وأخلاقيا بحماية الحقوق والحريات وضمن الامن القضائي للأفراد والجماعات والتطبيق العادل للقانون، إن القضاء اليوم كما يقال هو القانون في حالة حركة وحياء وقد أثبتت التجارب الإنسانية العالمية أنه مهما كانت النصوص القانونية الملائمة فإنها تبقى دائما قاصروا على إيجاد الحلول لكل النوازل والقضايا لأنها تتناهى باعتبار عددها والوقائع لا تتناهى من هو القانون في حالة حركة وحياء وقد أثبتت التجارب الإنسانية العالمية أنه مهما كانت النصوص القانونية الملائمة فإنها تبقى دائما قاصروا على إيجاد الحلول لكل النوازل والقضايا لأنها تتناهى باعتبار عددها والوقائع لا تتناهى من حيث دلالاتها فيبقى الملاذ إذا هو السلطة القضائية لتدبير هذه الوقائع اللامتناهية باجتهاد خلاق من أجل إيجاد حلول لها، وهي بالتأكيد مسؤولة شاقة ومضنية نرى ملامحها الإيجابية واضحة في العديد من توجهات محكمة النقض باعتبارها على رأس الهرم القضائي المغربي، حيث عمل القضاة الاماجد على ضمان مناخ آمن للاستثمار من خلال العديد من القرارات التي كرست مبادئ عامة تجسد حرص القضاء على إيجاد التوازن وضبط العلاقات التجارية وتخويلها المرونة والشفافية والفعالية اللازمة وأذكر منها :

- الحرص على عدم تبديد أموال الشركاء؛
- إقرار حماية الدائن المرتهن؛
- ضمان سلامة ومرونة الإجراءات المسطرية في مجال الأعمال؛
- تشجيع الوسائل البديلة لحل المنازعات؛
- السهر على احترام الأنظمة الداخلية للمقاولات؛
- إعمال الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الأجراء؛
- ضمان عدالة ضريبية من خلال تكريس المسطرة التوجيهية عند فرض وتصحيح الضرائب؛
- تخليق مجال التوثيق وتطويره وغيرها من المبادئ والقرارات المبدئية المنشورة بمختلف الإصدارات والكتب والندوات التي تشرف عليها وتنظمها محكمة النقض.

والأکید أن كل هذه الساعات المخصصة للقاء لسرد جزء يسير من الاجتهاد القضائي المتنوع لمحكمة النقض في موضوع ضمان وحماية الاستثمار ولعل المطلع على آخر إصداراتنا سيبدو له جليا أنه من المواضيع الكبرى التي تحظى بأهمية وأولوية

في مخططاتنا الاستراتيجية، ونكتفي هنا بالإشارة إصدار التحكيم والوساطة الاتفاقية، الخبرة والخبراء، الأمن التعاقدية، الأمن البيئي فضلا عن الندوات الكبرى التي نظمناها سواء مع إدارة الضرائب أو مع الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والهيئة الوطنية للموثقين أو جمعيات المحامين مثل ندوة قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال توجهات محكمة النقض وندوة العمل القضائي والاستثمار والندوات الدولية المنظمين بتعاون مع القطب المالي تحت عنوان أيام الدار البيضاء للتحكيم وغيرها من الأنشطة المتعددة التي استهدفت طرح مقاربات تشاركية والتعريف بدور القضاء في ضمان الأمن المالي وتكريس الثقة الاستثمارية.

الخبرة والخبراء، الأمن التعاقدية، الأمن البيئي فضلا عن الندوات الكبرى التي نظمناها سواء مع إدارة الضرائب أو مع الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والهيئة الوطنية للموثقين أو جمعيات المحامين مثل ندوة قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال توجهات محكمة النقض وندوة العمل القضائي والاستثمار والندوات الدولية المنظمين بتعاون مع القطب المالي تحت عنوان أيام الدار البيضاء للتحكيم وغيرها من الأنشطة المتعددة التي استهدفت طرح مقاربات تشاركية والتعريف بدور القضاء في ضمان الأمن المالي وتكريس الثقة الاستثمارية.

إنه من الصعب حصر وتفصيل كل ما نقوم به على مستوى محكمة النقض والسلطة القضائية في هذا الحيز الزمني الضيق لكن يمكن الاطلاع على كل ما رصدناه من أجل التعريف بهذه الأخيرة الغنية التي نعمل جادين على تطويرها وإغنائها.

وأغتنم هذه المناسبة لأدعو الجميع كل من موقعه إلى اقتراح تدابير عملية تساهم معنا في نشر المعلومة القانونية والقضائية المتعلقة بالاستثمار وإعداد دلائل عملية مبسطة على دعوات ورقية وإلكترونية مبسطة بمختلف اللغات للتعريف بهذا الرأس المال الامادي واستثماره بكل مواطنة ووطنية

الحضور الكريم إن اهتمامنا بجودة الاحكام والقرارات القضائية على مستوى محكمة النقض واكبه عمل جاد من أجل تطوير الإدارة القضائية وتنويع خدماتها وعصرنتها وضبط وثيرة العمل والإنتاج القضائي ليكون داخل آجال معقولة وقد كان لزاما علينا العناية بالزمن الذي يعتبر عنصرا أساسيا لضمان الاستثمار وتكريس جهود كبرى لحسن التدبير حيث بلغنا بتوفيق من الله السنوات الأخيرة معدلات جد مشرفة تضعنا بدون مبالغة في مصاف المحاكم العليا العريقة عبر العالم رغم كل الاكراهات والصعاب وعزمنا أكيد على مواصلة هذا النهج واقتراح حلول جديدة واقعية من أجل تقليص مزيد من آجال البت وتنويع وتجويد الخدمات الالكترونية وصولا إلى المحكمة الرقمية الذكية الأمانة التي تركز الثقة وتشجع على الاستثمار.

الحضور الكريم لقد وجه صاحب الجلالة نصره الله وأيده رسالة سامية بمناسبة أشغال المنتدى البرلماني الدولي الثالث للعدالة الاجتماعية الذي نظمه مجلس المستشارين يوم 19 فبراير من هذه السنة جاء فيها: " كما ينبغي أيضا الانكباب وبنفس العزم على إصلاح الإدارة لأنه لا يمكن تحقيق إقلاع اقتصادي اجتماعي حقيقي دون قيام المرافق العمومية بمهامها في خدمة المواطن وتحفيز الاستثمار، وإننا لنتنظر أن يفرز هذا المجهود الجماعي تجديدا عميقا في طرق التفكير والتعامل مع قضايا التنمية وتدبير الشأن العام وإجراء قطيعة حقيقية مع الممارسات التي تهدر الأمن و الفرض التنموية وتعيق مبادرات الإصلاح وتكبل روح الابداع والتفكير."

الثالث للعدالة الاجتماعية الذي نظمه مجلس المستشارين يوم 19 فبراير من هذه السنة جاء فيها: " كما ينبغي أيضا الانقلاب وبنفس العزم على إصلاح الإدارة لأنه لا يمكن تحقيق إقلاع اقتصادي اجتماعي حقيقي دون قيام المرافق العمومية بمهامها في خدمة المواطن وتحفيز الاستثمار، وإننا لنتنظر أن يفرز هذا المجهود الجماعي تجديدا عميقا في طرق التفكير والتعامل مع قضايا التنمية وتدبير الشأن العام وإجراء قطيعة حقيقية مع الممارسات التي تهدر الأمن و الفرص التنموية وتعيق مبادرات الإصلاح وتكبل روح الابداع والتفكير."

إننا إذن أمام خارطة طريق واضحة الرؤية والآليات حول كيفية تدبير قضايا الشأن العام حيث يجب تجاوز مرحلة التشخيص كسلط ومؤسسات ومرافق عمومية والمبادرة إلى العمل بقيم التضامن والعدالة الاجتماعية، في هذا السياق اليوم فإننا يجب أن نفكر في آليات التنسيق والتعاون بين كافة الفاعلين من أجل ضمان فضاء ديناميكي متطور يحفز على الاستثمار ويضمن مناخا آمنا للأعمال ، استثمار له مضامين اقتصادية واجتماعية وحقوقية وإدارية وهيكلية ويفرض عليما مناقشة جريئة وموضوعية حول مدى التزام كل جهة بأداء الأدوار المنوطة بها دستوريا وقانونيا ومدى انخراطها في هذه المقاربة الإصلاحية التي يقودها جلاله الملك بكل عزم وإصرار خاصة بعدما تمكنت بلادنا بفضل مجموعة من الإصلاحات الرئيسية تم إنجازها بين سنتي 2017 و2018 أن تكسب مراحل متقدمة في مؤشر الأعمال الدولي متقدمة على عديد من الدول والتجارب العالمية.

واليوم نحن أمام التزام بالمسؤولية والمحاسبة الذي يقتضي منا ونحن نناقش السبل الكفيلة بخلق فضاء آمن للأعمال أن نستحضر ليس فقط مضامين مدونة التجارة رغم أهميتها بل يجب أيضا إعداد مقاربة شمولية مندمجة تتناول الجوانب المتعلقة بقضايا الضرائب، الجمارك، منازعات الشغل، العقار، التوثيق، الخدمات القضائية والقانونية والإدارية والمالية والاشكاليات التي فرضها التطور التكنولوجي والتجارة الالكترونية وغيرها، حتى تكون الصورة مكتملة والحلول أكثر نجاعة وفعالية وواقعية من أجل تيسير ممارسة الاعمال وتنسيق المبادرات وتهيئ الأجوآء المناسبة للاستثمار وضبط كافة العناصر وقياس أنظمة نشاط الأعمال حسب المعايير المتفق عليها عالميا من قبل النشاط التجاري واستخراج التراخيص وتسجيل الملكية والحصول على الائتمان ودمقرطة الشركات وتدبير عملية الإنتاج والاستثمار ودفع الضرائب وتطوير التجارة عبر الحدود، وغيرها وهي كلها محاور يجب على الجميع الانقلاب عليها بكل جدية فعالية.

الأجوآء المناسبة للاستثمار وضبط كافة العناصر وقياس أنظمة نشاط الأعمال حسب المعايير المتفق عليها عالميا من قبل النشاط التجاري واستخراج التراخيص وتسجيل الملكية والحصول على الائتمان ودمقرطة الشركات وتدبير عملية الإنتاج والاستثمار ودفع الضرائب وتطوير التجارة عبر الحدود، وغيرها وهي كلها محاور يجب على الجميع الانقلاب عليها بكل جدية فعالية.

السيدات والسادة الأفاضل، رهانات كبرى أمامنا اليوم من أجل إنجاح المشروع الإصلاحية الكبير الذي يقوده صاحب الجلالة الملك بعقد وعزم وحكمة وتبصر والسلطة القضائية التي تتشرف برئاسة جلالته لن تدخر أي جهد من أجل المشاركة الإيجابية في هذا الورش التنموي الهام والمساهمة من أجل تفعيل كل المبادرات الهامة التي تسعى إلى جعل المغرب وجهة آمنة للاستثمار عبر العالم، ولي اليقين أن لقاء اليوم يمثل هذا المستوى وبهذه النخبة المتميزة من القضاة والخبراء والمهنيين

سيكون فرصة ملائمة لإعطاء مؤشرات ثقة لتأكيد وجود الإرادة الجادة من أجل الاستثمار وبكرس التنمية ويضمن حقوق الأجيال القادمة.

كل الدعاء الصادق لكم بالتوفيق والنجاح لأشغالكم بالسداد والفلاح وشكرا لكم.

❖ ملخص كلمة باسم الاتحاد العام لمقاولات المغرب ونيابة عن رئيسه السيد " صلاح الدين مزوار " ألقاها السيد المستشار البرلماني ورئيس فريق الاتحاد بالغرفة الثانية " عبد الله حفيظي "

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على آله وصحبه، السيد وزير العدل المحترم، السادة المحترمون السيد الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، السادة الرؤساء السيدات والسادة الحضور الكريم.

أتشرف بأن أتناول هذه الكلمة بالنيابة عن الاتحاد العام لمقاولات المغرب، كما أتوجه بالشكر للسيد وزير العدل السيد "محمد أوجار" أشكره أولا لأنه شكر هو أهل له، وأشكره ثانيا على دعوته الكريمة للاتحاد العام لمقاولات المغرب للمشاركة في هذه الندوة المتميزة على هامش تكريم الأستاذ الجليل الوطني الكبير "عبد الواحد الراضي" هذه المبادرة التي نتمناها كمقاربة نبيلة لما تنطوي عليه من اعتراف بالجميل لمن كانت له أيادي بيضاء في خدمة العدالة ومن خلالها خدمة هذا الوطن والارتقاء بمكانته والتعريف به وبمقوماته السياسية والثقافية والاقتصادية والاجتماعية، ففي الأمس عشنا مع تكريم الأستاذ "محمد الإدريسي العلمي المشيشي" وها نحن اليوم على وقع تكريم الأستاذ "عبد الواحد الراضي" وأشكر السيد الوزير ثالثا على الاختيار الموفق لموضوع الندوة "دور العدالة في تحسين مناخ الأعمال" لا شك أن دور العدالة في تحسين مناخ الأعمال وبيئة الاستثمار يلعب دورا أساسيا وأن أي منطلق لتحسين هذه البيئة و هذا المناخ يظل غير ذي جدوى إن لم يرتكز على إصلاح منظومة القضاء.

ويسجل للأستاذ "محمد أوجار" أنه بذل جهودا كبيرة لتحسين هذا المناخ من خلال إصلاحات جوهرية عرفتها منظومة العدالة، إصلاحات شملت تعزيز ضمانات إصلاح القضاء وتحديث المنظومة القانونية وتأهيل الهياكل والموارد البشرية والرفع من النجاعة القضائية وترسيخ التخليق لتوطيد الثقة والمصادقية لقضاء فعال منصف يشكل حصنا منيعا لدولة الحق والقانون وعمادا للأمن القضائي والحكامة الجيدة ومحفزا للاستثمار والتنمية ونذكر من سبيل هذه الإصلاحات على سبيل المثال لا الحصر وقد ذكر بعضها الاخوان الذين سبقوني:

- ❑ الإصلاح المتعلق باستقلال النيابة العامة؛
- ❑ مواصلة تبسيط ورقمنة مجموعة من المساطر الإدارية ذات الصلة بحياة المقاول؛
- ❑ الإصلاح الذي شمل الكتاب الخامس المتعلق بمدونة التجارة؛
- ❑ خلق المقاولات بصفة إلكترونية؛

وهذا لا يحجب عن أعيننا بطبيعة الحال الإصلاحات التي قام بها المجلس الأعلى للسلطة القضائية والقانون التنظيمي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاة.

وبفضل هذه الإصلاحات التي كانت كان لها الوقع الإيجابي على تحسين مناخ الاعمال لقد تمكن المغرب من التقدم على سلم التصنيف العالمي الجديد ليصبح في الرتبة 60 من بين 190 دولة وفق تقرير السنوي لمجموعة البنك الدولي حول ممارسة الأعمال برسم سنة 2019، وأصبح المغرب كما تعلمون يحتل المرتبة الثانية على مستوى دول الشرق الأوسط وشمال إفريقيا بعد دولة الامارات العربية المتحدة والثالث على مستوى القارة الافريقية.

بصفتي نائب رئيس لجنة العدل والتشريع والحريات العامة بمجلس المستشارين أؤمن بكل واقعية وصدق جهود الأستاذ "أوجار" التي تصب كلها في إطار تحسين مناخ الأعمال وتكريس المغرب وجهة مفضلة للاستثمار وتشجيع المقاولات التي كانت ولا تزال ترى ان تحسي فرص جاذبية الاستثمار لا يتم فقط بواسطة تدابير اقتصادية ومؤسسية بل يتم أساسا كذلك من خلال توفير مناخ قضائي ملائم لنشاطها.

وبالعودة لموضوع الحفل الذي تتعد على هامشه هذه الندوة العلمية وهو تكريم الأستاذ "عبد الواحد الراضي"، فإنني أجد صعوبة في إيجاد الكلمات التي تناسب هذا المقام وتفي بما يستحقه هذا الرجل الفذ والوطني الكبير من تقدير وثناء، لقد عرفنا السيد "عبد الواحد الراضي" وطنيا كبيرا بكل المقاييس منذ عرفناه وهو يتفانى في خدمة وطنه على أكثر من واجهة، عندما تصافحه فيه الكبرياء بدون تكبر والصرامة بلا تجبر، مع اشتماله على خيرة من الفضائل وأسماها قادته إلى النجاح في كل مساراته الأكاديمية والسياسية والجماعية المحلية والنيابية وأمدته بطاقة خارقة للعمل والعطاء ساعدته على تجاوز الصعاب بشحنات طموح لامتناهية. إنه رجل حليم بدون ضعف، شامخ في غير تجبر ولا كبرياء، تشعر وأنت في حضوره أنك في حضور مجموعة من الرجال في رجل واحد الرجل الشاب الطالب المناضل، الرجل الجمعوي الفاضل، والرجل السياسي الفريد بمعارضته باعتدال ونصرة للحق نادرة المثال، رئيس جماعة ترابية غزير الخبرة، برلماني طويل التجربة تجربة أفاد بها وطنه داخليا كما أفاده خارجيا في عمقه الافريقي وامتداده المتوسطي وأصالته وانتمائه العربي والإسلامي.

خارقة للعمل والعطاء ساعدته على تجاوز الصعاب بشحنات طموح لامتناهية. إنه رجل حليم بدون ضعف، شامخ في غير تجبر ولا كبرياء، تشعر وأنت في حضوره أنك في حضور مجموعة من الرجال في رجل واحد الرجل الشاب الطالب المناضل، الرجل الجمعوي الفاضل، والرجل السياسي الفريد بمعارضته باعتدال ونصرة للحق نادرة المثال، رئيس جماعة ترابية غزير الخبرة، برلماني طويل التجربة تجربة أفاد بها وطنه داخليا كما أفاده خارجيا في عمقه الافريقي وامتداده المتوسطي وأصالته وانتمائه العربي والإسلامي.

هكذا أعطى السيد "عبد الواحد الراضي" بسخاء بدءا من نشاطه وهو طالب بجامعة "السوريون" ومساهمته في تأسيس العديد من الجمعيات وتحمله المسؤولية القيادية فيها أبرزها الاتحاد الوطني لطلبة المغرب، وفيدراليته بباريس أواخر الخمسينيات، وحركة الطفولة الشعبية الشهيرة، وغيرها إضافة لعمله أستاذا لعلم النفس الاجتماعي بجامعة محمد الخامس بالرباط وترأس شعبة الفلسفة وعلم النفس بكلية العلوم الإنسانية، وبهذه الصفة التربوية قد الكثير للعمل العلمي والنقابي وهو يتولى الكتابة العامة للنقابة الوطنية للتعليم العالي.

لقد شهدت مسيرة السيد "عبد الواحد الراضي" في الستينيات بداية طفرة عطاء واسع على المستوى السياسي في المجلس الوطني للجنة الإدارية للاتحاد الوطني للقوات الشعبية الذي كان رمزا من رموزه التاريخية وتوالت هذه الطفرة بشكل أقوى أواخر الثمانينيات في المكتب السياسي للاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية الذي تولى مهمة كاتبه الأول عام 2008 ، وعلى مستوى الجماعة المحلية فقد ترأس جماعة "القصيبيّة" التي أخلص لها وتفانى في خدمتها فتعلقت به ساكنتها منذ 1983 كما سبق وترأس المجلس الإقليمي للقيظرة ومجلس جهة الغرب شراردة بني حسن.

أما عطاء السيد "عبد الواحد الراضي" على المستوى البرلماني فحدث ولا حرج لدرجة أصبح معها رمزا برلمانيا بذاته وعطائه فهو أطال الله عمره أقدم نائب برلماني وأكثر البرلمانيين استمرارا في العمل النيابي ليس فقط على صعيد المغرب وإنما كذلك على الصعيد الدولي في مسار بدأه سنة 1963 سنوات قليلة بعد عودته من الدراسة بـ"السوربون" وحظي بثقة واسعة لدى القاعدة الشعبية الناخبة بدائرته الانتخابية ليعاد انتخابه بالبرلمان مرات عديدة ومازال خارقة للعمل والعطاء ساعدته على تجاوز الصعاب بشحنات طموح لامتناهية. إنه رجل حليم بدون ضعف، شامخ في غير تجبر ولا كبرياء، تشعر وأنت في حضوره أنك في حضور مجموعة من الرجال في رجل واحد الرجل الشاب الطالب المناضل، الرجل الجمعي الفاضل، والرجل السياسي الفريد بمعارضته باعتدال ونصرة للحق نادرة المثال، رئيس جماعة ترابية غزير الخبرة، برلماني طويل التجربة تجربة أفاد بها وطنه داخليا كما أفاده خارجيا في عمقه الإفريقي وامتداده المتوسطي وأصالته وانتمائه العربي والإسلامي.

يتحمل هذه المسؤولية بما آتاه الله من كفاءة وحكمة وخلال سنوات رئاسته لمجلس النواب لولائتين منذ سنة 1997 لسنة 2007 بصم على مواقف ولحظات بصرامة شديدة وجدية فريدة يذكرها له المغاربة جميعا بكل استحسان وتقدير .

وعلى المستوى السياسي دائما كان السيد "عبد الواحد الراضي" أول اشتراكي معارض يعين وزيرا قبل مرحلة التناوب لأزيد عقد من الزمن جين عينه المغفور له جلالة الملك الحسن الثاني وزيرا للتعاون سنة 1983 ثم تولى سنة 2007 وزارة العدل وترك فيها بصمته بالقدر والقيمة التي جعلت هذه الوزارة تذكره اليوم بتقدير وعرفان وتحتفي به في التفاتة عميقة الدلالة يسجلها التاريخ اليوم بفضل السيد الوزير "محمد أوجار".

وكما كان السيد عبد الواحد رائدا في خدمة وطنه داخليا من خلال ما تولى من مهام ومسؤوليات وخارجيا بنفس الصفات على المستوى العربي والإسلامي والعالمي كان كذلك رائدا على المستوى الإفريقي بمساهمته في تأسيس كونفدرالية شمال إفريقيا وهو طالب بباريس، غل حضوره على المستوى الإفريقي كرئيس لمجلس النواب وكوزير مرورا لتوليه الأمانة العامة للاتحاد العربي الإفريقي سنة 1984.

وبنفس الروح الوطنية والإصرار نحت له ولبلاده في شخصه مكانة متميزة حين تقلد الرئاسة المشتركة لمنتدى البرلمان الأوروبي المتوسطي أواخر التسعينيات مع رؤساء البرلمان الأوروبي وكان من بين المؤسسين البارزين للجمعية البرلمانية الأوروبية والمتوسطية.

وعلى الصعيد العربي والإسلامي كان له حضور لافت في مطلع الألفية الثالثة برئاسته لمجلس الشورى للاتحاد المغرب العربي ونشاطه في اتحاد البرلمان العربي ورئاسة اتحاد مجالس الأعضاء في منظمات المؤتمر الإسلامي بتجربته الطويلة وبكفاءته وبدعم من المجموعتين العربية والإسلامية ارتقى "السيد عبد الواحد الراضي" في مساره البرلماني إلى أعلى مستوى

بانتخابه رئيسا للاتحاد البرلماني الدولي سنة 2011 وبهذه الصفة لم يخدم بلاده فحسب بل أسدى خدمات جليلة للوطن العربي وللقارة الافريقية من خلال برلماناتها والاتحاد البرلماني الافريقي الذي احتضنت الرباط العديد من أنشطة فضلا عن الندوات واللقاءات، كذلك الشأن مع الاتحاد البرلماني العربي حيث تمكن من ربط علاقات التعاون مع كل التجمعات البرلمانية عبر العالم.

هذا هو السيد "عبد الواحد الراضي" كما عرفناه وكما عرفه المغاربة والأشقاء بإفريقيا والعالمين العربي والإسلامي والأصدقاء في كل الهيئات التي ترك بها بصمته على الصعيد العالمي، اكتسب بين الجميع مكانة وخبرة واسعة سخرها من أجل خدمة قضايا بلاده والترفيف بها ومنها الإصلاحات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي انخرط فيها المغرب منذ الثمانينيات ورفع وثيرتها في العقدين الأخيرين وقبل ذلك وبعده قضية الوحدة الترابية التي كان بصفاته الرفيعة والعديدة والمتنوعة لسان وطنه في التعريف بالقضية الوطنية الأولى عبر العالم سواء كممثل أو مبعوث لصاحب الجلالة أو على مستوى البرلمانات أو في كل المحافل الدولية، بمناسبة هذا التكريم وبكل المشاعر العميقة والاعجاب نعبر للسيد "عبد الواحد الراضي" عن فخرنا وافتخارنا به وبعطائه وبتقديرنا وامتناننا الأبدي له كرجل دولة بامتياز ولا يسعنا إلا أن ندعو الله أن يبارك في عمره ويمده بالصحة والعافية ليوصل رسالته ما استطاع ويستمر في عطائه الذي نجزم أنه لن ينضب مادام قلبه ينبض فبلاده بحاجة لمزيد من العطاء.

وخير ما أختتم به قوله تعالى في سورة الأحزاب "مَنْ الْمُؤْمِنِينَ رِجَالٌ صَدَقُوا مَا عَاهَدُوا اللَّهَ عَلَيْهِ فَمِنْهُمْ مَنْ قَضَىٰ نَحْبَهُ وَمِنْهُمْ مَنْ يَنْتَظِرُ وَمَا بَدَّلُوا تَبْدِيلًا" صدق الله العظيم. والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

❖ ملخص لكلمة الأستاذ المحترف به في حفل تكريمه "عبد الواحد الراضي"

السيد عبد الواحد الراضي: بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين، السيد وزير العدل والحريات المحترم، السيد الرئيس المنتدب لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية، السيدات والسادة لمسؤولين القضائيين، السيد رئيس جمعيات هيئات المحامين بالمغرب والسادة النقباء المحامون، السيدات والسادة ممثلي المؤسسات الوطنية والدولية، السيد نائب رئيس الاتحاد العام لمقاولات المغرب، حضرات السيدات والسادة كل باسمه وبصفته السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته، اسمحو لي في البداية السيد الوزير "محمد أوجار" وأخي العزيز على المبادرة النبيلة التي قمتم بها بتنظيم هذا التكريم لشخصي المتواضع هذا التكريم الذي أصبح عرف وتقليد كتتم السيد الوزير أنتم الذين خلقتموه وأنتم الذين ترعونوه.

هذا التقليد هو تكريم وزراء العدل السابقين وأريد بهذه المناسبة أخي العزيز أن أتقدم بالشكر الجزيل على تلك الكلمات الرقيقة التي تفضلتم بها في شخصي المتواضع، كما أشكر كل الاخوة الذين تفضلوا بكل الكلمات وأنا عاجز على إيجاد العبارات للرد على كل الكلمات الرقيقة في حق شخصي المتواضع.

أريد كذلك أن أشكركم أنتم السيدات والسادة المدعوين على حضوركم معنا اليوم في هذه المناسبة وأعتبر حضوركم بمثابة تشريف لي، مرة أخرى شكرا لكم على حضوركم معنا.

لقد هيئة كلمة بهذه المناسبة سأقدمها غدا ان شاء الله في الأمسية التكريمية وأريد اليوم أن أخصص كلمتي للشكر الجزيل وكذلك لأهنأ السيد وزير العدل والحريات على الإنجاز الكبير الذي حققه المغرب والذي يتجلى في نشر تقرير البنك الدولي الذي شهد على تقدم المغرب في الميادين الاقتصادية والاجتماعية، هذا التقرير الذي يتعلق بممارسة أنشطة الأعمال " دوين بيزنيس " هو تقرير الذي يشرف المغرب والقضاء المغربي والقضاة المغاربة لأن الوصول إلى هذه النتيجة والحصول على هذه المرتبة يرجع فضله للمغاربة وللحكمة التي تسير به نخبة البلاد القضايا الاقتصادية والاجتماعية ولكن بالأخص القضاء وقضاة هذه البلاد، لقد كنت سعيدا جدا حينما اطلعت على الخبر الذي أخبرنا كون المغرب استطاع أن يتقدم بتسع درجات في التقرير وأصبح في المرتبة 60 من بين 190 دولة.

السيد عبد الواحد الراضي: بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين، السيد وزير العدل والحريات المحترم، السيد الرئيس المنتدب لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية، السيدات والسادة لمسؤولين القضائيين، السيد رئيس جمعيات هيئات المحامين بالمغرب والسادة النقباء المحامون، السيدات والسادة ممثلي المؤسسات الوطنية والدولية، السيد نائب رئيس الاتحاد العام لمقاومات المغرب، حضرات السيدات والسادة كل باسمه وبصفته السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته، اسمحوا لي في البداية السيد الوزير "محمد أوجار" وأخي العزيز على المبادرة النبيلة التي قمتم بها بتنظيم هذا التكريم لشخصي المتواضع هذا التكريم الذي أصبح عرف وتقليد كنتم السيد الوزير أنتم الذين خلقتموه وأنتم الذين ترعونوه.

هذا التقليد هو تكريم وزراء العدل السابقين وأريد بهذه المناسبة أخي العزيز أن أتقدم بالشكر الجزيل على تلك الكلمات الرقيقة التي تفضلتم بها في شخصي المتواضع، كما أشكر كل الاخوة الذين تفضلوا بكل الكلمات وأنا عاجز على إيجاد العبارات للرد على كل الكلمات الرقيقة في حق شخصي المتواضع.

أريد كذلك أن أشكركم أنتم السيدات والسادة المدعويين على حضوركم معنا اليوم في هذه المناسبة وأعتبر حضوركم بمثابة تشريف لي، مرة أخرى شكرا لكم على حضوركم معنا.

لقد هيئة كلمة بهذه المناسبة سأقدمها غدا ان شاء الله في الأمسية التكريمية وأريد اليوم أن أخصص كلمتي للشكر الجزيل وكذلك لأهنأ السيد وزير العدل والحريات على الإنجاز الكبير الذي حققه المغرب والذي يتجلى في نشر تقرير البنك الدولي الذي شهد على تقدم المغرب في الميادين الاقتصادية والاجتماعية، هذا التقرير الذي يتعلق بممارسة أنشطة الأعمال " دوين بيزنيس " هو تقرير الذي يشرف المغرب والقضاء المغربي والقضاة المغاربة لأن الوصول إلى هذه النتيجة والحصول على هذه المرتبة يرجع فضله للمغاربة وللحكمة التي تسير به نخبة البلاد القضايا الاقتصادية والاجتماعية ولكن بالأخص القضاء وقضاة هذه البلاد، لقد كنت سعيدا جدا حينما اطلعت على الخبر الذي أخبرنا كون المغرب استطاع أن يتقدم بتسع درجات في التقرير وأصبح في المرتبة 60 من بين 190 دولة.

الاقتصادية والاجتماعية ولكن بالأخص القضاء وقضاة هذه البلاد، لقد كنت سعيدا جدا حينما اطلعت على الخبر الذي أخبرنا كون المغرب استطاع أن يتقدم بتسع درجات في التقرير وأصبح في المرتبة 60 من بين 190 دولة.

هذا الإنجاز أصبح ممكنا بفضل الجو الذي نعيشه في بلادنا بحول الله جو الاطمئنان وجو السلم الاجتماعي، جو الحمد لله الحريات وجو الأمن بصفة عامة، كذلك وصلنا لهذه النتيجة بفضل السمعة الطيبة والجدية للمغرب وهذا كله بطبيعة الحال يرجع لحكمة الشعب المغربي وإلى حكمة جلالة الملك أعزه الله وكذلك لا يجب أن ننسى أن هذه النتائج جاءت بفضل الجهود التي يقوم بها كل المتدخلين سواء من طرف رجالات الدولة أو من طرف الفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين ، فبفضل تبسيط المساطر والإجراءات الإدارية فيما يخص إنشاء المقاولات حقق المغرب ما حققه في هذا الميدان وهذا أصبح ممكنا بعد مراجعة النصوص القانونية التي لها طابع تجاري وبالأخص كل ما يتعلق بالمقاولات التي توجد في وضعية صعبة فأغتنم هذه الفرصة لأهنا المنظمين لهذه الندوة في اختيارهم لهذا الموضوع " دور العدالة في تحسين مناخ الأعمال.

أيها السيدات والسادة دور العدالة أصبح اليوم دورا أساسيا في الميدان الاقتصادي بصفة عامة وفي ميدان المقاولات بصفة خاصة، فالكل يعلم بأن المستثمر الخارجي يأخذ بعين الاعتبار عاملين اثنين:

□ العامل الأول: الاستقرار السياسي والاجتماعي لأي بلد وفي أي دولة.

□ العامل الثاني: هو جودة القضاء وأحكام القضاء.

ولله الحمد هذه الشروط في بلادنا هي متوفرة فهي آمنة ومستقرة إضافة إلى أن قضائنا نزيه، وكما تعلمون أيها السيدات والسادة هناك حديث اليوم على مفهوم الأمن القانوني والأمن القضائي هذين المفهومين يجتمعان في وجود مناخ قانوني ملائم في صالح المقاولات بصفة خاصة والاقتصاد الوطني بصفة عامة.

كما أن هذين المفهومين يعينان بالنسبة لي وجود دولة القانون، ودولة القانون معناها هي سمو القانون ودولة القانون فهي يحميها ويرعاها ويدافع عنها المدافع والحامي وأقصد هنا القضاء ولذلك يمكن أن أقول إن دور القضاء في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية دور أساسي، واسمحوا لي بهذه المناسبة أن أهنا وأنوه بقضائنا التجاري المغربي.

أيها السيدات والسادة أتمنى لهذه الندوة العلمية كل النجاح والتوفيق وأتمنى كذلك أن تخرج هذه الندوة بتوصيات تعود بالنفع على الاستثمارات في المغرب وكذلك تعود بالتألق والتوفيق على قضائنا وشكرا لكم.

مناور الندوة

المحور الأول: دور وزارة العدل في النهوض بمناخ الأعمال

رئيس الجلسة: الأستاذ "محمد الإدريسي العلمي المشيشي"،

وزير العدل الأسبق والأستاذ الجامعي الفخري.

▪ الكلمة الافتتاحية للسيد رئيس الجلسة:

بداية أتقدم بالشكر للسيد الفاضل الوزير الحكيم والرئيس الخبير الحنك الأستاذ "عبد الواحد الراضي" على دعوته لي في هذه الندوة والتي أترأس محورها الأول المتعلق بـ"دور وزارة العدل في النهوض بمناخ الأعمال"، مما لا شك فيه أن هذا الدور مهم وخطير جدا لأنه وكما تمت الإشارة فالنصوص القانونية لن تكون لها حياة إن لم يفعلها القضاة والقاضيات وهؤلاء القضاة والقاضيات لن يستطيعوا القيام برسالتهم النبيلة على وجه أكمل إلا إذا كانوا مستقلين استقلالاً حقيقياً وأول خصوصاً أمام الإدارة والسياسة.

ومن المؤثرات الخطيرة التي تواجه القضاء بصفة عامة في كل دول العالم نجد العلاقة بالاقتصاد، فرجال الاقتصاد يشعر بنوع من الضعف أمام القضاء وكل متقاضي يخسر أمام المحكمة يعتبر أن الحكم لا يتوفر على كل مقومات العدالة والمصادقية، لهذا كان اختيار "دور وزارة العدل في النهوض بمناخ الأعمال" اختياراً موفقاً جداً لأنه يجمع بين القانون المتعلق بالأنشطة الاقتصادية والتجارية والفاعلين المتعلقين به وهم القضاة والمواكبين له وهو وزارة العدل بالإضافة لسائر قطاعات الحكومة والمؤسسات.

ليمرر بذلك السيد الرئيس الكلمة للأستاذين المحاضرين لإلقاء عرضيهما، الأول منها سيلقيه الأستاذ الرئيس السابق بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء والمدير الحالي للشؤون المدنية بوزارة العدل الأستاذ "لحسن الكاسم" كما له مشاركة قيمة جداً في إعداد نصوص مدونة التجارة وكذا في مراجعة الكتاب الخامس المتعلق بصعوبات المقاول، والمتعلق بموضوع "قانون مساطر صعوبات المقاول الجديد ودوره في حماية الاستثمار والمقاول" أما المداخلة الثانية تتعلق بـ"الرفع من مستوى خدمات الإدارة القضائية ودوره في تحسين مناخ الأعمال" الذي سيلقيه السيد "يوسف أوستوح" رئيس قسم المعلومات واستعمال التكنولوجيا الحديثة نيابة عن الأستاذ "عبد الرفيع أرويحن" الذي كان مقرراً لهذا الصباح، مع الإشارة إلى أن موضوع المداخلة بدوره تغير ليصبح دون سابق إشعار ليصبح على النحو التالي "التحول الرقمي لوزارة العدل في خدمة الاستثمار".

موضوع المداخلة الأول:

قانون مساطر صعوبات المقاول الجديد ودوره في حماية الاستثمار والمقاول.

المتكفل: الأستاذ "العمر الكاسم"، كمكبر الشؤون المكزية بوزارة العدل.

مقدمة عامة:

تعتبر المقاول النواة الأساسية لكل بناء اقتصادي حر يعتمد على مبدأ المنافسة والمبادرة الفردية. والمغرب كغيره من البلدان التي اعتمدت نظام السوق، قد اختار دعم المقاول كخيار استراتيجي، وذلك عبر وضع الأساس لسياسات عمومية محفزة ولممارسات داعمة للاستثمار، باعتبار هذا الأخير أداة أساسية لخلق الثروة وتوفير مناصب الشغل وتحقيق ظروف التنمية المستدامة.

ومن منطلق وعي وزارة العدل بالدور الذي تلعبه المقاول في إطار النسيج الاقتصادي المغربي، وإيماننا منها بأهمية توفير إطار قانوني مرن وشفاف يسهل اندماجها في اقتصاد السوق ويرفع من مناعتها الاقتصادية ويحمي الاستثمار بوجه عام، فقد انخرطت مبكرا في ورش إصلاح المنظومة القانونية المرتبطة بمجال الأعمال باعتباره هدفا محوريا من شأنه الرفع من الجاذبية الاقتصادية بالمغرب.

وفي هذا الإطار يعتبر القانون 73.17 المتعلق بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من مدونة التجارة فيما يتعلق بمساطر صعوبات المقاول نموذجا يجسد هذه الرؤية، ويعبر عن توجه يهدف إلى حماية المقاول من الأخطار التي تهدد نشاطها ومساعدتها على استرجاع قدراتها التنافسية. فأى دور يمكن أن يلعبه هذا القانون في حماية الاستثمار والمقاول بالمغرب؟

ولالإجابة على هذا التساؤل، لابد من التطرق إليه من زاويتين اثنتين:

العامل الأول: الاستقرار بصفة خاصة، فالكل يعلم بأن المستثمر الخارجي يأخذ بعين الاعتبار عاملين اثنين:

□ أولا: من زاوية دور هذا القانون في تدعيم موقع المغرب كبلد يتوفر على ترسانة قانونية عصرية تستجيب

للمعايير الدولية؛

□ ثانيا: من زاوية المقومات الذاتية التي يتمتع بها هذا القانون فيما يخص حماية المقاول.

أولا: تدعيم موقع المغرب كبلد يتوفر على ترسانة قانونية عصرية:

قانون المقاول في حالة صعوبات هو أداة لخدمة المقاول وتطوير هذه الأداة أو ابتكار أدوات جديدة للوقاية من الصعوبات أو معالجتها وأثار ذلك اقتصاديا واجتماعيا لا يمكن إلا أن يكون محمودا.

وفي ظل العولمة، فإن تنظيم طرق الوقاية من الصعوبات أو معالجتها أصبح من معايير تقييم هذا النظام أو ذلك وقدرته على المساهمة في المحافظة على المقاولات وتطويرها بما يتميز به من فعالية وجاذبية وتنافسية.

وفي هذا السياق، فإن عدم مسايرة مساطر صعوبات المقاول المعمول بها سابقا للتحول التي عرفته ظروف المنافسة وواقع المقاول المغربية وكذا تطور المعايير الدولية، فرض إعادة النظر فيها بالشكل الذي يؤهلها للقيام بدورها في حماية المقاول.

وانطلاقاً من هذا المعطى، فقد تم إعداد نص القانون رقم 73.17 وفق منهجية ترمي إلى الرفع من مستوى نجاعة هذه المساطر من خلال:

□ إعادة النظر في المساطر المطبقة بتنقيحها وتجويدها؛

□ استحداث آليات جديدة؛

وقد تم الاعتماد في هذا الإطار، من جهة على التجارب الدولية الرائدة كالنموذج الألماني والبلجيكي والأمريكي، والممارسات الفضلى؛ ومن جهة ثانية على ما توصل إليه الفقه والاجتهاد القضائي المغربي.

وهو ما جعل المغرب يرتقي بنموذجه في مجال حماية المقاولة إلى ما تتطلبه المعايير الدولية من حيث جودة الإطار القانوني لمساطر صعوبات المقاولة، الأمر الذي انعكس إيجاباً على ترتيبه في سلم "دوين بيزنيس" لسنة 2019 بعدما تمكنت المملكة المغربية من تحسين ترتيبها في مؤشر مساطر صعوبات المقاولة من الرتبة 134 إلى 71.

هذه الوضعية الجديدة ساهمت بشكل كبير في تحسين الترتيب العام للمغرب حيث انتقل من 69 في الترتيب الدولي إلى المرتبة 60، وأصبح يحتل المرتبة الأولى على صعيد شمال إفريقيا والمرتبة الثانية في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا بعد دولة الامارات العربية المتحدة، والمرتبة الثالثة على مستوى القارة الافريقية.

لكن، إذا كان هذا الترتيب يعكس جودة الإطار القانوني لمساطر صعوبات المقاولة، فإن نجاح هذا الإصلاح يتطلب ثورة في عقليات الفاعلين من رئيس المقاولة وشركائه الاقتصاديين سواء كانوا ماليين أو تجاريين أو اداريين، ومساهماتهم بصفة إيجابية ومسؤولة في المساطر الرامية إلى تنظيم المقاولة دون التشويش على مصالحها ومصالح شركائها، كما يستلزم نجاح الإصلاح مساهمة مسيري المقاولة ومستشاريها والقضاء في إبداع الحلول.

ثانياً: المقومات التي يتميز بها القانون رقم 73.17

يمكن القول بأن القانون رقم 73.17 يعتبر إطاراً نموذجياً لحماية المقاولة والاستثمار لاستناده إلى مقومين أساسيين، وهما:

□ التمسك بخيار إنقاذ المقاولة عبر توفير مجموعة من المساطر القانونية يمكن استعمالها حسب حاجيات المقاولة.

□ إعادة التوازن بين حقوق الدائنين والمقاولة باعتبارهم جميعاً شركاء في اختيار الحل الكفيل بإنقاذ المقاولة.

1. التمسك بخيار إنقاذ المقاولة

لقد أفرد هذا القانون مقتضيات هامة تهدف إلى حماية المقاولة من خلال مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ثم مساطر المعالجة، وأولى لها أهمية قصوى تجلت في حجم التعديلات التي طالت مقتضياتها حيث أعيدت هيكلتها برؤية جديدة تهدف إلى تعزيز التشخيص المبكر للصعوبات، وإلى ضمان فعالية ونجاعة الإجراءات.

أ- تعزيز آليات الرصد المبكر لل صعوبات التي قد تعترض المقاولة

لقد أبانت التجربة العملية لمحاكم المملكة أن المعرفة الدقيقة لوضعية المقاولة أمر لا يكفي لإنقاذ المقاولة إن لم يتسم تدخل المحكمة بالاستعجال وفي وقت تكون فيه وضعية المقاولة قابلة لتصحيح.

من هذا المنطلق، فإن القانون الجديد اعتمد في منهجيته على التدخل الاستباقي عبر تقوية مساطر الوقاية الخارجية وإحداث مسطرة الإنقاذ.

ب- تقوية مساطر الوقاية الخارجية

لقد أولى المشرع أهمية لهذه المساطر لما تتيحه من إمكانية التشخيص المبكر لوضعية المقاولة، حيث عالج مجموعة من الإشكالات التي كانت تعرقل سلوك المقاولة لهذه المساطر، وذلك من خلال إعادة النظر في مسطرة الوكيل الخاص والتسوية الودية التي أصبحت تسمى مسطرة المصالحة؛

وتتسم هاتان المسطرتان بـ:

- الوقائية: يمكن مباشرتها بمجرد ظهور أعراض اختلالات مالية أو اقتصادية أو اجتماعية؛
- الرضائية: مبنية على توافق رئيس المقاولة والدائنين على الحل؛
- السرعة: على اعتبار أنها لا تتطلب إجراءات معقدة وترتيبات خاصة؛
- السرية: للحيلولة دون التشهير بالمقاولة التي لم تتوقف بعد عن الدفع.

❖ لمحة موجزة حول مسطرة الوكيل الخاص

يستدعي رئيس المحكمة فوراً إلى مكتبه، رئيس المقاولة وذلك قصد تقديم توضيحاته في الموضوع؛

يعين رئيس المحكمة وكيلاً خاصاً باقتراح من رئيس المقاولة، ويحدد له نطاق المهمة التي يتعين عليه القيام بها والمتمثلة في تخفيف الاعتراضات المحتملة اجتماعية كانت أو بين الشركاء أو تلك الخاصة بالمتعاملين المعتادين مع المقاولة.

يحدد رئيس المحكمة أجل إنجاز المهمة، ويمكن له تمديد الأجل أو استبدال الوكيل الخاص، وذلك موافقة رئيس المقاولة.

❖ لمحة موجزة حول مسطرة المصالحة



ولتشجيع المقاولات على سلوك هذه المساطر والرفع من جاذبيتها، فإن المشرع أدخل تعديلات مهمة عليها، نذكر منها خاصة:

- ← تخويل الحق لرئيس المقاول في اقتراح من سيتولى مهمة القيام بدور وكيل الخاص أو المصالح؛
- ← إقرار مبدا شمول كفلاء المقاول بوقف المتابعات الفردية بالنسبة للديون موضوع الاتفاق المبرم مع الدائنين في إطار مسطرة المصالحة؛
- ← تسهيل تمويل المقاول من قبل الأغيار من خلال إضفاء حق الأفضلية على الديون الناشئة بعد فتح مسطرة المصالحة؛
- ← تيسير إجراءات فسخ الاتفاق الودي المبرم في إطار مسطرة المصالحة بين رئيس المقاول والدائنين في حالة عدم تنفيذ المقاول لالتزاماتها وإسناد البت في طلب الفسخ إلى رئيس المحكمة الذي يعاين ذلك بأمر غير قابل لأي طعن.

❖ ما يمكن ملاحظته من خلال دراسة مقتضيات هذا القانون ولاسيما المادة 549 هي الصلاحيات التي خولها المشرع لرئيس المحكمة في الفتح التلقائي لمسطرة الوقاية الخارجية وتعيين الوكيل الخاص كلما تبين له من عقد أو وثيقة أو إجراء أن المقاول، ودون أن تكون متوقفة عن الدفع، تعاني من صعوبات مالية أو اقتصادية أو اجتماعية أو تحتاج لتمويل لا يتناسب وقدراتها.

إن تنزيل هذا المقتضى يستدعي توفر رئيس المحكمة على قاعدة بيانات تمكنه من الرصد المبكر والإستباقي لكل الحالات التي تظهر فيها اختلالات من شأنها تهديد استمرارية المقاول، وهي عملية تستوجب تحليل الوثائق التي ترد على

المحاكم التجارية كالوثائق المحاسبية والأحكام القضائية والأوامر بالأداء والأوامر بالحجوز التحفظية وغيرها التي تصدر ضد المدين بصفة منتظمة، وتخصيص طاقم تقني للرصد والتتبع، حتى يتسنى لرئيس المحكمة ممارسة صلاحياته بالشكل الذي يحقق الأهداف المنتظرة من هذه المسطرة.

ولا يمكن، وأنا أجزم أن يقوم رئيس المحاكم بهذه المهام إن لم يستعينوا بعدد كافي من السادة القضاة للقيام بهذه المهام، وكذلك تكوين خلايا أو أطقم تكون مهمتها القيام برصد هذه الاختلالات من خلال الوثائق التي ترد على المحكمة من سجل تجاري من قوائم تركيبيية وأحكام صادرة لرصد هذه الاختلالات وتبليغها للسادة القضاة الذين ينبون عن رؤساء المحاكم للقيام بهذه المهام.

ت- إحداه مسطرة الإنقاذ كآلية إضافية للكشف المبكر عن الصعوبات التي تعترض المقاول:

تعتبر هذه المسطرة من بين الآليات الحديثة المنصوص عليها في مجموعة من التشريعات الأجنبية.

وتمتاز هذه المسطرة عن مسطرة التسوية القضائية بكونها لا تشترط توفر عنصر التوقف عن الدفع لفتحها، بل يكفي تعرض المقاول لصعوبات اقتصادية أو مالية أو اجتماعية من شأنها أن تؤدي في وقت قريب إلى التوقف عن الدفع، وهو ما يعني فسح المجال للتشخيص المبكر لوضعية المقاول لإيجاد الحلول المناسبة قبل أن تتدهور وضعيتها.

وهذه المسطرة هي تجمع بين مساطر الوقاية ومساطر المعالجة، حيث تقتبس من مساطر الوقاية خاصة الوقاية الخارجية مقتضياتها ومن مسطرة التسوية القضائية بعض مقتضياتها دون أن تكون المقاول بطبيعة الحال متوقفة عن الدفع.

ولتحفيز مسيري المقاولات على مباشرة هذه المسطرة والاستفادة من مزاياها، فقد تم تقرير بعض القواعد كالتالي:

← التنصيص على الهدف من مسطرة الإنقاذ هو ضمان استمرارية نشاط المقاول، الحفاظ على مناصب الشغل وتسديد الخصوم؛

← إضفاء الصبغة الإرادية على هذه المسطرة بحيث لا يمكن فتحها إلا بطلب من رئيس المقاول؛

← تعزيز دور رئيس المقاول في المسطرة عبر تخويله الحق في إعداد مشروع الإنقاذ وعرضه على المحكمة؛

← الإبقاء على صلاحيات التسيير بين يدي رئيس المقاول: وهو ما سيتيح له الفرصة لمواصلة النشاط بعزيمة أكبر لإنجاح المخطط، وسيشكل أيضا عنصر اطمئنان بالنسبة للمتعاملين مع المقاول، الذين عادة لا يرغبون في تغيير طاقم التسيير لما قد يترتب عنه من مخاطر متصلة بتغيير التوجهات العامة للمقاول وطريقة تدبير المعاملات مع شركائها الاقتصاديين.

← تسهيل تمويل المقاول خلال فترة إعداد الحل عبر التنصيص على حق الأفضلية بالنسبة للديون المتعلقة بنشاط المقاول خلال هذه الفترة؛

← تمتيع كفاء المقاول الأشخاص الطبيعيين من مقتضيات مخطط الإنقاذ ومن منع وقف سريان الفوائد.

قبل أن أنتقل لهذه النقطة لابد من الإشارة إلى أن تحفيز المقاولات على اللجوء لمسطرة الإنقاذ لأنها تبين أن الوضعية ستتدهور في زمن قريب، المشروع أعفى هؤلاء من العقوبات، قد يتساءل البعض كيف لقانون أن يعفي من العقوبات؟

العقوبات التي يمكن أن يتعرض لها مسيرو المقاولات هي عقوبات مالية تتمثل في تحميل المسيرين النقص الحاصل في الأصول بسبب الأخطاء التي ارتكبوها، إضافة لعقوبات مهنية كسقوط الأهلية التجارية، عقوبات جنائية وهي التفالس، هذه العقوبات كلها مالية أو مهنية أو جنائية لا يمكن فتحها تلقائيا من طرف المحكمة أو من النيابة العامة أو من السنديك إلا في حالتين فقط:

□ الأولى: حالة صدور حكم بفتح مسطرة التسوية القضائية

□ الثانية: صدور حكم بالتصفية القضائية

إلا أنه لا يمكن إصدار هاته الأحكام سواء بالتسوية أو التصفية القضائية إلا إذا كانت المقاول متوقفة عن الدفع والحال أن اللجوء إلى مسطرة الإنقاذ هو إمكانية متاحة للمقاولات قبل توقفها عن الدفع، وشرط فتح هذه المتابعات سواء المالية أو المهنية أو الجنائية فتحت في وجهها مسطرة التسوية أو التصفية القضائية.

إذن، المقاول أو مسيرو المقاولات لعدم متابعتهم سواء تلقائيا من طرف المحكمة أو من طرف النيابة العامة أو من طرف السنديك كطرف مدني لأن هذا الأخير يمكنه تحريك الدعوى العمومية في المادة الجنائية كطرف مدني، هذه الامكانية هي من الوسائل التي تحفز رؤساء المقاولات على اللجوء إلى مسطرة الإنقاذ قبل أن تتوقف المقاول عن الدفع.

ث- ضمان فعالية ونجاعة مسطرة التسوية القضائية

إن حرص المشرع على ضمان استمرارية المقاول، وتعزيز وسائل الاستثمار فرض عليه الإبقاء على مسطرة التسوية القضائي كأداة ضرورية لمعالجة المقاولات المتوقفة عن الدفع.

لكن، كان من اللازم إعادة النظر في هذه المسطرة بالشكل الذي يحقق الأهداف المنتظرة منها.

ومن هذا المنطلق، فقد تمت مراجعة العديد من المقترحات التي كانت تثير إشكالات قانونية وواقعية تثني المستثمرين عن سلوكها أو التعامل مع المقاولات المفتوحة في حقها المسطرة، كما تمت إعادة تأهيل مؤسستي القاضي المنتدب والسنديك ليضطلع لدورهما.

2. إعادة التوازن بين حقوق الدائنين والمقاول باعتبارهم جميعا شركاء في اتخاذ الحل الكفيل بإنقاذ المقاول.

من خلال تشخيص الوضع السابق لوضعية الدائنين يتبين بأن هذه الفئة لم تكن تحظى بالحماية القانونية الكافية التي يفرضها موقعها في مجال الاستثمار وخلق الثروة، كما أنها كانت مقصية من اتخاذ القرارات المتعلقة بسير المسطرة.

والحال أن غالبية الدائنين تتشكل من الموردين ومؤسسات الائتمان، الاعتبارين الرافد الرئيسي لتمويل الاقتصاد وعاملا مهما في تحقيق التنمية.

الجديد في القانون هو أنه أحدث جمعية للدائنين من أجل مأسسة دورهم عبر إشراكهم بصورة فاعلة ومسؤولة في:

□ اختيار الحل؛

□ اتخاذ القارات المهمة¹⁴²⁰؛

خاتمة:

إن التقدم الذي وصل إليه المغرب من حيث جودة الإطار القانوني يستوجب مواصلة ورش الإصلاحات اللازمة لتنزيل هذا النص، نذكر منها:

□ إخراج النصين التنظيميين المتعلقين بالسنديك ورقمنة الإجراءات، إذ نصت المادة الأولى على ضرورة أن تكون جميع الإجراءات المتعلقة بهذه المسطرة إلكترونية؛

□ تعزيز قدرات المتدخلين في المسطرة عبر تنظيم دورات تكوينية؛

□ التفكير في آلية لتمويل المسطرة؛

□ خلق خلية على صعيد كل محكمة تجارية لمساعدة رئيس المحكمة أو من ينوب عنه لرصد الاختلالات التي قد تعترض المقاولات؛

□ تكليف عدد من القضاة للنيابة عن رؤساء المحاكم التجارية حسب أهمية النشاط الاقتصادي بدائرة كل واحدة منها للتفرغ قصد الاضطلاع بالمهام ذات الصلة بمساطر صعوبات المقاولات.

وشكرا

¹⁴²⁰ تنبغي الإشارة إلى أن مداخلة السيد "الحسن الكاسم" لم تكتمل نظرا لتجاوز الوقت ليتم المرور مباشرة للخاتمة.

كلمة السيد رئيس الجلسة:

بعد نهاية السيد "لحسن الجاسم" شكر السيد الرئيس الأستاذ المحاضر على هذا العرض الذي جمع ما بين جانب المنظر والممارس حيث ظهرت فكرة وتصور المنظر في هذا العرض من خلال أهداف والغايات المتوخاة من قانون معالجة صعوبات المقاول، وظهرت كذلك وجهة نظر الممارس.

وأضاف السيد الرئيس بهذا الخصوص مسألة كنت تشكل بالنسبة إليه هاجسا قانونيا تتجلى في جانبين وهما:

□ تحميل الكفيل متاعب مع أن المدين، والتي تجاوزها القانون الجديد 73.17.

□ ثم أعجبت بفكرة إنشاء آلية للرصد، ففي رأيي المتواضع هذه الآلية هي التي من شأنها أن تحسن مردودية هذا القانون ونجاعته لأن المشكل كان في توصل المحكمة بعدد كبير من المعطيات حول وضعية المقاولات ولكن هذه المعطيات لا تصل للهيئات التي تنظر في القضايا والنزاعات، يبقى بطبيعة الحال في رأيي المتواضع أن المشكل الأساسي هو عقلية المواطن وبالضبط عقلية المقاول، حيث لا يكاد يوجد مقاول يؤمن أو يعترف بالصعوبات التي بدأت مؤشراتنا تظهر وحتى إذا رآها واعترف بها فإنه دائما يكون قوي الأمل في أن يتغلب عليها ويستمر ذلك إلى أن يفوت الأوان وتصبح مساطر المعالجة قليلة المردودية إلى أبعد.

لدى ربما كانت فكرة إحداث آلية لرصد الصعوبات تكون أكمل وأنجع إذا واكبتها مساطر وآليات لتحسيس المقاولين بدور هذه الآلية كلما ظهرت مؤشرات حول الصعوبات التي تعترض المقاول.

ليمرر بعد ذلك السيد الرئيس الكلمة مباشرة للمحاضر التالي الذي سيلقيه الأستاذ "يوسف أوستوح" نيابة عن الأستاذ "عبد الرفيع أرويحن" في موضوع "التحول الرقمي لوزارة العدل في خدمة الاستثمار" الذي غير الموضوع المقرر في برنامج الندوة كما سبقت الإشارة.

موضوع المداخلة الثانية: التحول الرقمي لوزارة العدل في خدمة الاستثمار.

المتكحل الأستاذ "يوسف أوستوح"، رئيس قسم المعلومات واستعمال التكنولوجيا الحديثة بوزارة العدل.

مقدمة عامة:

كما تعلمون وتماشيا مع الخطابات المولوية السامية "فإن اللحاق بركب الدول الصاعدة لن يتم إلا بمواصلة تحسين مناخ الأعمال، ولاسيما من خلال المضي قدما في إصلاح القضاء والإدارة، ومحاربة الفساد، وتخليق الحياة العامة، التي نعتبرها مسؤولية المجتمع كله" (الخطاب الملكي 20 غشت 2014).

وتماشيا كذلك مع البرنامج الحكومي الذي تمثل في بلوغ الحكومة الرقمية هدف أساسيا يتجلى في "الرفع من تنافسية الاقتصاد الوطني ومواصلة تحسين مناخ الأعمال لتمكين المغرب من ولوج دائرة الاقتصادات الخمسين (50) الأوائل عالميا في مؤشر الأعمال Doing Business في أفق 2021" (البرنامج الحكومي 2016-2021).

فإن وزارة العدل كذلك فبالإضافة إلى دورها في تنزيل مقتضيات مضامين ميثاق إصلاح منظومة العدالة والجانب المهم المرتبط بتحديث الإدارة القضائية في أفق بلوغ المحكمة الرقمية سنة 2021 فإن الوزارة انخرطت في مجموعة من المؤشرات ومجموعة من المجهودات في سبل بلوغ هذا الهدف، وهو ما سنتعرض له تباعا على النحو التالي:

□ المحاور التي تبني عليها وزارة العدل بخصوص استراتيجية التحول الرقمي.

□ المؤشرات التي تهتم مجال تحديث الإدارة القضائية.

أولاً: المحاور المعتمدة بخصوص استراتيجية التحول الرقمي

إن التصور الشامل للوزارة في استراتيجية التحول الرقمي يبنى على أربعة محاور رئيسية هي كالتالي:

1. تبسيط الإجراءات والمساطر الداخلية وحوسبتها وتوفير البرمجيات اللازمة لتدبير العمل اليومي على مستوى المحاكم:

وهنا على سبيل المثال سأذكر بعض البرمجيات التي تشتغل على مستوى المحاكم فهناك برمجية CIVIL 2 @j S في نسخته الثانية الممركزة الذي يهتم ضبط وتدبير كافة الإجراءات على مستوى المادة المدنية، بعد ذلك هناك برنامج 2 @j S PENAL في نسخته غير الممركزة على مستوى المحاكم ونحن حاليا في ضوء تنزيل النسخة الثانية الممركزة على غرار النسخة المدنية، هذا البرنامج الذي يضم بدوره مجموعة من العمليات الوظيفية التي تم تطويرها وتحسينها بهدف شمول كافة الإجراءات.

ثم لدينا جانب آخر مهم نشتغل عليه الذي يهتم هذه الندوة وهي البرامج المرتبطة والخاصة بتدبير السجل التجاري خاصة على مستوى المحاكم، حيث أنه مع بداية سنة 2018 وكما أشار السيد الوزير في الصباح فقد تم تنزيل برمجية جديدة محينة لها امتيازات جديدة تمكن من مسك السجل التجاري المحلي على مستوى المحاكم، وهذه البرمجية تمكن من تدبير كل ما يتعلق سواء بالتسجيلات أو التشطيبات أو التعديلات التي يمكن إدخالها على مستوى السجلات التجارية وكذلك التمكن من استخراج كافة الشواهد المرتبطة بالسجل التجاري وبعد ذلك يأتي جانب آخر وهو المرتبط بتدبير صناديق المحاكم

وهو الورش الذي نحن بصدد تنزيله والذي حاليا بلغ أزيد من 67 محكمة من التنزيل والذي يهيم تدبير كافة العمليات المرتبطة بالصندوق سواء تدبير المداخل أو تدبير المصاريف أو حصر الوضعية المالية والوقوف عليها سواء مع نهاية اليوم أم على مستوى نهاية الشهر.

إذن هذا فيما يتعلق بالنسبة للمحور الأول المرتبط بحوسبة الإجراءات ثم نمر للمحور الثاني.

2. التبادل الإلكتروني للمعلومات والوثائق مع كافة شركاء العدالة: منصة المحامي للتبادل الإلكتروني.

هنا الوزارة انخرطت سواء عن طريق إنشاء منصات إلكترونية معدة لهذا الغرض حيث تعد منصة المحامي للتبادل الإلكتروني مثالا في هذا الشأن على أن يتم التطرق لها فيما بعد لأنها تمكن المغرب من كسب مجموعة من النقاط على مستوى مؤشر مناخ الأعمال، أو عبر المشاركة في منصات وطنية وخير مثال هو إنشاء المقابلة الوطنية عبر الخط التي يتدخل فيها مجموعة من المتدخلين في عملية إنشاء المقابلة ووزارة العدل تعتبر شريك أساسي بفعل أنها الجهة المسككة للسجل التجاري هنا يتم بطريقة أوتوماتيكية تبادل هذه الملفات انطلاقا من المنصة ويتم استغلالها على مستوى كتابة الضبط دون المساس بالاختصاصات الموكلة إليها، لنمر بعد ذلك للمحور الثالث.

3. توفير خدمات عبر الخط للمتقاضين وعموم المواطنين باعتماد تقنيات حديثة كالتوقيع الإلكتروني والأداء

الإلكتروني: خدمة مستخرج السجل العدلي، خدمة تتبع الملفات عبر الخط...

تعتبر هذه الخدمات تحصيل حاصل لمجموع المعطيات والتدابير التي يتم تدبيرها على مستوى المحورين الأول والثاني، ففي هذا الاتجاه قامت الوزارة بوضع منصة إلكترونية خاصة بالخدمات الإدارية عبر الخط تمكن من طلب مختلف شواهد السجل التجاري، وهذه الشواهد يمكن الحصول عليها انطلاقا من وضع الطلب بالمنصة الإلكترونية المخصصة لهذا الغرض والتوصل بها بعد ذلك عبر البريد الإلكتروني موقعة إلكترونيا ولها من القوة الثبوتية ما لها للإدلاء بهذه الوثائق للإدارات الأخرى، وكذلك مع الأداء الإلكتروني للرسم القضائي المرتبط بطلب هذه الشواهد، وبهذا فإن المسطرة يمكن تجسيدها لا ماديًا كاملة دون عناء التنقل إلى المحكمة.

كذلك هناك منصة إلكترونية خاصة بإيداع القوائم التركيبية وهذه المنصة مكنت في أول تجربة لهذه السنة على إيداع أزيد من 15600 إيداع قوائم تركيبية خاص بالشركات موزعة على المحاكم التجارية وبعض المحاكم الابتدائية التي تمسك السجل التجاري في أفق فتح خدماتها وتعميمها على باقي المحاكم في أفق السنة المقبلة إن شاء الله.

وهذه الخدمات كما أشرت توفر خدمة الأداء الإلكتروني عبر البطاقة البنكية، وكذلك الأداء المتعدد القنوات سواء عن طريق التطبيقات المحمولة التي توفرها الأبنك أو عن طريق الشبايك البنكية أو عن طريق وكالات القرب التي تمكن من إدخال الرقم المرجعي للطلب من أداء هذه الرسوم القضائية.

لنتنقل للمحور الرابع الذي تنبني عليه كل هذه المجهودات والذي يمكن أنه لا يظهر للعموم يتمثل في:

4. تعزيز البنية التحتية المعلوماتية لاستيعاب جل هذه المشاريع.

البنية التحتية هي التي ستمكن من استيعاب هذا الكم الهائل من المعطيات والبيانات التي يتم تداولها عبر مختلف البرمجيات من أجل حفظها وأرشفتها والعودة إليها كلما دعت الضرورة إلى ذلك، وكذلك هناك جانب آخر مرتبط بالأمن

المعلوماتي باعتبار أننا في جانب قطاع العدالة نقوم بتبادل المعطيات لها طابع سري وأخرى ذات طابع شخصي وحساس وفي هذا الصدد تنبغي الإشارة إلى أن جميع البرمجيات التي وضعها رهن إشارة سواء العاملين على متوى المحكمة من مواطنين أو مرتفقين فإنه يتم افتتاحها بشكل كامل بالتنسيق مع إدارة الدفاع الوطني للتأكد من خلوها وقابليتها لمجابهة كافة الاختراقات.

ثانيا: المؤشرات التي تهم مجال تحديث الإدارة القضائية.

إذن دور هذه المحاور الرئيسية والتحول الرقمي بالنسبة لمؤشرات مناخ الأعمال، فكما أشار السيد الوزير في مداخلته حيث نص على أن المغرب في التصنيف الأخير كان يحتل الرتبة 69 وبالاعتماد على التعديلات الأخيرة التي كانت على مدونة التجارة فإن المغرب ارتقى للرتبة 60 من بين 160 دولة من مؤشر مناخ الأعمال، وفيما يرتبط بموضوعنا على مستوى جهود تحديث الإدارة القضائية بطريقة إلكترونية هناك مؤشر خاص بتنفيذ العقود، وآخر يتعلق بإصلاح نظام الضمانات المنقولة وإحداث السجل الوطني للضمانات المنقولة.

1. المؤشر المتعلق بتنفيذ العقود.

يمكن المؤشر الخاص بتنفيذ العقود من:

- تحسين نجاعة المنظومة القضائية؛
- تقليص الآجال والتكاليف المرتبطة بحل النزاعات التجارية؛
- وكذا الرفع من جودة الإجراءات القضائية في الميدان التجاري.

وفي هذا الصدد المغرب يحتل حاليا الرتبة 68 في هذا المؤشر، وبتفعيل مجموعة من الآليات التي سنعرضها تباعا سيتمكن المغرب من الحصول على 6 نقاط:

▪ النقطة الأولى: الإيداع الإلكتروني للدعاوى والمقالات:

وهي العملية الوظيفية المتاحة للمنصة للتبادل الإلكتروني مع المحامي بحيث يمكن للمحامي انطلاقا من مكتبه إيداع المقالات مرفقة بالمذكرات ومختلق المرافقات بطريقة إلكترونية على مستوى المحكمة.

▪ النقطة الثانية: التبليغ الإلكتروني للمقالات للمدعي:

حيث يمكن لكل محامي منخرط في هذه المنصة التوصل بكافة التبليغات وكافة الإشعارات وأخر الإجراءات التي يتم تفعيلها على مستوى الملفات بطريقة إلكترونية عن طريق هذه المنصة حيث تظهر إشعارات عن كل تغيير أو إجراء جديد يظهر في هذا الملف.

▪ النقطة الثالثة: الأداء الإلكتروني للرسوم القضائية:

فمع تفعيل إمكانية الأداء الإلكتروني أصبح كذلك يمكن وضع المقال على مستوى المحكمة مع صفر تنقل، بمعنى وضع المقال في المنصة ثم توقيعه إلكترونيا ثم إرفاق كافة المرفقات وبعدها أداء الرسم القضائي.

▪ النقطة الرابعة: الاطلاع على الأحكام عن طريق النشر عبر الانترنت:

وهذه العملية تساهم في تعزيز الأمن القضائي وفي هذا الإطار فقد تم إحداث موقع إلكتروني <http://justice.gov.ma> والذي يمكن من نشر مجموعة من الاحكام في المادة التجارية ويضم حاليا أحكام خاصة بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء ومحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء وقرارات محكمة النقض في المادة التجارية، طبعاً بعد معالجة هذه الأحكام والقرارات وحجب المعلومات الشخصية والمعطيات ذات الطابع الشخصي التي تمكن من التعرف على الأطراف.

▪ النقطة الخامسة: التوزيع التلقائي والالي للملفات على القضاة المقررين:

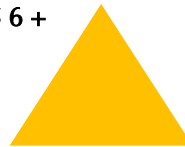
وهذه النقطة كانت من الميثاق الوطني لإصلاح منظومة العدالة وقد تم تفعيلها حالياً بالتنسيق مع بعض المسؤولين القضائيين على مستوى مجموعة من المحاكم منها المحكمة التجارية بالدار البيضاء محكمة الاستئناف والمحكمة الابتدائية الاجتماعية وكذلك على مستوى المحكمة الابتدائية بمراكش. وهذه الخدمة تمكن من الاعداد المسبق وتوزيع القضاة حسب أنواع القضايا التي يتتون فيها كما تمكن البرمجية من تعيين القضاة المقررين والمستشارين المقررين في هذه الملفات بطريقة تلقائية تضمن التوزيع العادل والمتساوي لهذه الملفات على مختلف القضاة.

▪ النقطة السادسة: إعداد تقارير دورية لتتبع نجاعة أداء المحاكم:

في هذا الصدد فإن الوزارة تقوم بنشر نشاط مختلف المحاكم على مستوى الموقع الرسمي وثم كذلك في هذا الصدد إنشاء برمجية مساعدة على اتخاذ القرار تعتمد على تقنية ذكاء الاعمال ووضعت رهن إشارة المسؤولين على مستوى المحاكم تمكن من استخراج مجموعة من الاحصائيات والاطلاع على مجموعة من المؤشرات التي تساعد في تتبع العمل اليومي للمحكمة.

إذن مع تفعيل مجموع هذه الإجراءات والمصادقة عليها فسوف يتمكن المغرب من الحصول على 6 نقاط على مستوى مؤشر تنفيذ العقود.

+ 6 نقط



2. المؤشر المتعلق بإصلاح نظام الضمانات المنقولة وإحداث السجل الوطني للضمانات المنقولة

المؤشر الثاني الذي يهتم مجال تحديث الإدارة القضائية هو مؤشر إصلاح نظام الضمانات المنقولة وإحداث السجل الوطني للضمانات المنقولة، يهدف هذا المؤشر إلى:

- تسهيل ولوج المقاولات الصغرى والمتوسطة للتمويل؛
- تقوية الإمكانيات المتاحة لها لتقديم الأصول المنقولة المادية وغير المادية كضمانات؛
- تسجيل وإشهار الضمانات المنقولة عبر الخط للوقت والجهد وتعزيز الشفافية؛
- توفير قاعدة بيانات ممرزة حول وضعية الضمانات المنقولة؛

والمغرب حاليا يحتل الرتبة 112 عالميا في ترتيب هذا المؤشر، و فقط للتذكير فإن تنزيل هذا المشروع أوكلته رئاسة الحكومة لوزارة العدل التي ستقوم بمسك هذا السجل الوطني للضمانات المنقولة.

خاتمة:

إذن وانطلاقا مما سبق فإنه بالنسبة لمؤشر " تنفيذ العقود" مع تفعيل الآليات المشار لها سابقا فالمغرب سيتمكن من كسب 6 نقط، لتمكنه من الارتقاء من الرتبة 68 للرتبة 27 عالميا على مستوى مؤشر تنفيذ العقود، أما بالنسبة لمؤشر " الضمانات المنقولة" فإن التقدم سيكون من الرتبة 112 إلى الرتبة 36 عالميا.

وهذين المؤشرين سيمكنان لا محالة من رفع الترتيب العام لمناخ الأعمال بالمغرب وذلك ببلوغ المرتبة 41 من خلال التقدم 19 نقطة ليكون بذلك قد حقق الهدف الأسمى للحكومة الرقمية وهو دخول تصنيف الاقتصاديات الخمسين الأوائل على مستوى العالم.

إذن يبقى فعلا هذا الظهور في هذه المراتب المتقدمة عامل إيجابي ومحفز بالنسبة لكافة المتدخلين في قطاع العدالة إلا أن الهدف الرئيسي منه هو الرقي والرفع من تنافسية الاقتصاد الوطني وعقد تجارب مقارنة والاستفادة من الممارسات الفضلى للبلدان الصادرة في هذا التقرير، وذلك بهدف:

- جلب الاستثمارات الأجنبية الجديدة؛
- خلق فرص شغل جديدة؛
- تعزيز التنمية الاقتصادية والاجتماعية؛

إذن يبقى الهدف الأسمى من جميع أورش الإصلاح هو تقديم خدمات إلكترونية لفائدة مرتفقي قطاع العدالة والمواطنين بصفة عامة، وتحقيق هذه الخدمات في آجال معقولة، كما أعتنم هذه الفرصة لأدعو كافة المنخرطين والفاعلين في قطاع العدالة إلى الانخراط الإيجابي والفعال في سبيل إنجاح هذا الورش الكبير الخاص بالتحول الرقمي لقطاع العدالة على مستوى المغرب والمضي قدما كذلك في تحسين مناخ الأعمال على مستوى بلادنا.

وشكرا لكم على تتبعكم.

كلمة السيد رئيس الجلسة: بعد انتهاء المحاضر تقدم السيد الرئيس بشكره على العرض الذي اعتبره مركزا تم من خلاله شرح وتبسيط المحاور التي يسير عليها الرفع من الخدمات القضائية.

كما شدد السيد الرئيس في هذا الإطار على ضرورة الاعتراف بأن كل المحاور من تبسيط وحوسبة والسجل التجاري ونظم المحكمة إلخ فعلا كلها جيدة وتصب مباشرة في مصالح المتقاضين والمتعاملين مع القضاء. كما اعتبر أن المحاور المتعلقة بتحسين البنيات التحتية والأمن المعلوماتي على الخصوص في هذا الشق ربما سيجعلنا أمام صعوبات هي غير مستحيلة التغلب عليها، فقط تتطلب يقظة معينة وضرورة التدخل في الوقت المحدد. كما أشار السيد الرئيس إلى مسألة "الشرح المعلوماتي"، حيث اعتبر أن عدد كبير من المقاولات والتجار العاملين بالمغرب ليسوا كلهم يتوفرون على إمكانيات لا الفكرية ولا المادية للاستفادة من هذا النوع من الرقمنة.

كما أضاف السيد الرئيس نقطة مهمة في هذا الإطار وهي المتعلقة "بالاختراقات البريئة"، حيث كان يمني النفس بطرح هذه المسألة في العرض من خلال إظهار الاحتياط الذي ستقوم به الإدارة القضائية فيما يتعلق بالتشاور أو الاستعلام من لدن الجهات الأمنية المختصة بخصوص محاربة الاختراقات غير المرغوب فيها، على اعتبار أن هناك اختراقات ممكنة ان تكون بريئة فيماد يتعلق بالمسائل التي تمت الإشارة إليها في العرض ولكنها فضولية، بحيث سوف يتم طلب شهادات أو معلومات من فاعلين اقتصاديين ليس لهم الحق في ذلك بدون أن تكون لهم نية في القيام بجريمة من الجرائم، لذلك كان ربما واجب كذلك الاهتمام بهذا الجانب.

ليختتم السيد الرئيس كلمته بالقول أن هذا النحول الرقمي يتطلب شيئا من الوقت وكذلك شيئا من الصبر.

المحور الثاني: دور المحاكم التجارية في حماية الاستثمار

رئيس الجلسة: الأستاذ "إبراهيم الأيسر"، مدير الشؤون المكثية بوزارة العدل سابقا

الكلمة الافتتاحية للسيد رئيس الجلسة: افتتح الأستاذ "إبراهيم الأيسر" الكلمة بالترحيب بالسيدات والسادة الحضور الكرام مع التمييز بين كل شخص من الضيوف باسمه وصفته، بعدها قام بترحيب خاص للسيد الوزير المحتفى به السيد عبدالواحد الراضي، حيث بسط تجربة العمل معه بحكم أن الأستاذ إبراهيم الأيسر قد شغل منصب مدير الشؤون المدنية بوزارة العدل في عهد السيد عبدالواحد الراضي، وقد اختتم كلمته بأن أخبره الحاضرين بأن شهادته في حق شخص عبدالواحد الراضي ستركها للاستماع إليها في اليوم الموالي، أي أثناء حفل تكريم السيد عبدالواحد الراضي.

بعد ذلك مهد رئيس الجلسة لكلمة المتدخل الأستاذ "عبد الرزاق العمراني" وأبرز عنوانها أهميتها في هذه الظرفية مستعينا بمقولة الأستاذ "عبد الواحد الراضي" عندما كان وزيرا للعدل والنيث مفادها "إن المحكمة هي وحدة الانتاج الرئيس وهي المحور الأساسي في اصلاح منظومة القضاء، سواء على مستوى توفير المناخ الملائم لظروف العمل أو على مستوى الموارد البشرية وكذلك الترسانة التشريعية. بالإضافة الى استقلال القضاء، واستقلال القضاء يتجلى في الاستقلال الشخصي للقاضي"، مشيرا إلى أنه كان مواكبا لإنشاء المحاكم التجارية رفقه عدد من القضاة لأول مرة بالمغرب سنة 1995، وقد شغل منصب أو لرئيس محكمة تجارية مما أهله ليكون مطلعاً على كافة الاشكالات التي أتيرت في ذلك العهد وختتم تمهيده بأن مرر الكلمة للسيد "عبدالرزاق العمراني" حتى يباشر مداخلته.

موضوع المداخلة: تجربة المحاكم التجارية في مجال حماية الاستثمار

المتدخل: الأستاذ "عبد الرزاق العمراني". الرئيس الأول بحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء

افتتح الأستاذ "عبد الرزاق العمراني" كلمته بشكر رئيس الجلسة وبالترحيب بالسادة الحضور الكرام كل باسمه وصفته والاحترام الواجب لشخصه، كما عبر فرحه وسروره بالتواجد في الندوة وحفل التكريم باعتباره متدخل مطالباً بإبراز دور المحاكم التجارية في حماية الاستثمار، مبرزاً النقاط التالية:

مقدمة عامة:

إن الحديث عن تجربة إحدات القضاء التجاري بالمغرب وما راكمه من تجربة ومكاسب، وكذلك ما تم توجيهه إليها من انتقادات بعد مرور عشرين سنة على انشائها، يرتبط بالضرورة بتطور المجال الاقتصادي والتجاري ببلادنا الذي يعرف تحولات مستمرة ومتسارعة وقد جاء انشاء القضاء التجاري ليستجيب دون شك لعدة حاجيات فرضها المناخ الاقتصادي العام الذي عرفه المغرب منذ بداية الثمانينيات، و أدى إلى الشروع في إصدار القوانين وتنقيحها الخاصة بمجال المال والأعمال والتجارة مما يليق بالمجال وتحسينه في هذا المقام، مع تكريس البعد القضائي للاهتمام المتزايد للبلاد بهذا المجال، وتوجيه اشارة قوية للفاعلين الاقتصاديين مفادها، أن الدولة تتكفل اساسا بإيجاد البنية المناسبة لتطبيق هذه القوانين تطبيقاً يكرسه قضاء متخصص ذو كفاءة وجودة للبرهنة على اهتمام البلاد بالتنمية الاقتصادية وتشجيع تدفق الاستثمار واشاعة الاطمئنان وضمان الاستقرار المالي، لكن الظروف والغايات التي أدت الى انشاء هذه المحاكم قد تغير الكثير منها بحكم التطورات المتسارعة كما أسلفت، التي يعرفها أولاً الاقتصاد العالمي وكذلك الاقتصاد المغربي، مما أدى الى تدخل المشرع بين الفينة والأخرى وعدة مرات لتعديل القوانين المطبقة أمام هذه المحاكم: مثلاً تعديل الاختصاص القيمي لهذه المحاكم سنة 2002 وتعديل مساطر الأمر بالأداء سنة 2014 تعديل الكتاب الخامس مؤخراً من مدونة التجارة في 23 أبريل 2018، وقد واكب تأسيس هذه المحاكم المتخصصة الكثير من النقاش منذ لحظة الانشاء الى لحظة الوصول الى محطة الحوار الوطني لإصلاح منظومة العدالة وانبثاق سلطة قضائية مستقلة. حول مدى فعالية هذه المحاكم في المساهمة في تحسين مناخ الأعمال وتشجيع الاستثمار، لكن التساؤل الذي يطرح هو:

ما هي علاقة الاستثمار بالقضاء؟

فالاستثمار هو توظيف واستخدام لرؤوس الأموال الثابتة والمتغيرة التي تملكها جهة معينة تسعى إلى خلق أو تنشيط مشاريع لإنتاج أو توفير السلع والخدمات وبطبيعة الحال لن أدخل في شرح المفهوم الواسع للاستثمار لكن رجال الاقتصاد متفقون على أن الهدف المباشر من الاستثمار في المجال الاقتصادي يكمن على الخصوص في الزيادة في رأس المال والربح بخلق مزيد من الثروة مع ما يدفع ذلك من اهداف أخرى ذات أهمية قصوى سواء على النسيج الاقتصادي نفسه أو على مجالات أخرى كتوسع نشاط الصادرات وجلب العملة الصعبة ونقل التكنولوجيا المتطورة وتشجيع وتطوير البحث العلمي، وعلى المجال الاجتماعي على مستوى توفير مناصب الشغل مما يحقق نهضة في سائر المجالات، ولهذا تهتم الدول بأعداد البيئة أو المناخ الملائم لتشجيع الاستثمار وجعله من الأولويات بشتى الوسائل وعلى رأسها الوسائل القانونية والإجرائية في إطار منافسة دولية محتدمة حتى يكون الاستثمار دعامة ورافعة للتنمية الاقتصادية انطلاقاً من إصدار القوانين التي تتضمن الاستثمار كالقانون الاطار بمثابة ميثاق الاستثمار تحت رقم 95-18 الصادر في 29 نونبر 1995 مروراً عبر إصدار مختلف

القوانين التي تنظم شتى مناحي الأعمال ومواصلة تحيينها ورفع جودتها وكذا الانخراط في الاتفاقيات الدولية، وعقد اتفاقيات ثنائية لصالح مستثمري الدول الأجنبية وتقديم الضمانات الكافية لحمايتهم والانخراط في المجموعات الاقتصادية وانشاء المؤسسات الوطنية والجهوية المتخصصة كاللجنة الوطنية لمناخ الأعمال والمراكز الجهوية للاستثمار وصولا الى العمل على تدعيم سلطة العدالة التي لا بد من وجودها ضمن هذه المنظومة كما سنى في مداخلات اليوم الموالي صباحا، وذلك لفض كل النزاعات المحتملة بروزها وحماية الاستثمارات من كل اعتداء يمكن أن يقع عليها والتصدي لكل تماطل في استخلاص الحقوق، حيث تتجه معظم الدول الى انشاء محاكم متخصصة والاهتمام بالجانب التشريعي والتنظيمي للوسائل البديلة والريعة لفضل هذا النوع النزاعات من تحكيم ووساطة ومصالحة تحت مراقبة القضاء، وعلاقة القضاء بتوفير المناخ السليم والمحفز للاستثمار لا ترتبط بالقضاء التجاري فحسب رغم قرب هذا القضاء الوثيق من هذا المجال " ومن هنا نرى أن عنوان الندوة كان في الحقيقة جد مناسب " بل يتعداه الى القضاء الاداري الذي يعالج قضايا المنازعات الضريبية والقضاء العقاري الذي يعالج مشاكل الوعاء العقاري والقضاء الجنائي الذي يرتبط بالنصوص الجنائية الخاصة بمختلف قوانين الأعمال وبالتالي فالتخصص في مختلف هذه المجالات لا يقل أهمية بل يفرض نفسه بجعل العدالة في مجملها دعامة ناجحة في جلب الاستثمار في اطار سيادة دولة القانون في ميدان الأعمال.

أولاً: مرجعية وأهداف إحداث المحاكم التجارية بالمغرب

1. من حيث المرجعية:

إن انشاء قضاء تجاري متخصص في المغرب يمكن أن نجد له مرجعا في الرسالة الملكية لجلالة الملك المغفور له الحسن الثاني، الى الوزير الأول بتاريخ 11 يونيو 1993 التي حث فيها الحكومة الى تشجيع الاستثمار عبر الاسراع بالمساطر القضائية والتجارية دعما لمناخ الثقة التي يتطلبها الاستثمار وجذب رؤوس الأموال الأجنبية ، وقد واكب هذا التوجه حينئذ التدابير التي اتخذتها الدولة من أجل تحديث مختلف الهياكل الاقتصادية المرتبطة بالمال والأعمال ومن بينها دخول المشرع في تطوير وعصرنة جل النصوص التشريعية المرتبطة بهذا المجال بجعل هذه القوانين أكثر ملائمة مع التزامات المملكة الدولية وانتظارات الدولة المتعاملة معها والانسجام مع معايير اقتصاد السوق وتحرير التجارة والانفتاح على الاستثمارات الأجنبية وقد طرح المهتمون آنذاك عدة تساؤلات فيما إذا كانت مقومات القضاء أو النظام القضائي المغربي حينذاك تعتبر في شمولها مؤهلة لتطبيق هذه القوانين الجديدة بنجاحة وفعالية واقتدار، تطبيقا يوفر المناخ الملائم لتشجيع الاستثمار حيث تبين من خلال هذه المناقشات ظهور الحاجة الملحة لإنشاء قضاء متخصص يتوفر على آليات اجرائية حديثة وقضاة وأطر مؤهلين، وبعد تنظيم دورات تكوينية تخصصية شاملة ومعقدة لمجموعة من القضاة توج ذلك بإحداث محاكم ابتدائية تجارية ومحاكم استئناف تجارية، وكذلك غرفة تجارية بمحكمة النقض للاطلاع بكل هذه المهام، وتم التخلي بذلك عن مبدأ وحدة الجهة القضائية تأثرا بمجموعة من التجارب الدولية.

2. من حيث الأهداف:

لقد تلخصت الأهداف في تحقيق عدالة سهلة الولوج غير تبسيط المساطر القضائية عالية الكفاءة والمردودية سريعة البت كما اقتضت ذلك طبيعة المعاملات التجارية ناجعة في مجال التنفيذ واستخلاص الديون المحكوم بها لفائدة المستثمرين، وحدد آنذاك عدد المحاكم في 6 محاكم ابتدائية تجارية، تم اضيفت فيما بعد محكمتان، بالضافة الى ثلاث

محاكم استئناف تجارية، " لن ادخل في هذه التفاصيل لأنها معلومة لدى الجميع " وقد اصطدم في البداية هذا العدد المحدود لهذه المحاكم بواقع اتساع رقعة الخريطة القضائية للمملكة، وعلى سبيل المقارنة فان عدد المحاكم التجارية بفرنسا بلغ من 98 الى 230 محكمة تجارية، وحاليا هذا العدد قد تم تخفيضه الى 134 محكمة حسب احصائيات سنة 2017 ويصل في بلجيكا الى التي قال السيد المدير صباحا أنها أصغر من المغرب بأربعين مرة، توجد بها تسع محاكم تجارية.

ثانيا: المميزات التي جاء بها قانون الإحداث

وفي باب الاختصار يمكن استعراض أهم هذه المميزات فيما يلي: إن تكوين هذه المحاكم مندمج في هيكل التنظيم القضائي، ولا يختلف كثيرا سواء ابتدائيا أو استئنافيا عن المحاكم الأخرى من نيابة ورئاسة وقضاة ومستشارين ونواب وكتابة الضبط والجميع ينتمي الى الجهاز القضائي أو الجهاز الاداري، وبخصوص ما اسند الى هذه المحاكم من اختصاصات وانطلاقا من الاختصاصات المحددة وفي عجلة فبمقتضى هذا القانون أي قانون إحداث المحاكم التجارية فإنها أي الاختصاصات التي حددها لها قانون الإحداث وكذلك كرسها فيما بعد الاجتهاد القضائي.

إذن تختص هذه المحاكم فقط بالنظر فيما نظمته مدونة التجارة الصادرة سنة 1997 بأجزائها الخمسة من أصول تجارية وأوراق تجارية وعقود تجارية مسماة كعقود الرهن المختلفة والائتمان التجاري والسمسرة والنقل والعقود البنكية ومساطر صعوبات المقاول، بل يمتد اختصاصها الى فروع اخرى من القوانين والاعمال كقضايا التجارة البحرية الداخلية والخارجية والنقل الجوي وقضايا الملكية الفكرية والصناعية والتجارية بما فيها قضايا المنافسة غير المشروعة وقضايا التأمين والشركات التجارية والأكرية التجارية وكلها مرتبطة بمجال الاستثمار.

وقد نص قانون الإحداث على امكانية لجوء الأطراف الى التحكيم والوساطة وهو تشجيع لهذا النص على اللجوء الى هذه الوسائل البديلة لفض المنازعات كما تنص على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 5 من قانون الإحداث، وكذلك النص على مساطر قضائية خاصة وأجال قصيرة من حيث الزمن كإحالة الملف على القاضي المقرر داخل 24 ساعة حسب المادة 14 من قانون الإحداث، احالة القضية على قاضي الجلسة من طرف القاضي المقرر داخل أجل لا يتعدى 3 أشهر حسب المادة 16 من قانون الإحداث، تحديد تاريخ النطق في الحكم عند وضع القضية في المداولة والنطق بالحكم محررا تحريرا كاملا حسب المادة 17 ، واستئناف الاحكام في أجل 15 يوما بدلا من 30 يوما حسب المادة 18 من قانون الإحداث، وتعيين قاضي مكلف بتنفيذ الأحكام وتتبع اجراءات التنفيذ حسب المادة 2 من قانون الإحداث ، تبليغ مأمور التنفيذ للإعذار داخل أجل 10 أيام ، وانجاز محضر بتنفيذها من عدمه داخل أجل 20 يوما من انتهاء أجل الإعذار حسب المادة 23 ، هذا بالإضافة الى أجل ومساطر اخرى قصيرة وردت في نصوص أخرى كمدونة التجارة كالأحكام المتعلقة ببيع الأصل التجاري ورهنه وأحكام الكتاب الخامس المتعلق بصعوبات المقاول، الذي تم تعديله مؤخرا ، تخويل رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمر المستعجلة في حدود اختصاص المحكمة وهذا تشديد أتى به هذا النص ولا نلتفت اليه كثيرا، أن يأمر بكل التدابير " أي رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات " وارجاع الحالة الى ما كانت عليه رغم وجود منازعة جديده المادة 21 من قانون احداث المحاكم التجارية، كذلك احداث غرفة تجارية بالمجلس الأعلى أنداك ومحكمة النقض حاليا تكريسا من المشرع بالمبدأ الخاص بالتخصص.

وتجدر الإشارة الى أن المجلس الأعلى أُنْداك كان رائداً وقبل صدور هذا القانون وقبل بداية العمل بمحاكم التجارية، كان سباقاً الى تحفيز الاستثمار من خلال اجتهاداته بخصوص تطبيق الاتفاقيات وسموها على القانون الداخلي مثلاً كاتفاقية نيويورك لسنة 1952 المتعلقة بالتحكيم الدولي، ولو تعارضت مع القانون الوطني ، خصوصاً القرار الشهير الصادر في 1999/8/3 .

1. تقييم أداء المحاكم التجارية:

أ- الحصيلة

رأي حول حصيلة المحاكم التجارية، إن التقييم الموضوعي في الحقيقة ليس بالأمر الهين لا سيما اذا كان من أهل الدار لكن مع ذلك يمكن القول باختصار إن هذه المحاكم قد ساهمت بدون شك خلال العشرين سنة الماضية في تقديم خدمة للتجارة والاستثمار لا يمكن الاستهانة بها ، وأرست قواعد للتعامل مع المتقاضين بعضها الى حد كبير يكفل السرعة والفعالية لولا بعض المعوقات التي تتطلب المعالجة والتي سوف نعرض لها في التالي.

ب- بعض المكتسبات

لقد حققت هذه المحاكم جملة من المكتسبات يمكن تلخيصها في تكريس العديد من المبادئ والاجتهادات القضائية، والتوجهات في المادة التجارية ، بنوع من التخصص والمهنية لا سيما في مساطر صعوبات المقاول ، تحت العين الساهرة والمتيقظة للفرصة التجارية بمحكمة النقض، ولقد تعززت بالتعديل الأخير للكتاب الخامس ففي هذا التعديل صدى العديد من هذه الاجتهادات القضائية ، كذلك البت في عدد لا يستهان به من القضايا بالسرعة المطلوبة، وتكوين أطر بشرية على قدر من الخبرة والتخصص من قضاة وموظفين ، تطور العمل بأقسام السجل التجاري بعد جاحدات المحاكم التجارية وأبرز المكاسب المحققة هي في البداية كانت في تسجيل جميع المعطيات المتعلقة بالتجار والشركات في قاعدة بيانات الكترونية.

والله وحده يعلم ما مدى الجهد الذي بدل من طرف المحاكم التجارية في هذا المجال، أولاً بتنقيح هذه الملفات تم تسجيلها، تسجيلاً وافياً بقاعدة البيانات ، هذه القاعدة التي يمكن الحديث طويلاً عنها ، والتي هي أصبحت من الأشياء الثمينة لدى المحاكم بحيث أن مجموعة من المؤسسات الأخرى تتمنى ولو كانت تتوفر لديها قاعدة بيانات مثل هذه القاعدة وقد سمعن في الصباح مدى التطور الذي تعرفه هذه المصالح أي مصالح السجل التجاري بالخصوص فيما سنعرض له فيما بعد وللإختصار يمكن اعتبار هذه المسألة أو هذا النظام أو الأنظمة الجديدة المعلوماتية قد تم تفصيلها بإسهاب في الصباح.

كذلك استعمال المعلومات المتدخلة فيه ، بطبيعة الحال فالمحاكم باعتبارها كانت الواجهة للقضاء فمنذ نشأتها ساعدت المعلومات على انجاز الكثير من الاجراءات الطبقة لتسهيل البت بسرعة وفعالية وهو ما كرس تجربة رائدة في ما يخص التعامل مع الاعلاميات وصل أخيراً الى ايداع القوائم التركيبية وسحب شواهد السجل التجاري، كما رأينا في الصباح عن بعد، كتقديم بعض الجموع عبر منصات الكترونية، في أفق تحقيق المحكمة الرقمية، وقد كانت محكمة الاستئناف التجارية بالدار لبيضاء سبقة الى نشر قراراتها منذ سنة 2009 موبوءة حسب موادها في موقعها الالكتروني، وكما سمعنا في الصباح، فقد تبعتها المحكمة التجارية ومحكمة النقض، مما ادى الى تعزيز الشفافية وتعميم المعلومة، وقد كان لهذا التسجيل والنشر دور في الترتيب الدولي في مجال الاعمال، وقد اصبح حالياً موقع الكتروني خاص به.

ت- بعض المعوقات

بعض المعوقات، أصبح من المعتاد عند الحديث على أبرز المعوقات، التي يتعوق ضور المحاكم التطرق إلى اشكالية التبليغ والتنفيذ التي تعاني منها هذه المحاكم، حيث يتعذر أحيانا التبليغ داخل دائرة نفس المحكمة التجارية أو المحكمة الابتدائية التجارية الساعة التوسع ، ذلك الشيء الذي لم يساعد على المعالجة المثالية لبعض القضايا التجارية بالسرعة المطلوبة للبت فيها.

وقد سمعنا في الصباح الأستاذ من أستاذنا الجليل الأستاذ محمد الادريسي العلمي المشيشي أراءه التي أضم صوتي إليها فيما يتعلق بأن الاصلاح يتعين أن يلتفت الى مجال التبليغ والتنفيذ، نفس الصعوبات يمكن أن نصف بها كذلك مباشرة قضايا التنفيذ داخل هذه الدوائر الشاسعة ، حيث أعتقد أنه يتعين التدخل تشريعا لإصلاح قانون المفوضين القضائيين لإيجاد الحلول الكفيلة بتنقل المفوض القضائي الذي يعين أصلا في دائرة المحكمة الابتدائية ليتنقل داخل الدائرة الشاسعة سواء للمحكمة التجارية أو لمحكمة الاستئناف التجارية، كذلك هناك مشاكل تتعلق بتعثر التبليغ بواسطة القيم، والبريد المضمون والتبليغ كذلك خارج الحدود، وفي انتظار صدور المسطرة المدنية الجديدة لإصلاح كل هذه المعوقات يمكن القول إن تحسين جودة مساطر التبليغ والتنفيذ وتبسيطها هو الكفيل باحداث قفزة نوعية حاسمة في تسريع البت في القضايا التجارية وغيرها بشكل جذري.

ث- بعض الانتقادات

إن ميثاق اصلاح العدالة الصادر سنة 2013 حدد في بنوده من 99 الى 102 الخطوط العريضة لهذه الافاق التي لا زالت تنتظر التحقيق على أرض الواقع وأبرزها ربط هذه المحاكم بالأقطاب التجارية والصناعية الكبرى وحدات أقسام تجارية متخصصة ببعض المحاكم الابتدائية احدات محاكم تجارية متخصصة بمحاكم الاستئناف للنظر في الاحكام الصادرة عن الاقسام التي ستلحق بالمحاكم الابتدائية.

وبقطع النظر عما سيتم تنفيذه أو لا من البنود المذكورة يمكن بلورة العديد من التصورات لتحسين أداء القضاء التجاري بما يخدم الاستثمار ويشع الطمأنينة لدى الفاعلين الاقتصاديين ومنها: ضرورة الحفاظ على مكاسب التخصص والمهنية، والتي كرسها المحاكم التجارية، حيث يعتبرها المستثمرون مؤشرا على الاهتمام بمناخ الاعمال وعاملا من عوامل تحسينه، الرفع من تكوين القضاة في المجال التجاري ضمن رؤية جديدة، تضمن الانطلاق الدقيق والمستمر على كل المجالات ذات البعد الاقتصادي والتجاري، والقيام بتبادل زيارات ميدانية بمختلف المؤسسات المتخصصة وتعزيز التكوين المستمر ، اعادة النظر في ادارة الدعوى القضائية و تدبير الزمن القضائي وهو ما تسير عليه حاليا الجهات المتدخلة في الميدان القضائي، تحديد المساطر وتبسيطها كمساطر التنفيذ والحجز لدى الغير وتوسيع دائرة النفاذ المعجل وزجر المتهربين من التنفيذ.

وهنا كذلك أضم صوتي لصوت الاستاذ "المشيشي العلمي" على أنه لم يعد ممكنا أن نترك الأشخاص الذين يحكم عليهم، ينفذون أو لا ينفذون حسب هواهم هذه الاحكام لا بد من ايجاد الية حقيقية للإجبار طبقا للقانون من اجل اجبار الاشخاص الذين يمتنعون بحكم أن المتضرر قد اضاع وقتا تميئا أمام المحاكم وفي الحال الذي تقوم فيه هذه المحاكم بكل ما يسعها وبكل هذه الجهودات فإنه في الاخير هذا الشخص المنفذ عليه يقوم بإفشال جميع هذه الجهودات لكي يتهرب من التنفيذ.

ادن يتعين ايجاد صيغة حقيقية لإجبار الاشخاص المنفذ عليهم وكما قال السيد المدير في الصباح هي معاناة يعاني منها كل السادة رؤساء المحاكم لا سيما المحاكم الابتدائية أو التجارية والادارية باعتبار ان في الاخير أن الباكورة أو التمرة يريد أن يقطفها المتضرر من اعتداء ما لا تجد طريقا للنفاذ، بالإضافة الى تأهيل الموارد البشرية والرفع من المردودية ولا سيما فيما يتعلق بالأطر التقنية العاملة بالسجل التجاري وقد نقل الينا صباحا السيد المدير المحترم التجربة التي توجد ببلجيكا فيما يتعلق بالمرصد الذي يتعين أن يكون الى جانب رئيس المحكمة التجارية من أجل رصد المؤشرات التي تجعل من مقولة أو من تاجر يعرف صعوبات أولية أو ارهاصات أولية تنذر بإفلاسه.

فهذا المرصد لأي يمكن لرئيس المحكمة وحده أن يباشر ما يمكن أن ينتظر منه في هذا الاطار بل لا بد من وجود اطر ذات تكوين عالي في المجال الاقتصادي والمجال المالي لدراسة القوائم التركيبية سنة بسنة وبطبيعة الحال دق ناقوس الخطر بالنسبة لكل شركة بدأت بواذر الافلاس والعجز تصيبتها لكي تتحرك المساطر التي تكفل لها المعالجة، كذلك لا بد من القول بأنه يتعين كذلك تحسين جودة التشريع بما لا يدع مجالاً لتأويل الاختلاف وتدخل المشرع بالسرعة المطلوبة لصب الاجتهادات المهمة في قوالب تشريعية قارة، وضبط الاجتهاد القضائي فيما بين المحاكم بالحرص ما أمكن على اصدار أحكام متطابقة على جميع الأصدقاء والمراحل من أمكن ذلك على مختلف درجات التقاضي مما يحقق التوقعية والاطمئنان لدى المستثمر وكذلك اعادة النظر في منظومة الخبراء لأنه في مسألة الخبراء.

هناك نقط جد هامة بالنسبة للقاضي التجاري، فهذا القاضي يقضي في قضايا ذات تقنيات أحيانا مغرقة في الصعوبة ولا سيما مثلا التقنيات البنكية تم قد تكون هناك وتائق كثيرة جدا لا يمكن وليس للقاضي نهائيا زمان أو حتى مكان لكي يقوم بدراستها، فلا بد من وجود خبير متمرس في هذا الباب وهذا ما نفتقده حاليا فأحيانا يأتي عندي السادة المستشارون ويطلبون مني بعد الخبرة الأولى والخبرة الثانية والخبرة الثالثة، يطلبون مني أن احدد لهم ما العمل في حالة تضارب الخبرات، تم أضيف أنه خلال هذه الخبرات الثلاث فالمحكمة تقول هناك بأن الخبرة الثالثة هي التي سوف ترجح فيما بين الخبرتين الأولى، فنجد مثلا أن الخبير الأول حدد مبلغ 0 درهم والخبير الثاني حدد 3 ملايين، والخبير الثالث حدد 70 مليار وهذه حقائق موجودة، تجعلنا نتساءل هل علم المحاسبة هو علم مضبوط أو لهل هو علم تقديري؟ فهذه صعوبة كبيرة يواجهها القضاة، وهم في محنة من هذا الاطار ولهذا يتعين اعادة النظر من جديد في مسألة الخبراء تم أضيف كذلك انخراط السادة المحامين كذلك في التخصص في قوانين الاعمال وفي كذلك التكوين المستمر.

وشكرا لكم على تتبعكم.

كلمة السيد رئيس الجلسة: وقد قدم في هذا التعقيب بجرّد كافة النقط الأساسية التي تطرق اليها السيد "عبدالرزاق العمراني" والاشكالات الأساسية التي اتارتها مداخله مزكيا بعض النقط وامتدخلا في نقط أخرى برأيه الخاص، وقد تمن مجهودات المحاكم التجارية في خلق عدالة سريعة وحقيقة وناجحة و محاولتها في خفض الاشكالات عن طريق المبادرة الفردية لها بدون انتظار التدخل التشريعية.

وفد اشر كذلك الى اشكالات التنفيذ مبرزا أن المحاكم التجارية عند انشائها تضمنت مستجد قاضي التنفيذ الذي عاب على اختصاصه أنه ليس قضائيا بقدر ما هو اداري فقط، كذلك اثار ضرورة اصلاح الانابات القضائية، وانعدام اماكن المحجوزات، اشكالات البيع بالمزاد العلني، وكذلك تعقد مجال الاستعانة بالقوة العمومية اثناء التنفيذ.

مختتما تعقيبه بتثمين مداخلة الاستاذ "عبد الرزاق العمراني" لما تضمنته من معلومات ومستجدات، وشاكر المستمعين الكرام على حسن انصاتهم وتبعمهم، وفتح باب التدخلات والتعقيبات عن طريق فتح لائحة لذلك.

المحور الثالث: انتظارات الفاعلين الاقتصاديين من العدالة التجارية

رئيس الجلسة: الأستاذ "عبد الصوّبندحمان"، نائب رئيس اللجنة القانونية للأعمال لمقاولاتي المغرب

كلمة السيد رئيس الجلسة: افتتح رئيس الجلسة الأستاذ "عبدالحق بندحمان" الكلمة بالتحية للأستاذ عبدالواحد الراضي الشخص المحتفى به وكذلك بتحية كل المسؤولين القضائيين المتواجدين بالجلسة وقد عبر عن شكره وامتنانه للوزارة العدل والساهرين على تنظيم هذه الندوة ودعوة الاتحاد العام لمقاولات المغرب لهذا الحفل.

وقد مهد للموضوع بتبيان أهمية تدخل الفاعلين في تجويد مناخ الاعمال ودور هذا الأخير لجلب الاستثمارات الى بلادنا سواء الداخلية أو الخارجية وكذلك تحفيز الشراكات بين المستثمرين الداخليين والخارجيين، بالإضافة الى تبيان دور العدالة في تشجيع الاستثمار.

بالإضافة الى تدعيم فعالية المقاول ونجاعة قضاء الاعمال هو في صلب المقاول المغربية وكيفية رؤيتها لتجليات اصلاح في الاقتصاد المغربي وكيف ترى كذلك الوقع الايجابي لنجاعة قضاء الاعمال في سيرها وكذلك انتظاراتها الاساسية ومقترحاتها من اجل سد النقائص وضمان فعالية قضاء الاعمال في الاقتصاد الوطني.

بعد ذلك مهد الأجواء للمداخلة الأولى مبينا محاورها الكبرى التي سيتولى تسليط الضوء عليها المتدخل الأول.

موضوع المداخلة الأولى: نجاعة قضاء الأعمال من منظور المقاول

المتدخل: الأستاذ "الزبير الصيبي". عضو اللجنة القانونية للأعمال لمقاولاتي المغرب.

بعد تقديم شهادة موجزة في شخص الاستاذ "عبد الواحد الراضي"، وبعد شكر كل الفاعلين الساهرين على تنظيم هذه الندوة بشار في البسط لمداخلته، بسؤال كالتالي:

كيف يمكن للقضاء أن يكون رافعة اقتصادية داعمة للمقاول المواطنة ومحفزة على الاستثمار؟

مقدمة عامة:

لا يمكن لاحد اليوم أن يشك في المجهودات التي تبذلها الدولة من أجل النهوض بكل القطاعات وعلى رأسها القطاع الاقتصادي الذي يعتبر عصب الحياة، كما أنها تبادر الى تدليل الصعاب في كل ما يرقى بهذا القطاع من النصوص التنظيمية والمنظومة القضائية، وتركيز دعائم الدولة الحديثة في مفهومها الواسع الواعد، وذلك من أجل مواكبة تنافسية الاقتصاديات الدولة وتشجيع الاستثمار وخلق دينامية انتاجية وهذه الجهود بطبيعة الحال تأتي اما في شكل سياسة عامة للدولة، او في

شكل استراتيجية وزارة مشرفة على تسيير قطاع معين أو في شكل مبادرات من منظمات غير حكومية تناضل من أجل النهوض بالقطاع التابع لها وعلى رأسها الاتحاد العام لمقاولات المغرب، مما يعني أن الجهود تتضافر بلين كل الفعاليات للوصول الى هدف واحد الا وهو النهوض بقطاع أو قطاعات معينة في سبيل التنمية المستدامة، تعود بالخير والمنفعة على الوطن.

وعلى المستوى القضائي صرح السيد الرئيس الاول لمحكمة النقض خلال افتتاح السنة القضائية 2016، على أن العمر الافتراضي للملف بمحكمة النقض لن يتعدى ستة أشهر على أبعد حد، وفي هذا اشارة قوية على أن باقي محاكم المملكة سوف تأخذ بهذا التوجه، وتعمل على التسريع بالبت في الملفات، في مدد اقل وبوتيرة معقولة بعيدا عن التسرع وحفاظا على حقوق جميع الاطراف، مع الأخذ بعين الاعتبار التطبيق السليم للقانون للبلوغ الى الغاية الاسمى والتي هي تحقيق المحاكمة العادلة، تشجع باللجوء الى القضاء لحل النزاعات وعلى رأسها النزاعات التجارية.

النقطة 1: على المستوى التشريعي والاداري

ومن حيث المجال التشريعي والاداري فيكفي تتبع حجم مشاريع القوانين التي اعدتها او تقدمت بها وزارة العدل امام البرلمان، او الامانة العامة للحكومة والميثاق الوطني والميثاق الوطني لإصلاح منظومة العدالة ورقمته المحاكم وتنظيم الابواب المفتوحة للتواصل مع المواطنين وغيرها من الانجازات الحقيقية التي لا يمكن أن نقول عنها الا انها تنزيل للخطابات الملكية السامية ولإرادة حقيقية من اجل عدالة حديثة.

النقطة 2: تنزيل ديمقراطية تشاركية

□ فتنزيل الديمقراطية التشاركية وتماشيا مع مبادئ دستور سنة 2011 نجدها تحت على تعاون قطاعات في اطار ديمقراطية تشاركية يشجع كل فرد أو مؤسسة على العمل داخل نسق دائري يشمل مكونات المجتمع شعاره سمو القانون وتقوية الحق في المعلومة وحماية الحقوق والمصالح، ضمان الحق في الملكية واحداث مجالس لتفعيل هذه المبادئ والسهر على تنزيلها على أرض الواقع.

□ واعطاء ادوار مهمة لمنظمات حكومية في اعطائها رأيها من التشريعات القانونية والقضائية منها على وجه الخصوص، بمشاركة فعالة وليس على سبيل الاستئناس وليس على سبيل المشاركة في صناعة التشريع والتوصيات الحكومية، فكفانا من الانتظارات من اجل صدور القوانين ودخولها حيز التنفيذ والانتظار الى سنوات الى غاية صدور المراسم التنظيمية لهذه القوانين، تم نخرج مشروع قانون يغير نهج النص أو يبذل نهج المشرع في ذلك القانون.

النقطة 3: انتظارات الاتحاد العام لمقاولات المغرب

□ يستفاد مما بق أن المغرب قد اختار الطريق الصحيح وقطع اشواط، في سبيل النمو الاقتصادي، ولا ادل على ذلك ما ذكر انفا من مجهودات في سبيل مساهمة السلطات في هذا الورش الكبير ولكن ان طموحنا لا يمكن أن يقف عند هذا المستوى المعين ما دام الطموح مرتبط بالأمل ونبض الحياة، فان الاتحاد العام ان كان من جهة

يتمن هذه المبادرات الى انه من جهة اخرى لا زالت لديه عدة انتظارات، يرى فيها مفتاح الاشكالات القانونية، والمشاكل اليومية التي تتخبط فيها القطاعات الاقتصادية، مما يبطئ من وتيرة تقدمها وقوة تنافسها.

□ فانتظارات الاتحاد العام لمقاولات المغرب، يمكن تخليصا في:

- تأمين وضمن حرية المقاول وحرية المشاريع؛
- خلق جو الاستثمار ووضوح الرؤية بالنسبة للمستثمر؛
- الاسهام في ضمان التنافسية الواعدة والمستدامة؛
- الاسهام في خلق فرص الشغل والاستثمار؛
- خلق القيمة المضافة المحلية؛
- مواكبة التطورات والتغيرات الخارجية الاقتصادية تفاديا لكل تراجع؛
- الاستخدام الفعال والتاجع للتكنولوجيا الحديثة؛
- جعل العدالة رافعة اقتصادية ومحفز على الاستثمار وذلك بإصلاح منظومة العدالة بكل مكوناتها وفعاليتها؛
- تحديث القوانين والخريطة القضائية بما يتماشى والمصلحة الاقتصادية

النقطة 4: تأمين وضمن حرية المقاول وإحداث المشاريع

ففي اطار تأمين ضمان حرية المقاول وإحداث المشاريع، وذلك من خلال التعامل الكامل مع المقاول على اساس انها شخص كامل اعتباري مستقل كامل الاستقلال، وليس كشخص ذاتي اي عدم تجسيد المقاول في شخص صاحبها، وللأسف نلاحظ ان هذه القوانين الحالية لا تتبنى هذا النهج سواء فيما هو جاري به العمل في المحاكم ، أو حتى في النظرة المستقبلية وخير مثال على ذلك في مشروع القانون الجنائي الفصل 1-36 بشأن العقوبات الاضافية ينص على منع الشخص الاعتباري من الحصول على صيغ الشيكات أو سحبها أي ان الشركة تتحمل

وزر افعال ممثلها القانوني الذي أصدر شيكات بدون رصيد فتمنع هي على الدوام من التعامل بالشيك.

وفي هذا الصدد ام ان الاوان لفتح اوراش العمل مع جميع الفعاليات الحقوقية والاقتصادية وعموما فكل ما يدور في فلك الجسم القضائي والقانوني والمقاولاتي لإيجاد حل موضوعي لهذه الافة اي افة اصدار شيك بدون رصيد، وهنا الكل يعلم ان غالبية المتعاملين بالشيك بدون رصيد يصدرونه على سبيل الضمان وهنا اصبح علاج افة بأخرى والعدول على ارتكاب جنحة بأخرى ، ومن هذا المنبر اود سادتي ان اعرض عليكم مشكل اخر، من المشاكل اليومية التي تعيشها المقاول المغربي، حول موضوع مصادرة وسائل النقل في مخالفات نقل البضائع والاشياء المنوعة بمقتضى القانون، ذلك وان النيابة العامة وبعد حجز تلك الناقل يظل هذا الحجز ساريا الى غاية مدة غير محددة، بالرغم من كون الشركة صاحبة الناقه غير معنية بالمخالفة، ولا تتحمل اية مسؤولية جنائية أو مدنية مما يخلق ضررا يحل بها تجاه دمتها المالية ومردوديتها ونشاطها تجاه زبائنها وهكذا تظل الناقلات المحجوزة عرضة للتهالك والتفكك في انتظار صدور حكم في الموضوع قد تطول مدته لتتحول بعدها الى اشلء او خردة دون اي قيمة مالية تذكر، وتدفع الشركة ملايين الدراهم للمحجز عن مدة الحجز، ولوضع حد لهذه المأساة يحق للمقاول المتضررة أن تدخل لوضع تعديلات على القانون المطبق، وذلك بالتنصيص على اعطاء صلاحية

للجهة القضائية المعروضة عليها النزاع للبت في طلب ارجاع الناقله المحجوز داخل اجل معقول ودون انتظار البت في المتابعة وعلى الخصوص لما يبدو من ظاهر البت أن المقاوله الناقله ليس لها أي يد في المخالفة المرتكبة وانها احترمت كل الضوابط المعموله بها في قانون النقل والجمارك، وهنا يتوجب الاشارة الى مبدأ حسن النية المنصوص عليه في مدونة الجمارك، وحتى في روح القانون الجنائي، ولكن لا يتم تطبيقه وخير مثال على ذلك المادة 229 من مدونة الجمارك وما يليها.

النقطة 5: خلق جو من الاستقرار والوضوح للمستثمرين

فيما خلق جو الاستقرار ووضوح الرؤية للمستثمرين أي وجود استقرار في الاجتهاد القضائي واستقرار في المساطر القضائية وكذلك تشجيع الوساطة والتحكيم الاتفاقيين خلق التقه بين المقاوله ومؤسسات الدولة من خلال تسريع البت في الدعاوى واعادة جدولة الديون ووضع مخططات على مدى العشرية أو العشرينية توضح وضوح الرؤية بين سياستها واستراتيجيتها التنموية.

النقطة 6: الاسهام في ضمان التنافسية الواعدة والمستدامة

خلق جو المنافسة الاستثمارية من خلال التعامل مع المشاريع والمبادرات الداخلية بنفس الطريقة أو بطريقة أفضل من التعامل مع المشاريع أو الاستثمارات الخارجية، تشجيع المقاوله المغربية الوطنية ومراقبة تحويل رساميل الاجانب وحماية الملكية والعلامة التجارية، وكما الحال في قانون الاقتصاد المصغر الأمريكي الصادر عن الكونجرس الأمريكي وهو قانون يهدف الى حماية المقاولات الصغرى والمتوسطة والذي يمنحها امتيازات في مجال الصفقات العمومية والتي من بينها استفادة هذه المقاولات من الصفقات العمومية التي تتراوح قيمتها بين 2500 الى 100000 دولار امريكي، او الجمع بين مقاولتين او اكثر للضفر بصفقة عمومية ،

بالإضافة الى تمكينها من الحصول على عقود المقاوله من الباطن، فالاقتصاد الامريكي يستهلك اربعين في المئة من منتوجاتها، وقد يقول قائل ما شأن منظومة العدالة المغربية بقانون انشاء الكونجرس الامريكي، فهذا القانون قد اصبح قدوة للمقاولات الصاعدة بان القضاء الامريكي التجاري قد استجاب للمقاولات الصغيرة والمتوسطة والصغيرة جدا مند نهاية الحرب العالمية الثانية، ذلك أن المقاولات المذكورة قد حاصرت المقاولات الكبيرة والاجنبية بوابل من المساطر القاضية مما دفع المشرع الامريكي الى اصدار هذا القانون تماشيا مع هذا المستجد، لإنهاء احتكار المقاولات الكبرى لجميع الصفقات.

ولنا في هذا خير مثال على تشجيع المقاوله الصغيرة والمتوسطة والصغيرة جدا بالإضافة للمقاوله الشبايية عن طريق تدعيم هذه الفئة الشابة والفتية.

النقطة 7: الاسهام في خلق فرص شغل للاستثمار

الاسهام في خلق فرص شغل للاستثمار، فعلا هذا أمر قد يظهر لنا أن هذا الموضوع لا دخل للقضاء فيه، لكن اذا ما شرعنا مدونة مشجعة على الاستثمار وجعلنا القضاء شريكا في هذا الامر لاستطاع هذا الاخير خلق فرص شغل بطريقة مباشرة او غير مباشرة، فعامل يتماطل في عمله ومدوب عمال يضر بالشركة بإضراب مفتعل لا يساهم هذا الحال رب الشركة على توظيف وتوسيع قاعد الأعمال لكنه بتطبيق ما سبق قد يعمد كل واحد الى القيام بما عليه امتثالا للقانون والعكس صحيح.

النقطة 8: الاسهام في خلق القيمة المضافة المحلية

الاسهام في خلق القيمة المضافة المحلية من خلال اعتماد اللاتمرکز الاداري، بما في ذلك السلطة القضائية تفاديا لتركز جل الاستثمارات بالمناطق الكبرى وتهميش المناطق البعيدة، وكذلك لتقريب مرفق القضاء من المواطنين في كل انحاء المغرب بدون اي تمييز، فبالرجوع لمشروع الميثاق الوطني للاتمرکز الاداري والجهوية المتقدمة والمعروض حاليا على البرلمان، سنجد انه لا يشير باي حال للخريطة القضائية للمملكة، لتكون مواتية ومنسجمة مع هذا التقسيم الجديد.

كما تعيش بعض المناطق في باب التشريع حيفا فيما يتعلق باحداث محاكم متخصصة، مما يؤثر سلبا على نمو اقتصادها، كما أن عدم استقرار النص القانوني وتغييره في مدد قليلة لا يساهم في الاستقرار والامن القانوني والقضائي، فمثلا نجد التنظيم القضائي الجديد يروم تقسيما جديدا للغرف بالمحاكم الابتدائية فخوف الاتحاد العام لمقاولات المغرب من التراجع على الاختصاص علما أن المحاكم التجارية قد اثبتت نجاعتها وكرست لنا اجتهادا قضائيا يلجأ له المواطن العادي قبل الخوض في اي نزاع قضائي.

النقطة 9: مواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية تفاديا لكل تراجع

ومواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية تفاديا لكل تراجع، يتطلق هذا الامر الايمان الراسخ والمتجرد بمبدأ التخصص والمهنية أي الرجل المناسب في المكان المناسب، فلا يعقل أن قاضيا يصول ويجول بين مختلف التفرعات القانونية وكذلك بين القضاء الجالس والواقع وتتنظر منه ان يعطي اجتهادا قضائيا مستقرا وفعالا، وعلى سبيل المثال ومن باب التعاون القضائي بين المغرب والجمهورية الفرنسية، قد انتقل وفد مغربي لتلقي تكوين في مجال قضايا الصحافة بفرنسا، في اطار زيارة للمحكمة الاستئنافية بباريس صرحت لهم احدى وكيلات الملك بكونها متخصصة ل 15 سنة في جنحة التشهير، وان كانت هذه الجنحة لا تشكل الا جزءا من قضايا الصحافة التي تتجاوز 50 جنحة، مما يستفاد منه أن تهيئة قضاة متخصصين في مادة معينة يتطلب تكوينهم في الغرف والاقسام التي تنظر هذه المادة لصقل مكوناتهم ومكتسباتهم فيها لنحصل على عمل قضائي في منتهى الفنية والحكمة والعدالة.

النقطة 10: مواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية تفاديا لكل تراجع

فيما يخص الاستغلال الفعال والقوي للتكنولوجيا الحديثة، فهذا موضوع يستلزم ندوة خاصة به نظرا لتأخر بلادنا ومنظومتنا القضائية في التعاطي مع هذه التقنيات فلا زلنا نتعامل مع اشكالية التوقيع الالكتروني وتنفيذ العقود وتبليغ الاستدعاءات، والرسائل الالكترونية والجلسات عبر تقنية الفيديو المباشر، وحتى اذا كانت الوزارة تعمل جاهزة على تعميم الرقمة فان العنصر البشري لا زال لا يجيد هذه التقنيات، حيث لازلنا نتوصل بأحكام بخط يد بالكاد يكون مقروءا، ونقدم هذه الاحكام كحجج أحيانا اما المنتظم الدولي.

النقطة 11: جعل العدالة رافعة أساسية ومحفزة على الاستثمار

جعل العدالة رافعة أساسية ومحفزة على الاستثمار فلا زلنا نرى مثلا ان النيابة العامة امام المحاكم الابتدائية لا زال دورها زجري فقط، ومصلحة السجل التجاري لا زالت محيئة وانها تتلقى تصريحات التجار بدون التحقق من صحتها وكذلك تقرير الميزانية السنوية قد لا تجده بالنسبة لجميع الشركات، ومؤسسة المفوض القضائي لا زالت غير قادرة على التحقق من هوية مستلم الاجراءات أو انه معني به.

خاتمة:

فيما يخص اصلاح منظومة العدالة بكل مكوناتها وفعاليتها، فلا زلات توصيات اصلاح منظومة العدالة التي قدمت بين يدي جلالة الملك لم تنزل بعد امام ارض الواقع، مع ان اصلاح العدالة لا ينحصر في اصلاح القاضي فقط فما هو الا جزء من منظومتها ويجب اصلاح كل الدوائر المتداخلة معه، مع الحرص على تجنب التراء على حساب الغير وجمع التعويضات وعدم اللجوء للقضاء لربح الوقت، واخاطب هنا ضمير كل متقاضي لأن اصلاح القضاء هو مرهون بالجميع ويجب على كل الاشخاص الانطلاق من نفسه أولاً، فمثلا احدى محاكم المدن السويسرية فتحت ابوابها استثناء للبت في قسمة تركة اختلف فيها، وما اصدرت حكمها ووزعت التركة على الورثة حتى عادت لإغلاق ابوابها لانعدام اي قضية راجعة بها وهذا لا يعني ان القانون السويسري هو متكامل بل لانهم علموا حقوقهم فصانوها وعلموا واجباتهم فطبقوها.

وشكرا

كلمة السيد رئيس الجلسة: بعد انتهاء المتدخل لكلمته عقب السيد رئيس الجلسة عليها مباشرة مستعرضا خطوطها العريضة والافكار الاساسية الواردة فيها شاكرًا السيد المتدخل على اغناؤه ادهان الحاضرين بمعلوماته القيمة للغاية. وكذلك مهد للمداخلة الثانية وعارضها الذي باشرها في القاؤها تلقائيا بعد ان تلقى ذلك من رئيس الجلسة.

موضوع المداخلة الثانية:**تجويد قانون الأعمال وأثره الإيجابي على المقاوله وتحسين صورة المغرب في التقارير الدولية.**

المتدخل: الأستاذ "حاتم الصقلي". مكلف بمهمة برئاسة الحكومة/ اللجنة الوطنية لمناخ الأعمال.

مقدمة عامة:

بدأ المداخلة بتقديم الشكر والتقدير لكل الساهرين في هذا الحفل العلمي البهيج وكذلك الادلاء ببعض الشهادات البسيطة في حق الشخص المحتفى به السيد "عبد الواحد الراضي" وذكر ما تقلده من مناصب في وزارة العدل والبرلمان. سأحاول قدر المستطاع ان ابين دور اللجنة التي انتمي اليها وهي اللجنة الوطنية لمناخ الاعمال، ودور ووزارة العدل في تطوير هذا المجال ببلادنا بجعله اكثر ملاءمة مع المعايير الدولية وحماية المستثمر، وسأطرق لتلات نقط بالأساس وهي على الشكل التالي:

النقطة 1: تذكير بالسياق العام وعمل اللجنة الوطنية لمناخ الأعمال

فالكثير ربما لم يسمع باللجنة وهذه فرصة للتعرف عليها، فكما تعلمون فان اللجنة هي ثمرة شراكة بين القطاع العام والخاص تمت مأسسته بموجب مرسوم للسيد الوزير الأول والغاية من ذلك هو مواكبة العديد من التحديات التي تواجه سياسة الانفتاح التي واجهها المغرب، لغاية تطوير وتجويد عمل الاصلاحات التي تباشرها الحكومة فكان من الازم وضع اطار كأرضية للحوار بين القطاعين العام والخاص وخدمة هذا الحوار، تضم في عضويتها مختلف المتدخلين من هيأت وزارية وقطاعات نقابية وغرف مهنية وابناك ومؤسسات الرقابة ومجموعة من المهنيين الذي يشاركونا العمل كالموثقين والمحاسبين،

وعملها يتجلى ضمن الاوراش الاقتصادية الهادفة لتحقيق نمو شامل وتعمل في اطار التوجيهات الكبرى التي يقدمها صاحب الجلالة الملك محمد السادس في خطبه السامية وعلى سبيل المثال خطاب 20 غشت 2014 الذي حث على مواصلة اصلاح قطاع الاعمال وجعله الية لولوج المغرب نادي الدول الصاعدة، واعادة النظر في نموذجنا التنموي الحالي الذي هو موضوع نقاش وعمل إقليمي.

كذلك عمل الندوة هو يندرج في اطار برنامج العمل الحكومي، الذي يحث على تقوية الاقتصاد والرفع من النمو اكثر مما هو مسطر اليوم، وتم التنصيص في برنامج العمل الحكومي على ضرورة ولوج المغرب ل 50 اقتصادا الاولى في العالم وهو غاية نسعى لتحقيقها الان، وكما تعلمون فبلادنا تتوفر على العديد من المؤهلات الاقتصادية التي تؤهلها لتكون قطبا اقتصاديا هاما في عرنا وقد تم سن مجموعة من الاصلاحات التي تم تراكمها التي تصب لتقوية الاندماج في المجال الاقتصادي، وهذا اختيار المغرب للاندماج في العديد من التكتلات الاقتصادية والعمل على استقرار التوازنات الاقتصادية وتعزيز وضع السياسات القطاعية فالمغرب اليوم يتوفر على العديد من السياسات القطاعية الواضحة المعالم والتي بلغت مراحل متقدمة من التنزيل، كذلك البنية التحتية التي اضحت رافعة اقتصادية مهمة وداعمة للإقلاع الاقتصادي الحالي ببلادنا، وتحسين مستمر لمناخ الاعمال ببلادنا وتحسين صورة المغرب في الساحة الدولية من الناحية الاقتصادية.

النقطة 2: أهم الإصلاحات المتخذة لتحسين مناخ الأعمال

فوجب التذكير اولا بأن عمل اللجنة يتركز بالأساس على تحديث الاطار القانوني والتنظيمي لمناخ الاعمال بكل قوانينه ومراسيمه، وكذلك تبسيط ورقمة المساطر القانونية الذي يعنى به مجموعة من الشبايك الوحيدة خدمة للمرتفق والمقاول والمستثمر بالإضافة لتعزيز جاذبية المغرب في التقارير الدولية، واهدافنا تتجلى في تحسين عمل المقاوله وتعزيز تنافسيتها وجعل المقاوله تتركز على عملها لخلق تورة شغل لأجل تحقيق تنمية اقتصادية فعالة ومندمجة، واهم الاصلاحات التي تدخلنا فيها تجلت في العمل على تعديل قانون شركات المساهمة، هذا القانون الذي تم تعديله في مناسبتين سنة 2015 بهدف تعزيز الشفافية وتحفيز المستثمر بجعل هذا القانون يحترم المعايير الدولية، فهو الان في مرحلة مراجعة من طرف اللجنة التي ننتمي اليها وما تم تحقيقه في اطاره نعتقد انه لازال بحاجة للتوسعة .

كذلك اعتماد قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فقد تم اخراج القانون وكذلك اصلاح قانون الامر بالأداء واخر قانون كان هو قانون صعوبات المقاوله، الذي صودق عليه مؤخرا وخرج حيز التنفيذ بفضل مجهودات اللجنة ووزارة العدل، مما مكنتنا من التوفر على منظومة متكاملة مع العامل الدولي مما سيمكنتنا من جلب استثمارات افضل واكثر بادن الله، كذلك مراجعة مرسوم الصفقات العمومية ومرسوم فوائد التأخير الذي نعكف على مراجعتها حاليا نظرا لتأثيرهما على المقاوله بشكل مباشر خصوصا المقاوله المتعاملة مع الدولة، بسبب تأخر الدولة في الاداء للمقاولات، ومرسوم ضابط البناء الذي قمنا بتعديله بعد عشرين سنة لتسهيل فرص الحصول على الرخص المتعلقة بالبناء، بالإضافة الى العديد من التعديلات الهامة الاخرى التي لا يمكن حصرها كحذف الحد الأدنى الواجب لإنشاء المقاوله مما ساهم في حرية انشاء المقاوله ونحن نشغل على مشروع احداث المقاوله عبر الخط الان اي بشكل الكتروني، وفي افق مارس 2019 ستكون المرسوم جاهزا، وقانون التنسيق بين الادارات لتسهيل المساطر، ووضع منصات الكترونية للمحاكم من اجل الاداء وايداع الطلبات والدفع بشكل الكتروني ونشر الاحكام الإلكترونية، ونزع الصفة المادية على المدكرات وتحسين الصادرات وتنسيقها.

النقطة 3: تذكير بالسياق العام وعمل اللجنة الوطنية لمناخ الأعمال

فكما تعلمون ان الهدف يبقى دائما دو ارتباط دولي وذلك من اجل تحسين صورة المغرب دوليا ونحن الان نعمل على تحسين اليقظة على هذا المستوى من اجل استباق القدرات بتحسين تنافسية البلد ورصد المنافسين له واحترام المعايير الدولية مما سيؤثر على صورة وجاذبية البلاد، والتقارير الدولية بالنسبة لنا هي ذات اولوية للاشتغال عليها، باعتبار انها يتم تداولها من مختلف المنابر الاعلامية لإشعاعها الدولي وتستعمل في تصنيف البلدان والمقارنة بين اقتصاديها وتحديد رتبها حسب جاذبيته اقتصادها.

بالإضافة الى اعتمادها من طرف العديد من المؤسسات المانحة للسيولة المالية كالبنك الدولي وغيره، ويلجا العديد من المستثمرين اليها لأخذ قرار الاستثمار في البلد او لا، كذلك لها دور في المنافسة التي تتوجب متابعتها بشكل منتظم من طرف هيئات مختصة، وما نقوم به تقوم به العديد من الدول مثل الامارات العربية التي سطرت الرتبة الاولى في العام 2021 وفرنسا ولوكسمبورغ وماليزيا وتركيا والبرازيل، كل هذه الدول تتوفر على هيئات مشابهة تقوم بنفس المهمة، وقد عملت اللجنة على انشاء منصة الكترونية لتتبع كل التقارير التي تتعدي 150 تقريرا المتعلقة بالجانب الاقتصادي من اجل تحديد نقاط القوة والضعف لتعزيز جاذبية المغرب، والحمد للمغرب جنا تمار هذا العمل لعل اخره هو تقرير مناخ الاعمال الصادر مؤخرا في الاسبوع الماضي الذي صنف المغرب ضمن خانة 60 من دائرة اقتصاديات العالم، وهذا ليس سهلا ابدا نظرا لتعدد العديد من الاجراءات التي يتوجب القيام بها لتحسين جودة المغرب، ولنا شاهد بخصوص عمل اللجنة يتجلى في المقارنة بين وضعية تصنيف المغرب في التقارير الدولية حيث كان يتذيل الترتيب، لكن بعد انشاء اللجنة اصبح المغرب يحقق تطورا ملحوظا فمع كل سنة اصبحنا نحقق أو نربح العديد من النقاط والحمد لله ظفرنا بالمرتبة الثالثة افريقيا والمرتبة الثانية في شمال افريقيا والشرق الاوسط بعد الامارات العربية المتحدة.

خاتمة:

وكإشارة ختامية نشير الى اننا نركز على المنهجية التشاركية بحث نحن نشتغل مع العديد من الفعاليات بشكل مشترك، ونراعي الجانب الدولي لأهميته، بالإضافة الى مراعات ضرورة تنزيل الاصلاح على الجانب العملي بشكل يتوافق مع الوضع النظري له.

وشكرا

كلمة السيد رئيس الجلسة: اختتم السيد رئيس الجلسة كلمة المتدخل بعرض مجموعة من الافكار الاساسية التي تضمنتها مداخلته محللا ايها ومشيدا بعمل اللجنة الذي لا يخفى على الجميع.

تم عمد الى فتح باب التدخلات من طرف السادة الحضور الكرام من باب المناقشة.

التوصيات المقترحة للندوة

تنبغي الإشارة إلى أن الندوة لم تفرز توصيات عند اختتام المحاور المخصصة لها، إلا أن هذا لم يمنعا من المبادرة شخصيا وبعد الوقوف على مجموع الأفكار والتدخلات والمداخلات التي أفرزتها الندوة إلى إبداء اقتراحات انطلاقا مما تقدم، والتي يمكن أن نجملها في ما يلي:

- ضرورة اصلاح قطاع التنفيذ والتبليغ لأنهما سبب في ضياع حقوق الماولة والمتقاضين، فلا يعقل أن يتم استهلاك الكثير من الوقت امام المحاكم والمصروفات الخاصة بالرسوم القضائية والتبليغات والاعتاب من أجل استصدار حكم أو مقرر قضائي، يضمن للمتضرر تعويض كافة الاضرار والخسائر التي لحقته جراءها، وفي النهاية لا يجد طريقا الى النفاذ ذلك الحكم بسبب عدم الكفاية أو الاستحالة في التنفيذ، مما يجعل المتقاضي يتساءل: ما الجدوى من كل المساطر اذا كانت الحقوق لا ترجع لأصحابها؟؟
- اعادة النظر في التوزيع الجغرافي للمحاكم وشساعة الخريطة القضائية لبعض المحاكم مما يطرح اشكالات أبرزها التنقل تم التنفيذ خاصة اذا تعلق الأمر بمحاكم الاستئناف بحكم أن هيأت المفوضين القضائيين تشتغل بالاستناد الى النطاق الجغرافي للمحاكم الابتدائية وليس الاستئنافية مما يؤثر بالسلب على التبليغ وكذلك التنفيذ.
- الاخذ بنظام الديمقراطية التشاركية في اصلاح قوانين التجارة والاعمال والاستثمار، وذبك باشارك كل الفاعلين في الميدان الاقتصادي من ممارسين كالقضاة والمحامين ومن مستثمرين وغيرهم من الخبراء ودوي الحنكة في المجال الاقتصادي.
- الاسراع في اخراج ميثاق التنظيم القضائي الجديد الذي يلاحظ أنه قد عمر كثيرا لدى المؤسسة التشريعية، لأنه سيشكل انقلابا ايجابا في الميدان التنظيمي للقضاء التجاري خصوصا، وانه يتوافق ومعيار أو قاعدة تقريب القضاء من المتقاضين.
- تكوين الرصيد البشري للمنظومة القضائية على كافة الوسائل الرقمية استجابة لميثاق اصلاح منظومة القضاء، والانخراط في الاوراش العالمية بالاطلاع على تجارب الدول الرائدة في هذا المجال.
- تهيئة قانون جدير لنسخ القانون الإطار بمثابة ميثاق الاستثمار، الذي يعذ ركيزة اساسية في تدعيم وجلب الاستثمارات الاجنبية الى المغرب، خاصة وان القانون الحالي بإجماع الفقهاء والممارسين والفعاليات الاقتصادية قد صار متجاوزا في احكامه ولا مناص من تعديلها لتتوافق واوراش المغرب الكبرى.
- الحفاظ وتدعيم مبادئ التخصص القضائي التجاري التي راكما المغرب منذ سنوات إحداث المحاكم التجارية الى يومنا وعدم السماح للتشريعات اللاحقة بالمساس منها، وذلك بتعديل مشروع قانون التنظيم القضائي للإرساء مبادئ الفصل بين التخصصات ودحض أي امكانية للتداخلية القضائية.

برنامج الندوة

المملكة المغربية



وزارة العدل

تكريما للأستاذ

عبد الواحد الراضي

تنظم وزارة العدل ندوة علمية حول موضوع

« دور العدالة في تحسين مناخ الأعمال »

يومي 08 و 09 نونبر 2018

برحاب المعهد العالي للقضاء

الورقة التذكيرية للنكوة العلمية المنظمة على هامش حفل تكريم
الأستاذ عبد الواحد الراضي
حول موضوع:

« دور العدالة في تحسين مناخ الأعمال »

المعهد العالي للقضاء - 08 و 09 نونبر 2018

يأتي تنظيم هذه الندوة العلمية على هامش حفل تكريم الأستاذ عبد الواحد الراضي؛ في ظرفية خاصة تشهدها بلادنا، تتسم بكونها قد أصبحت وجهة مهمة للمستثمرين الوطنيين والأجانب، بفعل ما تتميز به من مؤهلات طبيعية وكفاءات بشرية، وانفتاح للمملكة على محيطها الإقليمي والدولي؛ وبفضل السلم والاستقرار الذين تتمتع بهما في سياق ظرفية دولية متأسمة بالاضطراب.

إن انفتاح المملكة المغربية على اقتصاد السوق، وإكراهات المحافظة على التوازنات الماكرواقتصادية، وضرورة الوفاء بالتزاماتها الدولية تجاه شركائها الاقتصاديين، حثت على بلادنا الانخراط في دينامية تحديث وتطوير المنظومة القانونية والقضائية، بشكل يدعم بنية الاقتصاد الوطني و يسمح للمقاولة المغربية بولوج عالم المنافسة بكل ثقة واقتدار؛ ويعزز حكومتها الجيدة ويوفر جوا من الثقة فيما بينها وبين عملائها.

وانسجاما مع السياسة الحكومية في مجال تعزيز مناخ الأعمال، التي تستهدف تمكين المغرب من تخطي حاجز الرتبة الخمسين في مؤشر البنك الدولي وفقا لما جاء في التصريح الحكومي، فإن وزارة العدل جعلت تحسين مناخ الأعمال من أولوياتها الاستراتيجية عبر فتح الأوراش الكفيلة بتحسين ترتيب المغرب في التقارير الدولية المرتبطة بالمجال لاسيما مؤشر ممارسة الأعمال (Doing Business) ؛

وفي هذا الإطار شكل تعديل الكتاب الخامس من مدونة التجارة المتعلق بصعوبات المقاولة، فرصة لملاءمة التشريع المغربي مع أرقى التجارب القانونية التجارية الدولية؛ كما جاء قانون المساطر الجماعية بمنظور حدائي يتوخى إنقاذ المقاولة من خلال توفير آليات جديدة، تهدف تشجيع المقاولات التي تعاني من صعوبات على سلوك مساطر المعالجة؛ ولقد كان هذا القانون ثمرة مساهمة كافة الفاعلين في مجال التجارة والأعمال في نقاش مستفيض دام عدة سنوات.

وإذا كان تطوير المنظومة القانونية للأعمال حجر زاوية أي إصلاح يروم النهوض بمناخ الإستثمار، فإن هذا الهدف لا يتأتى إلا بتحديث الإدارة القضائية وتعزيز حكومتها عبر استخدام التكنولوجيات الحديثة، والانتقال إلى العدالة الرقمية والحوسبة الشاملة للإجراءات والمساطر القضائية، وتقوية البنية التحتية التكنولوجية للمحاكم وتوفير الأنظمة المعلوماتية الآمنة، والبرامج المتعلقة بإدارة القضايا والمساطر.

كما ستشكل أشغال هذه الندوة العلمية فرصة ملائمة لاستعراض مجهودات المحاكم التجارية في حماية المقاولة، وذلك بالنظر للدور الذي يضطلع به الأمن القضائي في استقرار الاستثمار وتحسين جاذبيته، وتشجيع مناخ الأعمال بما يدعم جهود التنمية الاقتصادية والاجتماعية ببلادنا؛ وستمكن هذه الندوة كذلك من استطلاع رأي الفاعلين الاقتصاديين حول انتظاراتهم من العدالة التجارية، وكذا تصوراتهم حول التطبيق الفعال للقانون الجديد لصعوبات المقاولة.

برنامج الندوة العلمية المنظمة على هامش حفل تكريم
الأستاذ عبد الواحد الراضي
حول موضوع «كوار العدالة في تحسين مناخ الأعمال»

يومي 08 و 09 نونبر 2018 بالمعهد العالي للقضاء

الجلسة الافتتاحية (08 نونبر 2018)

استقبال الضيوف.	9.00 - 8.30
الجلسة الافتتاحية.	9.30 - 9.00
+ كلمة السيد وزير العدل	
+ كلمة السيد الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية.	
+ كلمة السيد رئيس الاتحاد العام لمقاولات المغرب.	
+ كلمة الأستاذ عبد الواحد الراضي.	
استراحة شاي	10.00 - 9.40

العصبة الصباحية ليوم 08 نونبر 2018

المحور الأول : دور وزارة العدل في النهوض بمناخ الأعمال.	10.50 - 10.00
رئيس الجلسة: الأستاذ محمد الإدريسي العلمي المشيشي، وزير العدل الأسبق والأستاذ الجامعي الفخري.	
• موضوع المداخلة الأولى : قانون مساطر صعوبات المقاولات الجديد ودوره في حماية الإستثمار والمقاولات.	
+ المتدخل : الأستاذ الحسن الكاسم، مدير الشؤون المدنية بوزارة العدل.	
• موضوع المداخلة الثانية: الرفع من مستوى خدمات الإدارة القضائية ودوره في تحسين مناخ الأعمال.	
+ المتدخل : الأستاذ عبد الرفيع ارويجن، مدير الدراسات والتعاون والتحديث بوزارة العدل.	

* مدة كل مداخلة 20 دقيقة *

مناقشة عامة: 13.30 - 10.50

وجبة الغذاء: 15.00 - 13.30

الحصة المسائية ليوم 08 نونبر 2018

15.30 - 15.00 : المحور الثاني : دور المحاكم التجارية في حماية الاستثمار.

رئيس الجلسة: الأستاذ إبراهيم الأيسر . مدير الشؤون المدنية بوزارة العدل سابقا.

• موضوع المداخلة : تجربة المحاكم التجارية في مجال حماية الإستثمار.
+ المتدخل : الأستاذ عبد الرزاق العمراني. الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء

* مدة المداخلة 20 دقيقة *

17.00 - 15.30 : مناقشة عامة.

17.00 : اختتام أشغال اليوم الأول من الندوة.

الحصة الصباحية ليوم 09 نونبر 2018

10.50 - 10.00 : المحور الثالث : انتظارات الفاعلين الاقتصاديين من العدالة التجارية.

رئيس الجلسة : الأستاذ عبد الحق بندحمان. نائب رئيس اللجنة القانونية للإتحاد العام لمقاولات المغرب.

• موضوع المداخلة الأولى : نجاعة قضاء الأعمال من منظور المقاول.
+ المتدخل : الأستاذ الزبير الطيبي. عضو اللجنة القانونية للإتحاد العام لمقاولات المغرب

• موضوع المداخلة الثانية: تجويد قانون الأعمال وأثره الإيجابي على المقاول.
وتحسين صورة المغرب في التقارير الدولية.

+ المتدخل : الأستاذ حاتم الصقلي، مكلف بمهمة برئاسة الحكومة / اللجنة الوطنية لمناخ الأعمال

* مدة كل مداخلة 20 دقيقة *

11.10 - 10.50 : استراحة شاي

13.00 - 11.10 : مناقشة عامة.

14.00 : وجبة الغذاء.

الحصة المسائية ليوم 09 نونبر 2018

16.00 : حفل تكريم الأستاذ عبد الواحد الراضي.



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{ER}

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{ER}

www.Droitentreprise.com

المركب الجامعي صندوق البريد: 539 طريق الدار البيضاء سطات 26000 المغرب

الهاتف: + (212) 5 23 72 12 76/75

الفاكس: + (212) 5 23 72 12 74

البريد الإلكتروني: www.uhl.ac.ma