مجلة عدالة
للدراسات القانونية والقضائية
مجلة ورقية علمية محكمة
تصدر كل أربعة أشهر تعنى بالشؤون القانونية والقضائية

مدير المجلة
د.المصطفى الغشام الشعيبي

رئيس التحرير
د. ابراهيم اشويعر

آثار جائحة كوفيد 19 على المنظومة القانونية

تقديم العدد ..... د. محمد بوزلافة

دراسات قانونية باللغة العربية

كوفيد 19 و أثره على الالتزامات التعاقدية ..... د. محمد بن يعيش
دور العقوبات الجنائية في محاصرة فيروس كورونا ..... د. إبراهيم الهراوة
إنهاء علاقة الشغل في ظل زمن الجائحة، مقاربة قانونية واجتماعية ..... د حميد اليسسفي
تأثير جائحة فيروس كورونا على آجال تقديم الشيك للوفاء ..... د.عبد الحميد اليعقوبي
إمكانية تطبيق مدونة الأسرة زمن إعلان حالة الطوارئ الصحية ..... د جمال الخمار
التكييف القانوني لحالة الطوارئ الصحية ..... د. المصطفى الغشام الشعيبي
المحاكمة الزجرية عن بعد في ظل زمن الطوارئ الصحية ..... د ابراهيم اشويعر
حالة الطوارئ الصحية بالمغرب بين الشرعية والمشروعية . ..... د خليل اللواح
العنف الأسري في ظل فترة الحجر الصحي ..... ذة . بشرى مزوز
وجهة نظر حول إفراغ المكتري من المحل السكني في زمن جائحة كورونا ..... ذ . مروان بوسيف
صلاحية التشريع في المجال الجنائي على ضوء مرسوم حالة الطوارئ الصحية ..... د عبد الواحد الدافي
السلامة الصحية للأجير في ظل جائحة كرونا ..... د لبيب نبيل
العقود الرياضية بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، ..... ذ محمد الهبول
سياسة التجريم والعقاب في ظل حالة الطوارئ الصحية وآفاق العقوبات البديلة، ..... ذة. سعيدة حليمي
العدالة الرقمية من خلال مشروع استعمال الوسائط الالكترونية ..... دة أمينة رضوان
تأثير جائحة كورونا على العقود الوطنية والدولية ..... د يوسف بن القائد
مبدأ إستمرارية مرفق القضاء في زمن كوفيد 19 ..... دة رشيدة البربوشي

دراسات قانونية باللغة الفرنسية

La fusion et les obstacles sociétés commerciales. ..... Dr.Mounir ARBAOUI
Le Covid 19 et la géopolitique mondiale ..... Dr. KBIBCHI YOUNESS

تقارير ندوات

تقرير الندوة الوطنية عن بعد حول موضوع "الأمن القانوني و القضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب" ..... المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية

عدد خاص
يونيو 2020

ISSN: 2665-8232 : ردمد 2020 يونيو
كل الحقوق محفوظة
E-mail: revueadala@gmail.com ☆ www.adala.ma

آثار جائحة كوفيد 19 على المنظومة القانونية

اشراف وتنسيق:

د. المصطفى الغشام الشعيبي د ابراهيم اشويعر

الطبعة: الأولى 2020

العدد: الرابع من مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية

الإيداع القانوني : 20019PE0031

ردمد : ISSN : 2665-8232

توزيع: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط

ملاحظة: المواد المنشورة في المجلة تعبر عن آراء أصحابها، ولا تمثل رأي المجلة.

جميع الحقوق محفوظة 2020

لمجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية

مـجلة عدالة
للدراسات القانونية والقضائية

مدير المجلة

د. المصطفى الغشام الشعيبي : أستاذ باحث في القانون الخاص بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور

رئيس تحرير المجلة

د. إبراهيم اشويعر : دكتور في الحقوق

اللجنة العلمية

د. محمد الكشبور	:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالدار البيضاء (القانون الخاص)
د. عبد السلام فيغو	:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط (القانون الخاص)
د. ادريس الفاخوري	:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة (القانون الخاص)
د. محمد يحيا	:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون العام)
دة. وداد العيدوني	:	أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
د. محمد العمراني بوخبزة	:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون العام)
د. عبد الرحمان الشرقاوي	:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط (القانون الخاص)
د. عبد الله أشركي أفقير	:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
دة. رشيدة أحفوض	:	قاضية سابقة وأستاذة زائرة بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
د. محمد بوزلافة	:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس (القانون الخاص)
د . حسن فتوخ	:	مستشار بمحكمة النقض (القانون الخاص)
د. أحمد خرطة	:	أستاذ التعليم العالي بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور (القانون الخاص)
د. أمين اعزان	:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
د. إبراهيم الهراوة	:	أستاذ التعليم العالي بجامعة عبد المالك السعدي (القانون الخاص)
د. كريم الصبونجي	:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بسطات (القانون الخاص)
د. نجيم اهتوت		أستاذ التعليم العالي مؤهل بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور (القانون الخاص) (القانون الخاص)
د. عبد المهيمن حمزة		أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط (القانون الخاص)
د. حميد اليسفي		أستاذ القانون الخاص بالكلية المتعددة التخصصات بالراشدية.
د. يوسف أديب		دكتور في الحقوق عضو المركز المغربي للدراسات القانونية والقضائية محام متمرن بهيئة المحامين لدى محاكم الاستئناف بأكادير كلميم والعيون (قانون خاص
دة. منية بنمليح		أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بمكناس –جامعة المولى إسماعيل (قانون عام)

قواعد النشر

1. مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، مجلة علمية أكاديمية محكمة تهتم بالأبحاث والدراسات القانونية والقضائية بأسلوب علمي أكاديمي موثق.
2. يجب أن ترســـل المقالات وجوبا في شـــكل مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أدناه ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج Microsoft Word بنسق RTF (نوع الخط بالعربية Traditional Arabic مقاســـه: 15 ، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : Times New Romain مقاسه: 12)، ويجب ان ترقم الصفحات ترقيما تسلسليا.
3. ترفق المادة المقدمة للنشر بنبذة عن السيرة الذاتية للباحث متضمنة أسمه باللغة العربية وبالحروف اللاتينية.
4. يجب أن توثق مادة النشر كما يلي:

- بالنسبة للكتب: اسم المؤلف ، عنوان الكتاب، دار النشر (الناشر)، مكان النشر وسنة النشر، ورقم الصفحة.

- بالنسبة للمجلات: إسم المؤلف، عنوان المقال، عنوان المجلة، العدد، مكان النشر و سنة النشر، ورقم الصفحة.
- بالنسبة لمراجع الأنترنيت: إسم المؤلف، "عنوان المقال"، تاريخ التصفح، العنوان الإلكتروني كاملا (يشمل الملف)

5. يجب ألا يكون البحث المراد نشره قد سبق نشره في مجلة أخرى وأن يتميز بالجدة والأصالة واحترامه لمنهجية البحث العلمي الأكاديمي وأصوله العلمية المتعارف عليها
6. الاهتمام بالمقال المراد نشره وذلك بتصحيح الأخطاء الإملائية واللغوية والتقنية تحت طائلة عدم قبول المادة المقدمة للنشر.
7. ضرورة وضع الهوامش أسفل كل صفحة وكل مقال وردت هوامشه في آخره يعد غير مقبول للنشر.
8. يمكن للمجلة إذا رأت ضرورة لذلك إجراء بعض التعديلات الشكلية على المادة المقدمة دون المساس بجوهرها، والمجلة غير ملزمة برد المقالات غير المقبولة للنشر.
9. تعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل رأي المجلة.
10. تخضع جميع المقالات المرسلة للمجلة للتقييم والتحكيم مع التنبيه على أن كل مقال يخالف شروط النشر، لن يؤخذ به، والمجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.
11. ترسل جميع المقالات والمواد القانونية والقضائية العلمية المراد نشرها وتوجه المراسلات عن طريق البريد الإلكتروني للمجلة revueadala@gmail.com.

إهـــداء

يقدم هذا العمل إهـــــداء لكل من ســـاهم من قريب أو بعيد في التصـــدي لمواجهة تفشـــي جائحة كوفيد 19 بالمغرب، لكل من قطاع الصـــحة وقطاع الأمن بمختلف أصنافه وقطاع التعليم وجهاز العدالة بكل مكوناته.

لكل من كانو دائما جنودا مجندين واقفين في خط الدفاع الأول وقت الأزمات، يضحون بكل شيء، في سبيل حماية الوطن والمواطن .

شـــكرا لكم على إلتزامكم وتضـــحياتكم لمكافحة تفشـــي فيروس "كورونا" المستجد.

محتويات العدد

تقديم العدد

الدكتور محمد بوزلافة 11

كوفيد 19 و أثره على الالتزامات التعاقدية

الدكتور محمد بن يعيش 16

دور العقوبات الجنائية في محاصرة فيروس كورونا

الدكتور إبـراهيم الهراوة 39

إنهاء علاقة الشغل في ظل زمن الجائحة، مقاربة قانونية واجتماعية

د حميد اليسسفي 47

تأثير جائحة فيروس كورونا على آجال تقديم الشيك للوفاء

د.عبد الحميد اليعقوبي 53

إمكانية تطبيق مدونة الأسرة زمن إعلان حالة الطوارئ الصحية بسبب تفشي فيروس كورونا المستجد

د جمال الخمار 67

التكييف القانوني لحالة الطوارئ الصحية بين نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة

د. المصطفى الغشام الشعيبي 89

المحاكمة الزجرية عن بعد في ظل زمن الطوارئ الصحية

د ابراهيم اشويعر 100

حالة الطوارئ الصحية بالمغرب بين الشرعية والمشروعية .

د خليل اللواح 110

العنف الأسري في ظل فترة الحجر الصحي

ذ . بشـرى مزوز 119

وجهة نظر حول إفراغ المكتري من المحل السكني في زمن جائحة كورونا

ذ . مروان بوسيف 130

صلاحية التشريع في المجال الجنائي على ضوء مرسوم بقانون المتعلق بسن حالة الطوارئ الصحية لمواجهة تفشي فيروس كورونا – كوفيد 19

د عبد الواحد الدافي. 143

السلامة الصحية للأجير في ظل جائحة كرونا بين محدودية المقتضيات القانونية والتحديات المستقبلية

د لبيب نبيل 171

العقود الرياضية بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة،

ذ محمد الهبول 187

سياسة التجريم والعقاب في ظل حالة الطوارئ الصحية وآفاق العقوبات البديلة،

ذ. سعيدة حليمي 196

العدالة الرقمية من خلال مشروع استعمال الوسائط الالكترونية

د أمينة رضوان 221

تأثير جائحة كورونا على العقود الوطنية والدولية

د يوسف بن القائد 227

" مبدأ إستمرارية مرفق القضاء في زمن كوفيد 19"

د رشيدة البربوشي 237

مقالات باللغة الفرنسية

sociétés La fusion et les obstacles relatifs à la nationalité des

.commerciales

Dr.Mounir ARBAOUI ---------- 249

Le Covid 19 et la géopolitique mondiale

Dr. KBIBCHI YOUNESS ---------- 263

تقارير ندوات

تقرير عن أشغال الندوة الوطنية عن بعد حول موضوع "الأمن القانوني و القضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب"

المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية ---------- 275

تقديم العدد

د.محمد بوزلافة
عميد كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة سيدي محمد بن عبد الله- فاس-
المملكة المغربية

يعد التنظير الفقهي أرقى ما وصل إليه التفكير الإنساني المعاصر، بحكم ما يستلزمه من جهد عقلي منظم، يبحث ويفكر ويتأمل في النظم والتشريعات والممارسات والهيآت والمؤسسات؛ تفكير يصبح أمام تحديات كبرى حينما يطلب منه في زمن الأزمة – أزمة كوفيد 19- التحليل والإنتاج، بل والإبداع في هامش ضيق من الزمن، دون إمهال لاختبار الأفكار، ولا تريث للتأكد الذاتي من مدى وجاهة المخرجات بشكل غير بعيد عن القناعات، حيث يطلب منه استحضار خصوصية الظرفية الدولية والوطنية، وعدم الابتعاد عن التراكمات التي أنتجتها المحطات التي عاشتها الإنسانية.

فإذا كانت أحداث انتشار جائحة كورونا قد تعاقبت على المستوى الدولي بشكل سريع، منذ ظهور أول إصابة بمدينة ووهان الصينية يوم 12 دجنبر 2019، والإعلان عن أول حالة إصابة بفيروس كورونا المستجد بالمغرب يوم 2 مارس 2020، وعن أول حالة وفاة يوم 10 مارس 2020 واتساع رقعة تفشي المرض في منتصف مارس ، إلى أن صدر بلاغ وزارة الداخلية بشأن إعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب بتاريخ 19 مارس 2020، من أجل الحفاظ على صحة وسلامة المواطنات والمواطنين، وذلك نتيجة تسجيل بعض التطورات بشأن إصابة مواطنين غير وافدين من الخارج بفيروس كورونا. بلاغ قضى بتقييد حركة المواطنين ابتداء من الجمعة 20 مارس 2020 على الساعة السادسة مساء، كوسيلة لا محيد عنها لإبقاء انتشار الفيروس تحت السيطرة.

قرار طرح أسئلة عديدة بشأن الشرعية والمشروعية؛ وأيضا بشأن المرجعيات الدولية والوطنية المؤسسة لحالة الطوارئ. فإعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب أعتبر مفاجئا بالنسبة للعديد، باعتبار أن المغرب والمغاربة لم يعهدوا تطبيق مثل هاته الإجراءات الاستثنائية على المستوى الوطني. الأمر الذي طرح عدة تساؤلات، ونقاشات قانونية، تمحورت

بالأساس بشأن المرجعية الدستورية والقانونية المؤسس لها، علما أن دستور 2011 نص على حالة الحصار من خلال الفصل 74، وحالة الاستثناء في الفصل 59، ولم ينص على حالة الطوارئ. وإذا كان الدستور قد شكل مرجعية ودعامة أساسية في ديباجة مرسومي 23 و24 مارس 2020، باعتبار أن الأول خاص بسن أحكام لحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، حيث اعتمد على الفصول 21 و 4/24 و81 من الدستور. والثاني خاص بالإعلان عن حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا حيث اعتمد على الفصول 90 و92 من الدستور. فإنه ومع ذلك لا يعفينا الأمر من التساؤل بشأن الدقة في علاقة بالأسس والمرجعيات.

منطلقات تدعو لا محالة للخوض بعد ذلك في التفكير بشأن التداعيات والسياقات القانونية المترتبة عن حالة الطوارئ الصحية، ونوعية وحجم الحريات التي تم تقيدها، وطبيعة التدخل المؤسساتي للأجهزة الأمنية، ونوعية الدور الموكول للسلطة القضائية سعيا لتحقيق الأمن القانوني والقضائي... بعيدا عن النزعة الذاتية في التحليل، والمواقف الجاهزة في التناول، حتى نتمكن من بلوغ منتهى التفكير الموضوعي، القائم على الفكر القانوني الذي يعتمد على منهج منطقي وعقلاني بجملة من المراحل تتجلى بالأساس في مرحلة التحليل، النقد وتقديم الحلول المناسبة أو البديلة.

نقاش يسائلنا جميعا، قانونيين وحقوقيين، سياسيين وجمعويين... فالظروف الاستثنائية التي تمر منها بلادنا، والمجتمع الدولي، تطلبت اتخاذ تدابير ذات طبيعة استعجالية سواء قانونية أو إجرائية، أثرت بشكل مباشر على مجالي المال والأعمال، ومختلف المعاملات... بشكل تطلب مناقشة سبل تدبير الالتزامات الواقعة على عاتق الشركات والمقاولات بل والمواطنين البسطاء. نقاشات تسائل المؤسسات والهيآت بشأن تدبر الآجال والإجراءات، وبشأن مدى احترام الضمانات في المساطر، ومدى تحصين وتعزيز الحقوق والحريات في زمن الطوارئ الصحية، بشكل يرفع التخوفات بشأن أدوار المؤسسات الأمنية والسلطة القضائية...

بناء عليه، إذا كانت الأزمة مصدر قلق للجميع على حد سواء، فإن من مداخل السيطرة على تداعياتها في شقها القانوني والمؤسساتي، يمر لا محالة عبر الإبداع الفكري للزميلات والزملاء الأساتذة الأفاضل، ومختلف الباحثين في مختلف التخصصات. وهو ما تجدوه في العدد المقدم بين أيديكم، الذي يناقش في زمن كورونا مواضيع ذات أهمية كبرى، بالتأمل الفكري في المتغيرات والآثار المفاجئة للجائحة على البيئة القانونية من ناحية؛ وعلى

الجوانب الواقعية العملية المؤثرة على الأشخاص العامة والخاصة، المعنوية والذاتية من ناحية أخرى. نقاش وطرح يقترح حلولا مسؤولة تنبني على رؤية متطورة يمكنها مواجهة الأزمة بفاعلية، بعيدا عن التفكير الذي يكرس الخلاف والصدام أو الانقسام. فغاية المساهمات الفكرية الواردة أدناه تحصين المكاسب، وتطوير الترسانة القانونية من خلال السعي لتخليصها من التناقضات، وبذل الجهد من أجل توجيه المؤسسات بغية تكريس وتوفير العدل والاستقرار وشيوع الأمن والأمان بما يحفظ المصلحة العامة للمجتمع وطمأنينته بكل مكوناته.

إنه الدور الإيجابي الحمائي المتطلب من الفكر الإنساني، الذي يفترض فيه أن يسعى للتوجيه، في سياق من التكامل والانسجام بين مكونات المجتمع والسلطة.

فاس : 2020/06/14

كلمة افتتاحية

د.ابراهيم اشويعر
رئيس تحرير المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

إن انتشارجائحة كورونا (كوفيد-19) -التي اجتاحت العالم واخترقت الحدود والفئات والطبقات- من الوقائع التي ستسجل إلى جانب وقائع أخرى عرفها القرن العشرون من قبيل الحربين العالميتين، وكذا الأزمة الاقتصادية لسنة 1929، على اعتبار أن الأمر هنا مرتبط بعدوّ مستتر أشد فتكا في هذه الحالة من الكوارث الطبيعية التي طور العلم الحديث وسائل تقنية لرصدها وتوقعها والتصدي لها، في حين ما زال العلماء -في مختبراتهم العلمية- يبحثون عن أدوية ولقاحات مضادة للفيروس القاتل "كوفيد-19"، إذ أعلنت منظمة الصحة العالمية على تصنيف "كوفيد- 19" جائحة عالمية .

ومن أجل ذلك قامت الدولة تحت القيادة السامية لجلالة الملك محمد السادس نصره الله وأيده باتخاذ إجراءات هامة لوقف انتشار الفيروس، وتقييد الحركة بالبلاد وإعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب من خلال المرسوم 2.20. 292 بتاريخ 23 مارس 2020. إن جائحة كورونا التي باغتت العالم بكل أصنافه ومسمياته لم يكن أحد قد تحسّب لها ووضع لها ما يمكن لصدّها أو التقليل من مخاطرها سواء في المجال الصحي أو في غيره، وفي هذا الصدد في ظل حالة الطوارئ الصحية وفرض تدابير الحجر الصحي ترتبت العديد من الآثار القانونية على المستوى التشريعي و الاقتصادي و الاجتماعي والصحي وعلى مختلف المراكزالقانونية، الأمر الذي تطلب طرح نقاش في الموضوع من أجل تناول مختلف المستجدات المطروحة في الساحة القانونية من طرف أساتذة جامعيون و قضاة وباحثون في الشأن القانوني والقضائي ببلادنا، ومن هذا المنطلق فإن جائحة فيروس كورونا المستجد تتطلب مزيدا من الالتزام والتضامن لمواجهتها باتباع التعليمات الصادرة عن السلطات المختصة من أجل اجتياز هذه المحنة التي قد ترخي آثارها على المستقبل إذا لم يتم مجابهتها في الوقت القريب.

وفي مجال القانون والتشريع كشفت لنا تلك الجائحة العوز في التشريعات التي تعالج الأوضاع القانونية التي فرضتها على المجتمعات، ولم يقف ذلك العوز عند المنظومة القانونية الوطنية بل حتى على مستوى القانون الدولي والمعاهدات والاتفاقيات الدولية.

وفي الاخير نتمنى أن يكون العدد الخاص" تأثير جائحة فيروس كورونا على المنظومة القانونية" والصادر عن مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية عند حسن ظن القارئ والذي يتضمن مقالات علمية متنوعة تناولت مختلف الآثار القانونية المترتبة عن تداعيات الجائحة، ومما لا شك فيه سيكون قيمة مضافة للخزانة القانونية المغربية.

وفي هذا المقام أتقدم بالشكر والاحترام والتقدير لكل من ساهم في إخراج هذا المولود العلمي للوجود.

كما نسأل اللّه عز وجل أن يرفع عنا هذا البلاء وأن يحفظ وطننا من كل سوء.

طنجة في: **2020/06/14**

دراسات قانونية باللغة العربية

كوفيد 19 و أثره على الالتزامات التعاقدية

د. محمد بن يعيش
أستاذ زائر بكليتي العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بطنجة و تطوان.

تتعدد مصادر الالتزام بين العقد والإرادة المنفردة والفعل التقصيري والإثراء غير المشروع والقانون.

وقد احتاط القانون للحفاظ على توازن العقود اثناء تكوينها بنظريتي الغبن والاستغلال، كما احتاط كذلك لتحقيق نفس الهدف عند تنفيذ العقود بالقوة القاهرة والحدث الفجائي ونظرية الظروف الطارئة في القوانين للدول التي تنص عليها.

ومن مظاهر التدخل القانوني لحماية المدين رغم إناطته بالتزام يتوجب عليه تنفيذه أحكام الاعسار

فالقاضي يعطي المدين بالدين نظرة الميسرة كي يتدبر أمره ويستطيع تنفيذ أداء التزامه او دينه

ويمكن للمدين رغم حجز أمواله لدائنيه أن يطالب بتسديد ما يسد نفقته ونفقة من تجب لهم عليه فنظام الاعسار تدخل من القانون لصالح كل من الدائن والمدين ،فإذا تصرف المدين لا يسري تصرفه على دائنيه بأن يكون غاشا لهم بتفويت أمواله كي لا ينفذ عليها .

وإذن الالتزام يُنشأ إنشاء اعمالا لسلطان الإرادة، ويقابل في الواقع هذا السلطان سلطان القانون وسلطان القضاء أحيانا

فمهما كان سلطان الإرادة قد يتدخل القانون للحد منه وكذلك قد يتدخل سلطان القاضي للعب نفس الدور إذا سمح أحيانا القانون بتدخله او حتى ولو لم يوجد نص كما هو الشأن في القضاء الإداري

وتدخل القانون يمكن رصده في مظاهر عدة منها على سبيل المثال الشكلية والعينية والحيازة في العقود كبيع ومعاوضة وشركة في عقار او حقوق منقولة يمكن رهنها رهنا رسميا والعطايا والرهن الحيازي والعارية ومنع الغبن ومنع الاستغلال(حالة المريض والحالات الأخرى المشابهة) ومنع التعسف وحماية المستهلك في عقود الإذعان وحماية الطرف المشترط عليه الشرط الجزائي (الفصل 264 من ق ل و ع.)

ونظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري العام وفي القانون الخاص في قوانين الدول التي تأخذ بها حتى في هذا القانون.

سلطان الإرادة في إنشاء الالتزامات:

المبدأ في إنشاء الالتزامات هو سلطان الإرادة لمكتمل أهلية الأداء، المدرك لمصالحه يفاوض عليها من أجل تحقيقها. فإذا ضُمن لكل طرف حرية الإرادة في التصرفات التي يأتيها وكان ممتلكا لهذه الإرادة ملك سلطة استعمالها فلا يحد عليه فيها مبدئيا. ومقابل ذلك عليه أن يتحمل الالتزامات التي عقدها على نفسه، وفي ذلك التوازنُ المنشود في عملية التعاقد لأن كل طرف يفترض أنه يدرك مصلحته في تصرفه ويحرص على تحقيقها ببذل بدل منه وأخذ مقابله.

ولكن القانون لم يطلق في هذه القاعدة لسلطان الإرادة، وكان لا بد من مراعاة أوضاع تقتضي بالضرورة نشدانا للحفاظ على التوازن في البدلين لعملية التعاقد أن يتدخل أحيانا بقواعد تنشد هذا التوازن وتحافظ عليه، وهو توازن بين اقتصاديات العقود الذي ينعكس استقرارا اجتماعيا وعدالة بين أطراف العقود فلا ضرر ولا ضرار، ولا غبن ولا استغلالا ولا اجحافا وإثقالا لكاهل لحساب آخر، كما لا يجوز الإفراط في استعمال الإرادة إلى حد المساس بالنظام العام والآداب والأخلاق الحميدة.

فقد يلحق من عقد غبن طرفا فيه وهو قاصر أو يغبن مع تدليس غير دافع له فيخول قانونا حق طلب إبطاله وقد يستغل متعاقد مرض الطرف الآخر او طيشه او هوى جامحاً فيه نحوه فيأخذه بأثرة لنفسه تفقد العقد توازنه الاقتصادي وقد يشرع القانون نوعا من العقود بينة الإجحاف على الطرف الضعيف فيما يسمى عقود الإذعان للحاجة الماسة إلى خدمات أساسية لا غنى عنها فيأخذ صاحب الامتياز فيها برقبة المرتفق ولا يجد بدا من الانصياع للعقد على ما أراده فيه من بنود وشروط يوافق عليها مريدا لها او غير مريد فلا يفاوض فيها ولا يناقش في هذه البنود تفرض عليه فرضا فكان لزاما عند النزاع أن يعطى القضاء سندا قانونيا لإعادة التوازن إلى العقد وخاصة الجانب الاقتصادي والمالي فيه وهو ما يسعى لتحقيقه قانون حماية المستهلك في هذه العقود للاستفادة من خدمات المرافق العامة والقروض البنكية

ومن مظاهر تدخل القانون وعبره القضاء لفرض التوازن في العلاقات القانونية التعاقدية الإمكانية المخولة للقضاء لخفض تعويض الشرط الجزائي او زيادته وفق ما يحقق العدل والإنصاف ويرفع الجور والحيف وذلك ما ينص عليه الفصل 264 من ق ل وع .

ودائما من باب مراعاة التوازن وحفظ المصلحة المشروعة يوازن القانون ولو بدا ذلك خروجا عن القواعد العامة إذ إن لكل قاعدة شواذ من ذلك إدارة المال المشاع من قبل مالك 4/3 الملك فتخضع إرادة مالك أو مالكي أقل من ذلك لإرادة الطرف الآخر لكن في حدود عملية التسيير والإدارة لا في التصرف والتفويت فلا يجوز أن يفوت على ملك ملكه مهما قل نصيبه إلا باتفاقه إلا استثناء وتحت شروط يراعى فيها المصلحة للشريك ولا يتضرر شريكه الآخر كبيع الصفقة في الشرع الاسلامي.

وإذا كانت مقاربات القانون لمعالجة أوضاع من شأنها الإخلال بتوازن العقود عند تكوينها فإن هذه الأوضاع التي اقتضت تلك المقاربات لا تقتصر على مرحلة تكوين العقود ولكنه قد يوجد من الأوضاع المقتضية لتدبير اختلال توازن العقود كذلك عند تنفيذ الالتزامات المترتبة عنها فقد يثقل على الملتزم تنفيذ التزامه إلى حد ارهاقه نتيجة حدوث أحداث طارئة وقد يكون من شأن هذه الأحداث أن يستحيل التنفيذ.

فما هو الالتزام؟ وكيف يتأثر بعوامل عند تكوين العقد الذي ينشئه؟ وهل يتأثر أيضا بعوامل عند تنفيذه وما دور المرض في التأثير على العقود ومن ثم على الالتزامات المترتبة عنها؟ وما هو مرض كوفيد19 ؟ وهل يؤثر سلبا على العقود إنشاء وتنفيذا للالتزامات المتولدة عنها؟

ما هو الالتزام ؟

الالتزام يعرفه بعض الفقه بالرابطة الشخصية بين دائن ومدين يترتب عليه بمقتضاها نقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن عمل، فأوجه الالتزام اما نقل حق عيني ويخص ذلك المعاملات في الحقوق العينية سواء منها العقارية او المنقولة او المعنوية او قياما بعمل او امتناعا عن عمل

ويلاحظ أن تعريف الفقه هذا يعطي الأهمية للناحية الشخصية في الالتزام أو علاقة الدائنية والمدينية وهو اتجاه او تيار يبدو أنه منتقد ويجب إيلاء الأهمية للعنصر المادي او المالي في الالتزام ذلك أن الالتزام ولو مع تغير الدائن والمدين فيه يبقى قائما ويرتب أثره في حق المدين الجديد بأن ينفذه ولو كان قد نقل إليه من دائنه وهو ما تجيزه حوالة الحق او الدين.

وليس لزاما كذلك أن يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام ومن هنا انتفاء كون العلاقة الشخصية هي الأساسية فيه لأنه قد يوجد مدين دون وجود دائن كما في الوعد بجائزة والوصية والوقف فقد يعد واعد بجائزة لمن يعثر على شيء ضائع منه يسترده أو يعد بمنح جائزة للفائز او الفائزين في مسابقة علمية فلا يظهر الموعود لهم المستحقون إلا بعد تحقق ما وعد من أجله.

وكذلك قد يوصي الموصي لمن سيولد بعد أن يعقد وصيته له وهي تجب بعد موته فإذا وجد الموصى له بعد موته استحق الوصية وهو دائن بها ولو لم يكن موجودا عند الوصية من الموصي وكذلك الشأن في الوقف يقفه واقفه على من سيوجد وسواء كان جهة بر وإحسان او جهة عامة أو مؤسسة دينية او خيرية او كان شخصا او أشخاصا او عقبا للمحبس إلى أن ينقطع نسله وكل ذلك التزامات يجب تنفيذها على من أنشأها على نفسه ولو كان الدائنون بها غير موجودين عند هذا الإنشاء .

ويعد من قبيل الحالات غير الموجود فيها دائن بالالتزام عند الإنشاء عقد الاشتراط لمصلحة الغير يكتفى بإمكانية وجوده كرب عمل يعقد مع طبيب عقدا لتقديم خدماته الطبية لأجرائه أيا كانوا حتى من يستأجرهم بعد عقد العقد وكعقد التأمين على المسؤولية المدنية للمؤمن له وغيرها من الأمثلة والحالات.

ولذلك فإن العنصر المالي في الالتزام هو الأهم ويأتي العنصر الشخصي ثانيا وإن كان لا يمكن أن يكون للالتزام قائمة بدونه فهو ركن فيه .

ولذلك فإن تعريف الالتزام منظورا فيه إلى طابعه المادي او المالي يصفه بأنه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل (السنهوري المجلد الأول) والشريعة الإسلامية الغراء في نفس التحديد للحق بالحالة الناشئة عن التعاقد فتعرف الحق في بعده المادي النفعي لا الالتزام.

وأهمية نظرية الالتزام كما جاء عند الأستاذ السنهوري في القانون المدني بل والقانون العام كذلك لا تخفى، فهي بمثابة العمود الفقري للجسم ، ومكانها كمكان نظرية القيمة في علم الاقتصاد، وتشتمل على حقائق اقتصادية واجتماعية وأدبية، ولا أدل على ذلك من تأثرها بمختلف العوامل المرتبطة بهذه الحقائق.

فمن الناحية الاقتصادية أدى الاستغلال الاقتصادي القوي والمكثف باستعمال الآلات والمعدات المقترنة بمخاطر تهدد صحة وسلامة العمال إلى ظهور المسؤولية المفترضة يقوم الخطأ فيها افتراضا في جانب أرباب المعامل والمصانع، وهم من يجب عليهم دفع المسؤولية عنهم بدلا من تطلب الدليل في حق العمال المتضررين. وهذا مثال لتأثير الاقتصاد على الالتزام في المسؤولية التقصيرية وإن

انصبت دراستنا على الالتزام التعاقدي لأن العبرة بالالتزام أيا كان مصدره فهو يلقي تبعته على المدين به.

ومن مظاهر تأثير عوامل الاقتصاد على الالتزام ظهور عقود التأمين على المسؤولية المدنية عقدية كانت او تقصيرية لمجابهة ثقل ووطأة الالتزامات الناشئة عن هاتين المسؤوليتين.

وما ظهور العقود الجماعية كذلك إلا مظهر للتأثيرات الاقتصادية على الالتزامات العقدية وذلك نتيجة تجمع الرساميل والاستثمارات الضخمة ومن قبيل هذه العقود عقود الشغل الجماعية المبرمة بين أرباب العمل وبين نقابات العمال والعقود النموذجية وعقود التزام المرافق العامة.

والعقود النموذجية عقود تجارية دولية معدة سلفا من جمعيات وهيئات مهنية تحتوي على مجموع الشروط العامة التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية.

واما عقود التزام المرافق العامة فهي أيضا عقود تعد سلفا وهي عقود إذعان كعقود الماء والكهرباء والغاز والقروض البنكية.

وعقود المرافق العامة تتأثر بالعوامل الاجتماعية كعقود العمل ويعد عقد العمل وعقد الإذعان نموذجين لتأثير العوامل الاجتماعية على نظرية الالتزام ويبدو هذا العامل بالنسبة لعقد العمل في مختلف الصيغ القانونية لضمان حقوق العمال.

وأما عقود الإذعان في خدمات المرافق العامة ومنها الأبناك بالنسبة إلى القروض فإن الحد من شطط أصحاب الامتياز فيها يعالج القانون مسألته بتشريع خاص هو قانون حماية المستهلك يتولى القضاة تطبيقه ولا يتوقف هذا التطبيق على إثارته من الطرف المحمي به.

وبالإضافة إلى تأثير عوامل الاقتصاد والعوامل الاجتماعية على الالتزام في تحديده وتحديد أثره يتأثر كذلك بالعوامل الأدبية.

ومن ذلك المبدأ القاضي بعدم جواز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام، ومبدأ أن الغش يفسد العقد، ومنع التعسف في استعمال الحق . كل ذلك يعد تطورا في الالتزام بتأثير العوامل الأدبية والأخلاقية .

العقد المنشئ للالتزامات:

العقد اتفاق ارادتين على إحداث أثر قانوني أيا كان هذا العقد ملزما لجانبين أو لجانب واحد رضائيا أو شكليا أو عينيا محددا أو عقد غرر، وأيا كان الحق الذي يتولد منه الالتزام به عينيا أو شخصيا وأيا كانت طبيعته مدنيا او تجاريا او إداريا .

وقد يصدر الالتزام عن إرادة منفردة وهي غير العقد الملزم لجانب واحد الذي لا يتم الا باتفاق ارادتين، ومثاله عقد الوديعة بدون أجر يلتزم الوديع أن يحافظ على الوديعة وأن يردها إلى المودع ولا يلتزم المودع شيئا بينما في الالتزام المترتب عن تصرف الإرادة المنفردة كالوعد بجائزة والوصية والوقف يلتزم المتصرف وفق تصرفه الصادر عنه بإرادته وحده دون إرادة الطرف الآخر الدائن له.

وبإنشاء العقود تتولد عنها التزامات مرادة للتنفيذ، فثمرتها هي تنفيذها ولا ينفع عقد لا نفاذ له.

لكن تنفيذ العقد لأنه إيجاب على الملتزم لا يحول تكونه باتفاقه عليه دون حقه في المطالبة بدفع آثاره عنه اما بطلانا أو إبطالا أو فسخا أو انفساخا أو استحالة في تنفيذه او دفعا في هذا التنفيذ بإرهاقه وتحميله خسارة فادحة .

كل هذه الأوضاع تقوم أسبابا للمطالبة بحقوق للملتزم لرد التزامه المستحق عليه بالعقد الذي أنشأه.

وكي لا نطيل الكلام على الأوضاع القانونية التي يَبطل فيها العقد ويزول الالتزام بالتبع لذلك أو يُبطل أو يفسخ او ينفسخ بحكم القانون فإن مقاربة تأثر الالتزامات التعاقدية بمرض كوفيد 19 تقتضي أن نعرض لمدى هذا التأثير إما ببطلان العقود المرتبة للالتزامات في جانب المدينين او تعذر تنفيذها او إعادة التوازن الاقتصادي لها كي يحق للدائنين تنفيذها على المدينين أو التراخي فيها لتنفيذها مع عدم ترتب أي جزاء.

تأثير المرض على إرادة الملتزم أثناء تكوين العقد

بالإضافة إلى بطلان العقود بطلانا مطلقا طبقا للفصل 306 من ق ل وع في حالتي نقص ركن من أركانه أو إن قرر القانون بطلانه يلحقه الابطال بسبب عيوب الإرادة أو إذا قرر القانون كذلك إبطاله ولذلك يلحق العقود بطلان بنص القانون أو يلحقه إبطال كذلك بنص القانون فإن حصول عيب من عيوب الإرادة أثناء تكوين العقد يعطي الحق لمن عيبت إرادته أن يطلب إبطاله بسبب تلك العيوب

وهي معدودة حصرا في القانون من غلط وتدليس واكراه وغبن وبالإضافة الى هذه العيوب نص القانون على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة كالطيش والهوى الجامح.

وببطلان العقود او إبطالها أيا كانت أسباب البطلان او الابطال تزول هذه العقود ويستتبع زوالها زوال الالتزامات التي رتبتها .

وللإحاطة ولو بإيجاز بحالات البطلان والابطال القانونية نبادر إلى القول بأن البطلان يتقرر عند نقص ركن من أركان العقد : العاقدين والمحل والسبب وركن الشكل وركن التسليم عند الاقتضاء وبمقتضى نص في القانون كتفويت تركة حي (ف 61 من ق لو ع) وقسمتها بين من يفترض أنهم ورثته والقرض بفائدة بين المسلمين (ف 870 ق ل وع) وتنازل شريك عن حقه في طلب قسمة المال المشاع او المشترك (ف 978 من ق ل و ع) وبطلان عقود المقامرة والرهان والالتزامات المترتبة عنها والتزامات اتفاقات تعليم أعمال السحر والشعوذة وأدائها (ف 729 من نفس القانون)

الابطال المقرر بمقتضى القانون:

يدخل في حالات الإبطال بنص في القانون حالة المرض التي ستكون محل تحليل في هذه الدراسة لصلة هذه الحالة بمرض كوفيد 19 للوقوف على تكييف تأثيره على العقود والالتزامات من وجهة نظر القانون إذ إن طابع القاعدة القانونية أنها عامة ومجردة وتوقعية وملزمة.

وتوجد أمثلة أخرى لإبطال العقود وزوال الالتزامات المترتبة عنها منها على سبيل المثال الفصل 485 من قانون ل و ع يخول المشتري أن يطلب إبطال بيع ملك الغير إذا لم يقره هذا الغير والفصل 1085 من ذات القانون يجيز لدائن شريك تقاسم مالا مشاعا مع شركائه دون حضوره مما أضر بمصلحته طلب ابطال القسمة

ورجوعا إلى المرض في تكييفه القانوني من حيث إنه حالة يجوز فيها للملتزم أن يطلب إبطال عقده الذي التزم فيه وهو مريض، ومن ذلك مرض كوفيد 19 ويعتبر لذلك حالة للإبطال بنص القانون وليست من قبيل نص القانون على الابطال بسبب عيوب الإرادة .

ومرض كوفيد 19 او فيروس كورونا المستجد أو الفيروس التاجي المستجد أو فيروس المتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة من فيروسات كورونا او الفيروسات التاجية التي تسبب أمراضا عدة منها الالتهاب التنفسي الحاد الوخيم .

ويعرف قبل هذا المرض مرض (سارس) ومرض (ميرس) او متلازمة الشرق الأوسط التنفسية وايبولا وانفلونزا الطيور وانفلونزا الخنازير.

واكتشف مرض كوفيد 19 في شهر ديسمبر من سنة 2019 في مدينة ووهان الصينية وتفشى وانتشر في بلدان العالم بوتيرة رهيبة فلم يكن من منظمة الصحة العالمية إلا أن أعلنته جائحة في مارس 2020

مفهوم الجائحة

يجد مفهوم الجائحة اصله في الشرع الإسلامي ومعناه اللغوي الاهلاك والاتلاف لمال او نفس ولا يختلف مفهومها في اللغة عن المعنى الاصطلاحي الفقهي فعرفها ابن عرفة بأنها "ما أُتلف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من ثمر او نبات بعد بيعه "

والمقصود بالمعجوز عن دفعه كل حدث لا يستطاع دفعه مثل الحريق والمطر والغرق والريح العاصفة والزلازل والفيضانات والحروب وغيرها والأمراض الخطيرة الوخيمة المهلكة للزروع والحيوانات والإنسان والمعطلة للحركة التجارية والاقتصادية مثل مرض كوفيد 19 وقد قيد ابن عاصم رحمه الله في نظم التحفة الجائحة بعدم القدرة على دفعها بقوله في عبارة جامعة :

وَكُلُّ مَا لاَ يُسْتَطَاعُ الدَّفْعُ لَه // جَائِحَةٌ مِثْلُ الرِّيَاحِ المُرْسَلَة.

أما وضع الجوائح عن المشترين - ومفهوم الشراء أو البيع في الشرع يشمل جميع المعاوضات وليس البيع بالثمن النقدي فقط - فإن أصله ما جاء في الموطأ قال حدثني يحيى عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن امه عمْرة بنت عبد الرحمان أنه سمعها تقول : ابتاع(اشترى) رجل ثمر حائط (بستان) في زمان رسول الله فعالجه وقام فيه (تعهده) حتى تبين له النقصان (أي عن القدر الذي اشتراه) فسأل رب الحائط (البائع) أن يضع له او ان يقيله (ينقص الثمن أو يتنازل عن البيع) فحلف ألا يفعل فذهبت أم المشتري إلى رسول الله فذكرت ذلك فقال رسول الله: تألى (حَلَفَ) ألا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله رب الحائط، فقال يا رسول الله هو له. (نزل للمشتري عن الثمر على نقصه دون ثمن). وذلك وضع للجائحة عن المشتري بعد ما علم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حَدَّثَ بأن وضع الجائحة عن المشتري منه هو خير له .

وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك حديث شريف قال فيه : "من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئا على ما يأكل أحدكم مال أخيه".

وعن جابر رضي الله عنه أنه قال: "أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح ".

ويعني وضع الجوائح عن المشترين تحمل تبعة هلاك المبيع او تلفه كله أو تلف ثلثه فما فوق من البائعين لأنه لا يزال في ضمانهم لعدم قبضه وإن كانت التخلية الحاصلة عند عقد العقد ينتقل بها الملك للمشترين إلا أن البائعين لا يزالون لم يكملوا التوفية وهي التمكين بالقبض للمبيع من المشترين

وقد لخص الشيخ خليل أحكام الجائحة في مختصره بقوله: "وتوضع جائحة الثمار كالموز والمقاثي (كالبطيخ والخيار والقرع ويسمى كذلك الفقوس) وإن بيعت على الجذِّ وإن من عريَّته (بمعنى جواز شراء المُعرِي عريته لترخيص الشرع له والعرية هبة تمر النخيل مدة عام فيجوز أن يشتريه المعري رُطَبا قبل يبسه يعجل الثمن لمن أعراه فإذا جِيح التمر وُضعت الجائحة عن المشتري الواهب) لا مهرٍ (فلا توضع الجائحة عن زوجة مهَرها زوجها ثمرا أو شيئا هلك بجائحة لأن الزواج مبني على المكارمة لا المشاحة) إن بلغت ثلث المكيلة (ولا مفهوم للمكيلة ويدخل في الجائحة كل مكيل او موزون او معدود) ولو من كصَيْحانيٍّ او بَرْنيٍّ (صنفان من التمر) وبُقِّيت لينتهي طِيبُهَا وأفردت او ألحق أصلها لا عكسه او معه ...إلى أن يقول : وهل هي مما لا يستطاع دفعه كسماوي وجيش أو وسارق خلافٌ وتعيبها كذلك.

ويستفاد من نص الشيخ خليل الآنف الذكر أن الجائحة في الفقه توضع عن المشتري بشروط ثلاثة:

1 - أولاها إن بلغت الجائحة ثلث المبيع فأكثر يستنزل من الثمن قدره إن أبقي على البيع أو ينفسخ البيع كله .

2 - ثانيها إن بقيت الثمرة في أصلها لانتهاء طيبها لا لغرض آخر وإلا لا توضع الجائحة.

3 - ثالثها لا جائحة في بيع الثمر مع الأصل أو إلحاق الأصل بها.

ويقصد من هذه الشروط حفظ مصالح كل من البائع والمشتري من أجل ألا تكون الجائحة وسيلة أو ذريعة للمشتري يأخذ بها مال البائع بالباطل.

ومهما يكن من أمر فإن مالك الشيء يضمنه وله خراجه لذلك وهو نتاجه وغلته وما لم يقبض المشتري ما اشتراه وهلك جائحة ولو ملكه ولم يكمل البائع توفيته توضع عن المشتري الجائحة إذا أصابت فوق ثلث المبيع ويصدق مفهوم الجائحة على كل ما لا يستطاع دفعه ويتسبب في هلاك ما بيع بيعا مدنيا او تجاريا، بيعا وطنيا أو دوليا.

ومرض كوفيد 19 وإن صنف بأنه جائحة فإن وخامته وفتكه بالإنسان لا بالأموال، لكن تأثيره من فتكه بالإنسان يتسبب في أزمات اقتصادية واجتماعية فلا يتأتى مع تفشيه وانتشاره والذعر من الإصابة به مباشرة الأنشطة الاقتصادية والتجارية والمعاملات المدنية وتتعطل الأعمال والدخول فيعجز الملتزمون بعقود سابقة عن ظهوره عن توفية التزاماتهم ومن العقود ما تحدها آجالها كعقود الكراء والتامين وعقود الوعود وعقود البيع المؤجلة الوفاء والعقود المقترنة بشروط أو آجال واقفة أو فاسخة أو عقود التوريد او الاستصناع أو عقود التصدير والاستيراد وغيرها من العقود الكثيرة والمتعددة.

ومن وجهة نظر القانون والفقه كذلك فإنه يبدو بداهة أن مرض كوفيد 19 إذا اقترن بتكوين العقد أيا كان العقد بدأ من الطلاق بين الزوجين إلى أنواع العقود التبادلية جميعها المدنية والتجارية والإدارية وعقود الإرادة المنفردة تنطبق عليه أحكام المرض المعتبر حالة إبطال بمقتضى القانون وفقا للفصل 54 من ق ل وع وذلك متى شفي منه المريض الذي تصرف في أمواله مع الغير بعوض وإلا إن مات من مرض كوفيد 19 فإنه يعطاه حكم المريض مرض الموت سواء تعلق الأمر بالمعاملات العوضية أو غير العوضية، فكيف ينطبق على مرض الكوبيد 19 حكم المريض الذي يشفى منه وكان قد تصرف بالبيع أو المعاوضة أو الشركة او غيرها من العقود العوضية؟

وللإجابة على هذا التساؤل يبدو أن المقاربة الرصينة الكفيلة بتقديم حلول واضحة أن نتناول بالمقارنة وتتبع التحليل الممنهج لأحكام الفقه القانوني في نظرية الاستغلال وهي نظرية تعالج مسألة الإخلال بتوازن العقود ولا سيما في جانب اقتصادياته ما لم يكن للمتعاقد المريض من سبيل للمطالبة بإبطال العقد للغبن الذي لحقه إذا كان قاصرا أو غبن مع التدليس غير الدافع عليه.

ذلك أن حالة المرض يُقدّرُ أَثَرَهَا في إبطال العقد القاضي بأن كان فيه جور وحيف وعدم توازن بين البدلين.

وغبن المريض مرضا شفي منه إذن هو الغبن الفاحش بأن كان فوق ثلث القيمة ولم يكن قاصرا أو لم يثبت التدليس غير الدافع أو كان دون ثلث القيمة و لكنه فاحش ومضر بالمريض المتعاقد ولم يكن مكرها لأن الإكراه وحده سبب للإبطال ويتبين أن المتعاقد معه استغل حالته من المرض ليحصل على العقد معه ويغبنه غبنا فاحشا ، ومن هنا سمي بالغبن الاستغلالي فما يميز غبن المريض أنه غبن استغلالي وجدت لدى الغابن نية استغلال حالة المريض ليحصل على بدل في العقد لا يعادل في قيمته البدل الذي يقدمه.

ودلالة المرض وفقا للفصل 54 من ق ل وع عامة في كل معاملة عوضية بيعا وغيره بخلاف المريض مرض الموت قَصَرَ حُكْمَهُ الفصل 479 من نفس القانون على المريض مرض الموت.

وفي حالة بيع او معاوضة او شركة أو أي معاملة عوضية من مريض مصاب بكوفيد 19 إلا أنه شفي منه طبق حكم الفصل 54 المشار إليه فهو وإن كان مرضا قاتلا فتاكا إلا أن الشفاء منه وارد فإن شفي المريض به وكان قد عقد عقدا عوضيا بيعا وغيره وغبن فيه غبنا فاحشا مضرا به جاز له أن يطلب إبطال العقد على أن يثبت اصابته بالمرض وحصول العقد وهو مريض، ووجود غبن فاحش عليه في البدل الذي أُدِّي إليه من المتعاقد معه ، ونيته في استغلال حالته من مرض كوفيد 19 للحصول منه على العقد منه لأكل ماله بالباطل فيبطل القاضي عقده وهو كما سبق القول إبطال بنص القانون، وليس إبطالا لعيب الإرادة .

مرض كوفيد 19 مرض مميت أدى إلى موت المريض المتصرف في مرضه

ليست نظرية مرض الموت في الرأي المعتمد والغالب في الفقه كنظرية قانون ل و ع فيه من عدة أوجه، ففي الفقه حكم النظرية عام في جميع المعاملات العوضية وغير العوضية وفي الطلاق بما فيه طلاق الخلع وطلاق التمليك، يطرد نفس الحكم ألا وهو أن المريض مرض الموت لا حجر عليه في معاملاته العوضية وتبطل معاملاته غير العوضية من هبة وصدقة وغيرها إلا ما كان من تحولها إلى وصية لغير الوارث.

1- طلاق مريض كوفيد 19المتوفى منه.

طلاق مريض كوفيد 19 الذي يُتوفى منه وخلعه وتمليكه الطلاق لزوجته وفراقها له تمليكا لطلاقها ، ترثه ويرثها في كل طلاق او تطليق ولو بائنا فلا يسقط حق إرث أحدهما من الآخر المتوفى

ولو كان الطلاق قد أنهى العلاقة الزوجية، إلا أنه عند وقوعه كان المتوفى مريضا بهذا المرض لتوفر شرط المرض المخوف فيه وهو أنه مرض فتاك وغير متطاول وحصلت الوفاة اتصالا به، وفي مختصر الشيخ خليل " ونفَذ خلعُ المريض ووَرِثته".

2 - تصرفات مريض كوفيد 19 غير العوضية:

عطية المريض بكوفيد 19 الذي يصاب بالموت منه تخرج مخرج الوصية ، فتبطل عطيةً من هبة وصدقة وحبس وغيرها وتؤول وصيةً تحمِل من تركة المريض الهالك ثلثَها لغير الوارث وتجوز للوارث بإجازة الورثة وتحتاج إلى الحوز .

لكن إذا لم يمت من مرضه فإن عطيته هبةً وغيرها صحيحةٌ وملزمة له لأنه لا يتهم بشيء على ورثته وعلى دائنيه.

ومن الجدير بالملاحظة أن مرض كوفيد 19 تنطبق عليه شروط المرض الذي تبطل به التبرعات لأنه مرض مخوف لحكم الأطباء ومنظمة الصحة العالمية بأنه مرض مهدد بالموت وفتاك قاتل ولأنه غير متطاول في الزمن فهو يصيب المصاب وبعد مدة قد يشفى منه او يودي به، والفقه على أن المرض الذي يطول بصاحبه لا يبطل به تصرفه غير العوضي ولو مات منه لأنه لا شبهة على المريض بأنه أراد حرمان الورثة من إرثه او الدائنين من توفية ديونهم.

3 ـ تصرفات مريض كوفيد 19 العوضية.

في ق ل وع لم يعرض المشرع لمرض الموت إلا في البيع بمقتضى الفصل 479 منه ويقتصر لذلك حكمه علي البيع دون المعاملات العوضية الأخرى من معاوضة وشركة وكراء وقرض وعارية وقسمة وغيرها من عقود مسماة أو غير مسماة تبادلية.

ويبدو أن العقود العوضية التبادلية لا يختلف حكم المريض مرض الموت فيها فلا معنى أن يبطل عقد البيع لمرض الموت لوجود محاباة فيه لأحد الطرفين ولا يبطل عقد معاوضة مثلا لمريض مرض الموت حابى فيه أحد الطرفين الآخر.

إلا أن الإشكال يطرح في تطبيق أحكام الشرع في مرض الموت في غير البيع لاختلاف هذه الأحكام عن أحكام بيع المريض مرض الموت في ق ل وع.

والذي يتجه أن فراغ ق ل وع من أحكام مرض الموت في غير البيع يقتضي تطبيق أحكام الشرع خاصة وأنه في غير المعاوضات تطبق حتما هذه الأحكام.

ومهما يكن من أمر نعرض لأحكام الشريعة بصفة عامة في معاوضات المريض مرض الموت وخاصة مرض كوفيد 19 بوصفه مرضا مميتا ولبيع المريض به في ق ل وع.

تصرفات مريض كوفيد 19 المتوفى منه العوضية في منظور الشرع الإسلامي

القاعدة في الشريعة الإسلامية أنه لا حجر على المريض في معاوضاته لأنه لا يتهم بشيء فيها فهو مالكُ أمواله ويملك حق التصرف فيها بالتفويت العوضي فلا يخرجها من ذمته بلا ثمن وإنما يعاوض بها بثمنها نقدا وغيرَه فلا يوجد سبب للحجر عليه فيها وفي ذلك قول الشيخ خليل رحمه الله: "وحُجر على مريض في غير مؤنته وتداويه ومعاوضة مالية"

وقول صاحب التحفة:

وَمَا اشْتَرَى المَرِيضُ أَوْ مَا بَاعَا -- إِنْ هُوَ مَاتَ يَأْبَى الامْتِنَاعَا.

وهذا المنع للحجر على المريض في معاوضاته بما فيها البيع يراعى فيه معادلة قيمتي العوضين فإذا تعادل العوضان ولم تكن زيادة او نقصان في أحدهما لا يبطل التصرف بيعا وغيره وهو ما يصطلح عليه بالمحاباة، فينظر إلى ما زاد او نقص في قيمة أحد العوضين بوصفه محاباة أي عطية تبطل لأن المحابي مريض بكوفيد 19 المميت ومات منه فعلا فلا يجوز أن يحابي بماله وتبطل محاباته في حدودها لا العقدُ كله ، فإذا باع مثلا بثمن يقل عن قيمة الشيء وهو مريض بهذا المرض وتوفي منه فإن المبيع وفق أحكام الفقه يقتصر على البيع فيه على ما عادل منه الثمن كأن يكون باع مثلا هكتارين من أرض وكان الثمن لا يعادل إلا قيمة هكتار واحد فإن البيع صحيح في هكتار واحد بينما الهكتار الثاني يبطل فيه ويتحول إلى وصية تصح للمحابى الأجنبي في ثلث تركته وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة أو الدائنين إن كانوا وتبطل للمُحابى الوارث إلا إذا اجازها الورثة أو الدائنون .

وكذلك إذا كان المشتري هو المحابي المصاب بمرض كوفيد 19 للبائع له، بأن دفع ثمنا يجاوز في قيمته قيمة المبيع فإن ما زاد عن هذه القيمة محاباة يبطل الثمن في حدودها ويسترده الورثة أو الدائنون من البائع ولا يصح الشراء الا في حدود ما يعادل المبيعُ الثمنَ إلا أنه إن كان البائع أجنبيا

يأخذ الثلث من تركة المشتري وصيةً فإذا عادلت هذه الزيادة الثلث أخذها كلها وإلا رجع إلى الثلث فيه وما زاد عن ذلك يحتاج إلى إجازة الورثة أو الدائنين وإذا كان وارثا ليس له أخذ شيء إلا بالإجازة كذلك

ومن الفقهاء من جعل المحاباة والتوليج وهو الصورية مسألة واحدة فإذا ثبتت المحاباة في معاوضات المريض مرض الموت بيعا وغيره بطلت المعاملة كلها بلا فرق بين المحاباة والتوليج او الصورية والتوليج هو إدخال البيع على الهبة من أجل إسقاط شرط الحيازة وذلك تحايل يوجب بطلان البيع فإذا ثبت أن المريض بكوفيد 19 باع في مرضه وتوفي منه وكان الثمن الذي باع به غير معادل لقيمة المبيع او فيه محاباة بأقل من الثلث او كان المشتري هو المحابي للبائع بدفع ثمن أعلى من قيمة المبيع بالثلث فإن البيع يبطل كله. وهذا قول بالبطلان مطلقا وهو نفس الحكم الذي ينص عليه ق ل وع.

بيع المريض بكوفيد 19 المتوفى منه وفق ق ل وع.

ينص على أحكام المريض مرض الموت الفصل 479 من ق ل وع وهو يحيل على الفصلين 344 و345 منه للتفرقة في حكم المحاباة فقط بين المحابى الأجنبي والمحابى الوارث.

والذي يستخلص مما تنص عليه هذه الفصول أن المحاباة تبطل البيع مطلقا فإذا ثبتت في البيع من جانب البائع او المشتري بطل البيع بسببها لأنه بيع محاباة وهو نفس الحكم المشار إليه آنفا في رأي بعض الفقهاء بجعلهم المحاباة توليجا او صورية بإدخال البيع على الهبة تحايلا على شرط الحيازة.

ومرض كوفيد 19 الذي يُتوفى منه المريض ويكون في مرضه باع لمشتر منه او مشترٍ مصاب به يشتري ويحابي البائع ويُتوفى من هذا المرض سواء أُخِذَ فيه بشروط مرض الموت في الفقه او بمطلق المرض وفقا للفصل 479 من ق ل و ع إذا ثبتت المحاباة من أحد المتعاقدين لآخر يبطل بها البيع من غير حاجة إلى الخوض في تحديد طبيعة المرض لأنه مرض خطير وخيم وقاتل فتاك لما شهد به أهل الاختصاص والسلطات الصحية الوطنية والدولية ولما جند له من موارد وطاقات بشرية ومالية ولوجيستيكية دل كل ذلك على خطورته وتهديده وعواقبه وآثاره الجائحية على مستوى الأنفس والاقتصاد والمال والحياة الاجتماعية والاسرية (عزل الأفراد المصابين عن الأسرة ولو كانوا أطفالا

صغارا ذكورا او اناثا والأزواج بعضهم عن بعض) إضافة إلى الآثار النفسية للمصابين واقربائهم والمضاعفات التي يتركها رغم الشفاء منه.

وحالة العموم لمرض الموت في الفصل 479 بينة، فإذا باع مريض ومات من مرضه وكان في البيع محاباة، أو اشترى وكان في الشراء محاباة بدفع ثمن أعلى من القيمة بالثلث - وإن لم يحدد القانون ما يعد محاباة نقصا أو زيادة - فإن البيع يقع باطلا كله، ويحتج بالبطلان الورثة والدائنون.

ولأن المحابى الوارث لا تصح له الوصية فإن البيع يبطل ولا تنقلب المحاباة وصية، غير أن إقرار الورثة للبيع او اجازتهم له يلزمهم ولم ينص الفصل 344 من ق ل وع على ما إذا كان هذا الإقرار عطية من الورثة وإنما ربط بين البيع وصحته بإقراره، وهو ما يعني أن الإقرار يصححه ولا يحوَّل به إلى عطية منهم.

وأما المحابى الأجنبي في بيع بالثمن أو بالمبيع من المريض مرض الموت بما في ذلك كوفيد 19 فإن البيع يصح له في حدود ثلث تركة الميت بعد سداد الديون ومصروفات جنازته ويبطل ما عدا ذلك.

ومثل هذه الصيغة تشْكل على فهم الحكم الصحيح لأن تحديد ما يحق للمحابى في الثلث يفهِم الوصية وهي عطية بلا مقابل ويقتضي ذلك استرجاع المحابى ما دفعه ثمنا أو مبيعا، لكن مع ذلك نص الفصل على صحة البيع في حدود الثلث ، وذلك يقتضي نفاذ البيع في ثلث التركة كان الثمن معادلا له أو كان المبيع معادلا أم لا.

والأوفق والله أعلم وأحكم أن يتحول البيع الباطل إلى وصية تصح لغير الوارث في الثلث ويسترد الثمن إذا كان مشتريا وإذا كان المشتري هو المحابى يأخذ ثلث التركة وصيةً يقدر في المبيع ويرد الباقي.

ويسترد الثمن الذي دفعه لبطلان البيع ولأن الوصية لا ثمن فيها.

تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا المستجد

كما سبق القول ينشأ الالتزام عن العقد التبادلي او المنفرد ويأخذ طبيعته القانونية من طبيعة العمل او الحق الصادر فيه مدنيا او تجاريا او عقد شغل او عقدا إداريا ويكتسب المتعاقد الآخر الحق في تنفيذه على الطرف الذي التزم له فهو حق له والتزام على الطرف الآخر، واثر الالتزام هو تنفيذه،

ولا معنى لالتزام بدون تنفيذه ، ولذلك إن امتنع عن التنفيذ يجبر عليه، وينفذ الالتزام عينا او تعويضا عينيا او تعويضا نقديا، بالتنفيذ العيني مثل نقل حق ملكية أو تسليم مبيع او استيراد سلعة او أداء دين أو أداء شغل أو القيام ببناء أو تنفيذ تسليم قرض او تقييد حق او تسليم رهن حيازي أو أداء أعمال وكالة او أداء أجرة او كراء او نقل بضاعة في الداخل او الخارج او تقديم عمال أو رد وديعة او تصدير إلى الخارج او صنع منتج أو تقديم ضمان إلى غير ذلك مما تشتمل عليه العقود من التزامات يستوجب تنفيذها عينا.

ويلتزم الملتزم في القيام بالعمل في حدود طبيعة التزامه الذي يحدده عقده إما تحقيقَ نتيجة او بذل عناية لأنه لا تكليف فوق الإمكان او بالمستحيل، فناقل الملك التزامه التزام نتيجة ومصدّر بضاعة يجب أن يحقق نتيجة التصدير والناقل يجب أن يحقق نتيجة الإيصال والمشتري يجب أن يتسلم المبيع، والملتزم اوصافا معينة او صفات في المنتوج او المبيع يجب أن يتحقق كل ذلك تنفيذا عينيا بتحقيق النتيجة لما التزم به والمودع لديه في العقد الملزم له وحده يحقق التنفيذ عينا بحفظ الوديعة وردها إلى المودع، والمكري والمكتري في التزاماتهما المتبادلة يجب أن يحققا نتيجتها من باب التنفيذ العيني والاغلبية في الملك المشاع عليها أن تحقق نتيجة الإدارة النافعة للملاك والطبيب أحيانا عليه أن يحقق نتيجة عمله الطبي كطبيب التجميل أو إذا التزم اتفاقا أن يؤتي عمله العلاجي نتيجة وإلا فإن التزامه التزام بذل عناية الطبيب اليقظ المتبصر المطلع على الأصول الطبية وعلى تطور علم الطب ومستجداته وتطور علم الأدوية، وعلم الفيروسات والأوبئة، وفي هذا الصدد يتعين عليه أن يصف الدواء المناسب الناجع، وأن يحقق في ذلك النتيجة لا فقط بذل العناية ومن التزامات النتيجة عليه التزام تبصير المريض وأهله بالعقابيل والمضاعفات والعواقب التي يمكن أن تنجم عن علاجه ولا سيما إن كان هذا العلاج عن طريق إجراء عملية جراحية ومع الأسف يلاحظ لدى بعض الأطباء جهل كبير او تجاهل مقصود بالتزاماتهم المهنية حتى إنهم قد يبدو منهم الاستياء من استفسار المريض او أهله عن العلاج المناسب لأطباء آخرين وهذا الحكم ليس حكم قيمة، وإنما هو أمر واقع ومعيش يشهد به الجميع.

ولعلاج ربما هكذا عقلية لدى البعض من الأطباء ولا تعميمَ في هذا الصدد وجب عقد دورات تكوينية في الواجبات القانونية للطبيب، لأن في وعيه بواجباته المهنية حماية له أولا، وحماية لصحة الناس الذين قد تنتكس حالتهم الصحية أو قد يتوفون بسبب اتخاذ الطبيب لقرار متسرع وغير مدروس ولا محسوب العواقب.

والموثق والعدلان والمهندس أيا كان اختصاصه، التزاماتهم التزامات تحقيق نتيجة فإذا لم تتحقق يُخلون بتنفيذها.

وعمل المحامي في عقد وكالته عن موكله التزام ببذل عناية لأن الدعوى لا يمكن أن يُضْمَنَ نتيجة الحكم فيها، وهو المبدأ في التزام المحامي وإن كانت بعض القضايا واضحة ولا تحتمل الخسران بالنظر إلى قطع وحسم القانون فيها كقضية عقار محفظ يُستند فيها إلى أثر التحفيظ بالتطهير.

واما الالتزام بعدم القيام بعمل فمثل التزام عدم المنافسة أو عدم القيام بعمل كبناء حائط او فتح مطلات أو عدم إغلاق طريق وتنفيذ الالتزام في هذه الحالة سلبي ، هو عدم القيام بالعمل الملتزم بأن لا يأتيه الملتزم، فإن فعله خالف الالتزام وحينئذ ينفذ التزامه بعدم القيام بعمل بالتعويض العيني او النقدي. ومثال التعويض العيني أن يبني حائطا كان التزم ألا يبنيه في ملكه ، فَيُلْزَمُ بهدمه تنفيذا لالتزامه عن طريق التعويض العيني بينما لو التزم بائع متجر ألا ينافس المشتري في تجارته بعد بيعه له إلا أنه أخذ يتاجر بنفس التجارة التي التزم الا ينافسه بها، فإن إخلافه لالتزامه ينفذه عن طريق التعويض النقدي عن الضرر الذي الحقه به .

لكن ما تأثير تفشي مرض كوفيد 19 على تنفيذ الالتزامات؟

الأصل في تنفيذ الالتزامات تنفيذها عينيا كما سبق القول حسب طبيعة ما يراد تنفيذه من هذه الالتزامات المحددة سلفا بعقودها، فلا ينصب التنفيذ العيني إلا على الحق المحدد في السند المنشئ له، وأي التزام مصيره إلى الانقضاء الحتمي له، فلا يوجد التزام أبدي غير منقضٍ وهو خلاف الحقوق العينية منها الدائمة، ومنها المؤقتة المنقضية كحق الانتفاع والكراء الطويل الأمد، والاستعمال والسطحية والزينة والجزاء والجلسة والاستئجار.

وأسباب انقضاء الالتزامات مذكورة في القانون على سبيل الحصر وخاصة ق ل و ع في الفصل 319 من الوفاء والابراء الاختياري، والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والتقادم، والاقالة الاختيارية، واستحالة التنفيذ.

وأسباب الانقضاء هذه متميزة عن أسباب زوال العقود المولدة للالتزامات كالإبطال والفسخ والرجوع في الوصية والهبة عند جواز الرجوع فيها، وإن كان زوال العقد يؤدي إلى زوال الالتزامات لأن الفرع يتبع الأصل في الزوال فلا يقوم الفرع والأصل ساقط كما أن زوال الالتزامات يستتبع زوال العقود المنشئة لها .

ويرتب عدم تنفيذ الالتزام في جانب المدين تعويض ضرر الدائن اللاحق به، بسبب عدم التنفيذ وبعبارة أخرى تترتب عليه المسؤولية العقدية لإخلاله بتنفيذ التزامه وثبوت خطئه وتسببه في ضرر الطرف الآخر الدائن له، إذا كان هذا الطرف أدى التزامه المقابل او عرض أن يؤديه فيحق له طلب فسخ العقد. وطلب التعويض عن ضرره يقدره القاضي حسب عناصر وأسس واقعية لبيان مدى الضرر للتنسيب بينه وبين التعويض.

ومن بين أسباب انقضاء الالتزام القانونية استحالة التنفيذ متى تحققت شروطها، وليست الاستحالة من قبيل فسخ العقد وإنما ينقضي بها الالتزام ويزول العقد بسبب انقضاء الالتزام لأن انقضاء التزام طرف يستتبع انقضاء التزام الطرف الآخر ولا يمكن أن تبقى للعقد قائمة ، ومفهوم الفسخ أنه جزاء عن الإخلال بالالتزام أو عن المسؤولية العقدية الواجب فيها إثبات الخطأ في جانب المدين.

في حين يُفْتَرَضُ في استحالة التنفيذ عدم نسبة الخطأ إلى المدين ، فلا يد له في حصول هذه الاستحالة في التنفيذ وإنما ترجع إلى سبب أجنبي، فهل عدم تنفيذ التزام في ظل انتشار مرض كوفيد 19 يصدق عليه مفهوم استحالة التنفيذ؟ وما ذا يقصد باستحالة التنفيذ ؟

1- مفهوم استحالة التنفيذ.

تتحقق استحالة التنفيذ للالتزام إذا أصبح التنفيذ مستحيلا وكانت هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

ولا تطرأ استحالة التنفيذ إلا إذا نشأ الالتزام ممكنا ، وشرط المحل في العقد أن يكون ممكنا (القيام بعمل او الامتناع عن عمل) أو موجودا إذا كان عينا معينة بالذات، ولا يكفي في انقضاء الالتزام أن يصبح مرهقا للمدين ويجب أن يستحيل تنفيذه .

والاستحالة اما فعلية أو قانونية فالفعلية كهلاك المبيع مثل تلف أزهار نادرة مستوردة بسبب أجنبي، وهلاك كل شيء مبيع قيمي لا يقوم مقامه مثله كما في المثليات، أو بيع مخطوط وقبل تسليمه للمشتري يسرقه سارق،أو يأتي عليه حريق أو مطر فيستحيل أن يسلمه بائعه وينقضي التزامه.

وقد تكون الاستحالة قانونية كمن يبيع عقاره وقبل أن يسلمه او يقيد بيعه في الرسم العقاري تنزع ملكيته على اسمه فيستحيل عليه تنفيذ التزامه وينقضي هذا الالتزام باستحالة تنفيذه، ومثل أن يلتزم طبيب علاج مريض ويصاب بالجنون فيستحيل أن ينفذ التزامه، أو يلتزم صاحب سيارة أجرة نقل

شخص فتحجز منه رخصة النقل أو يصاب بمرض يقعده الفراش فلا يستطيع الحركة، وينقضي التزامه باستحالة تنفيذه.

والشرط الثاني لاستحالة التنفيذ بعد الاستحالة الفعلية ألا يكون للملتزم يد في حصول هذه الاستحالة فإذا كان هو السبب فيها لم ينقض التزامه وانقلب إلى تعويض يؤديه للدائن وهو أيضا تنفيذ لالتزامه لكن بالتعويض وليس عينيا.

وإذا أثبت المدين أن استحالة التنفيذ لا ترجع إلى خطئه وانما إلى سبب أجنبي من قوة قاهرة او حدث فجائي أو خطأ الدائن أو خطأ الغير انقضى التزامه لاستحالة التنفيذ وأجنبية السبب عنه، فما هو مفهوم القوة القاهرة ؟ وهل يعتبر مرض كوفيد 19 قوة قاهرة او حدثا طارئا؟ وكيف يؤثر مرسوم فرض الطوارئ الصحية على تنفيذ الالتزامات من حيث إنه فعل الأمير؟

2 مفهوم القوة القاهرة وتمييزها عما يشبهها وهل مرض كوفيد 19 ومرسوم قانون الطوارئ الصحية ومرسوم تطبيقه قوة قاهرة؟ وما هو أثرهما على تنفيذ الالتزامات التعاقدية ؟

القوة القاهرة حدث اجنبي عن الملتزم غير متوقع وغير مستطاع دفعه او معجوز عن دفعه بالعبارة الفقهية ويُمثَّل لها بالزلازل والعواصف والفيضانات والحروب والأوبئة، ومنها مرض كوفيد 19 والأسر والسرقة والحرائق والغرق والثلج والفتنة والحصار والتشريع بمعناه الواسع من قانون ومراسيم قانونية أو تطبيقية وقرارات وأوامر إدارية كلها تدخل في مفهوم فعل الأمير.

ولا تختلف القوة القاهرة عن الحدث الفجائي فكلاهما غير متوقع ولا مستطاع الدفع والرد ولا يد للملتزم فيهما ، غير أن من الفقهاء من ميز بينهما بأن القوة القاهرة ما كان حدثا خارجيا كالزلازل والعواصف، والحدَثَ الفجائيَّ ما كان داخليا كانكسار آلة وانفجار عجلة وانزلاق سيارة ما لم يكن السبب من مالكها المسؤول كتآكلها.

وفي رأي الأستاذ عبد الرزاق السنهوري لا فرق بين القوة القاهرة والحدث الفجائي لأن شروطهما هي نفسها من عدم إمكان التوقع المطلق بمعنى التوقع المنتظر من أشد الناس فطنة ويقظة - واستحالة الدفع المطلقة بمعنى من أي شخص يوجد في موقفه لا بالنسبة إليه وحده - وألا تكون للمدين يد فيهما ويصدق عليهما أنهما سببان اجنبيان كخطأ الدائن وخطأ الغير .

وإذا ثبتت القوة القاهرة استحال على المدين التنفيذ لا بسبب منه وإنما بسبب أجنبي هو القوة القاهرة أدت إلى انقضاء الالتزام وليس فقط إرهاق المدين فيه واختلال توازن اقتصاديات العقد وهو الفرق بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ التزام المدين مكلفا كثيرا له ومرهقا، ومهددا لذلك بخسارة فادحة له، ففي حالة ألا يستحيل دفع الحوادث الطارئة بعد قيام الالتزام استحالة مطلقة كأن يمكن تأجيله إذا نص القانون على قاعدة عامة للظروف الطارئة في القانون الخاص، وهو ما تنص عليه بعض قوانين الدول كالقانون المدني الإيطالي والقانون البولوني والقانون المدني المصري بينما لا وجود لنص من هذا القبيل في ق ل و ع المغربي ،وإنما يقتصر تطبيق هذه النظرية على القضايا الإدارية لأن أصل هذه النظرية القانون العام الدولي (الاتفاقيات الدولية) وانتقل منه إلى القانون الإداري العام وأول ما طبقها مجلس الدولة الفرنسي سنة 1915 ابان الحرب العالمية الأولى لفائدة شركة التزمت توريد الغاز لمدينة بوردو وارتفعت أسعار الغاز بسبب الحرب فأصبحت كلفة توريدها الغاز مرهقة ومهددة لها بخسارة فادحة، فحكم لها مجلس الدولة بما يتناسب مع السعر الجديد (س. المجلد الأول ص ٦٣٩).

وفي العقود الإدارية إذا ثبت أن الالتزام أصبح مرهقا للملتزم مع الشخص العام أو بالنسبة للشخص العام مع الطرف الخاص المتعاقد معه، كعقود الصفقات العمومية وعقود التوريد فإن بوسع المحكمة الإدارية أن تنزل السعر او ترفعه بسبب جائحة كوفيد 19 بسبب ما أحدثه من أزمة اقتصادية، ويفسر على أنه حدث طارئ لأن أحكام القضاء الإداري تعتبر أقرب إلى التشريع لاتصالها الوثيق بالمصلحة العامة في حين أن القضاء المدني والتجاري مقيدان بالنصوص القانونية لا يبتعدان عنها إلا استثناء وبغير قليل من الجهد والتسويغ وهي ما يعرف بالقوة القاهرة التي يصبح بها الالتزام مستحيل التنفيذ.

ويبدو لذلك أن مرض كوفيد 19 يؤثر على الالتزامات التعاقدية بوصفه قوة قاهرة يستحيل معه التنفيذ مثل أن يؤدي المكتري الكراء عند حلول أجل الأداء في وقت الهلع والخوف من الإصابة به لانتشاره السريع ولاتصافه بالجائحة سواء بطبيعته الذاتية أو بتصنيفه من لدن السلطات الصحية فلا يترتب على المكترين المطل في الأداء وما يستتبعه من جزاءات كالتعويض وافراغ المحلات المكتراة.

وإضافة إلى جائحة كورونا المستجد كقوة قاهرة يعتبر مرسوم بقانون رقم 292.20.2 الصادر بتاريخ 82 من رجب 1441 الموافق 23 مارس 2020 يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها ومرسوم رقم 293.20 2 بإعلان حالة الطوارئ الصحية قوة

قاهرة لمنع المرسوم مغادرة المنازل والتنقل لكل شخص إلا للضرورة القصوى وبترخيص من السلطات العامة. ويفسر هذا المنع بالقوة القاهرة وكلما لم يتأت تنفيذ التزام بسببه لأنه يستوجب تنقلا لوفائه انقضى بسبب استحالة تنفيذه للقوة القاهرة، إلا إذا تبين أن هذا الوفاء يمكن أن يتم عن طريق الأداء الالكتروني بواسطة الأبناك مثلا بأن يكون متفقا عليه، أو كان يجري الأداء بهذه الطريقة فإن السبب في عدم وفاء الالتزام عند حلول أجل ادائه يرجع الى المكتري المدين فيترتب مطله في الأداء والجزاءات الأخرى من إفراغ وتعويض.

ومرسوم إعلان الطوارئ منعَ سريان الآجال المنصوص عليها في القوانين التشريعية والتنظيمية، فيدخل في ذلك كل الآجال التي تنص عليها القوانين سواء كانت آجال تقادم او سقوط كآجال تقادم الدعاوى وآجال سقوط الحقوق كآجال الطعون إلا الطعن بالاستئناف بالنسبة للمتابعين في حالة اعتقال ومدد الوضع تحت الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي وأجل الشفعة وآجال التقييد الاحتياطي وآجال التقييد في الرسوم العقارية وآجال أداء المستحقات الضريبية ومدة الحيازة الاستحقاقية وأجل السنة في الدعوى الحيازية بالنسبة لكل من الحائز والمنتزع حيازته إلى غيرها من الآجالات التي وقفها قانون الحجر الصحي، وهو تشريع بالنص للقوة القاهرة وإلا فإن الوباء او مرض كوفيد 19 بحد ذاته قوة قاهرة تقف بسببه الآجال عن السريان.

ومن المدد الهامة التي يؤثر في زوالها لاستحالة تنفيذ الالتزامات المرتبطة بها المدد الاتفاقية وهذه لا يشملها مرسوم قانون حالة الطوارئ لأنه لم ينص إلا على الآجال القانونية، المدد المتعلقة بوفاء التزامات عند حلولها كما هو الشأن في الوعود بالبياعات والوعود بالشراءات والعقود الابتدائية كلها، الخاضعة للشريعة العامة(ق ل و ع) أو القوانين الخاصة كقانون بيع العقار في طور الإنجاز وقانون الكراء المفضي إلى التملك، فأنى ارتبط التزام بأجل صادف حلوله فترة الجائحة، انقضى الالتزام بهذا الأجل بفعل القوة القاهرة ووجب على الواعدين بعد زوال الجائحة أن يوجهوا إنذارات متضمنة لآجال معقولة لانطلاق التزام المدينين بها.

ويفيد مفهوما استحالة التنفيذ والقوة القاهرة زوال الالتزام وانفساخ العقد الذي أنشأه ويتحمل التبعة في العقد الملزم لجانب واحد الدائن، كعقد الوديعة تهلك لدى المودع لديه لأنه لم يتمكن من ردها لمنع التنقل والانتقال ولم تكن له يد في هلاكها وسواء كان هذا المنع بسبب مرسوم إعلان الطوارئ أو مرض فيروس كورونا المستجد خشية الإصابة به ، فإن تبعة هذا الهلاك تقع على المودع، وكذلك

إيداع أشياء لا تتلف كلية وإنما تتلف جزئيا أو تتضرر فتقع تبعة نقص قيمتها او تعيبها على المودع الدائن، لأن التزام الوديع انقضى بالقوة القاهرة ولا يوجد التزام في جانب المودع.

وأما في العقود الملزمة لجانبين فإن التبعة تقع على المدين لانقضاء التزامه باستحالة تنفيذه كمن يهلك عنده المبيع قبل أن يسلمه للمشتري بسبب قوة قاهرة فينقضي التزامه باستحالة تنفيذه ويستتبع ذلك انقضاء الالتزام بالنسبة للمشتري فلا يحق للبائع مطالبته بتنفيذ التزام اداء الثمن لأن هذا الالتزام انقضى بانقضاء التزام البائع المقابل له.

انتهى بحمد الله وحسن عونه وتوفيقه وصل اللهم وسلم على خير أنبيائك ورسلك سيدنا ومولانا محمد وآله وصحابته الكرام.

محمد بن يعيش

طنجة في : 2020/06/10.

المراجع المعتمدة :

- قانون الالتزامات والعقود.
- مرسوم بقانون رقم 292.20.2.بسن أحكام حالة الطوارئ الصحية.
- مرسوم رقم 293.20.2 بإعلان حالة الطوارئ الصحية.
- عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلدات 1 و 2 و3. دار النهضة العربية. القاهرة.
- سليمان مرقس .الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات وفي الفعل الضار والمسؤولية المدنية .المجلد الثاني.
- مامون الكزبري نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الاول والجزء الثاني.
- الشيخ أحمد الشنقيطي. مواهب الجليل من أدلة خليل.المجلد الثالث.
- العلامة محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي .حاشية الدسوقي. الجزء الرابع . دار الكتب العلمية.
- ابو الحسن علي بن عبد السلام التسولي.البهجة في شرح التحفة. الجزء الثاني. دار الكتب العلمية.

➢ François - Paul - Blanc. Les obligations et les contrats en droitmarocain (D.O.C annoté)

دور العقوبات الجنائية في محاصرة فيروس كورونا

د. إبراهيم الهراوة
أستاذ القانون الجنائي بجامعة عبد المالك السعدي.

لقد شغل ظهور مرض فيروس كورونا المستجد "كوفيد- 19"[1] اهتمام كافة الأوساط العالمية، لما له من آثار خطيرة على صحة الإنسان و حياته وعلى المجتمع بشكل عام. وإن الاحصائيات الآن تدل على كارثة إنسانية قد تودي بأرواح الملايين من البشر إذا لم يتم السيطرة على هذا المرض، حيث لم تسلم منه أي دولة، وإن اختلفت عدد الاصابات من دولة إلى أخرى.

وخطورة هذا المرض تتجلى في كونه فيروس سريع الانتشار ويتفشى كالنار في الهشيم، إذ ينتقل للمخالطين للمريض لأهون الأسباب، كما أنه حتى الآن لم ينتج علاج أو مصل له، و لهذا فإن أهم إجراء طبي في الوقت الحالي هو عزل المصاب به في مكان أمين لكف أذاه عن المحيطين به والمخالطين له.

وقد دفع الانتشار المخيف لهذا الفيروس الكثير من دول العالم، وبإيعاز من منظمة الصحة العالمية[2]، إلى دق ناقوس الخطر وإعلان الحرب على المرض مع الرفع من منسوب يقظتها لمجابهة عدو غير مرئي ولا يرحم.

وعلى الرغم من انتهاج العديد من الدول، في بادئ الامر، لأسلوب التوعية والاعتماد على "الوعي المجتمعي" إلا أن ذلك النهج تبدل تدريجيا مع تفشي الوباء، لتتوالى تباعا أخبار فرض قوانين وتشريعات ذات طبيعة استثنائية تضمنت جزاءات مشددة ورادعة في وجه المخالفين للإجراءات والتدابير الوقائية المتخذة للحد من تفشي الفيروس.

---

[1] - مرض فيروس (COVID-19)، هو مرضٌ مُعدٍ يُسببه فيروس جديد لم يُكتشف في البشر من قبل. ويُصبب الفيروس مرض الجهاز التنفسي (مثل الأنفلونزا) المصحوب بأعراض مثل السُعال والحُمّى، كما يُسبّب الالتهاب الرئوي في مُعظم الحالات بالإ ضافة للوفاة في حالاتٍ أخرى. وينتشرُ فيروس كورونا الجديد بشكلٍ أساسي عن طريق مُخالطة شخص مُصاب بالعدوى عندما يسعُل أو يعطُس، أو عن طريق القُطيرات أو اللعاب أو إفرازات الأنف، كما أنّه في كل يوم تظهرُ طرق أخرى ينتقل من خلالها الفيروس..

[2]- في 11 مارس 2020، أعلنت "منظمة الصحة العالمية" أن تفشّي مرض "كوفيد-19" الناتج عن فيروس "كورونا" المستجد، الذي ظهر للمرة الأولى في ديسمبر 2019 في مدينة ووهان الصينية قد بلغ مستوى "الجائحة"، أو الوباء العالمي. ودعت المنظمة الحكومات إلى اتخاذ خطوات عاجلة وأكثر صرامة لوقف انتشار الفيروس، معللة ذلك بمخاوف بشأن "المستويات المقلقة للانتشار."

- فمثلا في جمهورية مصر العربية، لقد أثار فيروس كورونا العديد من التساؤلات منذ الإعلان عنه حول مسؤولية الزوج حامل الفيروس أو أي مرض من الأمراض المعدية بصفة عامة عن وفاة زوجه أو ايذائه، أو العكس، أو محاولة أي شخص دخول الأراضي المصرية وهو يعلم علم اليقين اصابته بالمرض، أو أن يصاب أحد أطراف الأسرة بالفيروس أوغيره من الأمراض المعدية كالزوج أو الزوجة ورغم علمه بالإ صابة يخفي الأمر عن زوجه ويبا شر حياته الطبيعة، فينتقل الفيروس منه إلى زوجه، فيتوفى متأثرا بالفيروس أو يصاب من جرائه باضطراب صحي.

وشيئا فشيئا أخذ يتجلى البعد القانوني والجنائي للفيروس، واثيرت العديد من الاشكالات[3] حوله، وفي مختلف الدول، الغربية منها والعربية، بدءا بتجريم خرق الحجر المنزلي الصحي وتجريم الاخبار الزائفة حول المرض، مرورا بتأسيس مسؤولية جنائية عن نقل الفيروس، وانتهاء بتجريم السعال[4] في الاماكن العامة.

و السؤال الذي ينطرح من تلقاء نفسه في هذا الصدد هو: ما هو الدور الذي يمكن أن تضطلع به العقوبات الجنائية في محاصرة فيروس كورونا؟ و بصيغة أخرى، ما مدى فعالية هذه العقوبات في صد الوباء؟

هذا السؤال وما يتعلق به من إشكالات، سنعمل على مقاربته والاجابة عنه من الناحية القانونية والواقعية، من خلال محورين اساسيين، نتناول في الأول؛ العقوبات الجنائية المرافقة للحجر الصحي في بعض دول العالم (م.1)، ونعالج في الثاني؛ طبيعة العقوبات المرافقة للحجر الصحي في المغرب (م.2).

المحور الأول: العقوبات الجنائية المرافقة للحجر الصحي في بعض دول العالم:

إذا كانت الآلة المخبرية لم تتوصل بعد إلى إيجاد لقاح فعال يقضي بشكل نهائي على انتشار فيروس كورونا المستجد، أو على الأقل الحد من انتشاره؛ فإن المشرع، آخذا بعين الاعتبار توجيهات منظمة الصحة العالمية، سرعان ما بادر بفرض تدابير الحجر الصحي المنزلي وحظر التجول والتنقل بالنسبة للأفراد ومنع كل التجمعات التي من شأنها أن تفاقم الوضع الوبائي، وتساعد على تفشي الفيروس بين شريحة كبيرة من المجتمع.

وتشير الدراسات التي أجرتها العديد من مراكز الأبحاث الصحية إلى أن تفشي الوباء بصورة كارثية في بعض الدول مثل إيطاليا وإسبانيا جاء نتيجة عدم التزام رعايا كلا البلدين منذ البداية بالإجراءات والتدابير والوقائية اللازمة لمنع انتشار العدوى.

ولقد استحدثت العديد من دول العالم حزمة من العقوبات والغرامات للتعامل مع الوضع المستجد والحد من تداعياته السلبية على مختلف نواحي الحياة العامة.

---

[3]- فمثلا في جمهورية مصر العربية، لقد أثار فيروس كورونا العديد من التساؤلات منذ الإعلان عنه حول مسؤولية الزوج حامل الفيروس أو أي مرض من الأمراض المعدية بصفة عامة عن وفاة زوجه أو ايذائه، أو العكس، أو محاولة أي شخص دخول الأراضي المصرية وهو يعلم علم اليقين اصابته بالمرض، أو أن يصاب أحد أطراف الأسرة بالفيروس أوغيره من الأمراض المعدية كالزوج أو الزوجة ورغم علمه بالإصابة يخفي الأمر عن زوجه ويبا شر حياته الطبيعة، فينتقل الفيروس منه إلى زوجه، فيتوفى متأثرا بالفيروس أو يصاب من جرائه باضطراب صحي.

[4]- في بلد كسويسرا، يعد السعال القوي في وجه شخص ما كافياً لاستيفاء شروط جريمة إثارة الرعب في الأماكن العامة المنصوص عليها في المادة 258 من قانون العقوبات السويسري.

فالصـــين، موطن الفيروس، والتي تحملت وطأة انتشـــاره قبل أن تنجح في احتوائه.. أقرت مجموعة من الإجراءات الصارمة وفي مقدمتها العقوبات الجنائية التي فرضتها على كل من يخالف الإجراءات الوقائية في المناطق الموبوءة. وتضـمنت قائمة العقوبات التي فرضـتها الصـين عقوبة سجنية لمدة ثلاثة أشهر لمخالفي القواعد الصحية، وغرامة مالية قدرها 206 يورو لكل من يخرق تدبير تقييد الحركة دون مبرر.

وتجلت مظاهر التشـديد أكثر، لما أصـدرت محكمة صـينية قرارا يقضـي بأن "إخفاء أعراض الإصابة بفيروس كورونا "كوفيد - 19" عمدا أو الإدلاء ببيانات زائفة تتعلق بها يمثل جريمة تصل عقوبتها إلى الإعدام".

بدوره لجأ المشـــرع الجنائي الإيطالي، أمام التفشـــي المهول للفيروس، إلى تشـــديد العقوبات، بتعديله للمادة 650[5] من قانون العقوبات. وهكذا، اصبح المشرع الجنائي الايطالي، من خلال المادة 650 المســـتحدثة، يعاقب بالســـجن لمدة تتراوح من 3 أشـــهر إلى 6 أشـــهر حال خرق القوانين الموضوعة لمواجهة الفيروس.

كما فرضت عقوبة مشددة تصل إلى السجن لمدة تصل إلى 12 عاما في وجه كل مريض ثبت إصابته بالفيروس ويتعمد إيذاء من حوله.

وينص المرســـوم الحكومي الصـــادر يوم 8 مارس 2020، الخاص بتدابير احتواء فيروس كورونا المسـتجد على عقوبات في حالة عدم الامتثال بالابتعاد مسـافة متر واحد بين الناس وانتهاك القيود المفروضة على حرية التنقل والمطاعم والمحلات التجارية ومراكز التسوق.

ووفقًا لقانون العقوبات السويسري، يُحظر نشر "مرض بشري خطير ومُعدٍ" ويُحكم على الجناة بالسجن لمدد تتراوح بين سنة وخمس سنوات. ويتضمن القانون الفدرالي بشأن الأوبئة أيضًا أحكامًا

---

[5] - وكانت المادة 650 من قانون العقوبات الايطالي تنص على ما يلي:

المادة 650 - عدم التقيد قرارات السلطة

"1 . كل من لم يمتثل لإجراء صـادر قانونيا عن السـلطة لأسـباب تتعلق بالعدالة أو السـلامة العامة أو النظام العام أوالنظافة، يعاقب، إذا كان الفعل لا يشكل جريمة أكثر خطورة، بالسجن لمدة تصل إلى ثلاثة أشهر أو بغرامة تصل إلى 206 يورو " النص النهائي لقانون العقوبات الإيطالي، كما تم تحيينه بموجب قانون 8 غشت 2019 ، رقم 77 ."(G.U.09 / 08/2019, n.186)

- Art. 650 c.p.Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. « 1. Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206 ». TESTO DEFINITIVO DEL CODICE PENALE 2020, Aggiornato alla L. 8 agosto 2019, n. 77 (in G.U. 09/08/2019, n.186)

جزائية تُطبّق على سبيل المثال ضد أي شخص "يتهرب من المراقبة الطبية المفروضة عليه". وفي حالة الإصابة بمرض كوفيد - 19، تصل مدة العزل الصحي ل10 أيام.

كما أكد المكتب الفدرالي للصحة العامة في سويسرا، أن مرض كوفيد - 19 هو "مرض خطير" بالمعنى المقصود في المادة 231 من قانون العقوبات السويسري.

وينص القانون الفدرالي للأوبئة[6] المذكور سلفا على فرض غرامة مالية تصل إلى 5 آلاف فرنك على أي شخص لا يمتثل طواعية للإجراءات المفروضة[7] لمنع انتشار المرض، وتقع مسؤولية إقرار العقوبة المحتملة على عاتق المدعي العام في الكانتونات المعنية. وتنطبق الغرامات أيضًا على أولئك الذين ينظمون التجمعات العامة[8].

عربيا، تبنت مجمل الدول العربية قوانين وإجراءات ذات حمولة جنائية تروم محاصرة الوباء وتطويقه. فقد أقر مجلس الأمة الكويتي مثلا، تعديلات القانون 69/8 في شأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية[9]، بما يشمل وضع عقوبات مغلظة رادعة تتناسب مع الأوضاع الصحية الراهنة. ونص التعديل على معاقبة كل من يخالف تعليمات وزير الصحة بشأن منع انتشار الأوبئة بالحبس مدة لا تجاوز ستة شهور وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

كما نص التعديل في المادة 17 على أن "كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية وتسبب عمدا في نقل العدوى إلى شخص آخر يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تزبد على ثلاثين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين[10]."

وحدد تعديل القانون عقوبة تعطيل دفن الموتى، بالنص على أنه يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أعاق أو

---

[6]- القانون الفدرالي للأوبئة بتاريخ 28 شتنبر 2012

Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG)
vom 28. September 2012 (Stand am 1. Januar 2017

[7]- لكن العامل الحاسم هو توفر النية السيئة وراء السلوك الإجرامي. ومن الناحية العملية، فإن من يخرق المادة 231 بمغادرته الحجر الصحي المفروض عليه بسبب إصابته بفيروس كورونا المستجد، لا يُمكن ملاحقته جنائياً، وفق ما أفاد به المكتب الفدرالي للصحة العامة في رد خاص بعث به إلى الموقع الاعلامي السويسري swissinfo.ch.

[8]- وكانت الحكومة السويسرية حظرت بدءاً من يوم 28 فبراير 2020 أي تجمعات عامة، يشارك فيها أكثر من ألف شخص، فيما شددت عدد من الكانتونات هذا الحظر ليشمل 100 مشارك في أقصى الحالات.

[9]- ونصت المادة 17 المعدلة على ان "كل مخالفة للقرارات او التدابير المنوه عنها في المادة الـ15 من هذا القانون يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ستة اشهر وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

[10]- المادة 17 من قانون الاحتياطات الصحية للوقاية من الامراض السارية (69/8)، المعدل بتاريخ 24 مارس 2020.

عطل أو منع دفن الميت أو أي من طقوس الدفن بالمخالفة للقواعد والإجراءات التي يحددها وزير الصحة وفقا لحكم المادة (23) من قانون الاحتياطات الصحبة للوقاية من الأمراض السارية.

وأعلنت النيابة العامة في مصر عقوبات مشددة ضد مروجي الشائعات حول كورونا، معتبرة أن استخدام أي من المواقع أو الحسابات الخاصة على الشبكة المعلوماتية لنشر وترويج أخبار وبيانات وإشاعات كاذبة، يعرض صاحبه لعقوبة تصل إلى الحبس الذي لا يقل عن سنتين، والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه.

وتستند النيابة العامة المصرية في التصدى لنشر مثل تلك الشائعات والأخبار الكاذبة، على مقتضيات المواد 80 (د)، و102 مكرر، و188[11] من قانون العقوبات المصري، والتي تعاقب مُخالفها بالحبس وبالغرامة.

حيث تنص المادة 80 (د) من قانون العقوبات المصري على أنه " **يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن 100 جنيه ولا تتجاوز 500 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ،كل مصري أذاع عمدًا في الخارج أخبارًا أو بيانات أو إشاعات كاذبة حول الأوضاع الداخلية للبلاد، وكان من شأن ذلك إضعاف الثقة المالية بالدولة أوهيبتها واعتبارها أو باشر بأية طريقة كانت نشاطًا من شأنه الإضرار بالمصالح القومية للبلاد، وتكون العقوبة السجن إذا وقعت الجريمة في زمن حرب.**"[12]

المحور الثاني : طبيعة العقوبات الجنائية المرافقة للحجر الصحي في المغرب:

كان المغرب، من الدول الأولى القلائل التي انتهجت سياسة استباقية عملية لمحاصرة انتشار هذا المرض المستجد، بدءا من إغلاق الحدود مرورا بتطويق الحالات الوافدة الحاملة للفيروس، وصولا إلى رصد المخالطين. مما مكنه، في وقت وجيز، من السيطرة ولو نسبيا على الانتقال السريع للمرض.

ولتفادي غياب مصل ولقاح فعال للقضاء على الفيروس، أصدر المغرب مجموعة من النصوص التنظيمية والإجرائية مسابقة عقارب الزمن للإعلان عن حالة الطوارئ الصحية في سائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كوفيد19، وذلك بموجب المرسوم رقم

[11]- تنص المادة 188 على انه "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من نشر بسوء قصد بإحدى الطرق المتقدم ذكرها أخبار أو بيانات أو إشاعات كاذبة أو أوراقًا مصطنعة أو مزورة أو منسوبة كذبًا إلى الغير، إذا كان من شان ذلك تكدير السلم العام أو إثارة الفزع بين الناس أوإلحاق الضرر بالمصلحة العامة." قانون العقوبات المصري طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003م (القانون رقم 58 لسنة 1937 بإصدار قانون العقوبات).

[12]- قانون العقوبات المصري طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003م (القانون رقم 58 لسنة 1937 بإصدار قانون العقوبات).

293.20.2 الصـــادر في 29 من رجب 1441 (24 مارس 2020)، الذي نصـــت المادة الأولى منه على أنه **"تطبيقا لأحكام المرسوم بقانون رقم 292.20.2 الصادر في 28 من رجب 1441(23 مارس 2020،) ولا ســـيما المادة الثانية[13] منه، يعلن عن حالة الطوارئ الصـــحية بســـائر أرجاء التراب الوطني إلى غاية يوم 20 أبريل 2020 في الساعة السادسة مساء، وذلك من أجل مواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد 19 "[14]**

نفس المقتضـــى القانوني، يخول الســـلطات العمومية المعنية اتخاذ كل التدابير الاســـتعجالية المناسـبة لتدبير زمن الجائحة، كمنع الأشـخاص من مغادرة محل سـكناهم إلا في حالات الضـرورة القصوى واتخاذ كل الاحتياطات الوقائية اللازمة طبقا لتوجيهات السلطات الصحية...

وانسـجاما مع مبدأ الشـرعية الجنائية[15]، وأمام اسـتحالة اسـتيعاب المقتضـيات الوطنية الزجرية المرتبطة بحالة الطوارئ للإجراءات المنصـوص عليها في المرسـوم الآنف الذكر، فقد تم تدعيمه بالمرسـوم رقم 292.20.2 الصـادر بتاريخ 2020/03/24 والمتعلق بسـن أحكام خاصـة بحالة الطوارئ، حيث تضـمن هذا المرسـوم مقتضـيات تشـريعية ذات طبيعة آمرة وزجرية، وخاصـة مقتضيات المادة الرابعة منه ، والتي نصت على غرامات تصل إلى 1300 درهم وعقوبات حبسية تتراوح بين شهر إلى 3 أشهر لكل من يخرق الحجر المنزلي الذي فرضته السلطات بعد تفشي وباء كوفيد-19 بالبلاد[16].

الشيء الذي يجعل من هاته المقتضيات الزجرية المشار إليها أعلاه بمثابة آليات حقيقية لوقف الزحف المتسارع والمخيف للوباء، وذلك بفرض الامتثال لضوابط حالة الطوارئ الصحية على كل المواطنين، وردع المخالفين لها، ومنع انتقال العدوى بالفيروس بين الناس.

---

[13]- تنص المادة الثانية على "يعلن عن حالة الطوارئ الصحية عندما تقتضي الضرورة ذلك، طبقا لأحكام المادة الأولى أعلاه، بموجب مرسوم، يتخذ باقتراح مشترك للسلطتين الحكوميتين المكلفتين بالداخلية والصحة، يحدد النطاق الترابي لتطبيقها، ومدة سريان مفعولها، والإجراءات الواجب اتخاذها" المرسـوم بقانون رقم 292.20.2 الصـادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسـن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها.

[14]- مرسوم رقم 293.20.2 صادر في 29 من رجب 1441(24 مارس 2020) بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا -كوفيد 19.

15- إذا كان مبدأ الشرعية الجنائية يقتضي التفسير الضيق للنص الجنائي وعدم قابلية اعتماد القياس لتأويل النصوص، وأمام غموض المقتضيات الزجرية المنظمة لحالة الطوارئ (الفصل 308 من القانون الجنائي المتعلق بجريمة العصيان ، والبند 11 من الفصل 609 من القانون الجنائي)، تدخلت الحكومة في إطار الفصل 81 من الدستور، وأعدت مرسوما بمثابة قانون يتعلق بحالة الطوارئ الصحية، عاقب بالحبس من شـــهر إلى ثلاثة أشـــهر وبغرامة تتراوح بين 300 و1300 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين على مخالفة الأوامر والقرارات الصـادرة عن السـلطات العامة تنفيذا لحالة الطوارئ الصـحية، كما عاقب بنفس العقوبة كل من عرقل تنفيذ هذه القرارات عن طريق العنف أو التهديد أو التدليس أو الإكراه، وكل من قام بتحريض الغير على ذلك.

16- - "... يعاقب على مخالفة أحكام الفقرة السـابقة بالحبس من شـهر إلى ثلاثة أشـهر وبغرامة تتراوح بين 300 و 1300 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك دون الإخلال بالعقوبة الجنائية الأشد..." المرسوم بقانون رقم 292.20.2 الصادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها.

ومن الطبيعي جدا أن تكون القاعدة القانونية الجنائية حاضـــرة في مشـــهد يهتز له مفهوم النظام العام الصـــحي أو ما يمكن تسـميته بالأمن الصـــحي العام، بسـبب التهديد المباشـر لفيروس متطور ومشاكس عجزت عن التصدي له كبريات مراكز الأبحاث العلمية الدولية.

لا سيما و أن من خصائص هذا الفيروس أنّه ينتقل بالعدوى من شخص مريض لآخر، بسهولة وبشكل سريع، إمّا عن طريق الرذاذ الذي يتناثر من الأنف أو الفم، أو عن طريق الملامسة المباشرة بين الأشخاص أو الأشياء، وهو ما جعل خبراء الصحة يعتبرون "التباعد الاجتماعي" الحل الوحيد لمحاصـــرة الوباء وربح الوقت وحفظ الارواح، في انتظار تمكن الآلة المخبرية من ابتكار اللقاح والدواء المناسب.

وفي نفس الاتجاه، فقد تعاملت مؤســـســـة النيابة العامة، باعتبارها الجهاز المعني اكثر بتطويق الخروقات التي من الممكن أن تطال تدابير حالة الطوارئ الصـــحية، بحزم وصـــرامة مع الوضـــع المستجد، جاعلة من المقاربة الجنائية السبيل الأنجع لتجنيب الوطن ويلات هذه الجائحة.

فبمجرد دخول قانون الطوارئ الجديد حيّز التنفيذ، أصـــدرت هذه الأخيرة بلاغا حثت فيه المسؤولين القضائيين وقضاة النيابة العامة على **" ضرورة التعامل بحزم في ما يخص المقتضيات الراجعة إلى اختصـــاصـــهم"**، و**"عدم التردد في إجراء الأبحاث وإقامة الدعوى العمومية بشـــأن المخالفات التي تصـل إلى علمهم بشـأن تطبيق التدابير التي تتخذها السـلطات العمومية في إطار حالة الطوارئ الصحية"**[17].

وقد كشـفت معطيات إحصـائية صـادرة عن النيابة العامة نفسـها أن الأسـبوع الأول من تطبيق المرسـوم المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصـحية، أفضـى إلى متابعة 1462 شـخصـا، قدموا إلى النيابة العامة في حالة "اعتقال"[18]، في ظل الاجراءات الاحترازية القضـــائية المقررة للحد من تفاقم فيروس كورونا.

لكن الاشـكال الذي أثير في هذا المضـمار، خصـوصـا مع تصـاعد أعداد الموقوفين والمعتقلين، هو الخوف من خرق اجراءات سـلامة الموقوفين[19]و بالتالي، الخوف من تفشـي الوباء في أوسـاط

---

[17]- وأضـــاف البلاغ: "إذا كنا على يقين من وعي المواطنين بخطورة الوباء، وإدراكهم لأهمية احترام التدابير المقررة للوقاية والعلاج، كما يتجلى ذلك من انخراطهم الواعي في تطبيقها، و شجبهم لبعض التصرفات المخالفة لها، التي ارتكبها بعض الأشخاص، فإن استعمال التدابير الزجرية المنصـوص عليها في المرسـوم بقانون، يعتبر ضـروريا لردع المخالفين الذين يسـتهينون بحياة المواطنين وبسـلامتهم، ويعرضونهم للخطر".

[18] - ومن بين أهم المتابعات التي ســـطّرت في حق المعتقلين: جنح العصـــيان وعدم الامتثال للتدابير المتخذة في إطار حالة الطوارئ الصحية التي ينص عليها المرسوم الجديد.

[19]- فمنذ اعلان الســـلطات المغربية قرار الحجر الصـــحي لمواجهة خطر انتشـــار فيروس كورونا، اتخذت النيابة العامة عدة اجراءات احترازية، للتقليل من حالات الوضـــع في الحراســـة النظرية، وترشـــيد الاعتقال الاحتياطي، والتماس مراجعة القرارات الســـالبة للحرية المتخذة في حق الأحداث، وتسليمهم لأولياء أمورهم.

الساكنة السجنية. خاصة وأن غالبية الموقوفين لا يتم إجراء فحص طبي للتأكد من خلوهم من الوباء سواء عند توقيفهم بمخافر الشرطة، أو عند ايداعهم بالمؤسسات السجنية.

هذا التزايد في أعداد المعتقلين زاد من حدته غياب تدرّج العقوبة في قانون الطوارئ الجديد. إذ أنه من بين أهم الاشـكاليات العملية والجوهرية، التي يطرحها المرسـوم السـالف الذكر هو غياب تدرج العقوبة، حيث يعاقب في المادة الرابعة من المرسـوم **"كل شـخص يخالف الأوامر والقرارات الصادرة عن السلطات العمومية بهذا الشأن بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة تتراوح بين 300 و1300 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك من دون الإخلال بالعقوبة الجنائية الأشـد"**. وهو ما يعني أن الأمر يتعلق بجنحة، الأمر الذي لا يسـمح لأجهزة الشـرطة باسـتخلاص مبالغ الغرامة فورا. ويبقى الإجراء الرادع الوحيد هو توقيف المشتبه في خرقهم لقانون الطوارئ.

وفي الختام نقول: إذا كانت الآلة المخبرية لم تتوصـل بعد إلى إيجاد لقاح فعال يقضـي بشـكل نهائي عن انتشـار الوباء، فإن الآلة الجنائية، دوليا ووطنيا، وبكل ما تملكه من الوسـائل العقابية، سـرعان ما لبت نداء توصـيات منظمة الصـحة العالمية وتوصـيات وزارة الصـحة المتمثلة في ضرورة فرض الحجر الصحي المنزلي وحظر التجول والتنقل للأفراد، وكذا منع كل التجمعات لما طفق يشكله الفرد في ممارسته لحقه في التنقل بكل حرية خطرا على نفسه وغيره، باعتباره "الناقل الأساسي" للمرض والمساهم في انتشاره.

ولا يمكن في الوقت الراهن، تقييم نجاح أو فشـل هذه الآلة الجنائية في الدور الذي أنيط بها في كبح الوباء، لكن ما يمكن تأكيده هو دورها -الذي لاحظه الجميع، وفي كل بقاع العالم- في التقليل من حجم الكارثة ومن احتمال انتقال العدوى. وبالتالي، بات الاستغناء عنها، في زمن الجائحة، امرا يكاد يكون مستحيلا.

إنهاء علاقة الشغل في ظل زمن الجائحة، مقاربة قانونية واجتماعية

د.حميد اليسسفي
أستاذ باحث بالكلية المتعددة التخصصات بالراشيدية
ـ جامعة مولاي اسماعيل مكناس ـ

مقدمة:

هذه المقالة هي عبارة عن تدخل مختصـــر جدا، شـــاركت فيه بالندوة الوطنية بتاريخ 16 ماي 2020 والمتعلقة بالأمن القانوني والقضـــائي في ظل حالة الطوارئ الصـــحية بالمغرب، في اطار مناقشـــة المحور الأول من الندوة. المتعلق بتجليات المنظومة القانونية والقضـــائية بالمغرب، من خلال المستجدات التشريعية المرتبطة بحالة الطوارئ الصحية كحالة استثنائية يمر بها وطننا العزيز.

بعد تفكير عميق، وارتباطا بأرض الواقع على أساس أن القاعدة القانونية والتشريع بصفة عامة يرتبط بالســـيرورة المجتمعية، وما تحدثه من تطورات لها أثر مباشـــر على اســـتقرار وأمن الناس.اخترت هذا الموضـــوع الذي يحمل عنوان: **"إنهاء علاقة الشـــغل في ظل زمن الجائحة، مقاربة قانونية واجتماعية"**

وهي مداخلة علمية أكاديمية، تنقسم إلى محورين:

المحور الأول: المقاربة القانونية لإنهاء علاقة الشـــغل في ظل الجائحة فيروس كورونا كوفيد19.

المحور الثاني: المقاربة الاجتماعية لتوقف أو انهاء عقود الشغل في ظل زمن الجائحة

المحور الأول :المقاربة القانونية لإنهاء علاقة الشغل في ظل الجائحة فيروس كورونا كوفيد19

كما لا يخفى على الجميع ،أنه لمعالجة أي موضـــوع ينتمي إلى القانون الخاص لا بد من الرجوع النصـــوص القانونية المؤطرة له في ظل هذا القانون .ومن ثم فإنه للحديث عن إنهاء علاقة الشـــغل،ينبغي العودة إلى القانون 65.99 المتعلق بمدونة الشـــغل،باعتباره القانون المنظم لعلاقات الشغل .

وبعد تفحص المواد المتعلقة بإيقاف عقد الشـــغل أو إنهائه، يمكن القول أنه من الأســـباب التي حددها المشرع.لتوقف عقد الشغل مؤقتا حسب المادة 32 من مدونة الشغل[20]:

أولا: تغيب الأجير لمرض،أو إصابة يثبتها الطبيب إثباتا قانونيا.

ثانيا: فترة ما قبل وضـــع الحامل حملها ومابعده وفق الشـــروط المنصـــوص عليها في المادتين 154و156 من م ش.

ثالثا: فترة العجز المؤقت الناتج عن حادثة شغل أو مرض مهني.

رابعا: فترات تغيب الأجير المنصوص عليها في المواد 274و275و277 من م ش.

خامسا: مدة الإضراب

سادسا: الإغلاق القانوني للمقاولة بصفة مؤقتة.

سابعا: انتهاء عقد الشغل المحدد الأجل بحلول أجله دون أن تكون هناك نية لتجديده.

هذا فيما يخص توقف عقد الشغل أما إنهاءه، فهو أمر اخر يتعلق بالمادة 33 من القانون65.99 المتعلق ب م ش.حيث يمكن تلخيص أسباب الإنهاء في :

أولا: امتناع أحد أطراف العلاقة التعاقدية عن تنفيذ التزاماته.

ثانيا: بسبب القوة القاهرة

ثالثا: عجز الأجير وعدم كفاءته.

رابعا: الخطأ الجسيم

خامسا: بطلان العقد لفقده أحد أركانه كالأهلية مثلا وغيرها من الأركان.

هذه باختصـــار مجموعة من الأسـباب التي حددها المشـرع لتوقيف عقد الشـغل أو انهائه.وهنا نتساءل عن موقع جائحة فيروس كرونا كوفييد 19 من هاته الأسباب.

بمعنى اخر ماهو التكيف القانوني الذي سيجعلنا نموقع هاته الجائحة ضمن أحد الأسباب،التي حددها المشـرع؟ وخصـوصـــا أننا أمام واقعة قانونية،هي توقف الالاف من الأجراء عن عملهم،[21] بسبب توقف العديد من المقاولات بمختلف أنواعهاعن الإنتاج.

[20] المتعلق بمدونة الشغل المادة 32 من القانون 65.99

[21]-حسب المعطيات الإحصائية المتوفرة، في موقع وزارة الشغل والتكوين المهني ، فقد جرى التصريح في البوابة الإلكترونية المحدثة لهذا الغرض من طرف 131955 ألف مقاولة تضررت من جائحة كورونا، وهو ما يُقارب نسبة 61 في المائة من إجمالي المقاولات المنخرطة لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.أما عدد الأجراء المتوقفين مؤقتا عن العمل المصرح بهم، فقد بلغ 808199 أجيرا، بمعدل 31 في المائة، أي إن مقاولتين من أصل 3 مقاولات صرحت بتضررها من تداعيات أزمة كورونا، بينما تفيد التصريحات بأن واحدا من أصل 3 أجراء متوقف مؤقتا عن عمله.

فهذا واقع اقتصـــادي واجتماعي خطير،يهدد الســـلم الاجتماعي .إذن علينا تجاوزه انطلاقا من الأدوات والاليات القانونية التي يتوفر عليها المشرع ،حفاظا على الأمن القانوني والقضائي.بمعنى أخر البحث عن التكيف القانوني المناســـب لهذه الواقعة المادية التي يعيشـــها أجراء كافة أرجاء المعمورة، ومنها المملكة المغربية.

بتفحص تلك الأسباب التي ذكرنها سابقا، نجد أن المادة 33 من القانون السالف الذكر،[22]تنص على "يستوجب قيام أحدالطرفين بإنهاء عقد الشغل المحدد المدة ،قبل حلول أجله ،تعويضاللطرف الاخر،ما لم يكن مبررا،بصدورخطأ جسيم عن الطرف الاخر ،أو ناشئا عن قوة قاهرة".

وهنا أسطر على مصطلح القوة القاهرة التي تعتبر أحد الأسباب القانونية لكي يتحلل الأطراف من التزاماتهم التعاقدية التي تربطهم .ومن ثم يمكن القول،أن فيروس كورونا هي واقعة مادية لا دخل للإنســـانفيها، ويســـتحيل دفع الضـــرر الناتج عنها.فهي وباء عالمي أدى إلى إيقاف جميع الالتزامات التعاقدية، بما فيها عقود الشـــغل.فنحن الأن نقف أمام قوة قاهرة لا يمكن دفعها،لتوفر الشروط المنصوص عليها في الفصل 269 من ق ل ع.

فالقوة القاهرة حســـب هذا الفصـــل هي كل أمر لا يســـتطيع الإنســـان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية،ويكون من شـــأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مســـتحيلا،ولايعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه،مالم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفســه،وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين.

فهناك مجموعة من الشروط الأساسية التي يمكننا أن نستشفها من هذا الفصل،وهي أولا أن يكون حادث خارجي غير متوقع،ثانيا شرط ا ستحالة الدفع،ثالثا أن لايكون للمدين دخل في اثارة هذه القوة القاهرة.

وبتبني هذا الفصل يمكن القول أن جائحة فيروس كورونا كوفييد،هي قوة قاهرة غير متوقعة لا دخل للإنســـان فيها،ومن المســـتحيل دفعها،وبطبيعة الحال ليس للمدين دخل في اثارتها،مما يجعل انتهاء علاقات الشـــغل في ظل هذه الجائحة لا تترتب عنها أية مســـؤولية مدنية،ســـواء على عاتق المشـــغل أو الأجير.لاســـتحالة الدفع واســـتحالة التنفيذ في ظل الظروف الصـــعبة التي تمر بها المقاولات،بمختلف أنواعها.

[22]- قانون 99 . 65 المتعلق بمدونة الشغل والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 8 دجنبر 2003 ص 3969

وبالعودة إلى م الشغل،نجد أنه من أسباب إنهاء عقد الشغل، حسب المادة33 هي القوة القاهرة التي تعتبر من أسباب إنهاء عقد الشغل المحدد المدة قبل حلول أجله،وبما أن جائحة كرونا فيروس كوفييد 19 هي قوة قاهرة حسب أغلب الفقه.

فإننا أمام و ضعية ا ستثنائيةوهي الإغلاق القانوني المؤقت للمقاولات لأسباب قانونية بناء على قرار اداري أو لأسباب اقتصادية مماسبب توقف عقود الشغل .فإجراء التوقيف هنا خارج عن ارادة المشغل.

أما المرجع الذي تم اعتماده من طرف السلطات العامة للتوقيف المؤقت لهذه المقاولات فهو مرسوم بقانون 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية ومرسوم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية،حيث تم إغلاق مجموعة من المقاولات وأوراش العمل التي تشكل خطر على الصحة العامة في ظل انتشار وباء فيروسكرونا كالمطاعم والاندية الرياضية وغيرها من المقاولات التي كانت تشغل عدد مهم من اليد العاملة. وبطبيعة الحال هذا التوقيف المؤقت للمقاولات أدى إلى التوقيف المؤقت لعقود الشغل،وماترتب عنه من اثار اجتماعية سنتعرف عليها في المحور الثاني من خلال المقاربة الاجتماعية .

المحور الثاني:المقاربة الاجتماعية لتوقف أو انهاء عقود الشغل في ظل زمن الجائحة

حقيقة أنه لتفادي الاثار الاجتماعية الخطيرة لهذه الجائحة على عقود الشغل واستمرارية المقاولات،اتخذت الدولة مجموعة من التدابير والاجراءات ذات الحمولة الاجتماعية،من خلال إحداث لجنة اليقظة الاقتصادية من أجل تتبع وتقييم و ضعية الاقتصاد،واتخاد التدابير المناسبة التي تصبو نحو التخفيف من حدة الأزمة.فتم منح تعويضات عن فقدان الشغل من طرف الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي من جهة، ومن جهة أخرى منح مساعدات مالية للعاملين في القطاع الغير المهيكل على أساس أن الحماية القانونية ينبغي أن تشمل جميع المواطنين. وهو ما اتخذته الحكومة في مجلسها الحكومي المنعقد يوم الخميس 09 أبريل 2020، من خلال ما أعلنته في البلاغ الصحفي بشأن النقطة الثالثة من جدول أعمالها، عبر المصادقة، ، على مشروع قانون رقم 25.20 بسن تدابير استثنائية لفائدة المشغلين المنخرطين بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والعاملين لديهم المصرح بهم، والمتضررين من تداعيات تفشي جائحة فيروس كورونا ـ كوفيد 19، هذا المشروع الذي تضمن في الفقرة الأولى من المادة الرابعة منه، تدبيرايعتبر الفترة المنصوص عليها في المادة الأولى (أي من 15 مارس 2020 إلى غاية 30 يونيو 2020)، بالنسبة للعاملين المشار إليهم في المادة المذكورة (أي المصرح بهم برسم شهر فبراير 2020 لدى

الصـندوق الوطني للضـمان الاجتماعي)، في حكم فترة توقف مؤقت لعقد الشـغل وفق أحكام المادة 32 من مدونة الشـــغل، مما يعني اعتبار الفترة المذكورة في حكم فترة توقف مؤقت عن العمل بالنسبة للمشمولين بهذا القانون، وهوأمر ايجابي. يدل على أنالعلاقة التعاقدية مازالت قائمة.وينبغي أن يشـمل أيضـا العاملين غير المصـرح بهم خلال شـهر فبراير 2020 لدى الصـندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وجميع الأجراء غير المنخرطين به، أي أن تستهدف القطاعين المهيكل وغير المهيكل، حتى لا يتم تأويل هذا النص تأويلا خاطئا فيتم حرمان الفئة الأخيرة من الأجراء من حقها في توقف عقد الشغل.

كما قلنا ســـابقا، تدخل مدة توقف عقد الشـــغل بســـبب إغلاق المقاولة مؤقتا بموجب قرار إداري،للسلطات المعنية أو بفعل قوة قاهرة ضمن مدد الشغل الفعلي،وبالتالي تعتبر بمثابة فترات شغل فعلي حقيقي عند احتساب مدة العطلة السنوية المؤدى عنها، ولا يمكن إسقاطها من مدة العطلة السنوية المؤدى عنها، فهذا حق خوله القانون للأجراء ولا مجال للاجتهاد فيه من طرف المشغلين.

ويمكن القول على أن هذه المبادرة الاجتماعية التي قامت بها الدولة في إطار احداث صـــندوق التعويض عن فقدان الشـغل وصـندوقالضـمان الاجتماعي، هي صـمام الأمان لمواجهة الظروف الصـــعبة التي يواجهها الأجراء على إثر فقد مصـــدر رزقهم بســـبب التوقف الاضـــطراري للمقاولات.وهي تجربة رائدة مقارنة ببعض الدول التي وقفت مكتوفة الأيدي أمام جحافل من فاقدي عقود الشغل.مما اضطر هؤلاء إلى البحث أنشطة أخرى مدرة للدخل.

فالاعتماد على التكييف القانوني ليســتفيد الأجراء من تعويضــات مادية من طرف صــندوق الضـــمان الاجتماعي،على أســـاس أن واقعة جائحة كوفيد 19 هي قوة قاهرة نتج عنها التوقف الاضطراري والمؤقت للمقاولة.

خاتمة:

ومجمل القول أن اضطرابات علاقات الشغل في ظل جائحة كورونا،هي وضعية استثنائية سيتم تجاوزها بإذن الله بعد أن يرفع الله عنا هذا البلاء،فقط ينبغي التعامل بنوع من المرونة مع القواعد القانونية المنظمة لعلاقات الشـــغل حفاظا على اســـتقرار المراكز القانونية وعلى العلاقات التعاقدية،حماية لكافة الأطراف ســـواء الأجراء أو المشـــغلين.وهذه مناســـبة لإنشـــاء وكالة وطنية لمواجهة الأزمات بدل الاكتفاء بصـــناديق يتم تمويلها بمختلف الموارد .لأن إحداث وكالة وطنية كمؤسـسـة عمومية لها طبعا مجلس إداري وطاقم متخصـص في تدبير مختلف الأزمات كالجفاف

مثلا والأوبئة سـيمكننا من تنظيم مختلف العمليات المتعلقة بمواجهة كافة الحالات الاسـتثنائية، لأنه حقيقة أن هذا الارتباك الاداري الذي عرفته مختلف القطاعات للبحث عن حلول ناجعة للتصـــدي لتداعيات فقدان الشـــغل أو انهاءه، يجعلنا نؤكد على ضـــرورة إحداث هذه المؤســـســـة . وان كان التضـــامن والتآزر الذي أبان عنه المغاربة قد خفف من الاثار الاقتصـــادية والاجتماعية الناتجة عن توقف عقود الشـــغل .لكن بما أننا دولة المؤســـســـات فينبغي تأطير هذه العمليات في قالب قانوني لضمان استمرارية التكافل الاجتماعي.والسلام عليكم.

تأثير جائحة فيروس كورونا على آجال تقديم الشيك للوفاء

د.عبد الحميد اليعقوبي
أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية أيت ملول ـ جامعة ابن زهر-أكادير-

مقدمة:

عرف العالم منذ القدم انتشـار مجموعة من الأمراض والفيروسـات التي كانت لها آثار وخيمة على المجتمعات، سـواء كانت بفعل الإنسـان أو بفعل الطبيعة، حيث يسـجل التاريخ مرور البشـرية بعـدد من الأمراض والفيروسـات من قبيـل الطـاعون، وأنفلونزا الطيور، وأنفلونزا الخنـازير، وفيروسإش وان إن وان (H1N1)والإيبولا(EBOLA).[23]

ويعتبر فيروس كورونـا (Covid19) إلى جـانـب فيروس سـارس (SARS) وميرس (MERS)من عائلة فيروسـات هذا الفيروس المسـمى كورونا،والذي تكمن خطورته في سـهولة انتقاله عبر الجهاز التنفسي.

والمغرب بدوره لم يسلم من هذا الفيروس (Covid 19) الذي اعتبرته منظمة الصحة العالمية جائحة لاجتياحه مختلف بقاع المعمور،الشـيء الذي جعل السـلطات المغربية تتخذ مجموعة من الإجراءات لأجل تفادي الآثار الوخيمة لهذا الفيروس، حيث أعلنت عن توقيف الدراسة والعمل بعدد من القطاعات مثل المحاكم (إلا في بعض الاسـتثناءات) والالتزام بالمنازل و عدم الخروج إلا للضرورة القصوى.

كما عملت على سـن أحكام خاصـة بحالة الطوارئ الصـحية وإجراءات الإعلان عنها، وإعلان حالة الطوارئ الصـحية بمختلف أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشـي فيروس كورونا المسـتجد (كوفيد 19).

[23] ـ فايزة سيف الدين، الوباء وتعامل قطاع التأمين مع آثاره، مجلة الرائد العربي، عدد 95، دمشق، ص:11

وفي ظل هذه الأزمة، فإن عددا من الالتزامات قد تقف دون تطبيق، الأمر الذي يجعلنا أمام مسألة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن بعض التعاقدات، ولعل أهم هذه الالتزامات التي يطرحها الموضوع تلك التي تتعلق بآجال تقديم الشيك للوفاء؟

فهل يعتبر حامل الشيك الذي لم يستطع تقديمه للوفاء داخل الآجال القانونية حاملا مهملا؟ أم تنطبق عليه حالة القوة القاهرة؟ خاصة وأن إجراء الاحتجاج يقوم به الحامل لدى أعوان كتابة ضبط المحكمة التي يوجد داخل نفوذ اختصاصها، وهو ما يمكنه القيام به في ظل الوضعية الوبائية وحالة الحجر الصحي التي تشهدها بلادنا في الوقت الراهن.

الأمر الذي يجعلنا نتساءلحول إمكانية القول بوجود حالة القوة القاهرة المنصوص عليها قانونا وإعمالها على جائحة فيروس كورونا حتى يتمكن حامل الشيك مناستيفاء مبلغه؟ وإلى أي حد يمكن لهذا الحامل استيفاء مبلغ الشيك وتقديم احتجاجه في حالة التقدم للوفاء خارج الأجل إعمالا للاستثناء الوارد في القوة القاهرة؟

إشكالات من بين أخرى سنعمل على مناقشتها في هذا الموضوع من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: التكييف القانوني لجائحة فيروس كورونا (كوفيد 19)

المبحث الثاني:أثر القوة القاهرة على الوفاء بقيمة الشيك

المبحث الأول:التكييف القانوني لجائحة فيروس كورونا (كوفيد 19)

يقتضي تحديد التكييف القانوني لجائحة فيروس كورونا تحديد مفهوم القوة القاهرة وشروطها (المطلب الأول) ثم التطرق لتطبيقات جائحة كورونا على القوة القاهرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم القوة القاهرة وشروطها

نتناول هذا المطلب في فقرتين،حيث نخصص الأولى لمفهوم القوة القاهرة وفقا لقانون الالتزامات والعقود، والثانية لشروط القوة القاهرة.

الفقرة الأولى: مفهوم القوة القاهرة

عرف المشـــرع المغربي القوة القـاهرة من خلال الفصـــل 269 من قـانون الالتزامـات والعقود[24] بكونها:**"كل أمر لا يســـتطيع الإنســـان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضـــانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.**

ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه.

وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين".

وقد عرف الفقيه **إلبيون**القوة القاهرة بأنها كل ما لم يكن في وســـع الإدراك الآدمي أن يتوقعه، وإذا أمكن توقعه فإنه لا يمكن مقاومته[25].

كما جاء في قرار لمحكمة النقض[26] أن القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

من خلال الفصـــل 269 من ق ل ع يمكن القول إن وجود القوة القاهرة رهين بتوفر عدد من الشروط.

الفقرة الثانية: شروط القوة القاهرة

يشترط في تحقق القوة القاهرة أن يكون الحادث غير ممكن توقعه ولا دفعه، ولا يمكن أن يكون للمدين يد في حصوله.

أولا: عدم التوقع

[24] ظهير الالتزامات والعقود الصادر بتاريخ 12 أغسطس 1913 (9 رمضان 1331).
[25] حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية العقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف القاهرة، ص:391
[26] قرار صادر بتاريخ 2008/01/15
أورده محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2010، ص:169

يعني التوقعألا يخطر في الحسبان حصول مثله عند وقوع الفعل الضار[27] فلا يمكن اعتبار قوة قاهرة الفعل الذي يمكن توقعه، لأنه ينطوي على عنصر المباغتة والمفاجأة[28] .

فإذا كان الفعل مما يمكن توقعه انتفت معه القوة القاهرة، وهو ما يستفاد بصريح العبارة من نص الفقرة الأولى من الفصل 269 من ق ل ع بقولها **" القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه ".**

كما أن هذا المعيار أي عدم التوقع هو معيار موضوعي يرتبط تقديره على مقياس الإنسان العادي الحريص، وليس على الإنسان الشديد الذكاء.

ثانيا: استحالة الدفع

أي عدم القدرة على الدفع، وكذا معيار استحالة الدفع، بمعنى أن يكون مستحيل الدفع والمقاومة ولا يمكن للمدين دفع وقوعه ولا حتى تلافيه والتخلص من نتائجه [29].

وهو ما نص عليه الفصل 269 من ق ل ع في الفقرة الثانية منه بقوله:**" ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه "**

ثالثا: عدم صدور خطأ من المدين المتمسك بالقوة القاهرة

أي ألا يكون للمدين دخل في إثارة القوة القاهرة، وألا تكون لإرادة المدين علاقة في إثارة القوة القاهرة، من خلال فعله أو مساهمته أو مشاركته.

حيث نص الفصل 268 من ق ل ع على أن **" لا محل لأي تعويض إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن".**

---

[27] فريدة اليرموكي، علاقة السببية في مجال المسؤولية التقصيرية بين رأي الفقه وموقف القضاء دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2009، ص:252

28 ابراهيم أحطاب، فيروس كورونا كوفيد 19 بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، مقال منشور بموقع مجلة العلوم القانونية

[29] حسين عامر وعبد الرحيم عامر،المسؤولية المدنية التقصيرية العقدية، م س، ص: 394

كما لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السـبب الذي ينتج عن خطا سـابق للمدين (الفقرة الثالثة من الفصل 269 ق ل ع).

المطلب الثاني: تطبيق جائحة كورونا على القوة القاهرة

نتناول في هذا المطلب الإطار القانوني المنظم لجائحة فيروس كورونا (كوفيد 19) في الفقرة الأولى، مع تحديد جائحة كورونا كإحدى حالات القوة القاهرة في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الإطارالقانوني المنظم لجائحة كورونا

نص المشـرع المغربي شـأنه شـأن العديد من تشـريعات دول العالم على فرض حالة الطوارئ الصحية في البلاد بسبب القوة القاهرة التي تسبب فيها تفشي فيروس كورونا القاتل[30].

حيث نص على مر سوم بقانون رقم 292-20-2 بتاريخ 23 مارس 2020 يتعلق بـسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها[31].

بالإضـافة إلى مرسـوم رقم 293-20-2 بتاريخ 24 مارس 2020 القاضـي بإعلان حالة الطوارئ الصـحية بسـائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشـي فيروس كورونا المسـتجد (كوفيد 19)[32].

الفقرة الثانية: جائحة كورونا كإحدى حالات القوة القاهرة

ينص الفصـل 269 من ق ل ع على مجموعة من الوقائع التي تتحقق معها القوة القاهرة على سـبيل المثال لا الحصـر من قبيل الظواهر الطبيعية (كالفيضـانات والجفاف والعواصـف والحرائق والجراد)، وغارات العدو وفعل السلطة.

---

[30] امينة رضوان، مدى مساهمة فيروس كورونا في انهاء العلاقة الشغلية، مقال منشور في مجلة مغرب القانون الالكترونية بتاريخ 24 مارس 2020 على الساعة 09:20

[31] مرسوم بقانون رقم 292-20-2 بتاريخ 23 مارس 2020 يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الاعلان عنها، صادر بالجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 24 مارس 2020(29 رجب 1441)

[32] مرسوم رقم 293-20-2 بتاريخ 24 مارس 2020 بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا المستجد صادر بالجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 24 مارس 2020(29 رجب 1441)

وبذلك ففيروس كورونا (كوفيد 19) يعد من الوقائع التي تتحقق فيها القوة القاهرة، لكونه جائحة تدخل ضـــمن الظواهر الطبيعية من جهة، ومن جهة أخرى فإن تأثيرها المتمثل في الحجر الصحي والانعكاسات التي تترتب عليه أساسه التزام أوامر السلطة.

وتعرفالجائحة بكونها كل ما لا يستطاع دفعه مثل الرياح المرسلة التي تتسبب في سقوط المطر والثلوج والبرد[33].

وهنا يثار تســـاؤل حول المعايير المعتمدة في إطار تحديد اســـتحالة الدفع أو عدم القدرة على الدفع.

ويشـير هنا الأسـتاذ محمد الكشـبور إلى أن المعيارين الموضـوعي والشـخصـي ليس وحدهما القادرين على وضـــع حل ثابت لهذه المســـألة، وإنما يضـــيف تقدير درجة الاســـتحالة طبقا للمعيار الموضـوعي بحيث يترتب عليها عمليا إسـقاط جميع الظروف الشـخصـية المتعلقة بالمدين، ويعتبر ذلك ظلما جد بين.

كما أن تقدير هذه الحالة بالاعتماد على المعيار الشـخصـي وحده يؤدي عمليا إلى تعدد الحلول لاختلاف الظروف الذاتية من مدين لآخر[34]

فجائحة كرونا كما أسـماها قانون الطوارئ تدخل ضـمن الوقائع التي تتحقق بها القوة القاهرة، لكونها شـلت معظم الأنشـطةوأوقفت جميع الآجال القانونية، والعملبالمؤسـسـات التي تسـتقبل العموم خلال فترة حالة الطوارئ الصحية المعلنة.

المبحث الثاني: أثر القوة القاهرة على الوفاء بقيمة الشيك

نتناول هذا المبحث في مطلبين، نخصص المطلب الأول للوفاء بالشيك، والمطلب الثاني للإعفاء من تقديم الاحتجاج بسببالقوة قاهرة.

المطلب الأول: الوفاء بالشيك

[33] صليحة حاجي، تداعيات فيروس covid 19 على وسائل الأداء والائتمان،مقال منشور على موقع مجلة مغرب القانون بتاريخ 20 أبريل 2020 على الساعة 09:03.

[34] محمد الكشبور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة: دراسة مقارنة ، مطبعة دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1993، ص:35

نخصص الفقرة الأولى من هذا المطلبلأحكام التقديم للوفاء بالشيك، والفقرة الثانية لأنواع الوفاء بالشيك التي قد يسلكها الحامل في استخلاصه قيمة الشيك.

الفقرة الأول:التقديم للوفاء

ينقضـــي الالتزام الثابت في الشـــيك عن طريق الوفاء به، فهذا الوفاء يعتبر الطريقة الطبيعية للمهمة التي يقوم عليها الشيك كوسيلة للأداء (الوفاء) حيث تنقضي حياته وتنتهي مهمته بأن يتسلمه البنك المسحوب عليه وتبرأ ذمة الساحب وباقي المدينين فيه[35] .

فهو بـذلـك يكونمســـتحق الوفـاء بمجرد الاطلاع عليـه، وأي إدارج لبيـان مخـالف لـذلـك يعتبرلاغيا،كما أن الشـــيك المقدم للوفاء قبل اليوم المبين في تاريخ إصـــداره، يجب وفاؤه في يوم تقديمه.

ويجب على حامل الشـيك تقديمه للوفاء داخل الآجال التي حددها المشـرع في المادة 268 من مدونةالتجارة والمتمثلة فيعشـرينيوما إذا كان الشـيك صـادرا داخل المغرب، وفيسـتين يوما إذا كان صادرا خارج المغرب تحتسب اعتبارا من اليوم الموالي لسحبه.

ولا يمكن تقديم الشـــيك للأداء إلا في يوم عمل، أما اذاصـــادفآخر يوم في أجل التقديم يوم عطلة،فيمدد هذا الأجل إلى أول يوم عمل يلي العطلةـــ على أن أيام العطل التي تتخلل أجل التقديم تدخل في الحساب.

أما إذا حالت قوة قاهرة دون تقديم الشيك في الآجال المذكورة، مددت هذه الآجال. وعلى الحامل أن يوجه بدون تأخير إخطارا إلى من ظهر له الشـــيك بوجود قوة قاهرة وأن يقيد هذا الإخطار ويؤرخه ويوقعه على الشـيك ذاته أو على وصـلة، وعند زوال القوة القاهرة يجب على الحامل أن يقدم الشيك فورا للوفاء وأن يقيم الاحتجاج عند الاقتضاء.

أماإذا استمرت القوة القاهرة أزيد من 15 يوما، تحتسب من تاريخ اليوم الذي أخطر الحامل فيه من ظهر له الشـــيك بوقوع القوة القاهرة، ولو كان تاريخ الاخطار واقعا قبل انقضـــاء أجل تقديم الشيك.

[35] محمد مومن، أحكام وسائل الأداء والائتمان في القانون المغربي،مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش،الطبعة الأولى 2013، ص:398.

كما أن الأفعال الشخصية لحامل الشيك أو من كلف بتقديم الشيك للوفاء لا يمكن أن تدخل في إطار القوة القاهرة.

وقد نصت المادة 304 من م.ت على أنه **" لا يمنح أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادة 291"** أي في غير حالة القوة القاهرة.

وإذا حصل وحدث عدم التقديم فإنه لا يترتب عليه بطلان الشيك أو فقدان الحامل أو المستفيد لحقه في المؤونة أو الرصيد، وإنما يترتب عليه سقوط دعوى الرجوع التي هي للحامل تجاه المظهرين والملتزمين بالشيك[36].

أما الساحب فيظل ملتزما تجاه الحامل بضمان وفاء الشيك ولو لم يقدمه الحامل للوفاء خلال مدة التقديم،

أما بخصوص مكان الوفاء فيجب أن يقدم الشيك في المكان المذكور بجانب اسم المسحوب عليه، ما لم يرد في الشيك خلاف ذلك.

وفي حالة ذكر تعدد الأمكنة إلى جانب اسم المسحوب عليه فيكون الشيك مستحق الوفاء في المكان المذكور أولا، أما إذا خلا الشيك من الأمكنة فيكون مستحق الوفاء في المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي للبنك المسحوب عليه.

الفقرة الثانية: أنواع الوفاء

يمكن التمييز بين نوعين من الوفاء بالشيك ويتعلق الأمر بكل من:

أولا: الوفاء الكلي

يعتبر الوفاء الكلي للشيك هو الأصل لأن الشيك يتضمن أمرا بأداء المبلغ الذي يحمله، فقيام المسحوب عليه بالأداء الكلي للمبلغ المذكور في الشيك يبرأ ذمة كافة الموقعين عليه.

[36] أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الثاني: في اليات أو أدوات الوفاء (الشيك ووسائل الأداء الأخرى) دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الثالثة، 2009، ص: 192.

وعلى المؤسسة البنكية بعد التأكد من هوية الحامل الشرعي للشيك وصحة البياناتوالتوقيع أن تقوم بالوفاء ان كانت لديها مؤونة ولو بعد انقضاء أجل التقديم[37] ويستمر هذا الالتزام إلى أن تنقضي دعوى الالتزام الصرفي بالتقادم وهو سنة واحدة تجاه المسحوب عليه، وستة أشهر تجاه الساحب تحتسبان معا من تاريخ انقضاء أجل التقديم (المادة 271 ق ج).

أما إذا رفضت المؤسسة البنكية الوفاء بالشيك،فيتعين عليها أن تفصح عن السبب الذي دفعها الى رفض هذا الوفاء، لأن سبب رفضها قد يكون هو عدم اكتمال الشروط الضرورية لصحة الشيك أو عدم مطابقة توقيع الساحب للنموذج المودع لديها، أو وجود تشطيب،إلى غيرها من الأسباب المحتملة.

أما إذا كان رفضها الوفاء دون تعرض الشيك لهذه الأسباب، وتوفره على مؤونة فإنها تتحمل المسؤولية تجاه الحامل والغير الذي لحق به ضرر من جراء عدم الوفاء ولو لم يكن طرفا في الشيك، وتجاه الساحب أيضا، بإصلاح الأضرار التي لحقت به من عدم تنفيذ أمره بالأداء وللمساس بسمعته وائتمانه.

ذلك أن الفقرة الثانية من المادة 309 م ت نصت صراحة على أن **" كل مؤسسة بنكية ترفض وفاء شيك سحب على صناديقها سحبا صحيحا وكانت لديها مؤونة ودون أن يكون هناك أي تعرض تعتبر مسؤولة عن الضرر الحاصل للساحب عن عدم تنفيذ أمره وعن المساس بائتمانه".**

ثانيا: الوفاء الجزئي

يجوز وفاء الشيك وفاء جزئيا ولا يمكن للحامل أو المستفيد أن يرفضه إذا ما عرض عليه [38]، تحت طائلة تحمله وحده المسؤولية، أي سقوط حقه في الرجوع على باقي الملتزمين بالمبلغ الجزئي المعروض والذي رفض من طرفه، لأن الأداء الجزئي يبرئ ذمتهم في حدود المبلغ الذي رفض الحامل استيفاءه[39].

---

[37] قرار لمحكمة النقض عدد 581 بتاريخ 2005/05/25 في الملف التجاري عدد 2004/2/3/681 منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى، الاصدار الرقمي، 2007، العدد 66، ص:136.

[38] Renault Salamon, Précis de droit commercial Presse Universitaire de France, 1ère édition 2005, p : 404

[39] أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الثاني، م س، ص:229.

كما أن البنك المسحوب عليه الشيك لا يحق له رفض الوفاء الجزئي إذا طلب منه، وإذا كانت المؤونة أقل من مبلغ الشيك، يحق للحامل أن يطالب بالوفاء بما هو متوفر.

أما في حالة ماإذا كانت المؤونة أقل من مبلغ الشيك، فإن المؤسسة البنكية المسحوب عليها ملزمة بعرض أداء الشيك على الحامل أو المستفيد في حدود المؤونة المتوفرة، ولا يمكن للمسحوب عليه أن يرفض هذا الأداء الجزئي (المادة 273 م ت).

ويحق للبنك المسحوب عليه في حالة الوفاء الجزئي أن يطالب بذكر هذا الأداء على الشيك ذاته وأن له مخالصة بما أداه، ويعفى التوصيل المثبت على سند مستقل كالتوصيل على الشيك ذاته من واجبات الدمغة أو التنبر.[40]

وفيما يخص الجزء المتبقي من المبلغ الأصلي، يلزم الحامل بإقامة احتجاج عدم وفائه حتى يتمكن من الرجوع على الساحب وباقي الملتزمين بالنسبة لما تبقى من مبلغ الشيك، لأن هؤلاء لا تبرأ ذمتهم إلا في حدود القدر المؤدى من المبلغ الأصلي للشيك.

المطلب الثاني: الإعفاء من تقديم الاحتجاج بسبب القوة قاهرة

قد يتأثر تقديم الاحتجاج لسبب عدم تقديم الشيك للوفاء خارج الآجال القانونية للتقديم بسبب قوة قاهرة حالت دون هذا التقديم (الفقرة الأول)، كما قد يطرح التساؤل حول كيفية تقديم هذا الاحتجاج في ظل جائحة كورونا وإقرار نظام الحجر الصحي وما قد يترتب عليه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:القوة القاهرة

إذا حالت قوة قاهرة دون تقديم الشيك في الآجال المذكورة كما سبق وأن رأينا، مددت هذه الآجال وعلى الحامل أن يوجه بدون تأخير إخطارا إلى من ظهر له الشيك بوجود قوة قاهرة وأن يقيد هذا الإخطار ويؤرخه ويوقعه على الشيك ذاته أو على وصلة.

وعند زوال القوة القاهرة يجب على الحامل أن يقدم الشيك فورا للوفاء وأن يقيم الاحتجاج عند الاقتضاء.

[40]Renault Salamon, Précis de droit commercial, op cit, p : 404

فهذا الاحتجاج هو إجراء لا بد منه يمكن الحامل من الرجوع على الملتزمين بالشـيك بصـفتهم فرادى أو مجتمعينفي حالة ما إذا رفضالبنك المسحوب عليه الوفاء به.

وإذا كان الأصل أن إقامة الاحتجاج يكون قبل انتهاء أجل التقديم بـــ (20 أو 60 يوما حسب الأحوال)[41]، فإنه إذا اعترضـــته قوةقاهرة، ولم يقع التقديم يمكن إقامة الاحتجاج في أول يوم عمل يلي القوة القاهرة.

هذا ويقام الاحتجاج بواسطة أعوان كتابة الضبط للمحكمة الموجود بدائرتها موطن الملزم بوفاء الشيك، أو أي موطن معروف له، إعمالا لمقتضياتالمواد 298 و300 من مدونة التجارة.

على أن الاحتجاج يجب أن يتضـمنالتظهيرات والإنذار بالوفاء بقيمة الشـيك، ويبين فيهالعنوان وحضور أو غياب الملزم بالوفاء وأسباب رفض الوفاء والعجز عن التوقيع أو رفضه، كما يشار في حالة الوفاء الجزئي إلى المبلغ الذي تم أداؤه.

كما يلزم أعوان كتابة الضـبط بأن يشـيروا في نص الشـيك إلى الاحتجاج وتاريخه مع توقيعهم عليه، وتبليغ الساحبالاحتجاج.

ولحامل الشـيك في حالة عدم الوفاء عند انتهاء أجل ثلاثين يوما بعد الحجز، أن يعمد إلى طلب بيع الأشياء المحجوزة.

غير أن المشرع المغربي في إطار إعمال مبدأ إجبارية الاحتجاج، استثنى حالتين وفقاللمـــادة 291 والمادة 299 من مدونة التجارةويتعلق الأمر بكل من:

- فقدان الشيك
- القوة القاهرة

الفقرة الثانية: إقامة الاحتجاج في ظل جائحة كورونا

[41] 20 يوما اذا كان اصدار الشيك داخل المغرب، و 60 يوم اذا كان صادرا خارج المغرب .

كما ســـبق وأن رأينا أعلاه فانحامل الشـــيك في إطار الرجوع الصـــرفي يكون ملزما بإقامة الاحتجاج على الملتـزمين بالشيك أمام كتابة ضبط المحكمة المختصة إعمالا للمقتضيات المنصوص عليها في المواد 297 و298 من مدونة التجارة.

غير أن الحالة التي نعيشـــها في ظل جائحة فيروس كورونا واتخاذ المغرب مجموعة من إجراءات الاحتياط أهمها الوضع تحت الحجر الصحي وعدم مغادرة المنازل إلا للضرورة وتعليق العمل بمحاكم المملكة (إلا فيما يخص بعض الاســـتثناءات) قد يقف حائلا بين وصـــول حامل الشيكإلى كتابة ضبط المحكمة المختصة قبل انقضاء أجل التقديم القانوني.

فهل يمكن القول بفـــــواتأجل التقديم القانوني للشـــيك وبالتالي انتهاء أجل تقديم الاحتجاج وأن الحامل يدخل في خانةالحامل المهمل، وبالتالي ســـقوط حقه في الرجوع الصرفي؟ أم أن الحامل في هذه الحالة قد يمنح آجالا إضـــافية وفقا للقوة القاهرة، وبالتالي يكون له الحق في إقامة الاحتجاج مباشرة بعد رفع الحجر الصحي بالبلاد؟

كإجابة عن هذا التساؤل يمكن الانطلاق من نقطتين أساسيتين:

النقطة الأولى:

إن مقتضـــيات المادة 291 من مدونة التجارة تنص على أنه، إذا حالت قوة قاهرة دون إقامة الاحتجاج قبل انقضاء أجل التقديم مددت تلك الآجال.

وأنه على الحامل أن يوجه بدون تأخير، إخطارا إلى من ظهر له الشـــيك بوجود حالة القوة القاهرة وأن يقيد هذا الإخطار و يؤرخه و يوقعه على الشيك ذاته أو على وصلة ملحقة.

كما يجب على الحامل، بمجرد انتهاء حالة القوة القاهرة، أن يقيم الاحتجـاج عنـد الاقتضاء على أنه إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من خمسة عشر يوما وتحسب هذه المدة من تاريخ اليوم الذي قام فيه الحامل بإخطار من ظهر له الشيك بوقوع القوة القاهرة، ولو كان هذا التاريخ واقعا قبل انقضاء أجل تقديم الشـــيك، جاز الرجوع من غير حاجة إلى تقديم الشـــيك أو إقامة الاحتجاج، ما لم تكن دواعي الرجوع موقوفة لمدة أطول بمقتضى نصوص خاصة[42].

[42] صليحة حاجي، تداعيات فيروس covid 19 على وسائل الأداء والائتمان،مقال منشور على موقع مجلة مغرب القانون بتاريخ 20 أبريل 2020 على الساعة 09:03.

النقطة الثانية:

وتتمثل في كونإقرار السلطات المغربية الوضع تحت الحجر الصحي وإقرارها تعليق العمل بعدد من القطاعات بسبب جائحة فيروس كورونا تفرض على حامل الشيك الالتزام بقرارات السلطات المختصة، وبالتالي تأجيل إجرائه لهذا الاحتجاج إلى ما بعد إقرار السلطة الانتهاء من الحجر الصحي، على أن يكون في أول يوم يلي انتهاء الحجر.

وبذلك يمكن القول بتطبيق القواعد التي تنطبق على حالة القوة القاهرة على الوضع الوبائي الذي نعيشه في ظل تفشي جائحة فيروس كورونا.

خصوصا وأن الاستثناء من مبدأ إجبارية الاحتجاج حاضر في القوة القاهرة وبالتالي حاضر مع جائحة فيروس كورونا.

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع تأثير جائحة فيروس كورونا حاولنا قدر المستطاع الإحاطة بالجوانب الأساسية للموضوع من خلال تحديد التكييف القانوني لجائحة فيروس كورونا انطلاقا من القواعد العامة المنظمة لحالة القوة القاهرة وإعطاء تطبيق لجائحة كورونا على هذه الأخيرة وتحديد العناصر التي تم الاستناد عليها لاعتبارها حالة من حالات القوة القاهرة انطلاقا من الفصل 269 من ق ل ع، وصولا الى القوانين الحديثة الصادرة لمواجهة هذه الجائحة والمتمثلة في مرسوم قانون رقم 2-20-292 بتاريخ 23 مارس 2020 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، و مرسوم رقم 2-20-293 بتاريخ 24 مارس 2020 القاضي بإعلان حالة الطوارئ الصحية بمختلف أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا المستجد.

كما عملنا على تحديد أثرالقوة القاهرة المتمثلة في جائحة فيروس كورونا على الوفاء بقيمة الشيك، خاصة وأن الوضع تحت الحجر الصحي قد يحول دون تقديم الشيك للوفاء داخل الآجال القانونية، وما قد يترتب عليه من أحكام الوفاء سواء كان كليا أو جزئيا.

إلى جانب ذلك تطرقنا إلى الإعفاء من إجراء الاحتجاج في ظل القوة القاهرة ومن خلالها الإعفاء من تقديم الاحتجاج في ظل جائحة فيروس كورونا باعتبارها حالة من حالات القوة القاهرة.

لنخلص إلى أن الموضـوع يكتسـي أهمية بالغة في إطار المنظومة القانونية التي نشـتغل بها في ظل الوضعية الوبائية التي يعيشها العالم بأسره، شأنه في ذلك شأن العديد من المواضيع التي تهم عددا من الالتزامات المنظمة قانونا، والتي تناولها عدد من الباحثين بالدراســـة و التحليل وربطوها بحالة الوباء والحجر التي تعرفها بلادنا، وأخرى لازالت في انتظار تناولها من طرف الباحثين للبحث لها عن حلول قانونية.

إمكانية تطبيق مدونة الأسرة زمن إعلان حالة الطوارئ الصحية بسبب تفشي فيروس كورونا المستجد

د. جمال الخمار
أستاذ باحث بجامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس
كلية متعددة التخصصات بتازة

مقدمة

لا شك في أن حق الإنسان في الحياة هو من أقدس الحقوق التي صانتها الأديان السماوية وكافة التشـريعات الوضـعية، فحياة الكائن البشـري هي الخلية الأولى للمجتمع المخاطب بالأحكام لإلهية والتشـريعات الوضـعية، وأصـبحت هذه الحياة مهددة بفعل ظهور فيروس كورونا المسـتجد (كوفيد-19)في ديسـمبر 2019 في سـوق للمأكولات البحرية بمدينة ووهان الصـينية، وفي البداية انتشـر المرض بشكل غامض حتى انتشر وأصبح وباءا عالميا حسب تقارير منظمة الصحة العالمية.

وتعد دراسـة الأثار القانونية لجائحة كورونا على الأسـرة، من المواضـع المهمة، على الرغم كون معظم تلك الأثار القانونية أنية ومسـتعجلة، ويتم اللجوء إليها في ظل تفشـي هذه الجائحة حماية الأسـرة لكونها اللبنة الأولى للمجتمع، باعتبارها من الظروف الاسـتثنائية وفي حالات محددة وفترة زمنية محدد، فإن دراسـة هذا الموضـوع تنبع في ارتباطها بمدونة الأسـرة التي تعمل على التأطير القانوني لقضايا الأسرة من زواج وطلاق وحضانة وزيارة وغيرها من القضايا الأسرية.

وإذا كانت أهمية قضـــايا الأســـرة تنبع من كون أغلبيتها من النظام العام، لأنها متعلقة بحماية المرأة وصـيانة حقوق الرجل والمحافظة على حقوق الأطفال، فإن الدول قد تمر بظروف اسـتثنائية عامة يتحتم عليها فرض قواعد اسـتثنائية لحماية الأسـرة زمن الجوائح، لأنه لا تكفي لمواجهة تلك الظروف الصلاحيات التي يتمتع بها قاضي الأسرة في الاوضاع العادية لفرض القواعد المنصوص عليها في مدونة الأسرة، فيجيز لقاضي الأسرة عندئذ التدخل لفرض حماية استثنائيةجراء وجود " القوة القاهرة" التي تحول دون تطبيق بعض النصـوص القانونية الأسـرية وتنفيذ الأحكام القضـائية الأسرية، فهناك مشروعية استثنائية تعد أساسا للخروج عن المبادئ القانونية المنصوص عليها في المدونة والحكم بمنع السفر بالمحضـون بمبرر أو دون مبرر في ظل تفشـي جائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد- 19)، والتي فرضـت على المملكة المغربية " الإعلان عن فرض حالة الطوارئ الصحية".

إن الإشكالية الأساسية لهذا البحث تتجلى في تحديد التدابير التشريعية والقضائية للحد من الآثار الناجمة عن تفشي فيروس كورونا المستجد كوفيد-19، مع اقتراح حلول قانونية أسرية ناجعة لمواجهة الجوائح مستقبلا.

للإجابة على هذه الإشكالية، تتطلب منا طرح مجموعة من التساؤلات الفرعية، وذلك على الشكل التالي:

ـ ما هو مصير عقود الزواج زمن فيروس كورونا المستجد كوفيد-19؟

ـ هل يمكن الاعتماد على الوسائل الإلكترونية للتبليغ في القضايا الأسرية؟

ـ ماهي الإجراءات الحمائية لأطفال الطلاق؟

ـ ما مصير المصلحة الفضلى للطفل في ظل " إعلان حالة الطوارئ الصحية"؟

ـ كيف تعامل القضاء الأسري مع القضايا المتعلقة بالسفر بالمحضون نحو الخارج والزيارة في زمن " إعلان حالة الطوارئ الصحية"؟

المبحث الأول: أثار حالة الطوارئ الصحية بسبب جائحة كورونا على قضايا الزواج

تختلف حالات الظروف الاستثنائية باختلاف طبيعتها ودرجة تأثيرها على الحياة الأسرية، مما يستلزم تنوعا وتعددا للظروف الاستثنائية[43]، وجاء ذكرها في المواثيق الدولية والدستور المغربي وفي التشريعات الداخلية كقانون الالتزامات والعقود، فجاءت حالة الطوارئ الصحية نتيجة تفشي جائحة كورونا المستجد كوفيد-19، ولكن فرض حالة الطوارئ الصحية وتطبيق قانونها يواجهان مشكلات عديدة على مستوى قانون الأسرة، مما يفرض إعادة النظر في الزواج التقليدي، وذلك بالاعتماد على الزواج الالكتروني زمن الجوائح (المطلب الأول)، وتبني التبليغ الالكتروني بالذسبة للقضايا الأسرية في الحالات العادية والاستثنائية زمن الكوارث والأفات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الزواج الإلكتروني زمن فيروس كورونا المستجد كوفيد-19

[43] ـــ تولين عبد الرزاق زين: حماية الحريات العامة في ظل حالة الطوارئ دراسة مقارنة، مجلة جامعة البحث، المجلد 39، العدد 30، السنة 2017، ص 54.

نظرا للظروف الاستثنائية التي تمر بها معظم دول المعمورة ومنها المغرب، والناتجة عن التداعيات الاقتصادية والاجتماعية لجائحة فيروس كورونا وانعكاساتها السلبية على تنفيذ العقود الدولية الخاصة، لجأ المغرب إلى إعمال الفصل 81 من الدستور، صادقت على مرسوم رقم 2.20.292 مؤرخ في 24 مارس 2020 والذي يؤهلها لإعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب، كما صادقت على مرسوم 2.20.293 مؤرخ في 24 مارس 2020 الذي أعلنت بواسطته حالة الطوارئ الصحية في المغرب، تحيينا للمرسوم الملكي رقم 554. 65 الصادر في 17 من ربيع الأول 1387 (26 يونيو 1967) بمثابة قانون يتعلق بوجوب التصريح ببعض الأمراض واتخاذ تدابير وقائية للقضاء عليها.

وقد تم تمديد مدة سريان مفعول حالة الطوارئ الصحية بمرسوم رقم 2.20.330 الصادر بتاريخ 18 ابريل 2020، حيث جاء في المادة الأولى منه " تطبيقا الفقرة الثانية بالمادة الثانية من المرسوم بقانون المشار إليه أعلاه رقم 2.20.292 الصادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020)، تمدد من يوم 20 أبريل 2020 في الساعة السادسة مساء إلى غاية يوم 20 ماي 2020 في الساعة السادسة مساء، مدة سريان مفعول حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني، المعلن عنها بموجب المرسوم رقم 2.20.293 الصادر في 29 رجب 1441 (24 مارس 2020) بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا كوفيد-19".

وهذه القرارات المتخذة حكوميا سيادية بامتياز لا يمكن تعطيل أثاره القانونية أو الخروج على مقتضياته إلا في الحالات التي يقررها الحظر نفسه أو قرارات لاحقة متخذة من السلطة المختصة، كما ذهب الى ذلك قرار صادر من محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 26 مارس 2020، ألغت فيه محكمة الاستئناف الادارية بالرباط الأمر الاستعجالي الذي أصدره رئيس المحكمة الادارية بالدار البيضاء[44].

وبناء على مقتضيات المرسوم بقانون 2.20.292 بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، ولاسيما المادتين الخامسة والسادسة منه، والذي جاء في المادة الخامسة منه " يجوز للحكومة، إذا اقتضت الضرورة القصوى ذلك، أن تتخذ، بصفة استثنائية، أي إجراء ذي طابع اقتصادي أو مالي أو اجتماعي أو بيئي يكتسي صبغة الاستعجال، والذي من شأنه الاسهام،

[44]- قرار عدد 7202/422/ 2020، الصادر بتاريخ 2020/03/26، (غير منشور).

بكيفية مباشرة، في مواجهة الأثار السلبية المترتبة على إعلان حالة الطوارئ الصحية المذكورة"، أما الفقرة الأولى من المادة السادسة منه جاء فيها على أنه " يوقف سريان مفعول جميع الآجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة حالة الطوارئ الصحية المعلن عنها، ويستأنف احتسابها ابتداء من اليوم الموالي ليوم رفع حالة الطوارئ المذكورة".

وبناء على أن جائحة كورونا المستجد كوفيد-19 تعتبر قوة قاهرة، فقد عرفها المشرع المغربي في الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن " القوة القاهرة هي كالأمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه.

وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين".

وجاء في قرار لمحكمة النقض المغربية على أن " القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، ولا يعتبر المرض من القوة القاهرة"[45].

نستشف من خلال ما سبق أن شروط القوة القاهرة تتجلى فيما يلي:

ـ أن يكون الحادث غير ممكن توقعه، يعني ألا يخطر في الحسبان حصول مثله عند وقوع الفعل الضار.

ـ شرط استحالة دفع الضرر الناشئ عن القوة القاهرة، ومعناه عدم القدرة على الدفع.

ـ شرط ألا يكون للمدين دخل في إثارة القوة القاهرة.

ـ شرط الخارجية ومعناه أن تكون القوة القاهرة ذات مصدر أجنبي عن المدين[46].

---

[45] ـــ قرار صادر عن محكمة النقض في الملف عدد 1615، الصادر بتاريخ 2015/11/14، أورده جمال الخمار: أحكام الميراث في الزواج المختلط ـ مقاربة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم 2014، ص 243.

[46] ـ أمينة رضوان: مدى مساهمة فيروس كورونا في الإنهاء للعلاقة الشغلية، مجلة الباحث، العدد 17، أبريل 2020، ص 10.

فهذه الشروط تعتبر من الركائز الأساسية التي تقوم عليها نظرية " القوة القاهرة"، وقد أصدرت الغرفة 6 لمحكمة الاستئناف كولمار حكما صادر بتاريخ 12 مارس 2020[47] بخصوص تكييف وباء كورونا بأنه قوة قاهرة، والتي تفرض ظروف استثنائية تجعل إبرام عقد الزواجبمفهومه التقليدي كما هوا وارد في مدونة الاسرة طبقا للمادة 13 والتي تفرض مجموعة من الشروط في عقد الزواج ومنها الحضورية والتي تقتضي سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه، والمادة 17 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها الفقرة الاولى منها على أنه " يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه، بإذن من قاضي الأسرة، المكلف بالزواج وفق الشروط الأتية"، وتنص المادة 65 من مدونة الأسرة على أنه" أولا: يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل ابرام العقد ويضم الوثائق الأتية"، فهذه المقتضيات الواردة في المدونة لا تسعفنا في ظل " إعلان حالة الطوارئ الصحية" المعلنة نتيجة تفشي وباء كورونا.

وبناء عليه لا تسعفنا المقتضيات الحالية الواردة في مدونة الأسرة من أجل إبرام عقد الزواج عن بعد، أي دون حضور الزوجين مجلس العقد أمام العدلين وأمام قاضي الأسرة المكلف بالزواج، لالتزام الجميع بالعزل الصحي وعدم الخروج إلا للضرورة، و إذا كان الزواج حق طبيعي لكل إنسان لكونه يحفظ النسل ويكثر سواد الأمة، وجب تغيير المقتضيات الحالية الواردة في مدونة الأسرة، والتنصيص على الزواج الالكتروني بواسطة الأنترنت.

وخاصة أنه بعد تمديد المدة الزمنية للحجر الصحي، دعت الجمعية المغربية للعدول الشباب بتاريخ 19أبريل 2020 الهيأة الوطنية للعدول إلى وضع تصور عام بشأن استئناف العمل العدلي، وسيما ابرام عقود الزواج خلال فترة الحجر، لأن تغييب العمل العدلي، في هذه الفترة، له أثر سلبي على المغاربة، على اعتباره مرفقا موجها للعموم[48].

فإبرام عقد الزواج الالكتروني يجب أن يتم بالكتابة الالكترونية عبر رسالة المعلومات التي يتم انشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية، ولكي تعتبر الرسالة الالكترونية نسخة أصلية[49] يجب أن تتوفر فيها ثلاثة شروط هي :

---

[47] -Cour d'appel , colmar , 12 mars 2020-N'20/1098, Site électronique Lexis 360, Visité 25/03/2020.

[48]- الموقع الإلكتروني: www.alyoum24.com، تاريخ الولوج 19 أبريل 2020.

[49]ـــ القره داغي علي محمي الدين: حكم إجراء العقود بالاتالاتصال الحديثة على ضوء قواعد الفقه الا سلامي، الطبعة الأولى، مؤ سسة الرسالة بيروت 1992، ص 123.

ـ قابلية المعلومات الواردة في الرسالة الالكترونية للتخزين والاحتفاظ بها.

ـ ألا يكون المرسل إليه سلطة ما تغيير شكل الرسالة الالكترونية بعد تسلمه لها.

ـ ـن تتضمن الرسالة الالكترونية دلالة تفيد معرفة المنشئ، واليوم والوقت الذي تعرف إرسال وتسليم الرسالة.

ويعتبر عقد الزواج بين غائبين عن طريق الصـوت والصـورة من النوازل الحديثة، وهذا وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة على قولين:

ـ القول الأول: جواز إجراء عقد الزواج مشافهة عن طريق وسائل الاتصالات الحديثة كالهاتف والانترنت، وممن ذهب في هذا المذهب من العلماء نجد مصـطفى أحمد الزرقا ووهبة الزحيلي وابراهيم الدبو ومحمد عقيلة وبدران أبو العينين بدران[50].

ـــ القول الثاني: لا جوز إبرام عقد الزواج بطريق الوسـائل الحديثة، الناقلة للكلام نطقا ومنها التعاقد عبر شـبكة الأنترنت مهاتفة، وقد ذهب إل ى ذلك أكثر فقهاء مجمع الفقه الإسـلامي الدولي، ومجمع الفقه الإسلامي بالهند، واللجنة الدائمة للبحوث العلمية وللإفتاء بالسعودية[51].

ومادام التعاقد بالوسـائل الالكترونية المعاصـرة فيه من التيسـير على الإنسـان وتوفير الجهد والوقت الشـيء الكثير، والمحافظة على الصـحة العامة ومن الجوائح كما هو سـائد حاليا من تفشـي جائحة كورونا المسـتجد، وهو ما يتوافق مع روح الشـريحة الاسـلامية السـمحة وما تميزت به من المرونة ورفع الحرج عن الناس[52].

وقد سلك هذا المنهج بعض المنهج بعض التشريعات الو ضعية، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الأسري الجزائري، حيث يظهر أن الزواج ينعقد قانونا عن طريق الوسائط الإلكترونية الحديثة، بما فيها التعاقد الالكتروني عن بعد، ذلك أن التعاقد عبر الكمبيوتر المتصـل بشـبكة الأنترنت واسـتخدام بعض البرامج التي توفر طريق التخاطب غير المباشـر كالماسـنجر وزووم وغيرها من البرامج

---

[50]ـ بدران أبو العينين: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مطبعة دار الفقه مصر، الطبعة الأولى 1986، ص 40.
ـ محمد بن حسن الجيزاني: فقه النوازل، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار ابن الجوزي الدمام 2006، ص 228.
ـ البهوتي منصور بن يونس: كشاف القناع على متن الإقناع، دار الفكر بيروت 1402 ه، ص 160.

[51]ـ عبد الستار أبو غدة: مجمع الفقه الاسلامي قرارات وتوصيات المجمع، الطبعة الثانية، مطبعة دار القلم دمشق 1988، ص 121.
ـ الزحيلي محمد: القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، دار المكتبي دمشق 1998، ص 160.

[52]ـــ خلاف عبد الوهاب: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع الكويت، 1990، ص 118.
ـــ العمراني عبد الرحمان: الاجتهاد الفقهي المعاصـر في أحكام الأسـرة، الطبعة الأولى، مركز جمعية الماجد للثقافة والتراث، دبي، 2009، ص 124.

الكثيرة الموجودة في الأنترنت، كأنه بين حاضـرين فيما يتعلق بالزمان في حالة عدم وجود فاصـل زمني بين صدور الإيجاب والقبول، وكذا في حالة المشاهدة والمحادثة المباشرين الفوريين بالصورة والصوت.

وإن الشهود يسمعون خطاب الطرفين حين نطقهما بالإيجاب والقبول، مع تحديد مقدار الصداق، وما يشـهدون على ما سـمعوا، فإذا كان ذلك بحضـور والي الزوجة، وكذا الموثق أو ضـابط الحالة المدنية لإضـفاء الشـكلية أو الرسـمية انعقاد العقد شـرعا وقانونا وفقا للمواد 9 و 9 مكرر و 10 و 18 من قانون الأسرة الجزائري.

كما أن وزارة العدل الامارتية أطلقت خدمة الزواج عن بعد زمن جائحة كورونا، التي تجمع المأذون، والعريس والعائلة عبر شـــاشـــة الفيديو في إطار الاجراءات الاحترازية للحد من حركة المواطنين، بسبب تفشي فيروس كورونا المستجد كوفيد-19.

ويمكن هذا الإجراء من خلال خدمات الحكومة الالكترونية، وإنهاء كل الخطوات المطلوبة من عقد القران إلى مصادقة المحكمة من دون الحاجة إلى مغادرة البيت، بعدما كانت تسمح في السابق بإتمام جزء فقط من اجراءات الزواج عن بعد.

وتشمل هذه الاجراءات الالكترونية تواصل المأذون مع الزوجين والولي، وفي وقت واحد وفي مجلس واحد، لاسـتكمال باقي إجراءات الزواج، وإنجازه دون الحاجة إلى دعوة جميع الأطراف في مكان واحد.

ويمكن الاسـتفادة من الخدمة عبر الدخول إلى موقع الوزارة، ثم اختيار مأذون من ضـمن قائمة المأذونين الشـــرعيين، والتواصـــل معه عبر الهاتف لتحديد موعد لعقد القران، ويعقد مجلس القران عبر تقنية الفيديو في الموعد المحدد بحضـــور جميع الأطراف، وســـؤالهم عن صـــحة توقيعاتهم الالكترونية ودفعهم الرسـوم، وتوقيعه هو بدوره العقد وإرسـاله عبر البريد الالكتروني إلى المحكمة الشرعية التي تتأكد بدورها من كل المتطلبات وتصادق عليه، وترسله كخطوة نهائية إلى الزوجين على هاتفيهما[53].

والمشـرع المغربي والسـلطة القضـائية مدعوان لاتخاذ نفس الإجراءات زمن الجوائح، أما في الأحوال العادية فيمكن الاختيار بين الزواج العادي والإلكتروني، ومن شـــأن هذه التدابير حماية

[53]- الموقع الالكتروني: www.moj.gov.ae، تاريخ الولوج 2020/04/20.

الصـــحة العامة والحد من تفشـــي فيروس كورونا المســـتجد كوفيد-19، وضـــمان الحق الطبيعي والفطري والشرعي للمعاشرة الزوجية.

وتجدر الاشـــارة إلى أن عقد الزواج الالكتروني يتحدد وقته فور العلم بالقبول، إذ أنه لابد للموجب أن يعلم بقبول الطرف الأخر[54].

أما فيما يتعلق بالتحديد المكاني لانعقاد العقد، فقد اختلفت القوانين بشأنه، حيث ذهب البعض إلى أن تحديد مكان انعقاد العقد، يخضع إلى إرادة المتعاقدين أو إلى تقدير القاضي، أو بحسب الظروف، ويظهر أن الراجح ما ذهب إليه القانون المصـــري في تحديد مكان وزمان عقد الزواج، حيث قرر الأخذ بنظرية العلم بالقبول، واعتبرها أرفق بالموجب وأكثر رعاية لمصـــالحه، إلا أنها في الوقت ذاته أعطت الحرية في أن يرجع هذا التحديد إلى قصـــد المتعاقدين واتفاقهما، فإذا لم يوجد اتفاق يرجع إلى نصوص القانون[55].

المطلب الثاني: التبليغ الالكتروني للقضايا الأسرية كألية لحماية الأسرة زمن الجوائح

التبليغ هو إيصال أمر أو واقعة ثابتة الى علم شخص معين[56] على يد أحد أعوان كتابة الضبط، أو عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الاشعار بالتوصل أو بالطريقة الادارية طبقا للفصل 37 من قانون المسطرة المدنية، والهدف من ذلك هو ضمان علم المبلغ إليه[57] بالأمر المراد تبليغه.

ولذلك فلتبليغ أهمية كبيرة في عدم جواز احتجاج المبلغ بجهله لما تم تبليغه به حتى أن بعض الفقه[58]،اعتبر حجية التبليغ كحجية نشر التشريع في الجريدة الرسمية، إذ لا يجوز الاعتذار بجهل ما تم التبليغ به قياســـا على قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وأضـــحى التبليغ الالكتروني ضرورة ملحة زمن الجوائح (الفقرة الأولى)، ونظرا لخصوصية التبليغ الإلكتروني وإيجابياته زمن انتشار الأوبئة، يجب التنصيص عليها في القضايا الأسرية (الفقرة الثانية)، واعتباره حجة شأنه شأن التبليغ العادي المنصوص عليه بطرق تقليدية (الفقرة الثالثة).

---

[54]ـــ محمد بن يحي بن حسن النجيمي، حكم إبرام عقود الأحوال الشخصية والعقود التجارية عبر الوسائل الالكترونية، الموقع الالكتروني www.sjournaldroit.com تاريخ الولوج 2018/06/25.

[55]ـــ ابراهيم رحماني: ابرام عقود الزواج عن طريق الوسائط الالكترونية الحديثة ـــ دراسة فقهية مقارنة، مجلة الشعاب، عدد 04، السنة سبتمبر 2016، ص 62.

[56]- الطيب برادة: إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الرباط الطبعة الأولى 1996، ص 487.

[57] - إبراهيم أسعد: القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية مصر، الجزء الأول، الطبعة الأولى 1972، ص 76.

[58]- وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضـــائي في قانون المرافعات، أطروحة لنيل الدكتوراه من جامعة عين شـــمس القاهرة، الســـنة الجامعية 1974، ص 263.

الفقرة الأولى: مفهوم التبليغ الالكتروني

التبليغ يتم بطرق مختلفة، إلا أن ما يميز ها أنها تقليدية، أصـــبحت غير ملائمة في الحالات الاستثنائية، كما هو الحال زمن تفشي وباء كورونا وفرض حالة الطوارئ الصحية، والتي أصبحت بمثابة إعلان ر سمي بأزمة صحية من قبل الدولة المتضررة، أي أنها تدبير لحدث ا ستثنائي يشكل خطر على الصحة العمومية للدولة المعنية، كما فعل المغرب بالنسبة لجائحة كورونا الخطيرة.

وهذا التبليغ بطبيعة الحال لن يتم إلا بواسطة شهادة التسليم، والتي تعتبر حجة دامغة على تبليغ المعني بالأمر، وإذا كانت المسـطرة المدنية ومدونة الأسـرة على شـكلهما الحاليين لا تضـمنان إلا الوســائل التقليدية للتبليغ، بحيث حصـــرت التبليغ في الشـــكل الكلاســـيكي[59]، ولذلك فإن التبليغ الإلكتروني سيلعب دورا محوريا في زمن الجوائح، وخاصة أن توصيات المنظمة العالمية للصحة توصي بالعزل الصحي لجميع المواطنين لتفادي انتشار فيروس كورونا المستجد كوفيد-19، ومن أجل الملائمة مع توصـــيات هذه المنظمة ومن أجل تســـريع وتيرة الإجراءات القانونية اللازمة قبل المحاكمة وأثناء المحاكمة وبعد المحاكمة في القضايا الأسرية وجب سن التبليغ الالكتروني.

وحيث إن رجوع شهادة التسليم بالتوصل الوسيلة القانونية التي تضمن حق الدفاع[60]، ونظرا لما يشكل التبليغ بصيغته التقليدية من معوقات وقيود من أجل الولوج للإدارة القضائية الإلكترونية، فإن التبليغ الاليكتروني سـيضـمن السـرعة والفعالية، والذي لن يكون نافذا قانونيا إلا بتوقيع اليكتروني عن طريق رســالة نصــية قصــيرة إلى الهاتف أو بريد إليكتروني موجه من الادارة القضــائية الى البريد الاليكتروني للشخص المراد تبليغه سواء كان للحاسوب أو للمواقع الاجتماعية من فيسبوك أو تويتر أو واتساب، ولذلك فرجوع الا شارة بالتسلم يجب أن يعتبر تسلما شخصيا، طبقا للفصل 2-417 من قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية[61] والذي ينص على أنه" يتيح التوقيع الضـــروري لإتمام وثيقة قانونية التعرف على الشـــخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة المذكورة"، ولذلك سيتم تليين المسطرتين المتعلقتين بالتعدد والطلاق، بحيث تشترطان التبليغ الشخصي.

---

[59]- عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، تاريخ الطبع 2003، ص 189.

[60]- فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاهرة، كلية العلوم القانونية عين شمس، السنة الجامعية 1959، ص 70.

[61]- ظهير شـريف رقم 1.07.129 صـادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584، بتاريخ 06 ديسمبر 2007، ص 3879-3888.

وخاصـــة أن من التشـــريعات المقارنة من ذهب في هذا الاتجاه نجد التجربة التركية في مجال التبليغ بالوسائل الإلكترونية من طرف المحاكم التركية، فطبقا لقانون المسطرة المدنية التركية نص الفصل 121 على أنه" عند تسجيل مقال الدعوى يضمن في نص المقال وجوبا الوسيلة الإلكترونية كعنوان للتبليغ أو الرقم الهاتفي لطرفي الدعوى طبقا للقواعد القانونية المنظمة "[62].

وعليه فإن العمل بالمحكمة الرقمية لن يتم إلا عن طريق استخدام تقنيات المعلوميات والاتصال في انجاز إجراءات التبليغ أمام المحاكم، هذا مع العلم أن اعتماد التبليغ الإلكتروني من شـــأنه خلق نوع من الشفافية والسرعة والدقة في البت في الدعاوي أمام المحاكم، و كذلك تبليغ الأحكام الأسرية وتنفيذها.

أمام تطور الحياة العلمية في اتجاه عالم رقمي وانتشـار الأوبئة العالمية الخطيرة كما هو الشـأن بالنسـبة لفيروس كورونا المسـتجد كوفيد-19 كان لابد أن تظهر أشـكال معاملات جديدة، فإذا كانت علاقة الانســان بالآخرين بدأت تتســق وتتحدد شــفاهة باللغة، ثم كانت الكتابة وما عرف بعصــر جوتنبرغ، فإننا اليوم دخلنا المجتمع التقني بفضـل التقدم التكنولوجي الهائل الذي لم يشـهد التاريخ له مثيلا في تقنيات المعلومات والإعلام والاتصال والهواتف الذكية ومواقع التواصل الاجتماعي[63].

فلكي ينبغي أن يتم التبليغ الذي يكتســي الحجية القانونية يجب أن تســتجمع شــهادة التســليم كل البيانات والشكليات المنصوص عليها قانونا وهي :

- الاسماء العائلية والشخصية ومهنة وموطن أو محل إقامة الطرفين.
- موضـوع الطلب، إذ بمقتضـاها يتوصـل الطرف المبلغ المدعى عليه الى طبيعة النزاع الذي أصبح طرفا فيه، فهل هو أسري أم جنائي.
- المحكمة التي يجب أن تبت في النزاع.
- يوم وساعة الحضور.

وهذه الشكليات المنصوص عليه في الفصل 38 من قانون المسطرة المدنية، كما أن الفصل 39 من نفس القانون ينص على أنه "ترفق بالاستدعاء شهادة يبين فيها من سلم له الاستدعاء، وفي أي تاريخ ويجب أن توقع هذه الشهادة من الطرف أو من الشخص الذي تسلمها في موطنه، وإذا عجز من تسلم الاستدعاء عن التوقيع أو رفضـه أشـار الى ذلك العون أو السـلطة المكلفة بالتبليغ، ويوقع

[62] -Karim benykhlef et vincent gautrais: échange de document informatise /internet: Site électronique http://www.DROIT.unmontreal.ca visite le 20/10/2019.

[63]- عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2014،ص 181.

العون أو السلطة على هذه الشهادة في جميع الأحوال ويرسلها الى كتابة ضبط المحكمة إذا تعذر على عون كتابة الضبط أو السلطة الادارية تسليم الاستدعاء لعدم العثور على الطرف أو على شخص في موطنه أو محل إقامته أشار الى ذلك في الشهادة التي ترجع الى كتابة ضبط المحكمة المعنية بالأمر".

كل هذه الشكليات وما يترتب عنها، تجعل فرض حالة الطوارئ الصحية وما ترتب عنها من منع الخروج من المنازل إلا لضرورة بسبب جائحة كورونا، ومادامت التكنولوجيا الحالية تسعفنا من أجل التقاضي عن بعد،سيما الاستفادة من المنظومة القانونية المنصوص عليها في قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني والمعطيات القانونية وخاصة الفقرة الأخيرة من الفصل 2-417 والتي نصت على أنه " عندما يكون التوقيع إلكترونيا يتعين استعمال وسيلة تعريف موثوق بها تضمن ارتباطه بالوثيقة المتصلة به".

وخاصة أن القضاء المغربي قد قرر بأن البت في الدعوى دون استدعاء طرفي الدعوى يشكل خرقا لحق الدفاع، ولو تعلق الأمر بدعوى تصحيح خطأ مادي[64]، كما ذهب الى أن " الزوجة التي تكون في نزاع مع زوجها المبلغ له، لا تبقى له الصفة لتسلم الاستدعاء"[65]، " ويجب إعلام كل طرف في الدعوى أو وكيله باليوم الذي ادرجت فيه القضية في الجلسة وإلا كان الحكم باطلا"[66].

فكل هذه القواعد تجعل التبليغ أمام سندان القواعد المشددة في هذا المجال ومطرقة الفعالية و النجاعة القضائية وفرض حالة الطوارئ الصحية، فهل يمكن أن يسعفنا التبليغ الالكتروني وما يتضمنه من توقيع إلكتروني في شهادة التسليم من مواجهة الجوائح؟

فالأسس التي يبنى عليها التبليغ الالكتروني، يمكن أن تسعفنا في البت في النزاعات الأسرية عن بعد وقت تفشي وباء كورونا، وسيغنينا عن كل هذه الصعوبات، مما سوف يوفر الوقت والفعالية والنجاعة القضائية والحماية للمواطنين من الأوبئة الفتاكة.

الفقرة الثانية: خصوصية التبليغ الالكتروني في القضايا الأسرية زمن فيروس كورونا المستجد كوفيد-19

[64]- عبد اللطيف خالفي : الاجتهاد القضائي في قانون المسطرة المدنية، رصد لمبادئ ولقرارات المجلس الأعلى، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2004، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، ص 128.
[65]- أورده عبد اللطيف خالفي، المرجع السابق، ص 128.
[66]- أورده عبد اللطيف خالفي: المرجع نفسه، ص 128.

نصت مدونة الأسرة على بعض المقتضيات الخاصة بالتبليغ، ويخص الأمر كل من مسطرتي التعدد والطلاق، ولذلك فإن التبليغ في إطار هاتين المسطرتين قد يزيد من معاناة المتقاضين، فبعد تقديم طلب الإذن بالتعدد تعمد المحكمة على استدعاء الزوجة شخصيا ولو كانت مقيمة خارج المغرب بالحضور للمحكمة طبقا للمادة 43 من مدونة الأسرة[67].

وبذلك فالمشرع المغربي استثنى مقتضيات الفصل 38 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أنه " يسلم الاستدعاء تسليما صحيحا الى الشخص نفسه أو في موطنه الى أقاربه أو خدمه أو لكل شخص أخر يسكن معه"، وقد رتب المشرع على حالة امتناع الزوجة عن تسلم الاستدعاء اعادة التبليغ مرة أخرى على شكل إنذار، كما أنه يمكن البت في طلب التعدد في حالة غياب الزوجة إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطنها أو محل إقامتها، وهو ما يعد خروجا عن القاعدة العامة التي تقر بتنصيب القيم إذا كان عنوان المراد تبليغه مجهولا طبقا للفقرة السابعة من الفصل 39 من قانون المسطرة المدنية، كما أن تطبيق هذا المقتضى الإجرائي على أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج مستحيلا، نظرا لعدم إمكانية تنفيذ النيابة العامة في الدول الأجنبية لهذا المقتضى، لأن هذه الأمور تدخل في مجال السيادة لكل دولة، وبالتالي فإن التبليغ الإلكتروني لا محالة سيغنينا عن كل هذه المقتضيات.

ويلاحظ كذلك أن المادة 43 من مدونة الأسرة لم تحدد جزاء تخلف المدعي على الحضور من قبول طلبه أو عدمه ولا بالنسبة للاستدعاء الشخصي، وهو ما يجعله خاضعا لمقتضيات الفصل 47 من قانون المسطرة المدنية المتعلقة بالتشطيب على الدعوى، وإن كانت قواعد العدل تستلزم المساواة بالنسبة للإجراءات، فإن استدعاء المدعي يجب أن يتم بشكل شخصي.

أما بالنسبة لمسطرة الطلاق فإن المحكمة تستدعي الزوجين لمحاولة الإصلاح بينهما، وبالتالي نص المشرع في المادة 81 من مدونة الأسرة على وجوب التسليم الشخصي بالاستدعاء، وهو ما يرتب أن أي تسليم يخالف هذا المقتضى يكون معرضا للإبطال ويعتبر التسليم صحيحا موجبا لأثره، إذا توصل الزوج بالاستدعاء وغاب عن الحضور دون مبرر معقول، حيث يتم صرف النظر عن طلب الطلاق، وهو ما يعد التقاء مع مقتضيات الفصل 47 من قانون المسطرة المدنية، الذي

[67]ـــ تنص المادة 43 من مدونة الأسرة على أنه " تستدعي المحكمة الزوجة المراد التزوج عليها للحضور فإذا توصلت شخصيا ولم تحضر أو امتنعت من تسلم الاستدعاء، توجه اليها المحكمة عن طريق كتابة الضبط انذارا تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار فسيبت في طلب الزوج في غيبتها".

يفيد إمكانية التشـطيب على الدعوى من الجلسـة في حالة التخلف عن الأجل المحدد، ولكن بشـرط عدم توفر الأسس التي يمكن أن تعتمد عليها المحكمة من أجل البت.

في حين إذا تغيبت الزوجة عن الحضـور رغم تسـلم الاسـتدعاء وعدم تقديم مذكرة كتابية من طرف دفاعها، يتم الإشـعار من طرف النيابة العامة على أن الطلب سـيبت فيه رغم غيابها، وما يستشف من هذا المقتضى أنه في حالة الإدلاء بالمستنتجات الكتابية، فإنه يمكن استبعاد الإخطار من طرف النيابة العامة، بحيث تنتقل المحكمة مباشـرة إلى مناقشـة حيثيات الدعوى والبت فيها، ولا يلتفت الى كيفية اسـتدعاء الزوجة مادامت الغاية قد تحققت، إلا أن هذه المقتضـيات متعلقة بطرفي الدعوى اللذين لا أولاد لهما، لأنه في حالة وجود الأبناء وجب التبليغ لمرتين على أسـاس إقامة محاولتين للصلح.

وبالرجوع الى الفقرة الأخيرة من المادة 81 من مدونة الأسـرة نجدها تنص على أنه " إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، اسـتعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصـول الى الحقيقة"، وبالتالي هذا الأمر يتعلق بالمغاربة المقيمين داخل الوطن دون خارجه، وهذا في الحقيقة حيف بالنسـبة لجاليتنا في الخارج ونقص تشـريعي وجب ترميمه، بسـن تشـريع يتعلق بالتبليغ الالكتروني لتعويض هذا الحيف، ولاسـيما أن الوسـائل الالكترونية الحديثة يمكن لها أن تسـاعد على إيجاد الأشـخاص المجهولين بكل سهولة والوقاية من انتشار الجوائح.

كما أن إيراد عبارة " للوصـول الى الحقيقة"، هو افتراض للتشـكيك في نوايا الزوج، لأنه قد يدلي بعنوان غير حقيقي، وبالتالي جاء في الدليل العملي لمدونة الأسرة علنه " في الحالة التي يتعذر فيها بالإدلاء بوثيقة تثبت هوية من تسـلم الاسـتدعاء، يثير عون التبليغ انتباه هذا الأخير الى أن كل تحايل أو تدليس من طرفه سيعرضه لعقوبة جنائية"[68].

والقول بعبارة " من تسـلم " تفيد الجهل بالعلم وهو ما يعد ضـربا لمبدأ العلم اليقيني، لذا كان بالإمكان تحديد الهوية بالقول " الزوج بتسليمه الاستدعاء"، وهو ما يوجب دلالات لغوية واضـحة تفاديا لأي لبس وتعطيل لسير الدعوى، بالإضافة الى تفادي الارتباك بالنسبة لأعوان التبليغ.

إن الحديث عن نطاق التبليغ الالكتروني يتطلب التطرق بالتفصـيل للتوقيع الالكتروني المضـمن في شهادة التبليغ كتقنية جديدة بديلة عن التوقيع التقليدي، فلا يمكن تطبيقه بإيراد المقتضيات المتعلقة بقانون 53.05 بإطلاقها ولا بمقتضيات قانون المسطرة المدنية والتي جاءت خالية من أي مقتضى

[68]- الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات وزارة العدل، الطبعة الأولى، السنة 2004، ص 67.

من هذا القبيل ولا بنصوص مدونة الأسرة، وحتى مسودة مشروع المسطرة المدنية لم يأت بأي جديد سوى بإيراده عبارة أخيرة في الفصل 37 فضفاضة تحتمل أكثر من تفسير، ولأن قانون 53.05 نص صراحة في الفصل 1-2 في الفقرة الاخيرة على استثناءات متعلقة بصحة المحررات المعدة بشكل الكتروني أو الموجهة بطريقة إلكترونية ومتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام القانون 53.05، ماعدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته"، وبالتالي لا يمكن تطبيق المقتضيات المتعلقة بالتوقيع الالكتروني في شهادة التبليغ في المجالات المتعلقة بمدونة الأسرة.

هذا وإذا كانت بعض التشريعات المقارنة[69]، ألحقت نطاق سريان التوقيع الالكتروني بالقواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة، فإن هناك تشريعات أخرى وضعت قاعدة لنطاق التطبيق ترد عليها استثناءات، ونخص بالذكر التشريع الاردني[70]، حيث جاءت المادة الخامسة منه على أنه" يسري هذا القانون على السجلات والتواقيع الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية".

ومن التشريعات المقارنة الفريدة في هذا المجال، نجد التشريع المتعلق بالمسطرة المدنية التركي[71]، الذي نص على أن التوقيع الالكتروني في التبليغ يعتبر صحيحا، وفي حالة رجوع الاشارة الالكترونية بالتسلم طبقا للمقتضيات القانونية المتعلقة بتبادل المعطيات القانونية تسلما شخصيا في جميع القضايا ومنها الأسرية، وقد حققت هذه التجربة نجاحا باهرا من حيث الفعالية وسرعة البت في الدعاوي المعروضة أمام المحاكم التركية ولا من حيث تنفيذ الأحكام القضائية الأسرية.

الفقرة الثالثة : حجية التبليغ الإلكتروني على القضايا الأسرية زمن جائحة كورونا

إن التبليغ الاليكتروني يهدف الى ترتيب أثار قانونية معينة ومحددة في زمن انتشار الجوائح، فمن خلال التوقيع الاليكتروني المضمن في التبليغ يمكن تحديد هوية الموقع ومعرفة صلاحياته، كذلك فإن توقيع أصحاب الشأن على شهادة التبليغ يعد إقرارا منهم بمضمون ما ورد به.

[69]- قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية في 11 غشت 2000.
[70]- قانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.
[71]- قانون رقم 06-201MA لسنة 2012.

بالإضافة الى ذلك على وجه الخصوص من أجل حماية أطراف الدعوى في القضايا الأسرية، ولمنع أي تلاعب بمضمون شهادة التبليغ، وجب تفعيل دور الجهات القضائية التي تتولى خدمة التصديق على التوقيعات الالكترونية لمنحها الحجية القانونية مع ترتيب مسؤوليتهم عند الإخلال بأي من التزاماتهم، خصوصا أمام امكانية اطلاعهم على معلومات لا يستطيع شخص أخر بالاطلاع عليها.

ينص الفصل 1-417 من قانون 53.05 على أنه" تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة على الورق، تقبل الوثيقة المحررة بشكل الكتروني للإثبات، شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها".

وبالتالي في حالة المصادقة على مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية، والتي ستعتد بالتبليغ الاليكتروني، ستعطي الحل من أجل البت في الكثير من القضايا العالقة بسبب فرض حالة الطوارئ الصحية نتيجة تفشي فيروس كورونا المستجد كوفيد-19.

وإذا كانت رسائل البيانات الالكترونية تؤدي وظائف الكتابة والتوقيع المعمول عليها في قواعد الاثبات، إلا أن هذه الرسائل التي لا تستوفي الشكل المنصوص عليه فيما يتعلق بالكتابة الورقية والتوقيع الخطي واليدوي.

وهكذا ذهبت المادة 14 من القانون الخاص بالتوقيع الالكتروني المصري لعام 2004 على أن " التوقيع الالكتروني يتمتع بذات الحجية المقررة للتوقيعات في مفهوم قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى تم طبقا للأوضاع وبالشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية بمعنى أنه اذا لم يتم استيفاء الشروط المنصوص عليها لهذا القانون فإن التوقيع الإلكتروني لن يتمتع بأي حجية".

كما أن المشرع الفرنسي قام بعدة تعديلات في مجال المعاملات الالكترونية وذلك انسجاما مع التوجيهات الأوربية، والتي تدعو الاتحاد الاوربي الى استكمال المنظومة التشريعية الوطنية على نحو يستوجب استخدام الوسائط غير الورقية[72]، وهكذا نصت المادة 1/1316 من القانون المدني

[72]- التوجه الاوربي رقم 31/2000 الصادر في 08 يونيو 2000 بشأن بعض الجوانب القانونية الخدمات بمجتمع المعلومات، والتوجه الأوربي رقم 93/1999 الصادر في 13 ديسمبر 1999 بشأن النظام المشترك للتوقيعات الإلكترونية.

الفرنسي على أنه" تتمتع الكتابة الالكترونية بحجية المحررات الكتابية في الاثبات بشرط أن تفصح شـخصـية محررها، وان يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو الى الثقة بها، وهذا ويمكن إثبات عكس ما ورد في المحرر الالكتروني عن طريق تقديم أدلة جديدة محددة واضـحة على عدم صحة المحرر أو التوقيع الإلكتروني.

ولذلك فإن الرقي بالتبليغ الالكتروني يسـتوجب وجود هيئة وطنية قضـائية تحفظ التوقيعات ومكلفة باعتماد ومراقبة المصـادقة الالكترونية في مجال التوقيع الالكتروني على غرار تلك المنصـوص عليها في قانون 53.05، وإذا كانت المادة 24 من هذا الأخير نصـت على أنه " يلزم مقدمو خدمات المصادقة الالكترونية ومستخدموهم كذلك بكتمان السر المهني، تحت طائلة العقوبات المنصـوص عليها في التشـريع الجاري به العمل"، فإن نص المادة الثامنة من مشـروع التوجيه الاوربي المتعلق بالتوقيع الالكتروني، أن الدول الأعضـاء يجب أن تتعهد بأن يلتزم كل من مقدمي خدمات التصديق بالحفاظ بشرف على كل المعلومات ذات الطابع الشخصي، وطبقا للفقرة الثانية من المادة الثامنة من هذه التوجيهات، فإن المعلومات ذات الطابع الشـخصـي تعرف بأنها " كل معلومة تتصل بشخص محدد الهوية أو قابل للتحديد"، وأضافت المادة بعد ذلك أن هذه المعلومات يمكن أن تتصـل بالعناصـر الطبيعية الخاصـة للشـخص، والتي تميزه عن غيره، وكذلك يمكن أن تكون هذه العناصر ذات طابع نفسي أو ثقافي أو اجتماعي مادامت تحدد بطريق مباشرة أو غير مباشرة.

المبحث الثاني : أثار إعلان حالة الطوارئ الصحية بسبب تفشي جائحة كورونا على قضايا الحضانة

تتعرض الحياة الزوجية للإنهيار وتفشـل كل محاولات الصـلح، مما يؤدي بانحلالها بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو الفسـخ، غير أن هذه الحالات المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية لها انعكاسـات وأثار خطيرة ليست على الزوجين فحسب، بل يمتد تأثيرها السلبي حتى على الأطفال.

فهم الضحايا الذين يفتقدون دفئ الروابط الأسرية و الانسجام العائلي ويواجهون صعوبات كثيرة تؤثر سلبا على استقرارهم النفسي و الصحي، نتيجة فقدانهم للرعاية الأبوية المشتركة.

ونظرا للمصـلحة الفضـلى للطفل، حاول المشـرع تقييد الطلاق قضـائيا، وجعل الصـلح إلزاميا لمرتين، وتحديد المستحقات وإسناد الحضانة للأم ثم للأب ثم لكل من يرى من طرف القاضي بأنه الأفضـل في حماية وحضـانة الطفل، حتى لا تكون حقوقهم محل مسـاومة، فبعد أن جعل الحضـانة

مشـــتركة أثناء قيام العلاقة الزوجية، أضـــحت بعد انحلالها لأحد الأبوين، وهي تمنح للأم وجوبا، لأنها الأجدر لرعاية ومراعاة مصلحة المحضون.

وبناء على فرض حالة الطوارئ الصـــحية، والتي تلزم البت في قضـــايا الحضـــانة بصـــورة اســتعجالية لارتباطها بالطفل، عمل المشــرع المغربي بســن مجموعة من المقتضــيات الاســتثنائية لفرض الحماية على جميع المواطنين وخاصة الاطفال في فترة الحضانة (المطلب الأول)، كما عمل القضـــاء على إصـــدار مجموعة من الأحكام القضـــائية للحد من تنقل المحضـــونين خلال فترة تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالزيارة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية القانونية والقضـائية للمحضـون زمن فيروس كورونا المسـتجد كوفيد-19

إن الحالة التي يعيشــها المغرب حاليا، تتميز بفرض حالة الطوارئ الصــحية نتيجة تفشــي وباء كورونا، والتي صــدر بشــأنها في الجريدة الرسـمية عددى6867 مكرر بتاريخ 24 مارس 2020 مرسـوما عدد 2.20.292 يتعلق بسـن أحكام خاصـة بحالة الطوارئ الصـحية وإجراءات الإعلان عنها، والذي ينص في مادته الســادســة على أنه " يوقف ســريان مفعول جميع الأجال المنصــوص عليها في النصــوص التشــريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة حالة الطوارئ الصــحية المعلن عنها، ويستأنف احتسابها ابتداء من اليوم الموالي ليوم رفع حالة الطوارئ المذكورة، تستثنى من أحكام الفقرة الأولى أعلاه أجال الطعن بالاستئناف الخاصة بقضايا الأشخاص المتابعين في حالة اعتقال، وكذا مدد الوضع تحت الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي".

فمن خلال هذا المرسوم تم رسم النطاق الزماني والمكاني لحالة إعلان حالة الطوارئ الصحية، والاجراءات الواجب اتخاذها من خلالها، إذن أجال جميع القضـايا المعروضـة أمام المحاكم في ظل حالة الطوارئ الصحية تظل متوقفة، ومنها تلك التي تمس الأطفال المحضونين.

وهذا من شــأنه ســن مقتضــيات حمائية خاصــة بالأطفال المحضــونين، من خلال حمايتهم من العنف الأســري بما في ذلك الممارســات التهديدية أو العنيفة من قبل الحاضــن، والتي قد تكون جسـدية، جنسـية، نفسـية أو اقتصـادية من خلال امتناع الملزم بالنفقة على الإنفاق على المحضـون بدعوى وجود قوة قاهرة تتجلى في اعســاره زمن كورونا بدعوى أنه عاطل عن العمل، ويمكن أن تشمل أيضا الاعتداء النفسي على الأطفال المحضونين .

ويرتبط العنف الأسـري الموجه للمحضـونين أثناء الجوائح بمجموعة من العوامل بما في ذلك الضـغط المادي، عدم الاسـتقرار الناتج عن الكوارث، التعرض المتزايد للعلاقات الاسـتغلالية وكذا انخفاض خيارات الدعم.

وبسـبب تدابير العزلة الاجتماعية المطبقة في المغرب وفي جميع أنحاء العالم للمسـاعدة على الحد من انتشـار فيروس كورونا المسـتجد، تم حصـار المحضـونين في منازل، قد تكون مكتراة، ونظرا للصعوبات المالية للحاضن والمحضون على السواء، مما أدى إلى تفاقم الهشاشة الشخصية والجماعية مع الحد من خيارات الدعم العائلية، وقد يؤدي الأمر إلى إفراغ المحلات السـكنية للمحضونين، لعدم أداء السومة الكرائية.

ولقد شـهدنا بالفعل وقائع كثيرة[73]، أدت إلى إفراغ محلات سـكنية يتواجد فيه أطفال صـغار محضونين، مما يشكل تهديدا خطيرا لصحة الاطفال، وهذه فرصة من أجل سن قانون يمنع إفراغ المحلات السـكنية زمن الجوائح تحت طائلة عقوبة جنائية، كما أنها شـهدت هذه العزلة الاجتماعية زمن كورونا تزايد العنف المنزلي تجاه المحضونين الغير الملتحقين بالمدارس.

وبناء على هذه الوقائع ونتيجة لتطبيق المبدأ الكوني " المصـلحة الفضـلى للطفل"، والتي شـأنها أن تبرر تدخل قاضـي المسـتعجلات أنيا لحماية الأطفال المحضـونين[74]، وقد صـدر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط، حكما استعجالي بتاريخ 2020/03/11 قضـى " بأن مؤسـسـة القضـاء الاسـتعجالي باعتبار مفاضـلتها بين المصـالح وباعتبار دورها الايجابي في مقارنة الواقع بالقانون، واستنادا لعدم وجود ما يمنع تدخلها في هذا النوع من القضايا استنادا لكونها جهة أوكل لها المشرع بدورها مسـؤولية حماية وتكريس حقوق المحضـون، فإن لها في حال وجود ضـرر محدق قد يؤثر سـلبا على حياة المحضـون الأنية والمسـتقبلية التدخل، بحكم وظيفتها التي تتسـم بنوع من المرونة وبحكم سلطتها التقديرية الواسعة، لاتخاذ أي إجراء يرم حماية الحقوق الأساسية للطفل المكفولة له بموجب دستور المملكة وقوانينها أو بموجب المواثيق الدولية"[75].

---

[73]- الموقع الالكتروني: www.pubmed.ncbi.nlm.nih.gov، تاريخ الولوج 2020/04/27.

[74]ـــ ذهب حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بأزرو في ملف عدد 2020/1614/105 بتاريخ 2 أبريل 2020 (غير منشور)، على أنه " وحيث أنها قررت ترك الصائر على عاتق المدعيين لطبيعة دعواهما و شمل حكمها بالنفاذ المعجل استنادا إلى تداعيات الظروف العالمية العامة المتعلقة بوباء كورونا المستجد وللظروف الخاصة للمدعيان في كونهما على أهبة السفر جوا إلى ماليزيا مقر سكناهما الرئيس، ضمن رحلة استثنائية مقررة بعد ثلاث أيام، قد لا يوجد سواها في المستقبل القريب".

[75]- أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الادارية بالرباط بتاريخ 2020/03/11، (غير منشور).

ونظرا للوضعية الخاصة للأطفال المحضونين خلال فترة الحجر الصحي، تبقى الحماية الاستعجالية من طرف القضاء كفيلة بضمان حماية فعلية للمحضون، فيجب تقديم الدعم المادي والمعنوي للمحضون زمن الجوائح، وحمايته صحيا من خلال منعه من السفر داخل المغرب أو خارجه خلال تنفيذ أحكام الزيارة أو السماح بالسفر بالمحضون خارج المملكة، حيث جاء في المادة 179 من مدونة الأسرة على أنه " في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك".

وفي نفس الإطار جاء في حكم استعجالي[76] ما يلي " وحيث أنه بإسباغ ما ذكر على الوضع الراهن للعالم الذي يشهد تفشي فيروس كورونا كوفيد-19 بالعديد من دول المعمور، واعتبار الحق في الحياة والحق في الصحة من الحقوق الأساسية لأي طفل، وخشية ما قد ينجم عن الإذن بالسماح للمحضون بالسفر في الظروف الحالية ما قد يهدد صحته وحياته وينعكس سلبا على وضعيته وعلى حقه الأصيل في التمتع بكافة حقوقه بشكل عادي و سليم، وحفاظا على حياة هادئة وقارة للمحضون التي لم يتبين لنا من تصفح ظاهر وثائق الملف قيام حالة الاستعجال القصوى التي تقتضي سفره للخارج على السرعة للعلاج مثلا أو غيره من حالات الضرورة التي ينجم عن عدم السفر به للخارج إلحاق ضرر فادح بحياته أو صحته أو دراسته.

وحيث إنه ووعيا من مؤسسة قاضي المستعجلات بدورها في الاطلاع بحماية حقوق الطفل عامة والمحضون خاصة، واستحضارا منها للمصلحة الفضلى لهذا الاخير، وتأسيسا على ما نصت عليه قوانين المملكة في هذا الاطار، وكذا المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والاجتماعية والثقافية التي صادق عليها المغرب بتاريخ 1979/5/3، وأيضا المادة الثالثة من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1989/11/20 المصادق عليها من طرف المغرب بتاريخ 1993/06/21، وأنه حرصا على مواجهة الوضع الاستثنائي المتعلق بخطر تفشي فيروس كورونا، وإعمالا لإجراءات الاحترازية والوقائية للحد من انتشاره، ولكون منح السفر من عدمه يدور مع مصلحة المحضون وجودا وعدما، وباعتبار الاذن له بالسفر في ظل الظروف الحالية فيه إهدار لتلك المصلحة التي تبقى هي الأولى بالحماية، فإنه ولمجمل ما ذكر يكون طلب الإذن للحاضنة في الوقت الراهن بالسفر بمحضونها خارج أرض الوطن على ضوء ما فصل غير مبرر يكون مآله الرفض".

[76] ـــ أمر استعجالي عدد 275 صادر بتاريخ 21 مارس 2020 عن رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط، في الملف رقم 223/1101/220، (غير منشور).

ونتيجة لذلك يعتبر هذا الحكم نتيجة طبيعية لفرض إعلان حالة الطوارئ الصـــحية، والتي تفرض إجراءات مشـــددة للمحافظة على صـــحة المحضـــونين. فالتدابير المتخذة في إطار حالة الطوارئ الصـــحية، تهدف إلى التدخل الفوري والعاجل للحيلولة دون تفاقم الحالة الوقائية للمرض. وكذلك لتعبئة جميع الوسائل المتاحة لحماية حياة الأطفال وضمان سلامتهم.

وينص قانون الطوارئ كذلك على الامكانية الاســـتثنائية المتاحة للحكومة لاتخاذ أي إجراء ذي طابع اقتصادي أو مالي أو اجتماعي أو بيئي يكتسي صبغة الاستعجال، وتقتضيه الضرورة القصوى إذا كان من شـــأنه الإســـهام بكيفية مباشـــرة في مواجهة الأثار الســـلبية المترتبة على إعلان حالة الطوارئ الصحية المتعلقة بجميع أفراد الأسرة ومنها الأطفال المحضونين.

المطلب الثاني: تأثير فرض إعلان حالة الطوارئ الصحية على حق صلة الرحم

عندما تسند الحضانة لأحد الأبوين فإن المشرع أقر لصالح الأخر حق صلة الرحم المحضون واســتزارته، وهو عبارة عن قاعدة أخلاقية ودينية، وجوب الســماح لغير الحاضــن من الأبوين بأن يزور أولاده، حتى يطمئن على وضـــعيتهم وعلى شـــعورهم نحوه ويعودهم على رؤيتهم والقرب منه[77].

وقد نظم المشـــرع المغربي الزيارة من المواد 180 إلى 186 من مدونة الأســـرة، وقد قرر القضـــاء بالمغرب أن الزيارة بين أم وابنها مســـألة تتضـــمن عنصـــر الاســـتعجال الذي لا يحتاج إلى إثبات ولو تعلق الأمر بأم أجنبية لا تدين بشريعة الإسلام، ومن ثمة يكون قاضي الأمور المستعجلة مختصـــا بتقرير الزيارة، بل ويمكن للطرف الذي منع من زيارة ولده في هذا الصـــدد أن يفرض تلك الزيارة من طرف القضاء الاستعجالي[78].

غير إن إعلان حالة الطوارئ الصحية بمرسوم قانون عدد 20.2.292، وكما وضحته الدورية 13 س الصـــادرة من طرف رئاســـة النيابة العامة بتاريخ 24 مارس 2020، حول موضـــوع الطوارئ الصحية، حاولت تقييد حق الزيارة ومنعه، مراعاة لمصلحة المحضون وحمايته صحيا من عدوى فيروس كورونا المستجد كوفيد-19.

---

[77]ـــ محمد الكشبور: أحكام الحضانة، دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، الطبعة الأولى ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004، ص 126.

[78]- حكم 11 يوليوز 1977، مجلة المحامي عدد 3، ص 59 وما بعدها، أورده محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 127.

فبناء على نص المرســـوم بقانون، الذي ألزم كل شـــخص يوجد في منطقة أعلنت فيها حالة الطوارئ الصحية، بالتقيد بالأوامر والقرارات الصادرة عن السلطات العمومية.

ومن جهة أخرى فقد جرم المرسوم بقانون الأفعال التالية:

-مخالفة كل قرار من قرارات الســـلطات العمومية المتخذة في نطاق تدابير حالة الطوارئ الصحية.

-عرقلة تنفيذ قرارات السـلطات العمومية المتخذة بمقتضـى حالة الطوارئ الصـحية، بواسـطة العنف أو التهديد أو التدليس أو الاكراه.

ـ تحريض الغير على مخالفة قرارات السلطات العمومية المتخذة بشأن حالة الطوارئ الصحية.

ويعاقب على هذه الأفعال بصفتها جنحا بالحبس من شهر واحد إلى ثلاثة أشهر وبغرامة تتراوح بين 300 و 1300 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين.

إن هذه المقتضيات القانونية تؤدي لا محالة إلى تعطيل تنفيذ المقررات القضائية القاضية بتنظيم حق الزيارة، لأن الخطر من انتقال العدوى للمحضونين على درجة شديدة من الخطورة.

وبناء عليه فإن مصـلحة الطفل الفضـلى تقتضـي بقاءه في بيت المحضـون، وعدم تنقله خارجا انســجاما مع التدابير الاحترازية التي اتخذتها الدولة، وعلى رأســها توقيف الدراســة لمنع خروج الأطفال من بيوتهم[79].

وحسنا فعل القاضي التونسي[80]، عندما أصدر قرارا فوريا عاما على كل الحالات المتعلقة بحق الزيارة جاء فيه بأنه يتم " تعليق حق الزيارة وحق الاستصحاب وحق المبيت الصادر لفائدة من هم بمرجع المحكمة الابتدائية بمدنين بمقتضـــى أحكام أو قرارات أو أذون قضـــائية والابقاء على المحضـونين لدى حاضـنهم القانوني مع ممارسـة حق الرؤية فقط للمعني بالحكم أو القرار أة الاذن دون غيره ضمن الحماية الصحية للمحضون وعدم مغادرة محل سكنى حاضنه".

وبذلك يكون القضاء التونسي قد انتصر للمقاربة الحمائية للطفل المحضون، وطبق " المصلحة الفضـلى للطفل" زمن الجوائح، باعتبارها قاعدة من قواعد النظام العام الذي لا يجوز أبدا مخالفتها، وتسمو على أي حق أخر، وتطبق بالأولوية على جميع الحقوق الأسرية الأخرى.

---

[79] ـــــ سـعيد الوردي: أحكام زيارة المحضـــون وإشـكالاتها في ظل حالة الطوارئ الصـــحية، مقال منشـــور بالجلة الالكترونية، WWW .MAROCLAW.COM، تاريخ الولوج 22 أبريل 2020.

[80]- حكم صادر عن قاضي الاسرة بالمحكمة الابتدائية بمدنين، بتاريخ 2020/03/25، (غير منشور).

وتجدر الإشارة إلى أن مرسوم القانون المتعلق بحالة الطوارئ الصحية نص على إيقاف سريان جميع الأجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، ويستأنف احتساب هذه الأجال ابتداء من اليوم الموالي لرفع حالة الطوارئ.

وبعني توقيف الأجال أن احتساب مدتها تخصم منه الفترة المعلن خلالها على حالة الطوارئ الصحية، فإذا تعلق الأمر بأجل استئناف حكم في قضية أسرية، صدر في 18 مارس (أي قبل إعلان حالة الطوارئ التي أعلن عنها يوم 20 مارس)، وهو خمسة عشرة أيام كاملة كان يفترض أن تنتهي يوم 3 أبريل، يتم احتساب يوم واحد وهو 19 مارس، ثم يتوقف احتساب المدة طيلة مدة الحجر الصحي (من 20 مارس إلى 20 ماي)، ليستأنف يوم 21 ماي، وفي هذه الحالة يتم احتساب أربعة عشرة يوما المتبقية كاملة لينتهي الأجال التي تحل خلال فترة الطوارئ الصحية كاملة، سيبتدئ عدها ابتداء من يوم 21 ماي 2020.

خاتمة: مما لاشك فيه أن فيروس كورونا المستجد كوفيد 19 له انعكاسات على جل الحقوق الأساسية والقانونية، وخاصة على مدونة الأسرة التي تعتبر الوعاء التشريعي لحماية حقوق النساء وصيانة كرامة الرجل وضمان حقوق الأطفال، وفي ظل إعلان حالة الطوارئ الصحية، والتي استدعت التفكير في خلق مقاربة حديثة للقضايا القانونية للأسرة، ولذلك نقترح ما يلي:

- سن الزواج الالكتروني.
- تنظيم انعقاد الزواج عن بعد عن طريق الاعتماد على التوثيق الالكتروني زمن الجوائح.
- سن التبليغ الالكتروني في جميع القضايا الرائجة أمام المحاكم، وخاصة تلك المتعلقة بالقضايا الأسرية.
- تخصيص الدعم المادي المباشر للحاضنات زمن الجوائح.
- تخصيص هيئة حكومية دائمة لحماية الأطفال المحضونين من العنف الأسري.
- تعليق جميع القضايا المعروضة أمام المحاكم متعلقة بالأطفال زمن الجوائح.
- تعلق تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بإفراغ المحلات السكنية زمن الجوائح.
- منح مهل استرحامية للوفاء بالديون الأسرية بعد رفع حالة الطوارئ الصحية.
- منع حق الزيارة زمن الجوائح.

التكييف القانوني لحالة الطوارئ الصحية بين نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة

د. المصطفى الغشام الشعيبي
أستاذ باحث في القانون الخاص بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور

مقدمة:

عرف العالم ومنذ القدم أنواع مختلفة من الأوبئة والمجاعات شكلت تهديدا خطير للبشرية جمعاء، مثل الطاعون والكوليرا والسـارس وأنفلونزا الخنازير وفيروس إبولا وانتهاء بفيروس كورونا المستجد كوفيد 19، والذي نشأ في مدينة ووهان الصينية أواخر العشرية الثانية من القرن الواحد والعشرين

ويعتبر من الفيروسات التي تصيب الجهاز التنفسي لدى الثديات، و لقّب بهذا الاسم بسبب التنوعات الموجودة على سطحه و التي تشبه التاج، و قد ظهرت عدة أنواع من فيروسات الكورونا، إلا أن فيروس كورونا المستجد كوفيد 19 وهو آخر هذه الأنواع، يعتبر من الأوبئة الخطيرة على الإنسان تهدده في أسمى حق له ألا و هو الحق في الحياة، و لخطورة هذا الفيروس أقرت منظمة الصحة العالمية بأنه فيروس خطير و قاتل وعقب ذلك أعلنت جل دول العالم الحجر الصحي كإجراء وقائي لتفادي تفشي هذا الوباء الخطير.

ومما لا شـد فيه أن آثار هذه الجائحة طالت جميع مناحي حياة الناس، فبالإضـافة لتداعياته الاقتصادية والثقافية والنفسية فلتفشي هذا الوباء تداعيات أخرى على الأعمال والتشغيل، مثل توقيف المواصـلات وعدد من المهن والحرف، إغلاق أماكن العمل والموانئ، وتعطل قنوات الإمداد والتوزيع، وغيرها من الأسـباب التي توقع خللا بينا في العقود. ويعتبر وباء كورونا، الذي اجتاح العالم في زمننا هذا، أحد الظواهر التي توقع خللا في العقود، لأنه سـبب أجنبي عن العقد، ولأنه أمر خارج عن إرادة المتعاقدين وحدث فجأة عنهم دون أن يتوقعه أحد

وبهذه المناسبة ثار جدل قانوني بين رجالات القانون هل يعد فيروس كورونا قوة قاهرة أم ظرف طارئ ؟ وقبل الإجابة على هذا السؤال لابد في البداية من التعرف على شروط نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة والفرق بين النظريتين لنخلص لتكييفها القانوني، وأثر كل منهما على الإلتزامات التعاقدية.

المبحث الأول : التمييز بين نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة

المطلب الأول: نظرية القوة القاهرة

الفقرة الأولى: مفهوم نظرية القوة القاهرة

حسب الفصل 269 من ق ل ع «القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه (كالظواهر الطبيعية والفيضانات والجفاف؛ والعواصف والحرائق والجراد)وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا. ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقم الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه. وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين»

فالقوة القاهرة من الناحية الفقهية «هي الحدث الذي لا يمكن توقعه ولا مقاومته، والذي ينتج عن قوة أجنبية، مثل العاصفة والصاعقة والزلزال والحرب وقرار السلطة أو فعل الأمير والإضراب»[81]

يلاحظ أن المشرع المغربي عند تعريفه للقوة القاهرة في الفصل 269 من ق ل ع تحدث عن الظواهر الطبيعية كالفيضانات والجفاف والعوا صف من جهة وغارات العدو وفعل السلطة من جهة أخرى لكنه أغفل الحديث عن ظواهر أخرى كالأوبئة والأمراض، وهو ما يطرح صعوبة تكييف حالة الطوارئ الصحية ضمن القوة القاهرة، إلا إذا نظرنا إلى هذه الإجراءات المتخذة في إطار التصدي لتفشي هذا الوباء على أنها تدخل ضمن فعل السلطة

فالقوة القاهرة حسب المشرع المغربي تتحقق كلما حدث أمر لم يكن في الحسبان، أي ضرورة توفر عنصر المباغتة والفجأة، إضافة إلى عنصر العجز عن دفع هذا الحادث زيادة على شرط استقلال هذا الأمر عن إرادة المدين، فلا تكون له يد في حدوثه

وحتى يمكننا اعتبار وباء فيروس "كورونا كوفيد 19" قوة قاهرة يحتاج المدين لإثبات توافر ثلاثة شروط أساسية:

أولا: عدم إمكان توقع تفشي هذا الوباء،

---

[81] - Henri LALOU. La responsabilité civile. Principes élémentaires et applications pratiques. 2 édi. Dalloz. Paris. 1932. P 164

ثانيا: استحالة دفعه عند تحققه،

ثالثا: عدم صدور خطأ من جانب المدين كان سببا في عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي

على مستوى القضاء المغربي، فإنه يعتبر القوة القاهرة هي كل حدث لا يستطيع الإنسان توقعه ولا رده طبقا للفصل 269 من ق ل ع، والكساد في الحركة التجارية لا يعتبر قوة قاهرة،[82] وجاء في قرار حديث للمحكمة الإدارية بالرباط: إن الأمطار الغزيرة والاستثنائية المسببة للفيضان لا تشكل قوة قاهرة، وإنما قرينة على ترتيب المسؤولية لكون وقوعها في فصل الشتاء من الأمور المتوقعة وليست قوة قاهرة أو سببا أجنبيا للإعفاء من المسؤولية، مما يعطي للقوة القاهرة في حقل القانون والقضاء الإداري مفهوما متميزا وخاصا يتلاءم وطبيعة روابط القانون العام تتحمل آثاره الدولة عن – بخلاف – القانون المدني الذي يتحمله المدين.[83]

ويذهب المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا)، إلى أن القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، ولا يعتبر المرض من القوة القاهرة، ويجب إعلام الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بالتوقف عن العمل خلال 15 يوما الموالية للتوقف.[84]

الفقرة الثانية: تمييز نظرية القوة القاهرة عن الأنظمة المشابهة

أولا: القوة القاهرة والحادث الفجائي

اختلفت آراء الفقهاءحول وجود فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، وانقسموا إلى اتجاهين :

[82] - محكمة الاستيناف بالرباط صادر بتاريخ 22 نونبر 1937 أورده الأستاذ محكمة الاستيناف بالرباط صادر بتاريخ 22 نونبر 1937. مجموعة قرارات محكمة الاستيناف بالرباط. ذكره إدريس فائق. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. تحت عنوان: القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية. كلية الحقوق. جامعة القاضي عياض. مراكش. 2000/1999. ص 61.

[83] - حكم رقم 251 بتاريخ 2014/01/23 ملف رقم 807/12/210

[84] - قرار صادر بتاريخ 2008/01/15، أورده محمد بفقير. قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي. مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء. ص 169.

اتجاه يرى بوجود اختلافات بين القوة القاهرة والحادث الفجائي على اعتبار ما يلي أن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه في حين أن الحادث الفجائي هو ما لا يمكن توقعه حيث نكون أمام القوة القاهرة إذا استحال الدفع، ونكون بصدد حادث فجائي إذا لم يكن ممكنا توقعه.[85]

ويقيم البعض الآخر التمييز بينهما على أســـاس أن القوة القاهرة هي ما كانت مســـتحيلة الدفع بالنسبة للكافة، في حين أن الحادث الفجائي هو ما كان مستحيل الدفع بالنسبة للبعض دون الآخرين.[86]

غير أن هذا الاتجاه تعرض لعدة انتقادات أهمها أن المشـــرع تطلب لقيام القوة القاهرة اســـتجماع العنصـــرين معا أي عدم التوقع واستحالة الدفع دون أحدهما طبقا للفصـــل 269 ق.ل.ع، مع ضـــرورة التمييز في إطار العنصـــر الثاني المتعلق باســـتحالة الدفع، بين ما إذا كانت الاســـتحالة مطلقة فنكون حينها بصدد قوة قاهرة، وبين الحالة التي تكون فيها هذه الاستحالة نسبية، إذ نكون أمام حادث فجائي وقتئذ، وهذا الدليل كذلك منتقد لأن الاستحالة يجب أن تكون مطلقة سواء في الحادث الفجائي أو القوة القاهرة على فرضية التمييز بينهما.

اتجاه آخر وهو الراجح يرى بأن الحادث الفجائي هو مرادف للقوة القاهرة،وأن الأمر لا يتعلق بتمييز بينهما، إذ المسألة لا تعدو أن تكون إطلاق اسمين على مسمى واحد، ولو أن بعض التشريعات تســـتعمل عبارة " أو " في معرض حديثها عن " القوة القاهرة أو الحادث الفجائي " وحقيقة الأمر أن المســـألة تتعلق بعطف لا بتخيير على النحو التالي " القوة القاهرة والحادث الفجائي "، لذا نجد بعض التشريعات كالتشريع المصري حاول تلافي هذا الإشكال بتوظيفه لعبارة السبب الأجنبي.[87]

تحدث المشرع عن القوة القاهرة و الحادث الفجائي مجتمعين في العديد من الفصـــــول القانونية من ظهير الالتزامات والعقود (88 و 90 و 95و102 و و 448 من ق.ل.ع). واســـتعمل القوة القاهرة لوحدها مجردة عن عبارة الحادث الفجائي في الفصل 533 من ق ل ع .

---

[85] - يرى بعض الفقه أن: القوة القاهرة هي الحدث الذي لا يمكن توقعه ولا مقاومته، والذي ينتج عن قوة أجنبية، مثل العاصفة والصاعقة والزلزال والحرب وقرار الســـلطة أو فعل الأمير والإضـــراب، بينما الحادث الفجائي فهو العائق الداخلي الناتج عن ظروف ترجع للمدين نفســـه (كعيب في المعدات أو خطأ العامل)، والذي ليس غير قابل للمقاومة بشـــكل تام، مما يفيد بأن شـــخصـــا أكثر اســـتعدادا يمكنه – ولو بشـــيء من الصـــعوبة – مقاومته. هذا التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي يجد أحيانا فائدة في المجال التعاقدي، هكذا مثلا في وديعة الفندق، فإن الفصل 1953 من القانون المدني الفرنسي يجعل الفندقي مسؤولا عن السرقة البسيطة لأمتعة المسافر أو النزيل، لكن الفصل 1954 منه يعفيه من الســـرقة التي تتم عن طريق قوة الســـلاح أو أي قوة قاهرة. ويبدو هنا أن الفصـــل 1953 يهم الحادث الفجائي، على العكس من ذلك الفصـــل 1954 الذي يهم القوة القاهرة. ولكن في غير المجال التعاقدي فلا توجد أهمية عملية لهذا التمييز. Henri LALOU. Op cit. P 164.

[86] - عبد القادر العرعاري. مصادر الالتزامات الكتاب الثاني. المسؤولية المدنية،الطبعة الثالثة.مطبعة الكرامة. الرباط. ص 119

[87] - المادة 215 من القانون المدني المصري

ثانيا: القوة القاهرة والظروف الطارئة

القوة القاهرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً وبالتالي يترتب عليها انفساخ العقد من تلقاء نفسه وإنقضاء الإلتزام والالتزمات المقابلة له وأعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

أما نظرية الظروف الطارئة فلا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بل مرهقاً لأحد الأطراف أو لكليهما ويترتب عليها رد الإلتزام إلى الحد المعقول وتوزيع الخسارة على الطرفين.[88]

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة

لم يضع الفقه الإسلامي تعريفا لنظرية الظروف الطارئة، لأن الفقهاء كانوا يتناولون كل مسألة على حدة، ويأخذون في اعتبارهم ما يحتف بها من ظروف ملابسة في كل عصر يرون أن لها دخلا في تشكيل علة الحكم.[89] وقد عرفها بعض المعاصرين بأنها: "مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها".[90]

فالمقصود بالظرف أو الحادث الطارئ هو كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بيِّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديدًا، يتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة وارتفاع سعرها ارتفاعا فاحشا غير مألوف ولا متوقع.[91]

وينقسم الظرف الطارئ من حيث مصدره إلى ثلاثة أقسام:

ظروف بشرية: وهي التي يكون مصدرها البشر أنفسهم ، كالحروب والثورات والإضرابات ونحوها .

---

[88] - محمد الكشبور،نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة.دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج.الطبعة الأولى.مطبعة النجاح الجديدة، ص: 105

[89] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (بيروت، المجمع العلمي العربي الإسلامي، 1959)، الصفحة: 90

[90] - محمد خالد منصور، تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، (مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد الأول، العدد1، 1998)، الصفحة: 153.

[91] - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (بيروت، دار إحياء التراث)، ج1/ ص631.

ظروف طبيعية: وهي الحوادث التي تطرأ دون تدخل من الإنسان، ويكون مصدرها أمور طبيعية لا بشرية كالزلازل والفيضانات، وغيرها.

ظروف تشـريعية: كالقوانين التي تشـرعها الدول وتتناول الأسـعار، أو تتدخل في طبيعة العقود المالية، ما يؤدي إلى إحداث خلل في طبيعة العقد.

كما ينقسم من حيث طبيعة منشأه إلى قسمين أيضاً:

ظروف مفاجئة: وهي الظروف التي تنشـــأ فجأة دون توقع من العاقدين، بحيث يبدأ الظرف ويكتمل في وقت قصير، كنشوب الحرب أو حدوث الأعاصير.

ظروف تدريجية: وهي التي تتكون تدريجياً، وتكتمل تدريجياً كارتفاع الأسعار.

يُـــفترض في نظرية الظروف الطارئة أن عقدا من العقود طويلة الأجل، أو متراخية التنفيذ، قد أبرم في ظل الأحوال العادية، فإذا بالظروف الاقتصـادية التي كانت أسـاسـا يرتكز عليه توازن العقد وقت تكوينه قد تغيرت بصورة لم تكن في الحسبان، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيراً، ويؤدي هذا التغير في الظروف إلى أن يصبح تنفيذ العقد والوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد مرهقا للمدين، وليس مسـتحيلا، بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسـه، أو ينزل به على الأقل خسـارة فادحة تخرج عن الحد المألوف، فتتدخل النظرية لإزالة الظلم اللاحق بالمدين، ورد التزامات العقد إلى الحد المعقول تحقيقا لمقتضيات العدالة، ورفعا للظلم عن المتعاقدين.[92]

فإذا طرأت حوادث اســتثنائية عامة لم يكن في الوســع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصــبح مســتحيلاً، صــار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخســارة فادحة، جاز للقاضـــي، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصـــلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ثلاثة شروط هي:

1- حصول الظرف الطارئ العام بعد نشأة الالتزام.

2- عدم إمكانية توقع الظرف الطارئ.

[92] - يوســف الثلب، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإســلامي، (مجلة كلية الدعوة الإســلامية، كلية الدعوة الإسلامية، العدد1، 1991)، الصفحة: 136.

3- وأن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، والإرهاق المقصود هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل، بمعيار مادي وموضوعي دون الاعتداد بالظروف الشخصية للمدين، وهو الذي يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة التي يستحيل تنفيذ الالتزام في وجودها.

المبحث الثاني: تكييف حالة الطوارئ هل هي قوة قاهرة أم ظروف طارئة

يظهر أنه من الصعب تعميم نفس الحكم بالنسبة لجميع الالتزامات العقدية، ومن ثم فإن التبعات القانونية المترتبة على انتشار فيروس كورونا، وآثارها على الالتزامات العقدية تختلف باختلاف الحالات التي يمكن في النهاية تصنيفها من اعتبارين اثنين كالتالي:

المطلب الأول: اعتبار حالة الطوارئ قوة قاهرة

يؤدي اعتبار حالة الطوارئ الصحية على اثر انتشار فيروس كوفيد 19 قوة قاهرة، إلى أكثر من مجرد إرهاق المدين، حينما يكون هذا الأخير في وضعية يستحيل معها تنفيذ التزامه العقدي، نتيجة تحقق شروط القوة القاهرة التي تؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه

وبالرجوع إلى الفصل 269 من ظهير الالتزامات والعقود، نجده ينص على أن: "القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية(الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

وبالنظر إلى أن فيروس كورونا كوفيد 19 المستجد يعتبر واقعة مادية، فإن المدين المتمسك بها لا يحتاج عمليا إلى إثبات وقوعها، أو إثبات تاريخ تفشي هذا الوباء أمام محاكم الموضوع، إذ من المفروض أن تكون هذه الأخيرة على علم تام بحقيقة قيامها، لذلك فهي من حيث العلم بها، تنزل منزلة النص القانوني الذي لا يعذر القاضي بجهله، على الرغم من أن الأمر يتعلق بواقعة مادية فقط. إلا أنها تنزل منزلة الوقائع المشهورة التي أثرت على سير مرفق القضاء ذاته، فكانت السبب في تعليق انعقاد الجلسات ، وإحداث نظام للمداومة بين موظفي كتابة الضبط، منعا للمخالطة والتجمع، و للحيلولة دون تفشي هذا الفيروس بين القضاة والموظفين، ومساعدي القضاء و المرتفقين على السواء.

غير أنه إذا أعقب إبرام العقد في ظروف انتشار الوباء، قرارا من السلطات بحظر التنقل وتفعيل إجراءات الحجر الصحي مكانيا وزمانيا، أمكن تصور استحالة التنفيذ لتحقق القوة القاهرة على أساس فعل السلطة وليس بفعل وباء فيروس "كورونا كوفيد".

ويبدو أن المرسوم بقانون حول سن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، والمتخذ في نطاق الفصول 21 و 24 و81 من دستور 2011، سيخفف من حدة هذه المسؤولية، خاصة وأنه نص في مادته السادسة على إيقاف جميع الآجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة حالة الطوارئ الصحية المعلن عنها، و يستأنف احتسابها ابتداء من اليوم الموالي ليوم رفع حالة الطوارئ المذكورة. ولا يستثنى من قاعدة وقف سريان مفعول الآجال القانونية، سوى آجال الطعن بالاستئناف الخاصة بقضايا الأشخاص المتابعين في حالة اعتقال، وكذا مدد الوضع تحت الحراسة النظرية، والاعتقال الاحتياطي.

المطلب الثاني: اعتبار حالة الطوارئ ظرف طارئ

يترتب على التسليم بكون فيروس كورونا المستجد ظرفا طارئا، عدم إمكان تعطيل القوة الملزمة للعقد الذي نشأ صحيحا، فتنشأ معه قوته الملزمة التي تفرض تنفيذه طبقا لما ورد فيه، بحيث لا يمكن تعديله أو نقضه إلا بإرادة الطرفين معا، أو للأسباب التي يقررها القانون، ويستتبع ذلك، أن مجرد إرهاق المدين أثناء تنفيذ التزامه التعاقدي، لاينهض سببا لإهدار قانون العقد الذي يستمد قوته من إرادة طرفيه. وبالتالي فإن ما قد يستجد من الحوادث الاستثنائية، كالأوبئة مثلا، والتي يصبح معها تنفيذ الالتزام العقدي شديد الصعوبة ليس بمبرر لفسخ العقد، أو التحلل من الالتزامات الناشئة عنه.

والواقع أن "مبدأ القوة الملزمة للعقد" لا يطبق على كافة العقود، فالعقود الفورية التنفيذ هي المعنية به أساسا لكون عنصر الزمن لا يلعب دوراً فيها. أما غيرها من العقود الزمنية والمستمرة، أو الفورية المؤجلة التنفيذ، فإنها تتأثر بتغير الظروف لوجود فاصل زمني بين انعقاد العقد وتنفيذه. ذلك أنه بالرغم من إبرامها في ظروف عادية، إلا أن تراخي تنفيذها إلى ما بعد انتشار فيروس كورونا" كوفيد 19"، من شأنه الزيادة في أعباء المدين وإرهاقه بإلحاق الخسارة الفادحة به إذا ما نفذ التزاماته على النحو المتفق عليه في العقد، بسبب ظروف استثنائية طارئة وعامة لم يكن بمقدوره

توقعها أثناء إبرام العقد، الشـــيء الذي تفرض معه مبادئ العدالة تعديل العقد وإعادة النظر فيه حفاظا على التوازن العقدي.

إن إعمال نظرية الظروف الطارئة وإن لم يتم تقنينها من طرف المشـــرع المغربي في ظهير الالتزامات والعقود خلافا لبعض التشريعات المقارنة كالمشرع المصري الذي نص عليها في المادة 147 : «إذا طرأت حوادث اســتثنائية عامة لم يكن فى الوســع توقعها، وترتب عليها أن تنفيذ العقد، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعا للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»

إلا أنه يبقى واردا اعمالها من أجل تعديل شــروط العقد قضــائيا بالنســبة لمجموعة من العقود، لاسيما تلك المرتبطة بقطاع النقل، وتوريد السلع والبضائع وعقود المقاولة والصنع، إضافة إلى عقود بيع خدمات الفندقة والتنشــيط الســياحي من خلال تطبيقاتها العملية من قبيل نظرة الميســرة كما هو مشــار إليه في الفصــل 128 من ظهير الالتزامات والعقود «لا يســوغ للقاضــي أن يمنح أجلا أو أن ينظر إلى ميســرة، ما لم يمنح هذا الحق بمقتضــى الاتفاق أو القانون. إذا كان الأجل محددا بمقتضــى الاتفاق أو القانون، لم يســغ للقاضــي أن يمدده، ما لم يســمح له القانون بذلك» ، حفاظا على التوازن والاستقرار العقديين كما تؤسس لهما الفقرة الثانية من الفصل 243 من نفس الظهير على أنه: «ومع ذلك، يســوغ للقضــاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع اســتعمال هذه الســلطة في نطاق ضــيق، أن يمنحوه آجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشــياء على حالها»، شــريطة استجماع شروط معينة وهي:

1 - أن يتعلق الأمر بعقد وأن يكون زمنيا ومتراخي في تنفيذه حيث الغالب في العقود، أنها تتأثر أشد التأثر بالزمن أثناء تنفيذها مقارنة بالظروف العادية التي نشأت فيها. وهو ما يفسر كون التدابير المقترحة من طرف لجنة اليقظة الاقتصــــادية التي تم إنشــــاؤها في ظل منظومة الإجراءات المتخذة لمحاصرة وباء فيروس "كورونا كوفيد 19"، تروم مساعدة بعض القطاعات الاقتصادية المتضررة كالسياحة، والنقل الوطني والدولي للمسافرين، وقطاع الأشغال و الخدمات.

2- يجب ألا يكون العقد احتماليا، لأن من طبيعة العقد الاحتمالي جسامة الكسب والخسارة، فيكون الإرهاق في التنفيذ من خصوصيات هذه العقود، فيما أن عدم التوقع تعتبر جوهر نظرية الظروف الطارئة.

3- أن يقع بعد إبرام العقد حوادث استثنائية، نادرة الوقوع، وغير مألوفة مثل فيروس " كوفيد 19" المستجد من كونه نادر الوقوع وهو حدث استثنائي، وغير مألوف حين استطاع أن يعزل دولا بأكملها عن بقية بلدان المعمور، ويفرض حجرا صحيا على الأفراد والجماعات، مما أثر في مستوى التشغيل والإنتاج على السواء، وانعكس سلبا على تعاقدات الأفراد والشركات، ينذر بمنازعات عديدة تتصل بتنفيذ الالتزامات المدنية والتجارية والإدارية.

4 - أن يكون الحادث الاستثنائي عاما وغير متوقع: فمن حيث كونه عاما، فيفترض أنه لا يخص المتعاقد المدين وحده. وأما كونه غير متوقع، فيعني حصوله في ظروف لا يتوقعها الرجل العادي الذي يوجد في نفس ظروف المتعاقد. ولاشك أن الأوبئة عامة وفيروس كوفيد 19 خاصة، تستجيب لهذا الشرط من حيث أنها تستطيع أن تفرض حجرا صحيا على الجميع، يتعذر معه مزاولة الأنشطة المهنية والإنتاجية.

5- أن يصبح تنفيذ العقد بوقوع هذا الحادث مرهقا للمتعاقد المدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، ولا يجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلا كما هو الحال في القوة القاهرة التي بتحققها ينقضي الالتزام.

المطلب الثالث: جائحة كوفيد 19 بين القوة القاهرة والظروف الطارئة.

لما جاء وباء كورونا بغتة، وانتشر بسرعة، اختلط الأمر على البعض حول ما إذا كان من قبيل الظروف الطارئة أو من قبيل القوة القاهرة، خاصة أن هذا وباء أثر على كثير من العقود التجارية تأثيراً مباشراً، لذلك وجب بيان الفارق بين نظرية الظروف الطارئة وبين نظرية القوة القاهرة في هذا الوباء، باعتبار أن كلا منهما تمثل سبباً أجنبياً يؤثر على تنفيذ العقد.

وذهب عموم فقهاء الشريعة وفقهاء القانون إلى أن وباء كورونا يخضع إلى كل من النظريتين، ويكون معيار خضوعه هو مدى تأثيره في العقد المطلوب تنفيذه، فإذا كان التأثير هو إرهاق أحد طرفي العقد إرهاقاً شديداً بأن يتسبب الوباء في ارتفاع كلفة الإنتاج أو زيادة أسعار الشحن لصورة مرهقة، فإنه يعتبر هنا من قبيل الظروف الطارئة، أما إذا تسبب هذا الوباء في استحالة تنفيذ العقد

كأن يصبح نقل البضائع وتصديرها مستحيلاً بسبب غلق حدود بلد ما فإن الوباء يصبح من قبيل القوة القاهرة.

خاتمة:

وبناء على ما ســبق فإن فيروس " كورونا كوفيد 19" لا يســتقل بحكم محدد، فتارة يكون عديم الأثر على العقد فيصير واجب التنفيذ وفق ما تم الاتفاق عليه من الأطراف

وتارة أخرى ينزل منزلة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، والذي لا يمكن التغلب عليه، فيجعل الالتزام العقدي مستحيلا

وأحيانا ينتج صــعوبة في تنفيذ العقد دون ان يكون تنفيذه مســتحيلا كما هو الحال في الظرف الطارئ حيث يتعين على القاضــي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ليسـود التوازن بين طرفي العقد

المحاكمة الزجرية عن بعد في ظل زمن الطوارئ الصحية

ابراهيم اشـويعـر.
دكتور في الحقـوق
الكاتب العام للمركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية.

مقدمة :

يشـكل الحق في محاكمة عادلة من أحد الأعمدة الأسـاسـية لدولة الحق والقانون والمؤسـسـات لحماية حقوق الإنسـان والحريات من كل اعتداء، ولذلك حضـي هذا الحق بمكانة خاصـة كرسـتها الصـكوك الدولية في مجال حقوق الإنسـان، ومنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسـان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وغيرها من التشريعات الدولية ذات الصلة، والمحاكمة العادلة في التشريع المغربي تستمد مرجعيتها من الدستور الذي عمل على ترسيخها في الفصل 23 الذي ينص على " قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضـمونان" وتم تكريس هذه الضـمانات في الفصل 120 من الدستور الذي أكد على أن " لكل شخص الحق في محاكمة عادلة وفي حكم يصدر في أجل معقول،وأن حقوق الدفاع مضـمونة أمام جميع المحاكم."، والمشـرع الدسـتوري في هذا الإطار أسس للمحاكمة العادلة من خلال ثلاث ركائز أساسية، منها قرينة البراءة، وضمان حقوق الدفاع، والالتزام بالشرعية[93]، ذلك من أجل الرفع من النجاعة القضائية و لضمان محاكمة عادلة، خصـوصـا في الوقت الراهن، وما يعرفه بلدنا من تغييرات في مختلف القطاعات. و مع انتشار فيروس "كورونا" المستجد تم الاعتماد على المحاكمة الرقمية كمسار جديد ضمن نظام العدالة الجنائية ونمط حديث من التقاضي عن بعد، من أجل تسهيل سير نظام العدالة الجنائية وجعل القضاء في خدمة المواطن، و بالتالي تسهيل الولوج إلى القضاء و التواصل بين مختلف الفاعلين في الميدان القانوني و القضائي وتبسيط الإجراءات و المساطر القانونية للتقليل من فرص انتشار وباء "كورونا" المسـتجد و الحيلولة دون انتقال العدوى سـواء بداخل المحاكم أو خارجها بمختلف المؤسسات السجنية. ومن هذا المنطلق ما هي معايير احترام الشرعية الجنائية في ظل المحاكمة الزجرية عن بعد بسبب انتشار وباء "كورونا" (covid 19) المستجد ؟

---

[93]— ينص الفصل 119 من الدستور المغربي على : "يعتبر كل مشتبه فيه أو متهم بارتكاب جريمة بريئا، إلى أن تثبت إدانته بمقرر قضائي مكتسب لقوة الشيء المقضي ب".

المحور الأول : رهانات المحاكمة الزجرية عن بعد في ظل زمن الجائحة

نتيجة انتشار وباء فيروس كورونا المستجد تم إعلان حالة الطوارئ الصحية من خلال المرسوم بقانون رقم 2.20.292[94] يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها الصادر بتاريخ 24 مارس 2020 وتمديده أيضا بموجب مرسوم 330 20 2 بتاريخ 18 أبريل لمرحلة ثانية لنفس المدة، مما تطلب اتخاذ تدابير استعجالية من قبل السلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة وزارة الداخلية والصحة والعدل و المندوبية العامة للسجون وإعادة الإدماج وغيرها من المؤسسات المتدخلة في نظام العدالة الجنائية ، و في ظل الوضع الوبائي الذي تعيشه جل دول العالم، و منها بلادنا شرعت وزارة العدل في تطبيق نظام "المحاكمة الزجرية عن بعد" باستخدام تكنولوجيا التواصل بين المتهمين نزلاء المؤسسات السجنية من جهة، والقضاة من جهة ثانية، بتنظيم جلسات التقاضي والمحاكمة عن بعد في إطار احترام تنفيذ التدابير الإحترازية ، وتعزيز الأمن الصحي للساكنة السجنية ومختلف مكونات نظام العدالة هذا الإجراء الوقائي في هذه الوضعية مرتبط بمسقبل المحكمة الرقمية ذلك في إطار المخططات الإستراتيجية التي تشتغل عليها وزارة العدل مع باقي المتدخلين في سياق تنفيذ خطة إصلاح منظومة العدالة ، و في إطار تصريف العمل القضائي وفق معايير و قواعد تحترم ضمانات المحاكمة العادلة و على الخصوص قضايا المتهمين المعتقلين إحتياطيا والمتابعين في قضايا جنحية تلبسية وقضايا جنائية مما يتطلب السهر على احترام الحقوق والحريات وفق المقتضيات القانونية، وهذا يعد توجها ومكسبا كبيرا في نظام العدالة الجنائية بالمغرب.

ويقصد بالعدالة الإلكترونية بشكل خاص استخدام تكنولوجيات المعلومات والاتصال باعتبارها جزء من نظام معلوماتي يمكن القضاة من الاتصال بالمتقاضين دون حضورهم الشخصي من خلال هذا النظام [95]، كما يساهم في تحقيق الولوج المستنير لمرفق العدالة وتسهيل التواصل بين مختلف الفاعلين ميدان القانون والقضائي (المحامون، القضاة، كتاب الضبط، خبراء، تراجمة)، وتتمثل الفوائد الرئيسية لنظام العدالة الرقمية في زيادة كفاءة النظام القضائي[96]، والحد من التكاليف وتقليص

---

[94]- مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 رجب1441 الموافق لـ 23 مارس 2020، المتعلق بحالة الطوارئ الصحية ، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 24 مارس 2020.

[95]ـــ خالد ابراهيم ممدوح: " إجراءات التقاضي عن بعد في المواد المدنية والجزائية"، الطبعة الأولى، 2019 ، دار الفكر الجامعي، ص 19.

[96]ـــ ينص الفصل 117 من الدستور على أنه : يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون.

أمد الخصومات القضائية، وكذا تبسيط الإجراءات والمساطر القانونية، والزيادة في إنتاجية المحاكم ، كما أن قيام المحكمة الافتراضية بعقد جلساتها عبر وسائل الاتصال الحديثة يقرب العدالة من إذ أنه في مجال العدالة الرقمية يعفي المتقاضين من الانتقال إلى المحاكم وهذا النظام يحد كذلك من اكتظاظ المحاكم وبالتالي الحد من انتشار الوباء وتحقيق الأمن الصحي[97]، وتعتمد المحاكمة عن بعد على أساس تقني متطور للتقاضي من خلال تجهيز قاعات المحاكمة بشاشات وكاميرات مخصصة لذلك، وهي التجهيزات نفسها التي تم تزويد قاعات خاصة داخل المؤسسات السجنية. إذ تجرى المحاكمة عن بعد من خلال نقل مباشر ما بين القاعة المخصصة داخل المؤسسة السجنية وقاعة المحكمة، وذلك دون نقل المتهمين المعتقلين على ذمة القضية كل مرة من مكان الاعتقال إلى قاعة المحكمة، والاستعانة عن ذلك بالتواصل معهم عن بعد ذلك في جو يطبعه احترام التدابير الاحترازية والحد من انتشار الوباء، وبهذا نكون أمام آلية جديدة لتطبيق نظام قضائي متطور قائم على أسس وقواعد وتشريعات وأحكام قضائية في ظل عصر المعلوماتية والتقنية الرقمية،تماشيا مع الأهداف الرئيسية لميثاق إصلاح منظومة العدالة والتوصيات المتعلقة بتحديث الادارة القضائية وتعزيز حكامتها وإرساء مقومات المحكمة الرقمية، لذا كان من اللازم علة القواعد الجزائية أن تخرج عن طابعها التقليدي المفرط الذي يميل إلى الثبات والاستقرار، والذي أدى إلى قصور تلك القواعد عن ملاحقة التطور العلمي الحاصل.[98] .

وفي نفس الصدد وفي إطار مواكبة السلطة القضائية للظرفية عمدت رئاسة النيابة العامة إلى إصدار مجموعة من الدوريات الخاصة بتطبيق القانون فيما يخص كل المقتضيات الصادرة عن السلطات العمومية المختصة، لتصبح بذلك السياسة الجنائية منسجمة فيما بخص صدور هاته المقتضيات القانونية الزجرية التي تسير في اتجاه التطبيق السليم للقانون سواء من حيث التجريم والتكييف القانوني للأفعال المخالفة لتدابير الحجر الصحي وهو نفس الأمر اعتمدته المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الادماج 99، كما أعلن أيضا المجلس الأعلى للسلطة القضائية خلال

---

[97] - ولقد اعطيت انطلاقة المحاكمة عن بعد يوم 27 أبريل الماضي بمختلف الدوائر القضائية لمحاكم المملكة كما انخرطت أيضا محكمة النقض في الدينامية الجديدة بعقد جلسات عن بعد للبت في طلبات تسليم عدد من المجرمين الاجانب ينتمون لجنسيات مختلفة وذلك بحضور هيئة الدفاع ومساعدة التراجمة، كل ذلك لمواجهة تداعيات الازمة الصحية العالمية بسبب انتشار فيروس كورونا المستجد.

[98]— صفوان محمد شديفات، التحقيق والمحاكمة عن بعد عبر تقنية videoconferance، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، العدد الاول 2015، ص 354.

[99] - وفي هذا الصدد أيضا وبتاريخ 25 أبريل قررت المندوبية العامة لادارة السجون وإعادة الادماج المنع المؤقت لاخراج المعتقلين الى مختلف محاكم المملكة لمدة شهر على الأقل والتنسيق مع السلطة القضائية المختصة بعقد الجلسات عن بعد كما قررت أيضا.و المنع المؤقت لاخراج السجناء الى المستشفيات العمومية إلا في الحالات الاستعجالية القصوى والعمل على تعزيز المؤسسات السجنية بأطقم طبية، كلها إجراءات ترمي للتصدي لانتشار الوباء داخل المؤسسة السجنية وتكريس سياسة عقابية تتلاءم مع الظرفية الراهنة .

إحصـــائيات حول تفعيل المحاكمات الزجرية عم بعد خلال الفترة الممتدة من 27 أبريل و إلى غاية 29 ماي 2020 و صل عدد الجلسات التي تم عقدها عند بعد الى 1469، كما و صل عدد القضايا المحكومة أيضا الى 9035، فيما وصل أيضا عدد القضايا المدرجة الى 22268 قضية، أنه أيضا في نفس المدة اســتفاد 24926 [100]معتقلا من عملية المحاكمات عن بعد حيث تمت محاكمتهم دون الحاجة إلى نقلهم إلى مقرات المحاكم، تفاديا لكل المخاطر الصـــحية المحتملة في هذه الظرفية الاســتثنائية، كما تم الإفراج عن 225 منهم لأســباب مختلفة، كما أيضــا وهو التوجه الجديد الذي واكبته محكمة النقض حيث شــهدت القاعة الكبرى للجلســات بمحكمة النقض يوم الأربعاء 6 ماي 2020 حدث عقد أول جلسة لمحاكمة عن بعد عبر تقنية vidéo conférence. وقد عرفت هذه الجلســة إدراج عدد من القضــايا التي تهم مســطرة تســليم مجرمين أجانب ينتمون إلى جنســيات مختلفة، الذين تم التواصـــل معهم ومحاكمتهم عن بعد من طرف هيئة المحكمة، بعد موافقتهم على هذا الإجراء وبحضــور التراجمة وكذا الســادة ممثلي هيئة الدفاع تكريسًــا لكل شــروط المحاكمة العادلة[101]. ومن جهة أخرى فإن الحديث عن الاجراءات الجنائية يفرض أن تتم المحاكمة وفق إجراءات مسطرية يؤطرها قانون المسطرة الجنائية وذلك بضرورة حضور المتهم والاستماع إليه واستجوابه بشكل مباشر، ومواجته بالضحية أو الضحايا والشهود و أن تعرض عليه أدوات الإثبات ، من أجل ضـــمان محاكمة عادلة تتوفر فيها جميع الشـــروط ، و من خلال تمكين المحامي من المخابرة مع موكله قبل عرض القضية للمناقشة وكذلك الإدلاء بمذكراته ودفوعاته لتمكين القاضي من تكوين قناعته قبل إصـــدار الحكم. ذلك بهدف تحقيق محاكمة عادلة[102] في ظروف اســـتثنائية تعترض عمل الجهاز القضــائي، إلا أن هناك مبررات لاعتماد المحاكمة عن بعد تجد أســاســها في مقتضــيات المادة 3 [103]من مرســوم إعلان حالة الطوارئ الصــحية والذي يعطي للســلطة الحكومية

100- الموقع الرسمي للمجلس الاعلى للسلطة القضائية http://www.cspj.ma/ تاريخ الولوج 01 يونيو 2020 .

101 ـــــ ويأتي عقد هذه الجلســة ذات الرمزية الكبرى في ســياق الانخراط الجاد لمحكمة النقض باعتبارها على رأس الهرم القضــائي المغربي، في كل مبادرات المجلس الاعلى للســلطة القضــائية من أجل حفظ الصـــحة والســلامة للمعتقلين ولكل مرتفقي العدالة في هذه الظرفية الصحية العالمية الاستثنائية مع ضمان استمرار مرفق القضاء في أداء مهامه الدستورية والقانونية والحقوقية، منشور بالموقع الرسمي للمجلس الاعلى للسلطة القضائية، http://www.cspj.ma/actualites/details/3161 . تاريخ الولوج 14 ماي 2020 .

102— ينص الفصــل 120من الدســتور على : لكل شــخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصــدر داخل أجل معقول.حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم.

103— تنص المادة 3 من مر سوم بقانون رقم 292.20.2 الصادر بتارخ 23 مارس المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الاعلان عنها على : "على الرغم من جميع الأحكام التشـريعية والتنظيمية الجاري بها العمل تقوم الحكومة، خلال فترة إعلان حالة الطوارئ، باتخاذ جميع التدابير اللازمة التي تقتضــيها هذه الحالة، وذلك بموجب مراســيم ومقررات تنظيمية وإدارية، أو بواســطة مناشير وبلاغات.

من أجل التدخل الفوري والعاجل للحيلولة دون تفاقم الحالة الوبائية للمرض،وتعبئة جميع الوسائل المتاحة لحماية حياة الأشخاص وضمان سلامتهم.

لا تحول التدابير المتخذة المذكورة دون ضمان استمرارية المرافق العمومية الحيوية، وتأمين الخدمات التي تقدمها للمرتفقين".

إمكانية اتخاذ التدابير اللازمة لتدبير حالة الطوارئ . كما أن الأمر يتطلب شـــرعنتها أيضـــا من الجانب الإجرائي بإدخال تعديلات تشـــريعية مســـتعجلة وجزئية ومحددة لبعض مقتضـــيات قانون المســطرة الجنائية تتعلق بالمحاكمة الزجرية عن بعد لتأطير القواعد الأســاســية لمشــروعيتها، من خلال التأســيس مســتقبلا لرهانات العدالة الذكية بعد نهاية حالة الطوارئ الصــحية بســبب جائحة فيروس "كورونا" المســتجد و اعتمادها كخيار اســتراتيجي وليس فقط خيارا مؤقتا بســبب الظرفية الراهنة.

المحور الثاني : مشروع التقاضي عن بعد ومبدأ الشرعية الإجرائية

في ظل التطور الهائل لاســتعمال وســائل التواصــل الحديثة أصــبح مع هذه التحديات الراهنة للتكنولوجيا في المجال المعلوماتي ومع التطور المتســارع للتقنيات الرقمية مواكبة هذا الرهان،لذلك فإن مختلف التشريعات الجنائية عملت على ذلك بسن مقتضيات و استحداث قواعد قانونية ووسائل حديثة لمواجهة الظروف الطارئة لخدمة العدالة الجنائية، والسهر تفعيل هذه المقتضيات من طرف القضاء باعتباره يشكل الدعامة الأساسية لحماية الحقوق والحريات طبقا للمقتضيات الدستورية[104]، كما يعد مبدأ الشرعية الإجرائية من المبادئ الهامة في أنظمة العدالة الجنائية، باعتباره يمثل ضمانة لكل حقوق أفراد المجتمع من جهة كما يعد من أهم ضمانات المتهم المنصوص عليها في الدساتير العالمية وفي المواثيق والاتفاقيات الدولية المؤطرة لحماية حقوق الانســـان، ونظرا لحالة الطوارئ الصحية وما تتطلبه المرحلة من ضرورة تدبير مرفق القضاء ونجاعة وفعالية تخول الحفاظ على الصـــحة والســـلامة لكل المرتفقين، وتمكن في نفس الآن المعتقلين من محاكمات عادلة داخل آجال معقولة وفق الضـــمانات الدســـتورية والقانونية المطلوبة ، ولقد عملت في هذا الاطار وزارة العدل على إعداد مشروع قانون يتعلق باستعمال الوسائط الإلكترونية في الإجراءات القضائية[105]، لتنظيم عملية التقاضـــي عن بعد، عبر منصـــة إلكترونية رسـمية، بحيث واكب المشـرع في ظل الوضـعية الراهنة التطلعات الملكية التي ينادي بها صاحب الجلالة الملك محمد السادس حفظه الله خصوصا

---

[104]ـــ ينص الفصل 117 من الدستور المغربي على أن : يتولى القاضي حماية حقوق الاشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون.

[105]ـــ تنص المادة الأولى من مشروع القانون المتعلق باستعمال الوسائط الالكترونية في المسطرة الجنائية على : " تتمم على النحو التالي أحكام القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسـطرة الجنائية الصـادر بتنفيذه الظهير الشـريف رقم 1.02.255 بتاريخ 3 أكتوبر 2002 بالباب العاشر مكرر من القسم الثالث من الكتاب الأول، وبالمواد 4-347 و 5 -347 و 6-347 و 1-423 ، وبالباب الثامن من القسم الثالث من الكتاب السابع.

في الرسالة الملكية الموجهة للمؤتمر الدولي بمراكش حول " العدالة والاستثمار" من خلال تأكيده وحرصه على ضرورة انخراط كل مكونات العدالة في ورش التحول الرقمي[106].

ويجد نظام العدالة الرقمية قواعده القانونية من جهة أخرى في القانون 05-10753 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، هذا القانون الذي حدد النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة الكترونية وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق وتلك المعدة على دعامة الكترونية كما يحدد النظام المطبق على المعطيات القانونية لتي يتم تبادلها بصيغة الكترونية، هذه المعطيات تتخللها العديد من المعلومات ذات الطابع الشخصي وخصوصا التوقيع الالكتروني، وفي هذا الصدد يكون المشرع قد وضع المقتضيات القانونية الأساسية لمعالجة المعطيات الشخصية وحمايتها من خلال تنظيم التبادل الالكتروني للمعطيات ومعادلة الوثائق المحررة على الورق وكذا المعدة على دعامة الكترونية وأيضا التوقيع الالكتروني هذا المقتضيات ستساهم لا محالة في تنزيل نظام العدالة الرقمية في بلادنا.

ومن جهة أخرى أيضا فإن العدالة الرقمية باعتبارها نظام معلوماتي تخضع للقواعد الحمائية المنصوص عليها في القانون رقم 03ـ10807 المتعلق بالجرائم الواقعة على نظم المعالجة الآلية للمعطيات، إذ عمد المشرع في هذا القانون إلى سد الفراغ التشريعي في مجال مكافحة الجرائم الالكترونية والإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات، ويحتوي هذا القانون على تسعة فصول من الفصل 3-607 إلى 11-607 من القانون الجنائي المغربي،وجاء هذا القانون كخطوة هامة من المشرع المغربي في مواجهة الأفعال الجرمية المنصبة على المعلوميات ومسايرة التشريع الدولي والمقارن ، باعتبارأن جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو في جزء منه مع النص على ظرف مشدد إذا نتج عن الدخول أو البقاء حذف أو تغيير أو اضطراب في سيره، وجريمة عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات والإخلال به، وجريمة إدخال

---

[106] ـــــ مقتطف من الرسالة الملكية السامية الموجهة للمؤتمر الدولي بمراكش " ندعو لاستثمار ما توفر من الوسائل التكنولوجية من إمكانيات لنشر المعلومة القانونية والقضائية، وتبني خيار تعزيز وتعميم لا مادية الإجراءات والمساطر القانونية والقضائية، والتقاضي عن بعد، باعتبارها وسائل فعالة تساهم في تحقيق السرعة والنجاعة .. مع الحرص على تقعيدها قانونا..، انتهى الخطاب الملكي السامي.

[107] ــ ظهير شريف رقم 1.07.129، صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 ديسمبر 2007.

108 - القانون رقم 07.03 بتتميم مجموعة القانون الجنائي في ما يتعلق بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم1.03.197بتاريخ 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003)، الجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 27 شوال 1424 (22 ديسمبر 2003)، ص 4284.

معطيات في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو إتلافها أو حذفها أو تغيير المعطيات أو طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها وجريمة التزوير أو التزييف المعلوماتي.

وما دامت المحكمة الرقمية تتضمن معطيات وبيانات خاصة شخصية، فهي بذلك تخضع للقانون رقم 10908.09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، والذي عهد إلى اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات طابع شخصي مسؤولية السهر عليها، مما يتطلب العمل على تحصين الأنظمة المعلومياتية وتأمين الخدمات بهدف تحقيق الحماية للمتعاملين في ميدان العدالة، وفي ظل وجود فراغ تشريعي وغياب سند قانوني يمكن إعماله لتبرير اللجوء إلى اعتماد هذه التجربة الرقمية إلا باستثناء بعض مقتضيات مشروع قانون المسطرة الجنائية إذ أتاح إستثناءات إمكانية اللجوء إلى تقنية (vidéo conférence) عنونها باستعمال وسائل الإتصال عن بعد،وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 1-193 في الباب العاشر مكرر بعنوان "استعمال تقنيات الاتصال عن بعد" و التي خولت لقاضي التحقيق تلقائيا عندما تحول أسباب جدية إمكانية تلقي التصريحات أو الإستماع الى الأطراف عبر تقنية الإتصال عن بعد في ظل احترام سرية البث[110].

إن الملاحظ في ظل المشروع أنه قيد التحقيق والمحاكمة عن بعد في المواد 193-1 و193-2 و347-4 و347-5 بتحديده ذلك بتوفر شرطين أساسيين، ذلك بوجود أسباب جدية تحول دون الحضور في المكان الذي يجري فيه التحقيق أو المحاكمة، أو نظرا لبعد الشخص عن المكان الذي يجري فيه التحقيق أو المحاكمة،كما أن المشروع في إطار المواد 193-3 و347-7 لم يقيد المحاكمة عن بعد للمعتقلين بالمؤسسة السجنية بأي شرط[111] بعد أخذ رأي النيابة العامة الاستماع إليه أو استنطاقه باستعمال تقنية الاتصال عن بعد بكيفية تضمن سرية البث، كما خول أيضا المشروع للمحامي الحضور مع موكله أو في المكان الذي يجري فيه التحقيق أو المحاكمة ، لأنه

---

[109] ـــ ظهير شريف رقم 1.09.15 صادر في 22 من صفر 1430، (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، المنشور بالجريدة رسمية عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009).

[110]ـ تنص المادة 1ـ193 من المشروع المتعلق باستعمال الوسائط الالكترونية في المسطرة الجنائية على: "إذ وجدت أسباب جدية تحول دون حضور المتهم أو الضحية أوالمطالب بالحق المدني أو الشاهد أو الخبير ، أو لبعد أحدهم عن المكان الذي يجري فيه التحقيق، يمكن لقاضي التحقيق تلقائيا أو بناء على ملتمس النيابة العامة أو أحد الاطراف أو من ينوب عنهم أن يقرر تلقي تصريحاته أو الاستماع أليه أو مواجهته مع الغير عبر تقنية الاتصال عن بعد بكيفية تضمن سرية البث.

[111]ـ المادة 7-347 من مشروع استعمال الوسائط الالكترونية تنص: إذا تعلق الأمر بشخص معتقل ، فإنه يمكن للهيئة القضائية ، بعد أخذ رأي النيابة العامة، الاستماع إليه أو استنطاقه أو أخذ تصريحاته باستعمال تقنية الاتصال عن بعد بكيفية تضمن سرية البث، وبحضور موظف يعمل بالمؤسسة السجنية.

يعد رقيبا على صحة سلامة الإجراءات المطبقة كما خول له القانون أيضا إثارة الدفع ببطلان بخصوص خرق أي إجراء من إجراءات التحقيق والمحاكمة إذا تمت بخلاف ما هو مقرر[112]، كما حدد المشروع مقتضيات تتعلق بتحرير المحاضر المنجزة في إطار المواد 193-1 و193-2 و347-4، بحيث يتم تحرير محضرين، محضر تقني في مكان تنفيذ الإنابة يتضمن الإجراء المطلوب و تاريخ وساعة بدايته ونهايته والمكان الذي أنجز فيه، باستثناء مضمون الاستنطاق أو الاستماع و يوقعه قاضي الإنابة والمعني بالإجراء، ومحضر في مكتب قاضي التحقيق أو قاعة المحاكمة يتضمن كل شيء بما في ذلك مضمون الاستنطاق أو الاستماع أو المواجهة من طرف قاضي التحقيق الذي أصدر الإنابة باعتباره هو الذي يجري الاستماع أو المواجهة، غير أنه لم ينص على ضرورة توقيعه من قبل المعني بالإجراء.و بخصوص الشخص المعتقل فقد نصت المادتين 193-3 و347-7 على تحرير محضر واحد فقط، ترسل نسخة منه إلى السجن بجميع الوسائل لتوقيعه من قبل المعني بالإجراء، وفي هذا الصدد أيضا نصت مقتضيات المشروع في المادتين 193-3 و347-7 على حضور موظف من السجن عند الإستماع إلى الشخص عن بعد بالمؤسسة السجنية، علما أنه في بعض الأحيان موظفي إدارة السجون قد لا تتوفر فيهم الخبرة والتجربة المتوفرة في كاتب الضبط من أداء القسم القانوني ودراية فيما يتعلق بتحرير محضر الجلسات و توثيق ما راج فيها.

إن إجراء محاكمة زجرية عن بعد في ظل هذه حالة الطوارئ الصحية بهدف تصريف القضايا المتراكمة للاسجناء و المعتقلين وتخويل الحق في محاكمة عادلة وداخل أجل معقول بدون تأخير، فالأمر قد يطرح بعض الصعوبات نظرا لعدم توفر نظام معلوماتي يسمح بنقل الصوت والصورة من المؤسسة السجنية الى هيئة المحكمة وباقي أطراف الخصومة الجنائية بشكل مباشر وجماعي من أجل المتابعة المباشرة لإجراءات المحاكمة الزجرية دون تشويش أو انقطاع بسبب ضعف الصبيب .

ومما لا شك فيه فإن تمكين المتهم من حضور محاكمة عن قرب له دور كبير في طمأنته و يشكل ضمانة هامة له تساعد القاضي الجنائي من ملامسة وقائع القضية من خلال حركات المتهم وطريقة إجابته وتصرفاته الجسدية وملامح سرده، وأنه أثناء مواجهته سواء بمعطيات القضية من

[112] ـ تنص الفقرة الأخيرة من المادة 3ـ193 من مشروع استعمال الوسائط الالكترونية على : "إذا كان الشخص مؤازرا بمحام، فيمكن لهذا الأخير الحضور إلى جانب القاضي في المكان الذي يجري فيه التحقيق أو إلى جانب مؤازره في المؤسسة السجنية".

محجوزات و شهود سيساهم في تعميق القاضي الجنائي ودراسته لكل العوامل النفسية و البيئية للمتهم لتكوين قناعته الوجدانية من خلال عملية سلوكية إحساسية، من جهة ثانية لاتخاذ القرار الجنائي المناسب فالتواجهية بين المتهم وهيئة الحكم وسيلة وغاية في آن واحد تمكن القاضي الجنائي من التوصل الى قناعة وجدانية سليمة وراسخة قد لا تتحقق إلا بحضور المتهم جسدا وليس في شكل صوت وصورة عبر وسائل الاتصال الحديثة لتتأسس بذلك المعرفة والشعور، وعليه فإن الاقتناع الصميم للقاضي الجنائي الذي يفرضه القانون يجب أن يكون له سنده العقلي، فلا يجوز أن ينبني الاقتناع على التحكم ولا أن يجافي العقل والمنطق القانوني، فهو لا يستهدف إعطاء السلطة المطلقة للقاضي، وإنما غايته كشف الحقيقة من أي سبيل يجده القاضي مؤدياً إليها ولا رقيب عليه في ذلك سوى ضميره 113، وما مركز الاقتناع الصميم الذي اشترطته المادة 286 و المادة 287 من قانون المسطرة الجنائية 114، كما أن مسالة عدم حضور المتهم للجلسة بدمه ولحمه وعظمه بالنظر لحالة الطوارئ الصحية التي تعرفه الظرفية الراهنة وهذا لا يعني أن مبدأ الحضورية لم يحترم بل الأصح هو أن ذاك المبدأ احترم احتراما شديدا إذ أن التواصل الالكتروني يمكن من معرفة ما يروج في الجلسة بكل حذافيرها حيث تمكن من معرفة ردود الأفعال بشكل يمكن القاضي الجنحي من تكوين قناعته، على اعتبار أن الإثبات في التشريعات الجنائية الإجرائية يقوم على أساس (مبدأ القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي)، فهو مبدأ أساسي من مبادئ نظرية الإثبات الجنائي فيحكم القاضي حسب القناعة التي تكونت لديه من الأدلة التي قدمت في الدعوى ولا يتقيد بطريق معين من طرق الإثبات[115]، فله أن يكّون عقيدته في الدعوى من جميع أدلتها، كما أن له سلطة واسعة في تحري الحقيقة حسبما يهدي إليه ضميره.

113- فاضل زيدان محمد، سلطات القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1999، ص107-109.

114- ينص الفصل 286 من قانون المسطرة الجنائية على : يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقاً للبند 8 من المادة 365 الآتية بعده.
إذا ارتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرحت بعدم إدانة المتهم وحكمت ببراءته.
تنص المادة 287: لا يمكن للمحكمة أن تبني مقررها إلا على حجج عرضت أثناء الجلسة ونوقشت شفهياً وحضورياً أمامها .

115ـ إن القاضي الجنائي قد يعتمد على أسلوب المقارنة بين وسائل الإثبات وبالتالي له أن يختار الدليل الذي اطمأن له ضميره وأقتنعه فقد يطرح أمامه دليل كتابي واعتراف وشهادة،فهنا قد يعتمد على واحد من هذه الأدلة ويبعد الآخر ، ويجوز له كذلك تجزئة الاعتراف كل ذلك حسب قناعته الوجدانية واطمئنانه وما يمليه عليه ضميره.

ومن هذا نجد أن القاضـــي الجنائي يبحث في الأدلة و القرائن و الوســائل ويأخذ بما اطمئن إليه وجدانه و قلبه بصفة خالصة وعميقة ، وهو إحساس ذاتي داخلي قد لا يصل إليه القاضي الجنائي إلا في إطار محاكمة حضورية للمتهم وباقي أطراف الخصومة الجنائية.

خاتمة :

وفي الأخير فإن مشروع استعمال الوسائط الالكترونية في الاجراءات القضائية جاء بتصور جديد لعصرنة وتحديث ورقمنة الجهاز القضائي، ذلك بسن مقتضيات تشريعية فعالة تسد الفراغ التشريعي الحاصل ، غير أن الأمر يتطلب إشراك جميع المتدخلين في نظام العدالة الجنائية من أجل إصدار مقتضيات تشريعية فعالة و شرعنة تقنية المحاكمة الزجرية عن بعد مع ملاءمتها مع مبادئ حقوق الإنسان و المواثيق والاتفاقيات الدولية، كل ذلك في إطار اعتماد سياسة جنائية فعالة تحقق الأمن القانوني والقضائي المنشود، كما يتطلب أيضا الرهان المستقبلي للعدالة الرقمية مواكبة برامج السياسات العمومية من خلال الانخراط الفعال في ميدان تكنولوجيا الاتصال في أفق التنزيل الكلي لورش المحكمة الرقمية.

حالة الطوارئ الصحية بالمغرب بين الشرعية والمشروعية

خليل اللواح
دكتور في الحقوق
أستاذ زائر بالكلية المتعددة التخصصات بالعرائش

مقدمة:

يواجه العالم منذ نهاية سنة 2019 وبداية سنة 2020 أزمة صحية صعبة ناجمة عن تفشي فيروس كورونا المستجد COVID19، أرخت بظلالها على الوضعية الاقتصادية والاجتماعية والنفسية للبلدان؛ وهو ما جعل هذه الأزمة ظاهرة عالمية وحدثا وبائيا دوليا تسابق فيه الفاعلون في الصحة بأبحاثهم المتعددة لمحاصرة هذا الوباء وفك لغزه، وموضوعا للبحث والتحليل ذو راهنية وأولوية أسال مداد الباحثين في مشارب مختلفة لدراسة هذه الجائحة من أوجه متعددة وأبعاد متنوعة، والوقوف على شتى الإجراءات والتدابير المتخذة لإنقاذ البشرية من خطر محدق بها ومهدد لكينونتها ووجودها.

والمملكة المغربية باعتبارها عضوا نشيطا في المنتظم الدولي، واكبت هذه الأزمة الصحية الاستثنائية في تاريخ البشرية من خلال التفاعل الجيد مع توصيات الهيئة الصحية العالمية (منظمة الصحة العالمية) بالانخراط الاستباقي بخطة متعددة الأبعاد وحزمة من التدابير والإجراءات متنوعة الآليات والمرامي؛ بإغلاق الحدود والتعليق الوقائي لكافة الرحلات وإقرار حالة الطوارئ الصحية، لأجل محاصرة هذا الوباء وضمان عدم دخوله إلى الأراضي المغربية.

ويثير موضوع " حالة الطوارئ الصحية بين الشرعية والمشروعية" لبسا وغموضا فيما يرتبط بدلالته وتمييزه عن بعض المفاهيم القريبة منه؛ وهو ما يحتم علينا مقاربته وتأطيره مفاهيميا لإثارة الغبار عليه وبالتالي تقريب معناه للعموم.

تأطير المفاهيم:

✓ **حالة الطوارئ الصحية:** حالة الطوارئ بصفة عامة هي ظرف استثنائي غير عادي، ناجم عن خطر محدق وداهم جراء عوامل داخلية أو خارجية (حرب- كوارث- ...) بشكل يجعل نظام الدولة مهددا؛ مما يفرض عليها مواجهة هذا الخطر بقوانين وإجراءات ذات طبيعة استثنائية. وتختلف حالة الطوارئ الصحية عن ذلك وعن حالة الاستثناء والحصار

كما وردتا في الفصلين 59 و74 من الدستور المغربي لسنة 2011، على اعتبار أنها لا ترقي إلى تهديد نظام الحكم واستقرار البلاد والسير العادي للمؤسسات على نحو يجعل الحقوق وحريات الأفراد مقيدة بشكل شامل، بل ترتبط فقط بخطر يهدد الصحة العامة للمواطنين نتيجة تفشي الوباء.

✓ **الشرعية: Légitimité: est légitime ce qui est reconnue comme juste par tous** وهي مفهوم سياسي، يقصد به تلك السلطة التي تستند في أنشطتها وأعمالها إلى الإطار الدستوري والقانوني والتنظيمي للتدخل.

✓ **المشروعية: Légalité: est légal ce qui est autorisé par le droit** وهي مفهوم قانوني، يفيد خضوع جميع التصرفات من إجراءات وتدابير للقانون بمختلف مستوياته.

لقد فتح موضوع حالة الطوارئ الصحية بالمغرب شهية الباحثين والباحثات للتنقيب في الإشكالات المرتبطة به والمتمحورة حوله، لاسيما منها المتعلقة بمرجعيته الدولية والوطنية وإطاره الدستوري والقانوني والمؤسساتي؛ تبدو قيمتنا في تحليل هذا الموضوع من خلال الإجابة عن الإشكالية الجوهرية التالية:

"ما مدى شرعية ومشروعية حالة الطوارئ الصحية بالمغرب"؟

وتعني هذه الإشكالية في أبسط معانيها التساؤل التالي:

"هل للسلطة التنفيذية المغربية المرجعية القوية لفرض حالة الطواري الصحية"؟

لمناقشة مضمون الإشكالية وعناصر إجابتها، سأقسم موضوع بحثي إلى محورين إثنين، أتطرق في الأول منهما إلى مدى شرعية السلطة التنفيذية لفرض حالة الطوارئ الصحية، وأتناول في الثاني لمدى مشروعية الإجراءات والتدابير المتخذة لمواجهة انتشار وباء كورونا المستجد؛ مستخدما في ذلك منهجا وظيفيا تحليليا؛ يبرز في قالب تحليلي وظائف السلطة التنفيذية في علاقتها بحالة الطوارئ الصحية والاختصاصات المسندة إليها بموجب الوثيقة الدستورية والنصوص القانونية والتنظيمية في هذا السياق.

المحور الأول: مدى شرعية السلطة التنفيذية لفرض حالة الطوارئ الصحية

بإعلان منظمة الصحة العالمية في 11 مارس 2020 فيروس كورونا المستجد جائحة عالمية، وباعتبار المغرب عضوا فاعلا في هذه الهيئة العالمية الصحية؛ وتجاوبا مع هذه المنظمة التي تفيد أن هذا الوباء العالمي يمكن السيطرة عليه، إذا عززت الدول إجراءات التصدي له؛ وبمنطق الاستباقية والاحترازية والتدخل الفوري والمستعجل للحيلولة دون تفشي هذا الوباء الفتاك بمستقبل وحياة الأشخاص، فقد سارع المغرب بتدخل مستويات مختلفة للسلطة إلى سن مجموعة من الإجراءات والتدابير على أصعدة ومستويات متعددة؛ وفي هذا الصدد، **فالمستوى الأول** من التدخل تم رصده على مستوى أعلى من السلطة من خلال تفضّل جلالة الملك محمد السادس بإعطاء تعليماته السامية للحكومة قصد الإحداث الفوري لصندوق خاص لتدبير ومواجهة وباء فيروس كورونا المستجد؛ وهو الصندوق الذي سيتكفل من جهة بالنفقات المتعلقة بتأهيل الآليات والوسائل الصحية بتوفير البنيات التحتية الملائمة و المعدات والوسائل بشكل مستعجل، ومن جهة أخرى، سيتولى الصندوق دعم الاقتصاد الوطني عبر مواكبة القطاعات الأكثر تأثرا بنتائج انتشار الوباء. كما أن جلالته ترأس جلسة عمل بحضور رئيس الحكومة خصصت لتتبع تدبير انتشار الوباء ومواصلة اتخاذ مزيد من الإجراءات؛ وفي نفس السياق، أعطى جلالته تعليماته السامية للطب العسكري للعمل مع نظيره المدني للتعاون في مواجهة هذه الجائحة، كما وجه طلب فتوى للمجلس العلمي الأعلى بخصوص إغلاق المساجد؛ وهي إجراءات ملكية تنسجم مع الأدوار الدستورية المنوطة بجلالته، باعتباره أمير المؤمنين بمقتضى الفصل 41 من الدستور المغربي ورئيس دولة بموجب الفصل 42 والقائد الأعلى للقوات المسلحة الملكية بمقتضى الفصل 53 من الدستور. وتجسد هذه الإجراءات أيضا مكانة جلالته باعتباره الرئيس الفعلي للسلطة التنفيذية، وتظهر ريادته وحكمته لضمان استقرار البلاد بهذه الإجراءات الشجاعة وغير المسبوقة. أما **المستوى الثاني** من التدخل فيمكن رصده من خلال إجراءات السلطة الحكومية تبعا للمسؤوليات الملقاة على عاتقها، وفي هذا الإطار: تم إحداث الصندوق بموجب مرسوم 16 مارس 2020[116] تنفيذا للتعليمات الملكية، وعملا بمقتضيات القانون التنظيمي رقم 130.13[117] بقانون المالية، والمادة 29 من قانون المالية لسنة 2020؛ كما تم إنشاء لجنة اليقظة الاقتصادية من طرف وزارة الاقتصاد والمالية والتي تضم في عضويتها العديد من القطاعات والمؤسسات والفاعلين؛ وتهدف إلى مواجهة الانعكاسات

[116] مرسوم رقم 2.20.269 صادر في 21 من رجب 1441 (16مارس 2020) بإحداث حساب مرصد لأمور خصوصية يحمل اسم "الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا كوفيد 19" جريدة رسمية عدد 6865 مكرر بتاريخ 22 رجب 1441(17مارس 2020)، ص: 1540.

[117] القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.62 صادر في 14 من شعبان 1436(2 يونيو 2015)، جريدة رسمية عدد 6370 في فاتح من رمضان 1436(18 يونيو2015)، ص: 5810.

الاقتصادية المباشرة وغير المباشرة لوباء كوفيد 19. عملت الحكومة أيضا على تعزيز تدخلها من جهة بإصدار المرسوم بقانون رقم 2.20.292 بتاريخ 23 مارس 2020 يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها[118]،وقد ألزم هذا الإطار القانوني المواطنين بضرورة التقيد بالأوامر والقرارات الصادرة عن السلطات العمومية درء للعقوبات الحبسية والمالية المطبقة على المخالفين. كما أذن للحكومةاتخاذ بصفة استثنائية كل إجراء ذو طابع اقتصادي ومالي أو اجتماعي أو بيئي يكتسي صبغة الاستعجال لمواجهة الآثار السلبية المترتبة عن إعلان حالة الطوارئ الصحية؛ وأوقف كذلك سريان مفعول جميع الآجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال هذه الفترة.

ومن جهة أخرى وبناء على هذا المرسوم بقانون وعلى المرسوم الملكي رقم 554.65 الصادر في 26 يونيو 1967بمثابة قانون يتعلق بوجوب التصريح ببعض الأمراض واتخاذ تدابير وقائية للقضاء عليها؛ وعلى الظهير الشريف بمثابة قانون بتاريخ 15 فبراير 1977 المتعلق باختصاصات العامل؛ أصدرتالحكومة المرسوم رقم 2.20.293 بتاريخ 24 مارس 2020 يتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا المستجد[119]؛ وقد أجبرهذا المرسوم المواطنين والمواطنات بعدم مغادرة الأشخاص لمحل سكناهم ومنع أي تنقل، إلا لحالة الضرورة القصوى، ومنع أي تجمهر أو تجمع أو أي اجتماع لمجموعة من الأشخاص مهما كانت الأسباب الداعية إلى ذلك، وإغلاق المحلات التجارية وغيرها من المؤسسات التي تستقبل العموم

وقد أثار هذان الإطاران القانونيان بعض الإشكالات؛ وهو ما يقتضي منا توضيح ذلك في سياق محتدم للنقاش والتحليل ومنفتح على مجموعة من الأسئلة؛ باعتبار أن هذه الجائحة ما هي إلا أزمة صحية استثنائية يقتضي الحال مواجهتها بتقييد الحقوق وحريات المواطنين، وهو اختصاص يعود للبرلمان بموجب الفصل 71 من الدستور المغربي، غير أنه باختتام الدورة التشريعية الخريفية للبرلمان بتاريخ 11 فبراير 2020، وبالتالي استمرار العمل البرلماني لوظائفه فقط من خلال انعقاد اللجان الدائمة؛ عملت الحكومة على إصدار المرسوم بقانون رقم 2.20,292 السالف

[118] مرسوم بقانون رقم 2.20.292 بتاريخ 28 رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، جريدة رسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1782.

[119] مرسوم رقم 2.20.293 بتاريخ بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020) يتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا المستجد، جريدة رسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1783.

الذكر،بنهج خيار تفضيل توظيف الفصل 81 من الدستور الذي يجيز لها إصدار خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، وباتفاق مع اللجان المعنية مراسيم بقوانين يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان خلال الدورة العادية الموالية، على حساب الفصل 66 من الدستور الذي يجيز عقد دورات استثنائية في الفترة البينية بين الدورتين الخريفية والربيعية للبرلمان، ، وقد أحالت هذا المرسوم بقانون بعد افتتاح الدورة الربيعية في الجمعة الثانية من شهر أبريل بتاريخ 10 منه عبر مشروع قانون 23.20على أنظار البرلمان، وصادق عليه مجلس النواب بتاريخ 30 أبريل 2020 وتم إحالته على أنظار مجلس المستشارين للمصادقة عليه. أما **المستوى الثالث** والأخير للتدخل يمكن استنتاجه من التفعيل الأمثل لهذه النصوص القانونية المرتبطة بحالة الطوارئ الصحية من خلال ممارسات عملية وميدانية لقطاعات ومؤسسات وفاعلين بمقاربات عديدة ومتنوعة؛ وفي هذا الصدد ، فقد منح المرسوم بقانون السابق وكذا المرسوم المصاحب له أدوارا طلائعية للقطاعات الوزارية وفي مقدمتها، وزارة الداخلية ووزارة الصحة؛ وهي أدوار تنسجم مع مهام واختصاصات الوزارتين، على اعتبار أنه بالاطلاع على 30 يناير 2020[120] المتعلق بتنظيم اختصاصات وزارة الداخلية، لاسيما المادة الأولى منه فهي تنص على أن هذه الوزارة تتولى مهمة الحفاظ على النظام العام، وتعتبر الصحة طبعا من مكونات هذا النظام؛ وكذلك الحال بالنسبة لمرسوم 21 نونبر 1994[121] المتعلق باختصاصات وزارة الصحة، هذه الأخيرة تتولى إعداد وتنفيذ سياسة الحكومة المتعلقة بصحة المواطنين وتسهر على سلامتهم البدنية والعقلية والاجتماعية. كما أن المرسوم 2.20.293 منح بموجب المادة 3 منه لرجال السلطة إمكانية اتخاذ مختلف التدابير التنفيذية التي يستلزمها حفظ النظام العام الصحي بما فيها فرض قيود مؤقتة على إقامة الأشخاص بمساكنهم، والحد من تنقلاتهم ومنع التجمعات وإقرار أي تدبير آخر من تدابير الشرطة الإدارية؛ وقد تم تفعيل هذه المقتضيات عبر مجموعة من الممارسات يمكن إبرازها سواء في اصطفاف الأطر الصحية وشبه الطبية في الصفوف الأمامية لمحاربة ومكافحة هذا الوباء الفتاك، وكذا الخروج الإعلامي المنتظم والمستمر لتتبع ورصد وضعية الوباء بأرجاء الوطن، أو من خلال التعبئة الميدانية لرجال السلطة بمختلف مستوياتهم ومصالح الأمن والقوات المساعدة والجماعات الترابية عبر الحملات التحسيسية والتوعوية للامتثال لحالة الطوارئ الصحية، ومراقبة تحركات المواطنين وتقديم

[120] مرسوم رقم 2.19.1086 صادر في 4 جمادى الآخرة 1441 (30 يناير 2020) بتحديد اختصاصات وتنظيم وزارة الداخلية، جريدة رسمية عدد 6854 بتاريخ 11 جمادى الآخرة 1441 (6 فبراير 2020)، ص: 621.

[121] مرسوم رقم 2.94.285 صادر في 17 جمادى الآخرة 1425 (21 نونبر 1994) في شأن اختصاصات وتنظيم وزارة الصحة، جريدة رسمية عدد 4286 بتاريخ 18 رجب 1425 (21 دجنبر 1994)، ص: 2110.

المخالفين للضـــوابط للعدالة، والقيام بعمليات التعقيم وتطهير المرافق العامة. غير أنه من خلال تعاطيهم مع حالة الطوارئ الصـــحية ومراقبة المخالفين لها، ظهرت بعض الســـلوكيات لحالات معزولة لبعض رجال السلطة من خلال مشاهد تم بثها على مواقع التواصل الاجتماعي تكشف صفع بعضـــالمواطنين؛ وهي تصـــرفات وأفعال تمس بكرامة المواطنين وتضـــرب في العمق المكتســـبات الحقوقية المتراكمة والمجهود الوطني لصـــيانة الحقوق والحريات، وقد تفاعلت وزارة الداخلية في أعقاب ذلك بفتح تحقيق في الموضوع لاتخاذ الإجراءات التأديبية الملائمة.

وهو ما يجعلنا نستنتج أنه باستثناء تلك التصرفات والسلوكيات المعزولة لبعض رجال السلطة في تفاعلهم مح حالة الطوارئ الصحية، والتي وضعت شرعية التدخل في الميزان لما خلفه ذلك من اســتنكار وتنديد من القوى الحية المتتبع للشــأن الحقوقي بالمغرب، وكذا مســاءلة وزير الداخلية أمام البرلمان بخصوص ذلك؛ يمكن القول إن تدخلات السلطة التنفيذية على جميع المستويات والأصدة كانت شـرعية بدليل الإجماع الوطني والتضـامن المجتمعي ووحدة الصـف وراء جلالة الملك لوقف زحاف هذا الوباء المهدد لحياة ومستقبل البشرية.

المحور الثاني: مدى شرعية الإجراءات والتدابير المتخذة لمواجهة فيروس كورونا

بمناســبة طهور جائحة فيروس كورونا بالمغرب، وانطلاقا من المســؤوليات الملقاة على عاتقها في حماية الحق في الحياة والسلامة الجسدية والشخصية للمواطنين؛ اتخذت السلطة الحكومية العديد من الإجراءات والتدابير للحد من تفشـــي الوباء، تجلت في الإعلان عن حالة الطوارئ الصـــحية وتقييد الحركة في البلاد ابتداء من 20 مارس 2020[122]؛ وقد اســـتندت الحكومة في مرجعيتها لإعلان ذلك على مجموعة من الحجج والمبررات في سياق طارئ واستثنائي وفي ظل غياب نص دســتوري واضــح يشــير إلى هذا القرار المقيد للحقوق والحريات؛ وهو ما جعل مشــروعية هذه الإجراءات محل ونقاش وتحليل لتقييم ذلك على ضوء السند الذي اعتمدت عليه من خلال ما يلي:

لابد من التذكير أنه تم إعلان حالة الطوارئ الصـــحية بالمغرب بقرار إداري تم تبليغه للعموم بواسطة بلاغ صادر عن وزارتي الداخلية والصحة، تم بموجبه تقييد الحركة ابتداء من الجمعة 20 مارس 2020 على الساعة السادسة مساء لأجل غير مسمى كوسيلة لا محيد عنها لإبقاء الفيروس تحت الســيطرة؛ وقد أثار هذا البلاغ بعض الإشــكاليات، لاســيما فيما يرتبط بخرق حالة الطوارئ الصـــحية من طرف المواطنين من خلال الإحالة على نصـــوص مجموعة القانون الجنائي؛ وهو ما

[122] عبد الغني السرار: بين حالة الطوارئ الصحية والاستثناء والحصار، مقال جريدة hespress بتاريخ 24 مارس 2020.

يعني أن هذا النص الجنائي على بياض على اعتبار أن فعل التجريم المبني على مخالفة أوامر السلطة يبقى محتملا لعدة صور وأوجه؛ وقد تنبهت الحكومة لذلك، بتدارك الأمر من خلال الإسراع في إصدار المرسوم بقانون رقم 2.20.292 المشار إليه سابقا والمتعلق بسن أحكام حالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، وأيضا المرسوم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بكافة أرجاء التراب الوطني، واللذان دخلا حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ نشرهما بالجريدة الرسمية اعتبارا للمبدأ الدستوري عدم رجعية القوانين[123].

وبالاطلاع على السند المرجعي للمرسوم بقانون السالف الذكر، فقد استندت الحكومة على المرجعية الدولية من خلال اللوائح التنظيمية لمنظمة الصحة العالمية، التي اعتمدتها جمعية الصحة العالمية في دورتها 58 بتاريخ 23 ماي 2005؛ والمغرب باعتباره طرفا في هذه المنظمة فقد صادق على هذه اللوائح الصحية بموجب ظهير 26 أكتوبر 2009[124]. واللوائح التنظيمية الصحية هي صك قانوني دولي أعد من أجل المساعدة على حماية جميع الدول من انتشار المرض على الصعيد الدولي، بما في ذلك المخاطر والطوارئ الصحية العمومية[125]؛ وهي تعطي الحق السيادي للتشريع وتطبيق التشريعات الوطنية وفقا للسياسة الصحية، حتى لو كان ذلك يعني تقييد حركة الأشخاص.

كما استندت الحكومة على المرجعية الوطنية الدستورية من خلال مقتضيات دستور سنة 2011، إذ أنه بالرغم من أن نصوص الدستور لا تشير بشكل صريح وواضح لحالة الطوارئ الصحية؛ لأنها لا تعني حالة الاستثناء أو حالة الحصار. إلا أنه بقراءة متأنية وفاحصة للمقتضيات الدستورية، يتضح بما لا يدع مجالا للشك أنها تحمل في طياتها معاني تعطي بموجبها للسلطة الحكومية الشرعية لإعلان حالة الطوارئ الصحية التزاما بالمسؤولية الملقاة على كاهلها في حماية الحق في الحياة باعتباره أولى الحقوق بمقتضى الفصل 20 من الدستور، وضمان سلامة السكان وسلامة التراب الوطني بمقتضى الفصل 21 من الدستور، والحد من حرية التنقل بمقتضى الفصل 24 من الدستور؛ على اعتبار أنه إذا كانت حرية التنقل مضمونة للجميع وفق ما يقتضيه القانون؛ ومعنى ذلك أن المشرع العادي أي البرلمان يمكن له الحد من هذه الحرية بموجب قانون إذا اقتضت

---

[123] العربي ثابت: حالة الطوارئ الصحية، الأسس الحقوقية والقانونية، مقال منشور بالموقع الإلكتروني Lakime2.com بتاريخ 25 مارس 2020.

[124] ظهير شريف رقم 1.09.212 صادر في 7 ذي القعدة 1430(26 أكتوبر 2009)، جريدة رسمية عدد 5784 بتاريخ 17 ذي القعدة 1430 (:5نونبر 2009).

[125] منظمة الصحة العالمية: مقدمة موجزة للتنفيذ في إطار التشريعات الوطنية، يناير 2009، ص:1.

المصلحة العامة، وبما أن حرية التنقل خلال الظروف الاستثنائية يمكن أن يساعد على انتشار العدوى على نطاق واسع، فإن من حق الحكومة إصدار نص قانوني بعد المصادقة عليه من طرف البرلمان يحد من هذه الحرية[126]. المرجعية الدستورية يمكن رصدها أيضا بموجب الفصلين 31 و35 من الدستور اللذان يلزمان الحكومة بضرورة تقديم العلاج والعناية الصحية بالمواطنين وكذا العناية بالفئات الهشة من خلال منح الدعم الاجتماعي، بما يساعد على مكافحة الوباء ويخفف من وطأة الجائحة على الفئات المتضررة.

استندت أيضا السلطة الحكومية في مرجعيتها إلى الاختصاصات المسندة إليها بمقتضى نصوص الوثيقة الدستورية والنصوص القانونية والتنظيمية، إذ أن الفصل 89 من الدستور أوكل للحكومة اختصاص ممارسة السلطة التنظيمية، ووضع الإدارة تحت تصرفها؛ وهوما يؤهلها لممارسة الشرطة الإدارية كجزء من هذه السلطة التنظيمية، من خلال ممارسة الضبط الإداري بالتدخل ذي الطابع الوقائي قبل وقوع الفعل المخل بالنظام العام؛ ويعتبر الأمن الصحي من مكونات هذا النظام، تقع أيضا مسؤولية ضمانه على جميع المواطنين والمواطنات إلى جانب السلطات العمومية وباقي الفاعلين الرسميين[127].

لا شك أن للسلطة التنفيذية بما لها من شرعية التدخل في الفترة الاستثنائية المتسمة باستفحال الأزمة؛ والأزمة الصحية الناتجة عن تفشي فيروس كورونا المستجد أبرز تجلياتها، تمتلك الأهلية لإضفاء طابع المشروعية على جميع الإجراءات والتدابير المتخذة في سياق مكافحة هذا الوباء المهدد لحياة الاسكان ومستقبل البشرية، من خلال العمل على إصدار سند قانوني صلب بمرجعية قوية كفيل بالإجابة على الإشكالات المطروحة المرتبطة بتقييد حقوق وحريات المواطنين في ظل جائحة كورونا.

خاتمة:

يتفق الباحثون بمختلف مجالاتهم ومرجعياتهم، أن الشرعية والمشروعية وجهان لعملة واحدة هي دولة الحق والقانون؛ دولة تحترم المرجعية الدولية والوطنية الناجمة عن مكانتها في المنتظم الدولي بموجب الاتفاقيات المصادقة عليها، وتشبتها بالإطار الدستوري والقانوني المنظم لكيانها كسبيل واحد ووحيد لا محيد عنه لممارسة اختصاصاتها ومهامها. وإذا كان البعض يتساءل عن

[126] خالد الشرقاوي السموني: التأصيل الدستوري والقانوني لحالة الطوارئ الصحية، الموقع الالكتروني La depeche 24.comبتاريخ 31 مارس 2020.

[127] أحمد مفيد: علاقة حالة الطوارئ الصحية بالأمن الصحي، مقال بجريدة hespress بتاريخ 12 أبريل 2020.

علاقة حالة الطوارئ الصـــحية بدولة الحق والقانون، فإنها علاقة تظل وطيدة بذلك، بالنظر إلى ما يمكن أن ينجم عنها من آثار سلبية على ممارسة الحقوق والحريات كما يضمنها القانون، من خلال تقييد هذه الحقوق وفق ما تقتضـــيه المصـــلحة العامة، وبما يتيح للســـلطة التنفيذية من صـــلاحيات اسـتثنائية قد تمس بالمكتسـبات الحقوقية المتراكمة للمملكة، لاسـيما إذا اسـتحضـرنا بعض العقليات المتشـبعة بزمن ما قبل المفهوم الجديد للسـلطة، وكذا بعض التيارات المناهضـة للمسـار الصـحيح للمملكة في تحسـين صـورتها داخليا وخارجيا وتحقيق مكانتها التي تليق بتاريخها المجيد ومسـتقبلها الواعد.

العنف الأسري في ظل فترة الحجر الصحي

ذة. بشرى مـزوز
باحثة بسلك الدكتوراه كلية الحقوق ـ وجدة ـ

مقدمة :

تعتبر الأسرة اللبنة الأساسية لنجاح عملية التنشئة الاجتماعية والحفاظ على بناء المجتمع وأمنه وهي المأوى الملائم لبدء العلاقات الاجتماعية المتوازنة إلا أن التغيرات الاجتماعية والاقتصـــادية التي يشـــهدها المجتمع العربي في الظروف الراهنة تركت بصـــماتها ليس فقط على بنية الأســـرة وتركيبتها وإنما أيضـــا على الدور الوظيفي التي تؤديه الأســـرة لأفرادها وللمجتمع, مما انبثق عنه بعض التغيرات التي بدأت تبرز في ســـلوكيات أعضـــاء الأســـرة والخارجة عن العادات والتقاليد الراسخة في نظم تكوينها، إضافة إلى العولمة[128] التي أسدلت ستارها فأثرت على التماسك التقليدي للأسرة من خلال بناء الشخصية الذاتية والاستقلالية والمصلحة الشخصية والمادية والخروج عن الطاعة الأسرية سواء من طرف الزوجة أو الأبناء مما كان له تأثير بالغ على النمط التقليدي للأسرة فاختلت بدلك قوى التوازن الأســـرية وانبعثرت الأدوار وتمزقت الأوصـــال الاجتماعية, وانهار التماســك الاجتماعي فبدأ يضــمحل الأمن الأخلاقي ويتلاشــى بين الأســر والمجتمعات العربية مما أفرز عنه الخروج من القيود الأسرية التقليدية الدي كان سببا رئيسا في ارتفاع معدلات العنف عامة والعنف الأسـري خاصـة بين الأوسـاط المجتمعية العربية خصـوصـا بعد الضـغط والمطالبة ببعض الحقوق والحريات الخارجة عن الرباط الأســـري التقليدي المتعارف عليه في مجتمعاتنا العربية والتي نادت به المؤتمرات الدولية والدورية للمرأة كالتي انعقدت في بكين[129].

و العنف الأسـري يعد من أكبر انتهاكات حقوق الانسـان حول العالم قبل تفشـي فيروس كورونا وبعده حيث شهد العالم بأسره في هده الظرفية الراهنة اجتياح هده الجائحة وشهد معه تصاعد وتيرة العنف الاسري والدي أصبح يشكل تهديدا مرعبا لكل المجتمعات وجميع الفئات.

هده الظاهرة الخطيرة التي تحدث في الخفاء والمتسـتر عنها والتي تنامت وتفاقمت بعد فرض حالة الطوارئ الصـحية التي كان من ضـمنها الحجر الصـحي بسـبب جائحة كورونا مما توالدت

[128] عباس ابو شامة، العنف الاسري في ظل العولمة ، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية , الطبعة الاولى, الرياض, 2005 ,ص 11.
[129] ـ عباس او شـــامة عبد المحمود ، محمد الامين البشـــري, العنف الاســـري في ظل العولمة ، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية الرياض،2005 ص 97

معها اختلال وظيفي ببعض الأسـر مثل القلق الأسـري والاضـطرابات الزوجية وسـوء التكيف وإهانات وضرب الأطفال في الأسرة فكان سببا في حدوث أشكال مختلفة من التوتر الأسري التي بدأت تظهر في هده الفترة من انتشـار العنف داخل الأسـرة بأشـكاله المختلفة, الجسـدي, النفسـي, والجنسـي والمادي وهنا يطرح السؤال نفسـه ما تأثير الحجر الصـحي المفروض من جراء اجتياح وباء كورونا (كوفيد 19) على العنف الأسـري ؟؟وما هي تداعياته ؟ وللإجابة عن التسـاؤل المحوري ارتأينا تقسيم الموضوع الى محورين:

المحور الأول: مفهوم العنف الأسري

المحور الثاني : مدى تأثير الحجر الصحي على العنف الأسري

المحور الأول: مفهوم العنف الأسري

يعد العنف من أبرز الظواهر السـلوكية السـلبية وأخطر المشـاكل الاجتماعية على حياة الفرد والمجتمع كما تعد هده الظاهرة نتاجا لما اعترى وظيفة التنشـئة الاجتماعية في النظام الأسـري من تغيرات وفوضـى و خروج عن المألوف[130]. ويرجع العنف الأسـري إلى كونه إحدى الفطر الانسـانية الموجودة في تكوين الانسـان منذ خلقه إلا أن التحكم بهده الفطرة وكيفية تطويعها لتكون ضمن أسس الفطرة السليمة يعود لعوامل وأسباب تبدأ بالتربية المتوازنة التي تبدأ بالأسرة الصغيرة وتمتد لتشمل الأسرة الكبيرة والمجتمع[131].

أولا: ماهية العنف الأسري

يعرف العنف على أنه سـلوك يسـتهدف إلحاق الأذى بالأخرين أو ممتلكاتهم[132]كما يعرف بأنه الاسـتخدام القصـدي للقوة المادية, أو المعنوية بغرض إلحاق الحيثي بأخر اسـتخداما غير مشـروع, وللعنف شكلان أحدهما ينتج عن فعل والأخر ينتج عن غياب الفعل أي الإهمال [133].

---

[130] - احمد عياش الرشـيدي , العوامل الاجتماعية المؤدية لممارسـة العنف اللفظي للآباء نحو الابناء , رسـالة ماجسـتير مقدمة في العلوم الاجتماعية تخصـص التأهيل والرعاية الاجتماعية, جامعة نايف العربية للعلوم الامنية , كلية العلوم الاجتماعية والإدارية قسـم العلوم الاجتماعية1435/1434ه

[131] - تقرير عن ندوة نظمتها شرطة دبي حول العنف الأسري ليس ظاهرة في مجتمع الامارات .

[132] -حسـن هدى : مرض السـكر وعلاقاته ببعض العوامل النفسـية والسـمات الشـخصـية مجلة العلوم الاجتماعية جامعة الكويت 2006 العدد 34 ص 58-84

[133] TURTON.J child abuse, gender, and SOCIETY. NEWYORK ROUTLEDGE 2008

أما منظمة الصحة العالمية **who** فقد عرفت العنف بأنه " الاستعمال المتعمد للقوة الفيزيقية أو القدرة سواء بالتهديد أو الاستعمال المادي الحقيقي ضد الذات أو ضد شخص أخر أو ضد مجموعة أو مجتمع بحيث يؤدي إلى حدوث إصابة أو موت أو إصابة نفسية أو سوء النماء أو الحرمان[134] وعرفت العنف الأسري بأنه " كل سلوك يصدر في إطار علاقة حميمية وسبب أضرارا أو ألاما جسمية أو نفسية أو جنسية لأطراف تلك العلاقة".

أما الا ستراتيجية العربية لمناهضة العنف ضد المرأة (2011-2020) فقد عرف العنف ضد المرأة بأنه:" أي فعل يقع على المرأة وينتج عنه إيذاء جسدي أو جنسي أو نفسي أو أي شكل من أشكال المعاناة مثل التهديد بهده الأفعال أو الإكراه أو الإجبار عليها أو الحرمان من جميع الحقوق سواء وقعت ضمن إطار العلاقات الأسرية أو الاجتماعية أو المهنية"

أما منظمة الأمم المتحدة فقد عرفته بأنه :" العنف الدي تواجهه المرأة من قبل الرجل في الأسرة وهو من الحالات الواضحة لنقص الحقوق الإنسانية للمرأة أو بالأحرى نقص حقوق الإنسان ومن شان بعض السياسات الحكومية التي تدعم العنف وتغض النظر عنه, وأن ترسخ ظاهرة اللجوء إلى العنف ضد النساء, والشعور بالتفوق الجنسي يمنح الرجل حق اللجوء إلى ضرب المرأة وسبها أو تعريضها للعقاب البدني بغية إثبات رجولته وهدا ما خولته له الرؤى الاجتماعية المتجذرة في أعماق الثقافات التقليدية مند القدم"[135]

ومن خلال ما سبق يمكن تعريف العنف الأسري بأنه إلحاق الأذى[136] بأحد أفراد الأسرة باستخدام القوة المادية أو المعنوية بطريقة غير مشروعة وقد ويتخذ العنف الأسري[137]عدة صور

---

134 - تعريف منظمة الصحة العالمية 2002

135 - شكوه نوابي نزاد, علم نفس المرأة الطبعة 1 ترجمة زهراء طيوري بكانه, دار الهادي, بيروت 2001 ص 173

136 - الطويل سلوى عبد الحميد اتجاهات المرآة المصرية المتعلمة نحو ظاهرة العنف السياسي , دراسة ميدانية لبعض العاملات المؤهلات تأهيلا عالميا , جامعة الازهر كلية الدراسات الانسانية , مجلة القاهرة للخدمة الاجتماعية 1994 , العدد 5 ص 48-64

137- كما أن هناك عدة نظريات مفسرة لسلوك للعنف الاسري والتي تتلخص في ثلاث مداخل نظرية لدراسة مشكل العنف الأسري والتي تتمثل في:

- المدخل الوظيفي الدي يرجح أن مشكلة العنف الأسري تظهر عندما يفشل المجتمع في وضع ضوابط قوية على سلوك اعضاء المجتمع
- مدخل الصراع أن العنف الأسري يحدث نتيجة إحباط بسبب عدم المساواة بين أعضاء المجتمع
- مدخل علم النفس الاجتماعي
- ويتفرع عن هده المداخل عدد من النظريات السوسيولوجية التي تفسر سلوك العنف الأسري والتي تتلخص في نظرية التعليم التي تهتم بتفسير عملية تعليم سلوك العنف الاسري من خلال التقليد والمحاكاة وكيفية تأثير الأسرة والثقافة الفرعية أما نظرية الاحباط والعدوان فتعتبر إحدى نظريات الشائعة في تفسير مشكلة العنف الاسري ويركز أصحاب هده النظرية على افتراض اساس العدوان ينتج دائما عن الإحباط عندما لا يستطيع الفرد الوصول الى شيء يريدها حيث أن الاحباط الدي يؤدي الى العنف يعد نتيجة مباشرة لعدم العدالة وعدم المساواة والفقر ونقص الفرصة المتاحة داخل المجتمع إذ انه يحاول تحويل الاحباط الخارجي إلى قوة داخل أسرته

وأشـــكال مختلفة يشـــمل منها العنف اتجاه الزوجة أو العنف اتجاه الأطفال أوعنف الزوجة اتجاه زوجها كما يشمل العنف اللفظي والعنف الجنسي والعنف الفكري والاجتماعي[138]. والعنف البدني[139] والنفسـي[140] والحرمان الاقتصـادي والعزلة والإهمال وهو يحدث داخل الأسـرة أو الوحدة العائلية ويكون بصـفة عامة بين شـركاء الحياة الحاليين أو السـابقين أو أفراد تربطهم صـلة دم أو علاقة حميمية. وقد اسـتمد العنف الأسـري جدوره من انعدام التكافؤ تاريخيا وبنيويا في علاقات القوة بين الرجل وينتقص بشدة من تمتع النسـاء والفتيات من جميع حقوق الإنسـان والحريات الأساسـية أو يبطله ويشكل انتهاكا جسيما في هدا الصدد كما يمثل عقبة رئيسية تحول دون مشاركتهن بصورة كاملة ومتساوية في المجتمع والاقتصاد وصنع القرار السياسي.[141]

ويرجع أسـباب العنف الأسـري إلى ضـعف الوازع الديني وتقصـير في الالتزام بالحقوق والواجبات التي حملها الشارع لأفراد الأسرة اتجاه بعضهم البعض إد يقول رسول الله (ص) " كلكم راع وكلكم مسـؤول عن رعيته فالإمام راع وهو مسـؤول عن رعيته والرجل راع في أهله وهو مسـؤول عن رعيته والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسـؤولة عن رعيتها....."[142]وأيضـا إلى فقدان الثقة بين الزوجين وتأثير أصدقاء السوء المؤدي إلى قطع العلاقة وانهيار بنيان الأسرة حيث جاء في كتابه الجليل (وَيَوْمَ يَعَضُّ الظَّالِمُ عَلَى يَدَيْهِ يَقُولُ يَا لَيْتَنِي اتَّخَذْتُ مَعَ الرَّسُولِ سَبِيلًا} الفرقان/27 {يَا وَيْلَتَى لَيْتَنِي لَمْ أَتَّخِذْ فُلَانًا خَلِيلًا} الفرقان/28 {لَقَدْ أَضَلَّنِي عَنِ الذِّكْرِ بَعْدَ إِذْ جَاءنِي وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِلْإِنسَانِ خَذُولًا} الفرقان/29{)[143] إضافة إلى وسائل الإعلام وأساليبها الاستفزازية في عرض أخبار الجرائم والسلوكيات المنحرفة سواء في التلفاز أو الصحف والمجلات

- أما نظرية الثقافة الفرعية للعنف التي ترتكز على افتراض أساس مؤداه ان سلوك العنف بعد نتيجة مباشرة لتبني قيم الثقافة الخاصة للعنف كما ان الثقافة الفرعية للعنف تنتقل من جيل الى جيل عن طريق التنشئة الاجتماعية
- نظرية الضبط الاجتماعي التي تنظر إلى العنف على اعتبار انه استجابة للبناء الاجتماعي
- العنف سلوك مكتسب يتعلمه الفرد خلال أطوار التنشئة الاجتماعية كذلك أن القيم الثقافية والمعايير الاجتماعية تلعب دورا مهما في تبرير العنف

[138]محمد عمران, ما هو العنف الأسري؟ وكيف يؤثر في المجتمعات مقال منشور بالمجلة الالكترونية حياتك 2016/02/28
HAYATOUKI.COM/BABY/CONTENT/2228546

[139] - العنف الجسدي هو أي فعل يصدر من احد أفراد الأسرة بقصد إلحاق الأذى او الضرر أو إصابة الآخرين من أفراد الأسرة وبشكل يجاوز المألوف من التربية و التهذيب

[140] - يعتبر من أشد أنماط العنف الأسري وهو أي فعل مؤد نفسيا وعاطفيا دون أن تكون له آثار جسدية نظرا لارتباطه بالمشاعر و الاحاسيس الداخلية للإنسان

[141] - عادل موسى عوض, العنف الأسري وأثره على الفرد والمجتمع (دراسة) 2015 ، ص 124
http//www.researchgate.net/publication/309372796

[142] -رواه البخاري كتاب النكاح, باب من راى مع امراته فقتله ج 6 ص 2511 رقم 6454 , رواه مسلم في صحيحه كتاب اللعان ج 2 ص 1136 رقم 1499

[143] - سورة الفرقان ، الآية 27-29.

والتي تلعب دورا فعالا في اســـتفحال هده الظاهرة الخطيرة في الأســـر وترويج أعمال العنف بين أفرادها.

ويعتبر العنف الأســـري أكثر خطورة على الفرد والمجتمع وتكمن خطورته في نتائجه الغير المباشـــرة المترتبة عن علاقات قوة غير متكافئة داخل الأســـرة مما ينتج عنه خللا في نســـق القيم واهتزاز في نمط الشـــخصـــية مما يفرز أنماطا من الشـــخصـــيات المضـــطربة الغير المتوازنة نفسـيا وانفعاليا مما يهيئ أرضـــية خصـــبة لإعادة إنتاج العنف ســـواء داخل الأســـرة أو في المجتمع[144] لذا كانت هناك دعوة صريحة لجميع الدول بالقضاء على كل أشكال العنف المنصوص عليه في خطة التنمية المســـتدامة لعام 2030[145] وخاصـــة العنف المنزلي الذي يعوق التنمية الاجتماعية والاقتصـــادية للمجتمعات المحلية وللدول وبالتالي يعوق تنميتها المســـتدامة ويقف في طريق تحقيق خطتها التنموية وغيرها من الأهداف الإنمائية المتفق عليها.

2 – العنف الأسري في التشريع المغربي

بعدما كانت الأسرة تشكل نواة المجتمع المغربي وتقوم بأداء رسالة عظيمة في التنشئة الأسرية والاجتماعية وسلاح قوي يستخدمه المجتمع في عملية الضبط الاجتماعي لكونها تقوم بترسيخ القيم الأخلاقية لدى الأطفال وفيها يتم اكتساب العادات وتشكيل أنماط السلوك إلا أنها في الآونة الأخيرة أصـبحت بؤرة للعنف حيث عم انتشـار الخلافات والمشـكلات الأسـرية وتعددت أشـكالها وصـورها على نحو لم يعهد له من قبل وكان أخطرها العنف الأسري فكان لزاما على المشرع المغربي إقرار

[144] - عبد المحسـن بن عمار المطيري, العنف الأسـري وعلاقته بانحراف الأحداث لدى نزلاء دار الملاحظة الاجتماعية بدينة الرياض , رسالة الماجستير في العلوم الاجتماعية , جمعة نايف العربية للعلوم الأمنية كلية الدراسات العليا قسم العلوم الاجتماعية الرياض , 2006

[145] - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة الحادية والســـبعون 19ديســـمبر 2016 المتعلق بتكثيف الجهود الرامية الى منع العنف ضد النساء والفتيات بجميع أشكاله والقضاء عليه : العنف المنزلي

مجموعة من التدابير بشقيها المدني[146] والزجري[147] للقضاء على هده الآفة الخطيرة قصد تحقيق الأمن الأسري المنشود. وتوفير حماية كاملة للمرأة ضد جميع ضروب العنف والتمييز والمعاملة القاسية واللاإنسانية والمهنية و الحاطة من الكرامة حسب ما هو منصوص عليه دستوريا[148] وعملا بمقتضيات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي يعتبر المغرب من بين أعضاءها. فصنف بعض الجرائم على أنها عنف مثل القتل العمد والقتل الخطأ والتسميم والضرب والجرح والتهديد وعدم تقديم المساعدة في حالة الخطر والإجهاض وقتل الأطفال وتعريضهم للخطر وشدد العقوبة عليها ونظم قانون 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء .فهل استطاع المغرب من خلال هده التدابير الجزرية وقانون 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء تحقيق عدالة أسرية باعتبار كل أطراف الأسرة لهم حقوق وعليهم واجبات؟؟

إن تنظيم العنف الأسري من خلال قانون 103.13 عرف تعديلات حول العنف ضد المرأة وليس العنف الأسري بشكل مهيكل، ومنظم بشكل قانوني حيث اعتمد مقاربة متعارف عليها دوليا

---

[146] - من بين التدابير تربية أفراد الأسرة على السلوك الديمقراطي، حيث نص على إقرار مفهوم الشراكة الأسرية بدل القوامة الذكورية (إنشاء الأسرة تحت رعاية الزوجين المادتين الرابعة والمادة 51). ومبدأ الرضائية في تأسيس العلاقة الزوجية والتنصيص على مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الطرفين (المادة 51) لتكون بمثابة دستور لحماية أفراد الاسرة كما عمل على إقرار مبدأ التدبير المشترك للأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية والتنصيص على ضرورة إجراء محاولة الصلح في جميع مساطر الطلاق والتطليق. وكدا عمل على إقرار الحلول التوافقية بخصوص نفقة وحضانة الأطفال بما يحقق المصلحة الفضلى لهم واقرار مبدا المساواة باعتباره مبدأ دينيا وكونيا ودستوريا من خلال :

المساواة في سن الأهلية للزواج بالنسبة للفتى والفتاة، وتحديده في 18 سنة شمسية كاملة (المادة 19)،
المساواة في إمكانية إدراج شروط إرادية في عقد الزواج، والتي لا تتنافى وأحكام عقد الزواج ومقاصده (المادة 47).
المساواة في الولاية الشرعية على الأبناء بالنسبة للأب والأم. (المادة 230).
المساواة في سن اختيار المحضون بين والديه المنفصلين، وتحديده في 15 سنة (المادة 166).
المساواة بين الحفيدة والحفيدة في استحقاق الوصية الواجبة (المادة 369).
إقرار مبدأ التشاور في القضايا المصيرية التي تخص الأسرة، خاصة ما يتعلق بشؤون الأطفال.

[147] - المشرع المغربي وضع جملة من التدابير الزجرية حيث عمل المشرع المغربي على تجريم التدليس في تأسيس العلاقة الزوجية، حيث أشارت المدونة في المادة 66 إلى أن التدليس في بعض الوثائق أو الأذونات الخاصة بالزواج " تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر كما خص النفقة بالحماية الجنائية اللازمة، حيث نصت المدونة في المادة 202 على: ""كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة كما أن أحكام إهمال الأسرة المنظمة في القانون الجنائي المغربي تنص على أن العقوبة المخصصة لجنحة إهمال الأسرة في الفصلين 479 و480، تتراوح بين الحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. كما جرم تبديد أموال الزوجين وتعريضها لسوء التصرف، حيث " يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ستة أشهر وغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، أحد الزوجين في حالة تبديد أو تفويت أمواله، بسوء نية وبقصد الإضرار أو بالزوج الآخر أو الأبناء أو التحايل على مقتضيات مدونة الأسرة المتعلقة بالنفقة أو السكن وبالمستحقات المترتبة عن إنهاء العلاقة الزوجية أو باقتسام الممتلكات" وعمل أيضا على تجريم جميع أشكال الخيانة الزوجية بمقتضى القانون الجنائي المغربي في الفصلين 491 و492 منه، والذي يحدد عقوبتها في "الحبس من سنة إلى سنتين"، و شدد على عقوبة التحرش الجنسي إذا تم ارتكابها من طرف أحد الأصول أو المحارم أو من له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلفا برعايته أو كافلا له، أو إذا كان الضحية قاصرا. كما جرم الإيذاء الجسدي سواء بالجرح أو الضرب ضد أفراد الأسرة سواء تعلق الأمر بالزوج أو الزوجة أو الأطفال أو الفروع ضد الأصول أو العكس. وعمل على تجريم الطرد من بيت الزوجية أو الامتناع من إرجاع المطرود، المنصوص على مقتضياته في المادة 53 من مدونة الأسرة، حيث يعرض فاعله للعقوبة (الفصل1-480) ومنع الإجهاض الذي يجني على حياة الجنين بغير سبب شرعي أو طبي(الفصول 449 إلى 458 من القانون الجنائي) ووضع المشرع الجنائي المغربي ضمانة جنائية وقانونية لحماية المحضون ، في الفصل 477،

[148] - حيث اقر الدستور المغربي 2011 في الفصل 19 منه مبدأ المساواة بين الجنسين والمناصفة في جميع الحقوق وإحداث هيئة لمكافحة كافة أشكال التمييز كما نص في الفصل 22 على عدم جواز ممارسة العنف بمختلف أشكاله ومصادره بالإضافة إلى التنصيص كذلك على حماية السلامة الجسدية والمعنوية لأي شخص وصيانة كرامته

وهده المقاربة تتجلى في تنوع العنف في أربعة أنواع المادي الجسدي الجنسي والنفسي والتي من خلالها عرف المشرع العنف . كما أن قانون 103.13 لا يتعلق بقانون إطار لمحاربة العنف وإنما مجرد تعديل طفيف لمقتضيات القانون الجنائي 1961 والمسطرة الجنائية إذ يغلب عليه الهاجس الأمني والمقاربة الزجرية مما يذكي ثقافة الصراع بين الرجل والمرأة وفتق نواة الأسرة وإنماء الشعور بالمظلومية والتمييز من قبل الرجال لأن المقاربة الزجرية وحدها لهذا الجرم الفظيع لا تؤتي ثمارها المرجوة على مستوى الأسرة والمتمثلة أساسا في المحافظة على استقرارها وتماسك أفرادها. كما أن العنف الأسري لا يقتصر فقط على تعنيف النساء والأطفال فقط إذ لا يمكن الجزم أن العنف يقع حكرا فقط على الأطفال والمرأة واعتبارهم أكبر ضحية في الوسط المنزلي ولكن هناك أيضا عنف يمارس على الرجل خاصة العنف اللفظي وأحيانا الجسدي من طرف الزوجة خاصة في الرهنية الحالية التي أجبرته على المكوث في البيت لساعات طويلة لدا يجب أن تكون هناك مقاربة بخصوص تعرض الرجال أيضا للعنف, وأن لا يبقى مشكل العنف الأسري مرهون بالمرأة خاصة وأن المواد 448مكرر1, 480 481 تتحدث عن طرفي الأسرة. فليس هناك تجميع لقواعد قانونية خاصة بتنظيم الأسرة لأن الحديث عن العنف الأسري لا نجده بمدونة الأسرة بمفهومه الحقيقي فهناك مدونة أسرة تنظم الزواج والطلاق[149] والحضانة والنفقة كما أنه ليس في القانون الجنائي باب أو شق مخصص للأسرة ويكون هدا الشق مرتبط بالعنف الذي يرتكبه أي طرف من أطراف الأسرة لدا يجب تأسيس قانون ينظم العلاقات الأسرية المسكوت عنها وتجميع النصوص القانونية في مشروع واحد لإيجاد حلول من منظور تشريعي اجتماعي باعتبار أن الأسرة هي مستقبل البلاد مع اعتماد مقاربة تشمل التوعية والتحسيس وتعزيز الجانب التربوي.

المحور الثاني : مدى تأثير الحجر الصحي على مؤشر العنف الأسري

لقد كثر مؤخرا الحديث عن ارتفاع ظاهرة العنف الأسري في العالم بأسره خاصة بعد تفشي فيروس كورونا وما صاحبه من البعد الاجتماعي والحجر الصحي الذي خلف تبعات سلبية على الصحة النفسية للأفراد[150] وهنا نتساءل كيف ساهم الحجر الصحي في استفحال ظاهرة العنف في الوسط الأسري ؟ وما هي الإجراءات المنتهجة للحد منه ؟

[149] -إقرار مسطرة الطلاق بالاتفاق بشروط لا تتنافى مع أحكام المدونة ولا تضر بمصالح الأطفال، أو دون شروط (م114).

[150] - بورقعة ليلى جريدة المغرب: الكورونا وآثارها على الصحة النفسية : أكثر ضحاياها من النساء ....ومختصون متطوعون في عيادة "احكيلي".

أولا: كيفية تأثير الحجر الصحي في استفحال ظاهرة العنف الأسري

لم يقتصـــر فيروس كورونا (كوفيد 19)على إيقاف نبض قلب العالم برمته والعمل على شـــل كل نشـــاطه من اقتصـــاد ســـياحة قضـــاء تعليم ..بل اجتياح كل بقاعه متســـببا في دلك ارتفاع وتيرة الإصابات به وتصاعد نسبة الوفيات في صفوف سكانه مما جعل منظمة الصحة العالمية تعلن أن هدا الفيروس جائحة فاتخذت التدابير الاحترازية في جميع أنحاء العالم محاولة احتواء انتشـــاره إلا أن توغله الأكثر كان أيضا سببا في وقع وطأة أثره الاجتماعي على النساء بشدة فكان حافزا لتنامي ظاهرة العنف الأســري بســبب التدابير الاحترازية المتخذة كإجراءات الإغلاق وحظر التجول ومنع مغادرة المنازل إلا للضـــرورة القصـــوى أو في ســـاعات محدودة ومحددة والتي جاءت نتيجة الحجر الصـــحي والبعد الاجتماعي المفروض في هده الفترة قصـــد القضـــاء على تفشـــي وانتشـــار فيروس كورونا وهذا ما أفرز عنه من مخاوف الأمن والصـــحة وظروف المعيشـــة مما زاد في تفاقم الوضـــع فتســـبب في الارتفاع المهول لمعدلات حالات العنف الأســـري مما جعل الأمين العام للأمم المتحدة يدق ناقوس الخطر بشأن انتشار هدا العنف الأسري حيث جاء في بيان له :" العنف لا يقتصر على ساحات المعارك فبالنسبة للعديد من النساء والفتيات أن مكان يلوح فيه خطر العنف هو المكان الذي يفترض به أن يكون واحة الأمان لهن-إنه المنزل- ولدا إنني أوجه نداءا جديدا اليوم من أجل الســـلام في الداخل وفي المنازل في جميع أنحاء العالم " مضـــيفا كذلك " أننا نعلم أن أوامر عدم الخروج والحجر الصـــحي ضـــروريات لكبح جماع "كوفيد19" ولكن في ظل هذه الظروف قد تجد النســـاء أنفسهن حبيسات المنازل مع شركاء مسيئين" فتزايدت مخاوف من تنامي العنف الأسري في ظل إجراءات العزل العام والبقاء الجبري في المنازل[151] .

إن العالم الآن يشهد طفرة عالمية مروعة في العنف الأسري بسبب تزايد الضغوط الاقتصادية والاجتماعية وتنامي المخاوف التي تنتاب نفوس كل أفراد الأســـرة وأمام كل هده الضـــغوطات والتوترات العائلية الخاضعة للعزل الذاتي والحجر الصحي في فضاء مغلق ولفترات طويلة ساهم

[151] - حيث أشـــارت هيئة الأمم المتحدة في بيان لها صـــادر عن المديرة التنفيذية "فومزيلملامبو –نجوكا" في 20 مارس الماضـــي إلى أن الاثار الســـلبية التي ســـيحدثها فيروس كورونا المســـتجد كوفيد 19 لن يتوقف عند ما يتعلق بوقوع الوفيات وقرارات العزل المنزلي ولكنه تطرق الى التأثيرات المتعلقة بأوضـــاع النســـاء الاجتماعية وكان الخوف الأكبر هو العنف الأســـري حيث صـــرح أن هناك 137 امرأة يتم قتلها يوميا على يد احد أفراد أسرتها وفي البلاد التي طبقت العزل الاجتماعي كانت حالات العنف المنزلي التي تم الإبلاغ عنها قد تزايدت 3 أضعاف وأكثر

في الاحتقان والتوتر بين الزوجين والمؤدية الى حالات عنف[152].داخل الوسط الأسري. وتكون المرأة هي الضحية الأولى بعد الأطفال ويكون هذا العنف الممارس من طرف الرجال الدين يعانون من ضغط نفسي بسبب ظروف اجتماعية أو صحية أو مالية وكدا البقاء في البيت لمدة طويلة وضيق المكان مما يكون الالتقاء فيه يشعل فتيلة التوتر والعنف بكل أشكاله على هده الفئة الهشة التي تقف عاجزة عن القيام بما يحررها من هده الممارسات العنيفة في الظروف الراهنة المعاشة تحت وطأة الخوف والهلع من وباء كورونا وتفشيه .

وبالنسبة للمغرب فرغم قيامه بخطوات استباقية للحد من اجتياح وباء كورونا بقيادة جلالة الملك محمد السادس أيده الله من إعلان عن حالة الطوارئ الصحية[153] بموجب المرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر في 28 من رجب 1441 الموافق ل 23 مارس 2020 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها واتخاذ مجموعة من الإجراءات الوقائية والتدابير الاحترازية لإحتواء تفشي هده الجائحة في صفوف ساكنته والتي كان من ضمنها البعد الاجتماعي والحجر الصحي إلا أن هدا الإجراء لم يتبعه إجراء يتعلق بحماية فئة النساء والأطفال وذوي الاحتياجات الخاصة والمسنين في ظل أزمة كورونا للتخفيف من دوافعه ومسببات ممارسته خصوصا بعدما انضاف إليه مجموعة من المتغيرات المرتبطة ببعض الوضعيات الغير واضحة المعالم كفقدان العمل ونقصان في الأجر وقيد حرية التجول والتنقل وهواجس الرعب والخوف من الإصابة بهذا الوباء , كل هذا كان سببا في استفحال ظاهرة العنف الأسري بعد إعلان حالة الطوارئ الصحية التي هيأت نشوء بيئة خصبة لتفاقم العنف داخل الوسط الأسري وتعريض استقرار أفراده النفسي وحياتهم للخطر خاصة مع صعوبة ضبطه وإثباته عل مستوى الشرطة القضائية في غياب تحديد واجبات ملموسة للشرطة في قضايا العنف الأسري من خلال قانون 103.23 كما أنه في غالب الأحيان لا يتم البوح به فيظل مستورا ومسكوتا عنه نتيجة رواسب سوسيو ثقافية و النظرة النمطية لعموم المجتمع التي تضفي عليه المشروعية. بالإضافة إلى غياب

---

[152] حيث أثبتت الإحصائيات التي قامت بها المندوبية السامية للتخطيط سنة 2009 أن من بين 9.5 مليون امرة شملها البحث يتراوح سنهن ما بين 18 و64 سنة فهناك 6 ملايين منهن تعرضن لأحد أشكال العنف أي بنسبة 63 في المائة منهن 3.7 مليون تعرضن للعنف في إطار علاقة زوجية بنسبة 55 في المائة.
ريتا غريب الحجر الصحي صرخات من خلف الأبواب: مجلة السفير العربي http://assafirarabi.com /ar/31144/2020/05/13

[153] - المرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر في 28 من رجب 1441 الموافق ل 23 مارس 2020 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها, جريدة رسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 الموافق ل 24 مارس 2020 ص 1782

الدعم وعدم توفير الخدمات بما في دلك من مأوي وخدمات صـــحية ونفســية و المشــورة القانونية والخطوط الهاتفية [154].

ثانيا : الإجراءات المتخذة للتخفيف من وطأة العنف داخل الوسط الأسري المغربي

على قدر ما أظهرت جائحة كورونا كيفية تضـــامن المجتمع المغربي بكل مكوناته فيما بينهم وكيفية تقديم المســـاعدات المالية والمعنوية للمحتاجين منهم إلا أنها قد عرت ورفعت الحجاب عن العلاقات داخل أسـرة واحدة ومدى نصـدعها وتفكك أواصـرها وعدم تماسـكها لتخطي تداعيات هدا الوباء مما يجعل الأســرة تواجه وباءين أحدهما كورونا والثاني العنف الأســري مما أدى إلى تفاقم الو ضعية و ارفاع وثيرتها في زمن الحجر الـصحي[155] ، حيث بلغت ذسبة العنف الأ سري 4.4 في المائة ولتجنب ذلك أطلقت وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة حملة تحسيسية رقمية للتغلب على الإكراهات النفســـية كما قامت بدعم وتطوير الخدمات عن بعد لفائدة النســـاء المعنفات من أجل مواكبتهن في جميع أرجاء التراب الوطني, كما قامت أيضـا وسـائل الإعلام بما فيها المرئية والسمعية بوصلات إشهارية تنهى عن العنف الأسري في هده الظرفية الحرجة وتحث على التعاون والتسامح والتضامن بين أفراد الأسرة سعيا منها إلى ترسيخ قيمة الإستقرار الأسري لأن اسـتقرار المجتمع رهين بالحفاظ على النسـق الاجتماعي. وحرصـا على المصـالح الفضـلى للأطفال واســتقرار الأســر وتعايش أفرادها وفقا للمبادئ الحقوقية عملت النيابة العامة على اتخاذ عدة تدابير ا ستعجالية لـضمان سهولة ولوج النساء ضحايا العنف إلى القضاء حيث تم خلق مواقع الكترونية لتســهيل تقديم شـكايات النســاء ضــحايا العنف وكذا توفير خدمات خلايا التكفل بالنســاء الموجودة بالنيابة العامة وتسخير الإمكانيات المتاحة للخلايا الجهوية للتكفل بهن عند الاقتضـاء وفقا لمقتضــيات المواد(1, 2, 3, 4) من قانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضــد النســاء الصـــادر بتنفيذه الظهير الشـــريف رقم 1.18.19 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1439(22 فبراير 2018) لاسيما المواد 10.11.13.و15 منه[156]

---

[154] -حيث نصـت المادة 8 من القانون 103.13على تدبير وقائي يتعلق بإيداع المرأة المعنفة بمؤسـسـات الإيواء أو مؤسـسـات الرعاية الاجتماعية في الوقت الذي لم توفر فيه الدولة هذه المؤسسات رغم دخول القانون حيز التنفيذ.

[155] - بعد تسجيل 541 فعل عنف من طرف فيدرالية رابطة حقوق النساء والدي يعكس الوضع الحقيقي لظاهرة العنف الذي تعيشه النساء بسـبب ظروف الحجر حيث اسـتقبلت الفيدرالية خلال الفترة الممتدة بين 16 مارس و24 ابريل الماضـي 240 اتصـالا هاتفيا للتصـريح بالعنف من قبل 230 امراة عبر مختلف جهات تراب المملكة حيث شكل العنف النفسي 48.2 في المائة والعنف الاقتصادي 33 في المائة ثم العنف الجسدي 12 في المائة

[156] - مرسوم رقم 2.18.856 صادر في 4 شعبان 1440 (10 ابريل 2019) بتطبيق القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء

خاتمة:

وللقضـاء على هذه الظاهرة أو التخفيف من وطأتها يجب العمل على إذكاء الوعي بخطورة هذا الوباء الفتاك الذي يعد أخطر من فيروس كورونا لما له من تداعيات خطيرة على جميع المسـتويات ودلك بتنظيم حملات التوعية على الصـــعيد الوطني مع إحداث تحول في الأعراف الاجتماعية والقوالب النمطية الجنســـاذية التي تنطوي على التمييز الذي يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسـان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسـياسـية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصـــادية والاجتماعية والثقافية واتفاقية القضـــاء على كل أشـكال التمييز ضـد المرأة [157]واتفاقية حقوق الطفل وبروتوكوليها الاختياريين. كما يجب العمل على نشـــر الثقافة الضرورية حول الحياة الزوجية والجنسية قبل الزواج وبعده [158]

[157] - من بين الحقوق التي تضمنتها هده الاتفاقية سواء في المجال الاقتصادي او السياسي او الاجتماعي او الثقافي نذكر الحق في الحياة الحق في المسـاواة الحق في الحرية والأمن الشـخصـي الحق في التمتع المتكافئ بحماية القانون الحق في عدم التعرض لأي أشـكال من أشـكال التمييز الحق في أعلى مسـتوى ممكن من الصـحة البدنية والعقلية الحق في شـروط عمل منصـفة الحق في أن يكون في مأمن من التعذيب والمعاملة او العقوبة القاسية او الإنسانية او المهنية.
-المادة 32 من اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على التمييز ضد المرأة

[158] - احمد بن محمد حسني, مشكلة العنف وحلها في ضوء مقاصد الشريعة jurnalpengajian islam . bil 9,isu ii2016

وجهة نظر حول إفراغ المكتري من المحل السكني في زمن جائحة كورونا

مروان بوسيف
باحث في سلك الدكتوراه
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -الرباط، أكدال-

مقدمة:

إن الدَّافع وراء الحديث عن إفراغ المكتري في المحلات المعدّة للسُـــكنى، هو تمديد حالة الطوارئ الصـحية التي تمّ الإعلان عنها بموجب المرسـوم رقم 2.20.330 الصـادر بتاريخ 18 أبريل 2020[159]، وذلك في ظل اسـتمرارية انتشـار فيروس كورونا الذي أحدث خللاً في موازين العلاقات التعاقدية، وأثّر بشكلٍ سلبي غير متوقع على مختلف المراكز القانونية.

وتزيدُ حدّة الموضوع وحساسيته، إذا ما استحضرنا الوضعية الاجتماعية الهشّة والمتوسطة للفئة التي تلجأ عادة إلى الكراء السـكني، حيث أن مورد الرزق الذي تعتمد عليه هذه الفئة أصـبح غير موجود في الفترة الحالية، نتيجة توقفها عن العمل بسـبب إغلاق المقاولات والشـركات التي تعمل بها، سيما ونحن نعلم أن المكتري ملزمٌ في عقد الكراء بأداء الوجيبة الكرائية عند حلول أجلها كـأحـد الالتزامـات الملقـاة على عـاتقـه، عملاً بنص الفقرة الأولى من المـادة 12 من القـانون 12.67المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسـكنى أو الاستعمال المهني[160]، التي جاء فيها على أنه "يلتزم المكتري بأداء الوجيبة الكرائية في الأجل الذي يحدده العقد...".

فالمكتري ملزم بتنفيذ التزامه المتمثل في أداء وجيبة الكراء، وكل تماطُلٍ مِنه ينتج عنه مجموعة من التبعات القانونية السـلبية، تجعله في وضـعيةغير سـليمة قانونيا والتي يكون مآلها الإفراغ من المحل المُكترَى، ولكن هذا الأمر مُستسـاغٌ في الوضـع الطبيعي والمجرى العادي للأمور، لكنالأمر غير ذلك ظل فترة حالة الطوارئ الصـحية غير المتوقعة والاسـتثنائية التي فُرِضَـت بسـبب انتشـار فيروس كورونا، حيث أصـبح معها المكتري في وضـعية حَرِجةٍ اجتماعيا نتيجة عدم قدرته على سداد ما ذمته تجاه المكري، وفي ظل هذه الوضعية المعقدة يتبادر مبدئيا إلى الذهن التساؤل التالي: ما هي الحماية القانونية لفئة المكترين من شـبح الإفراغ الذي يهددهم في حالة عدم أداء الوجيبة الكرائية في ظل هذه الفترة الاستثنائية المشوبة بالإضطراب؟

---

[159]- المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6874 بتاريخ 25 شعبان 1441 (19 أبريل 2020) ص 2218.
[160]- المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435(28 نوفمبر 2013)، ص 7328.

إن الإجابة على التساؤل المطروح ليست باليسيرة في ضوء المعطيات التي سنعمل على رصدها، حيث سنعتمد في الإجابة والبيان على مقاربة قانونية لتوضيح عدّة مسائل تصب في عمق الموضوع، وذلك من خلال أربع نقطٍ وهي كالتالي:-النقطة الأولى: رصد للمسطرة التي يحق للمكري سلوكها في حالة تماطل المكتري عن الأداء، -النقطة الثانية: رصد لبعض المقتضيات القانونية ومساءلتها حول حماية المكتري من الإفراغ في ظل انتشار فيروس كورونا، -النقطة الثالثة: اعتماد القضاء المغربي على قواعد الإنصاف والعدالة واقتراح حلول ترقيعية في من طرف الجهاز التشريعي، -النقطة الرابعة: مقترحات ترتبط بالإصلاح المرتقب لقانون الكراء السكني أو المهني وقانون الالتزامات والعقود بخصوص إفراغ المكتري خلال فترة الطوارئ الصحية.

وسنعمل على شرح وتوضيح ما يرتبط بكل نقطة على حدة بشيءمن التفصيل بداية بـ:

النقطة الأولى: رصد للمسطرة التي يحق للمكري سلوكها في حالة تماطل المكتري عن الأداء

بالإطلاع على المقتضيات القانونية المنصوص عليها في القانون 12.67المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني، نجد أنها تمنح للمكري في حالة عدم أداء المكتري للوجيبة الكرائية تقديم طلب لرئيس المحكمة الابتدائية لتوجيه إنذار للمكتري بضرورة الأداء،وهذا ما نصّت عليه المادة 23التي جاء فيها على أنه "يمكن للمكري في حالة عدم أداء وجيبة الكراء والتكاليف التابعة لها المستحقة، أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية الإذن له بتوجيه إنذاربالأداء إلى المكتري. لا يقبل الطلب إلا إذا كان مشفوعا بإحدى الحجج المشار إليها في المادة 22[161]"، وتجد الإشارة إلى أنّ عدم أداء المكتري للوجيبة الكرائية عند حلول الأجل -أي أجل أداء الوجيبة الكرائية- لا يعتبر في حالة مطل لأن الكراء كما هو معلوم يخضع لقاعدة قضائية مفادها "أن الكراء مطلوبٌ لا محمول[162]"، أي أن المكري يُلزَم بطلب الوجيبة الكرائية من المكتري عن طريق توجيه إنذار لكي يثبت في حقه صفة التماطل.

[161]- وتنص المادة 22 من القانون رقم 12.67 على أنه: " بصرف النظر عن جميع المقتضيات القانونية التي يبقى حق اللجوء إليها قائما، تطبق مقتضيات هذا الباب على الطلبات الرامية إلى ا ستيفاء وجيبة أكرية المحلات المعدة للسكنى أو للا ستعمال المهني إذا كانت العلاقة الكرائية ثابتة بين الطرفين بموجب محرر كتابي ثابت التاريخ أو حكم نهائي يحدد الوجيبة الكرائية بينهما".

[162]- وأصل هذه القاعدة في التشريع المغربي هي الفقرة الأولى من الفصل 666 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه: " يدفع الكراء بالنسبة إلى العقارات في المكان الذي توجد فيه العين المكتراة، وبالنسبة إلى المنقولات في مكان إبرام العقد"، وقد أكّد القضاء المغربي هذه القاعدة في العديد من الأحكام والقرارات القضائية الصادرة بمناسبة منازعات الكراء، من بينها القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 نونبر 1982 الذي جاء فيه على أنه: " يؤدى الكراء بالنسبة للعقارات في المكان الذي توجد فيه العين ما لم يوجد شرط يقضي بخلاف ذلك (الفصل 666 من ق.ل.ع) وعلى المكرى أن يتقدم إلى المكتري بطلب أداء الكراء وإذا امتنع وجه إليه إنذار بذلك ليصبح في حالة مطل، ولما لم يثبت أن المكري سبق أن طلب المكتري بصفة قانونية ولا أنه أنذره بذلك فإن اعتباره في حالة مطل لمجرد

لذلك المشرع أعطى الحق للمكري في استصدار إنذار يوجه للمكتري من أجل الأداء داخل أجل 15يوما من تاريخ التلبيغ، سواء عن طريق الأداء المباشر للمكري أو وضع الوجيبة الكرائية في حسابه البنكي أو إيداع مبلغ الكراء بصندوق المحكمة[163]، وفي حالة المخالفة أي عدم أداء المكتري لمبلغ الكراء فإن المطل يثبت في حقه لا محالة، إذ منح المشرع عملاً بنص المادة 26 من القانون 12.67 للمكري إثبات واقعة التماطل نتيجة عدم الأداء بالمصادقة على الإنذار الذي وُجِّه أول مرة للمكتري، عن طريق طلبٍ يُقدّم لرئيس المحكمة[164] الذي يأمر فيه بأداء المبالغ المستحقة حسب ما هو محدد في الإنذار.

في ضوء هذه المعطيات، نؤكد أن المكتري الذي لا يقدر على أداء مبلغ الوجيبة الكرائية في هاته الفترة الحساسة -أي فترة طوارئ الصحية-، يمنح للمكري إمكانية سلوك مسطرة استيفاءالوجيبة الكرائية كما تمّ بيانها أعلاه، وأن سلوكها يجعل المكتري غير القادر على الأداء في حالة مطل، وكما هو معلوم أن التماطل أو عدم الأداء يعطي للمكري الحق في سلوك مسطرة إفراغ المكتري ووضع حدٍ للعلاقة الكرائيةعن طريق فسخ عقد الكراء[165] عملا بنص المادة 56من

أنه لم يؤد الكراء لعدة شهور يعد خرقا للقانون"، القرار رقم 424 في الملف المدني رقم 75511منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 32، ص106.

وفي نفس التوجه أقرّت محكمة ابتدائية أنفا بالدار البيضاء في حكمٍ لها بتاريخ 1993/02/1 بأن " مطل المكتري لما كان الكراء يؤدي في مكان تواجد العين المكتراة، فانه مطلوب لا محمول، وبالتالي لا يثبت مطل المكتري إلا إذا وجه إليه إنذار بالاداء، وأمهل أجلا معقولا طبقا لمقتضيات الفصل 255 من ق.ل.ع، ولا يعتبر معقولا الأجل القصير الذي يقصد منه تعجيز المكتري، ولا ينتج اثره القانوني الإنذار بالإخلاء المتضمن أجلا غير معقول". حكم رقم 558 بتاريخ 1993/02/01 ملف مدني عدد : 89/3842مجلة المحاكمالمغربية العدد عدد 68-69، ص 137.

[163]- وفي هذا الصدد تنص المادة 25 من القانون رقم 12.67 على أنه: " يحدد الإنذار أجلا لا يقل عن خمسة عشر يوما يبتدئ من تاريخ تبليغ الإنذار لتسديد المكتري ما عليه من المبالغ غير المؤداة إما مباشرة بين يدي المكري أو من ينوب عنه مقابل وصل، أو وضعها بحسابه البنكي، أو بإيداعها بصندوق المحكمة أو بأي وسيلة تثبت الأداء وتاريخه".

[164]- ويصدر رئيس المحكمة أو من ينوب عنه الأمر بالمصادقة طبقا لمقتضيات المادة 27 التي جاء فيها على أنه: " يصدر رئيس المحكمة أو من ينوب عنه، أمرا بالمصادقة على الإنذار مع الأمر بالأداء يضمن بنفس الطلب في أجل ثمانية وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب اعتمادا على محضر التبليغ والوثائق والبيانات المذكورة في المادة 22 وما يليها. وينفذ هذا الأمر على الأصل".

ويلاحظ أن المشرع نظرا لثبوت واقعة عدم الأداء في حق المكتري فقد نصّ على تنفيذ هذا الأمر على الأصل أي إمكانية تنفيذه دون تبليغه نظرا لطبيعة الدين المتسمة بالاستعجال والثبوت، وفيما يخص التنفيذ على الأصل فقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2004/09/22 أن " تبليغ الأحكام قبل مسطرة التنفيذ، إجراء جوهري وضروري حتى ولو كانت مشمولة بالتنفيذ المعجل، باستثناء الأوامر التي يؤمر بتنفيذها على الأصل في حالة الضرورة القصوى"، قرار تحت رقم 1017 في الملف المدني عدد 1613/03، بتاريخ 2004/09/22، قضاء المجلس الأعلى، عدد 16،ص 19.

[165]- وهنا نود الإشارة إلى أن التداخل القائم بين اعتبار التماطل في أداء الوجيبة الكرائية سببا لإنهاء عقد الكراء طبقا لمقتضيات المادة 45 من القانون 12.67 وعدم أداء الوجيبة الكرائية كسبب لفسخ الكراء طبقا لنص المادة 56، مرده هو ضعف الصياغة القانونية التي تبناها المشرع المغربي عند تنظيمه لمسألة التماطل، نتيجة عدم الانسجام بين المقتضيات القانونية المؤطرة لمسطرة استيفاء الوجيبة الكرائية المنصوص عليها في الباب الرابع من القانون 12.67 والتي ينتج عن عدم أداء الوجيبة الكرائية بعد سلوكها مطل المكتري، والمطل كما هو معلوم من أسباب الفسخ المنصوص في الفصول من 254 إلى الفصل 267 من قانون الالتزامات والعقود، لذلك نستغربُ لماذا المشرع اعتبر المطل في أداء الوجيبة الكرائية سببا لإنهاء عقد الكراء، ويزداد استغرابنا عندما نستحضر معطيين في غاية الأهمية، أولهما: يتمثل في كون أن إنهاء العقد يكون بالإرادة الحرة لأحد الأطراف دون وجود أي إخلال بالالتزامات من أحدهما في العلاقة التعاقدية، ولكن في حالة المطل لا يمكن أن نُسقط عليها مفهوم الإنهاء، لأن المطل يكون ناتجاً عن الإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية الملقاة على أحد الأطراف، وثانيهما: يتمثل في أنه لا يستساغ منطقًا أن يُلزِمَ المشرع المكري إذا ما أراد إفراغ المكتري بضرورة سلوك مسطرة الإنهاء المنصوص عليها في الباب السابع من القانون 12.67والتي تستوجب توجيه الإشعار بالإفراغ وتصحيحه عند الاقتضاء وهي مسطرة معقدة نوعا ما بالإضافة إلى الوقت والجهد الذي يمكنه أن تأخذه، رغم أن المكري قد سبق أن وجه إنذار للمكتري بالأداء وقام بالمصادقة عليه من طرف رئيس المحكمة الابتدائية، إذ نطرح تساؤلاً كيف يعقل أن المكري سبق أن أنذر المكتري بالأداء وصودق

القانون 12.67التي جاء فيها على أنه " يمكن للمكري أن يطلب من المحكمة فسخ عقد الكراء وإفراغ المكتري ومن يقوم مقامه، دون توجيه أي إشعار بالإفراغ وذلك في الحالات التالية : ...

- عدم أداء الوجيبة الكرائية التي حل أجلها رغم توصله بإنذار الأداء... ".

النقطة الثانية: رصد لبعض المقتضيات القانونية ومساءلتها حول حماية المكتري من الإفراغ في ظل انتشار فيروس كورونا

بعد بيان المقتضيات القانونية المؤطرة لوضعية المكتري في حالة عدم قدرته على سداد ما ذمته من وجيبة كرائية من خلال القانون 12.67 المتعلق بالكراء السكني والمهني، نجدها أنها غير ذاتُ بالٍ ولا منفعة لهاولا توفر الحماية القانونية للمكتري في ظل هذه الفترة غير المتوقعة التي تعرف انتشار فيروس كورونا، لذلك سنحاول البحث في ثنايا بعض القوانين ونرى إن كانت تُسْعِفُ في توفير الأمن القانوني للمكتري في ظل هذه الفترة أم لا.

لكنقبل ذلك، نود إبداء ملاحظةِ مهمة بخصوص إحدى القواعد القانونية المنصوص عليها في القانون 12.67، ويتعلق الأمر بالفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 29 التي جاء فيهما على أنه "...للمكتري في حالة قبول الطلب أن يرفع النزاع أمام المحكمة الابتدائية طبقا لنفس القواعد.يمكن للمحكمة وبصفة استثنائية أن تأمر بوقف التنفيذ بحكم معلل بناء على طلب خاص مستقل في هذا الشأن".

إذ يتضح أن المشرع حاول استثناءً وجود مَنْفَذٍ لتوفير حماية وقتية للمكتري فيما يخص الأداء المنصوص عليه في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية والمُصادق عليه من طرفه، وذلك بإمكانية وقف تنفيذ الأمر فقط بمقتضى حُكمٍ معلّل بناء على طلب مستقل في الموضوع وهكذا فإنه يمكن وقف الأمر بالاستناد إلى منح المكتري مهلة إضافية لأداء دين الكراء في إطار ما يسمى بمهلة الميسرة أو الأجل الاسترحامي[166]، الذي يساعد المكتري على تجاوز الصعوبات التي

على الإنذار ويعيد مرة أخرى إشعار المكتري وتصحيح الإشعار ؟ سيما وأن المكتري قد أخلّ بأهم الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه بنص المادة 12 من القانون 12.67، والإخلال يستوجب الفسخ لا الإنهاء.

لذلك فو ضع المشرع المغربي لسبب التماطل في أداء الوجيبة الكرائية كأحد أسباب الإنهاء هو وضع غيرُ سليم ويُجافي منطق الإخلال بالالتزامات التعاقدية، لذلك نقول أن ثبوت التماطل في حق المكتري نتيجة عدم أداء الوجيبة الكرائية يمنح للمكري سلوك مسطرة الفسخ، لأن حتى العبارة المتعلقة بعدم أداء الوجيبة الكرائية التي وضعها المشرع في المادة 56 الخاصة بفسخ عقد الكراء تتلاءم مع إجراءات استيفاءالوجيبة الكرائية المنصوص عليها في المادة 22 وما يليها من القانون 12.67 وتتماشى مع المنطق السليم للأمور.

وللإطلاع أكثر حول دواعي الخلط والاضطراب بين التماطل وعدم الأداء في الوجيبة الكرائية وعلاقتها بأسباب إنهاء أو فسخ عقد الكراء، انظر(ي): عبد القادر العرعاري، كراء المحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني على ضوء القانون الجديد رقم 12.67- العقود الخاصة، الكتاب الثاني-، دار الأمان الرباط، الطبعة الرابعة 2018، ص 128 و 129 و153 و154.

166- ونجد حتى قواعد الفقه الإسلامي عامة والفقه المالكي خاصة أنها تحثُّ على منح مهلة الميسرة في باب الحديث عن القواعد الفقهية الناظمة للمطل، ونستدل على سبيل المثال بما خطَّهُ ابن عاصم الأندلسي الغرناطي في منظومته "تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام" بقوله:

اعترضـــته أو منعته من أداء الدين المتخلد في ذمته، و هذا الإجراء لا يغير في الواقع من طبيعة الأمر المصـــادق على الإنذار بالأداء وإنما يؤجل واقعة الوفاء لا غير[167]، والأمر لا يقتصـــرُ فقط على تأجيل واقعة الوفاء بل الأكثر من ذلك، وهو عدم التخلص من صـفة المطل التي ثبتت في حق المكتري بعد المصـــادقة على الإنذار بالأداء من طرف رئيس المحكمة الابتدائية، أي أنه ولو يطلب المكتري وقف تنفيذ الأمر بالأداء من أجل تدبير شـأنه والبحث عن مصـدر يحصـل منه على مبلغ الوجيبة الكرائية، فصـــفة المطل تُزَايِلُهُ ولا تفراقه ولو حتى بعد الأداء، ومن تمّ فمآل الإفراغ من طرف المكري ينتظره لا محالة، إذ نطرح تساؤلاً بسيطاً هل هاته المقتضيات الواردة في المادة 29 من القانون 12.67كفيلة بحماية المكتري في ظل انتشـــار فيروس كورونا ؟ الجواب يكون بالنفي بطبيعة الحالة للعلل والأسباب المبينة أعلاه، لذلك سنحاول التنقيب عن حلول أخرى في ظل القوانين ذات الصـــلة ونســـائلها عن جدوها في توفير الحماية القانونية للمكتري وتحقيق التوازن في العلاقة الكرائية.

وأولُ ما يتبادر إلى الذهن في هذا السياق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، فهل هناك قواعد قانونية مضـــمنة بداخلهِ كفيلة بتوفير الحد الأدنى من الحماية القانونية للمكتري من شـــبح الإفراغ ؟ مبدئيا الإجابة هي لا، لماذا ؟ لأنه قد يقول قائلٌ بأنه في ظل الفراغ الذي تعاني منه مقتضـــيات القانون 12.67، فإنه يمكن للمكتري الاســـتعاضـــة بالقواعد الحمائية المنصـــوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، خاصـــة مقتضـــيات الفقرة الثانية من الفصـــل 243 التي جاء فيها على أنه "...ومع ذلك، يســـوغ للقضـــاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع اســـتعمال هذه الســـلطة في نطاق ضـــيق، أن يمنحوه آجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشـــياء على حالها".

لكن التطبيق السـليم لهذا الفصـل لا يرفع صـفة المطل على المكتري ولو تمّ تمديد أجل الأداء، وفرضـــاً لو قبلت المحكمة طلب المكتري (المدين) بوقف إجراءات المُطالبة ومنحه أجلاً إضـــافي للأداء في ظل فترة الطوارئ بسـبب انتشـار فيروس كورونا، والتي نتج عنها توقفه عن الشـغل فإنه بعد انتهاء الأجل الممنوح له سـيسـتمر المكري في طلب الإفراغ لا محالة بل والمطالبة بالتعويض

ومَن عليه الدَّيْنُ إما مُوسِرُ *** فَمَطْلِ ظُلْمٌ ولا يُؤَخَّرُ
أوْ مُعْسِرٌ قَضاؤُهُ إضْرارُ *** فَينْبَغِي في شَأنِهِ الإنْظَارُ
أوْ مُعْدِمٌ وَقَدْ أَبَانَ مَعْذِرَه *** فواجِبٌ إنظارُهُ لميْسِرَه
- محمد بن عاصـــم الأندلســـي الغرناطي: تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق عبد الســـلام محمد، دار الآفاق العربية، الطبعة الأولى 2011، ص 100.

[167]- عبد القادر العرعاري: المرجع السابق، ص 232.

عن إخلال المكتري بالتزامه التعاقدي، وهذا حقه قانونا وليس هناك ما يمنعه من ذلك، وهنا يتضح أن حتى مقتضيات الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود لا تقدر على درء ما يمكن أن يُسَفِرَ عنه الوضع الحالي في حالة عدم أداء المكتري للوجيبة الكرائية.

ويُطرح التساؤل كذلك، هل يمكن للمكتري إعمال قواعد قانون الالتزامات والعقود للدفع بوجود فيروس كورونا كقوة قاهرةاستحال معها تنفيذ التزاماته تجاه المكري نتيجة فرض حالة الطوارئ الصحية؟ لمعرفة ما إذا كان يمكنه ذلك أم لا، يجب استحضار مفهوم القوة القاهرة المحدد في الفصل 269[168] من قانون الالتزامات والعقود، والذي يستوجب أن يكون الحادث الذي يشكل قوة قاهرة غير متوقع وليس هناك قدرة على دفعه بالإضافة إلى انعدام خطأ المدين(المكتري) وأنّ الحادث كان سببا في أنّ تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلا[169]، وبإسقاط هذه الشروط على حالة المكتري الذي لم يقدر على أداء الوجيبة الكرائية في ظل فترة الطوارئ الصحية ونتيجة توقفه عن العمل، نقول -من وجهة نظرنا- ومن حيث المبدأ أنه لا يمكنه الاستنجاد بالقوة القاهرة نظرا لأن فروس كورونا لم يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، بل فقط عطّل تنفيذه في حينه وأخّرَهُ إلى حين انتهاء حالة الطوارئ الصحية التي فرضها انتشار فيروس كورونا ومن تمّ أرهقت ذمة المكتري، وعليه فلا يمكنه الاستناد على نظرية القوة القاهرة لنفي تماطله[170].

النقطة الثالثة: اعتماد القضاء المغربي على قواعد الإنصاف والعدالة واقتراح حلول ترقيعية في من طرف الجهاز التشريعي

في ظل الفراغ الذي تعاني منه نصوص القانون 12.67 المتعلق بالكراء السكني ونصوص قانون الالتزامات والعقود، فقد استند القضاء المغربي في ظل هذه الظرفية على قواعد الإنصاف والعدالة التي تهم حفظ الصّحة العامة.

إن نجد أن رئيس المحكمة الابتدائية بالخميسات قد منح بتاريخ 16 مارس 2020لمكترية مهلة استرحامية في تأجيل الحكم عليها بالإفراغ، بعدم تقدمت إليه بطلبٍ من أجل عدم إفراغها في الوقت

---

[168]- الذي ينص على أنه: "القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا. ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه. وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين".

[169]- وفي ضمن هذا الإطار جاء في قرارلمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 17 فبراير 2010 أن: "وقوع حادث في كمبيوتر البنك، والذي كان سببا في تأخير تحويل مبلغ الكراء، يعتبر بمثابة حادث خارج عن إرادة المكتري ولا يمكن له السيطرة عليه ولا يمكن التنبؤ به، وأن ما اعتبرته محكمة الاستئناف سببا يبرر القوة القاهرة وقامت برفض طلب الإفراغ ومن تم لا يبرر الإخلاء، يكون ذي أساس".
-Cour de cassation, chambrecivile 3, Audience publique du mercredi 17 février 2010 N° de pourvoi: 08-20943, publié sue le site suivant : www.legifrance.gouv.fr .

[170]- انظر ما قيل في النقطة الرابعة بخصوص الإصلاح المرتقب للكراء السكني وقانون الالتزامات والعقود.

الراهن -أي في ظل حالة الطوارئ التي يفرضـــها انتشـــار فيروس كورونا-، وقد جاء في الأمر الصـادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالخميسـات ما يلي: "...وحيث إنه أمام الوضـعية الاسـتثنائية التي تمر بها المملكة المغربية والمتمثلة في انتشار وباء كورونا المستجد وما يمكن أن ينتج عنه من مســـاس بالوضـــعية الصـــحية للمواطنين، خاصـــة أمام قرار الدولة المتمثل في التزام المواطنين بمساكنهم وعدم الاختلاط، فإن إفراغ المنفذ عليها من مسكنها هي وأبنائها الصغار في الوقت الراهن من شأنه الإضرار والمساس بالصحة العامة، مما يكون معهُ الطلب وجيها ومبررا ويتعين الاستجابة إليه وذلك بمنحها أجلاً مناسـبا لكلا الطرفين، وعملاً بمقتضـيات الفصـل 148 من قانون المسـطرة المدنية وتطبيقا للفصـــل 440 من قانون المســـطرة المدنية، لأجله نمنح الطالبة أجل شـــهر مهلة استرحامية، على أن تستأنف عملية التنفيذ - أي الإفراغ- مباشرة بعد انتهاء الأجل"[171].

ويلاحظ على هذا الأمر الصـــادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالخميســـات، أنه أجّل تنفيذ الإفراغ لمدة شـهر فقط، وهذا ليس في مصـلحة المكترية إطلاقا لأنه أولا لا ينفي صـفة المطل على المكترية ولو في ظل هذه الظروف الاســتثنائية، وثانيا أن الإفراغ ثبت في حقها لعدم أدائها للوجيبة الكرائية في هذه الفترة، وإنما تمّ تأجيله فقط، لكن هل هذا تأجيل يغير من حقيقة ضـــعف البنية التشـــريعية المنظمة للكراء الســـكني، بطبيعة الحال لا، ولبيان ذلك نقول، أن الأمر صـــدر بتاريخ 2020/03/16 ومنح بموجبه رئيس المحكمة مدة شهر لتنفيذ الإفراغ، وبإضافة شهر يُحتسب من تاريخ صـــدور الأمر فإن تنفيذ الإفراغ ســيكون بتاريخ 2020/04/17، ومعلوم أنه في حدود هذا التاريخ الأخير لازالت حالة الطوارئ الصحية مفروضة وفيروس كورونا لازال في الانتشار -إلى حدود ســـاعة كتابة هذا المقال- ، حيث يتضـــح أن الأمر الصـــادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالخميسـات بالرغم من أنه منح المكترية مدة شـهر لتأجيل الإفراغ، إلاّ أنه ما حاول تجنبهُ وقع فيه، وأن منحه لمدة شهر كتمديد لتنفيذ الإفراغ لا يحل مشكل توقف المكترية عن الأداء في فترة انتشار الوباء، لأن التماطل ثابتٌ في حقها والإفراغ هو مآلها، وهذا ما ينتظرها بعد انتهاء مدة الشـــهر الممنوحة له، ومن تم فما اســتند عليه رئيس المحكمة لمنح مدة شــهر للمكترية بقوله "خاصــة أمام قرار الدولة المتمثل في التزام المواطنين بمســـاكنهم وعدم الاختلاط، فإن إفراغ المنفذ عليها من مسـكنها هي وأبنائها الصـغار في الوقت الراهن من شـأنه الإضـرار والمسـاس بالصـحة العامة"،

[171]- الأمر رقم 318، في ملف عـدد 20/1109/318، بتـاريخ 2020/03/16، منشـــور على الموقع الإلكتروني -www.legal agenda.com، تمّ الإطلاع عليه بتاريخ 2020/05/12 على الساعة 22:25.

سيفرغ من محتواه ويتم إفراغ المكترية وتسريحها منى مسكنها ومن تم تعريض نفسها وأبنائها لخطر انتشار فيروس كورونا.

وهذا لا يعني أننا نعيب على رئيس المحكمة أو قضاء الموضوع بخصوص هذه الحالة، بل نعيبُ على الجهاز التشريعي الذي لم يوفر لهم الأرضية القانونية السليمة والمناسبة للحفاظ على المراكز القانونية في مثل هذه الأوضاع الاستثنائية، ونظرا لأن السلطة التشريعية هي المخول لها كأصل مهمة إصدار القوانين فيما يخص نظام الالتزامات المدنية طبقا لنص الفصلين 70[172] و71[173] من الدستور.

ونظرا لوعيها -أي السلطة التشريعية- بضعف البنية القانونية التي تعتري القانون 12.67 المتعلق بالكراء السكني والمهني وكذلك قانون الالتزامات والعقود وقصورها على توفير الحماية المرجوة للمكتري، فقد بادر الفريق الاشتراكي بتاريخ 08 أبريل 2020[174] إلى وضع مقترح قانون أمام مجلس النواب لتعديل القانون 12.67 من أجل مسايرة وضعية مكتري المحلات المعدة للسكنى في ظل الفترة الطوارئ الصحية التي فرضت بسبب انتشار فيروس كورونا، ويرمي هذا المقترح إلى حماية المكترين من التعرض للإفراغ من محلات سكناهم في حالة عدم قدرتهم على أداء الوجيبة الكرائية، وذلك بإضافة المادة 30 مُكرر في الباب الرابع المتعلق استيفاء الوجيبة الكرائية والتكاليف التابعة لها من القانون 12.67، وجاءت صيغة المادة 30 مكرر كما يلي "استثناء من أي مقتضيات مخالفة، تعد المبالغ الكرائية العالقة بذمة المكتري عن الفترة المتعلقة بحالة الطوارئ الصحية دينا عاديا يُستوفى بالمساطر القانونية المعمول بها دون اعتبار ذلك تماطلاً موجباً للإفراغ دون تعويض".

---

[172]- والذي ينص على أنه: " يمارس البرلمان السلطة التشريعية.يصوت البرلمان على القوانين، ويراقب عمل الحكومة، ويقيم السياسات العمومية.للقانون أن يأذن للحكومة أن تتخذ في ظرف من الزمن محدود، ولغاية معينة، بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها،ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها. غير أنه يجب عرضها على البرلمان بقصد المصادقة، عند انتهاء الأجل الذي حدده قانون الإذن بإصدارها، ويبطل قانون الإذن إذا ما وقع حل مجلسي البرلمان أو أحدهما".

[173]- وجاء فيه على أن: " يختص القانون، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية:... - نظام الالتزامات المدنية والتجارية، وقانون الشركات والتعاونيات؛..."

[174]- وقد تقدّم نفس الفريق في نفس التاريخ بمقترح لتعديل القانون 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصّصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، وذلك بإضافة فقرة ثانية للمادة 8 والتي جاءت صيغتها على الشكل التالي: " استثناءً من مقتضيات الفقرة الأولى أعلاه، تعد المبالغ الكرائية العالقة بذمة المكتري عن الفترة المتعلقة بحالة الطوارئ الصحية المنصوص عليها بمرسوم قانون عدد 2.20.293 بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا- كوفيد19، ديناً عادياً يُستوفى بالمساطر القانونية المعمول بها دون اعتبار ذلك تماطلاً موجباً للإفراغ دون تعويض".
للإطلاع على هذا المقترح الخاص بتعديل القانون 49.16 والمقترح الخاص بتعديل القانون 12.67، انظر(ي) الموقع الإلكتروني لمجلس النواب: www.chambredesrepresentants.ma

وتلاهُ بعد ذلك فريق العدالة والتنمية بوضـــع مقترح قانون بمجلس النواب بتاريخ الإثنين 27 أبريل 2020[175]،والذي يرمي إلى وضع مقتضيات قانونية مستقلة لمسايرة هذه الظرفية الاستثنائية التي تعيشها البلاد،وقد جاء في المذكرة التقديمية لهذا المقترح أنه "بالنظر الى التداعيات الاقتصادية الوخيمة لفيروس كوفيد19 على جميع الأسر المغربية، وبالنظر الى ما خلّفه هذا الوضع الاستثنائي من صـــعوبات في وفاء المكترين للمحلات المهنية و الســكنية و التجارية و الصــناعية و الحرفية بالوجيبة الكرائية للمحلات التي يعتمرونها على وجه الكراء. ونظرا لما نتج عن إعلان حالة الطوارئ في مجموع أذحاء تراب المملكة، من إلزام كافة المواطنين بعدم مغادرة منازلهم إلا للضرورة القصوى، وبإذن كتابي من السلطات المعنية، فضلا عن إلزام أرباب المقاهي و المطاعم والتجار بإغلاق محلاتهم وعدم ممارسة أي نشاط فيها طيلة فترة الطوارئ الصحية، مما أدى إلى توقف العديد من الأشخاص عن ممارسة أي نشاط أو عمل أو تجارة، إلا ما استثني صراحة، مما أصبح معه غالبية التجار وأرباب الحرف المشمولين بالمنع المؤقت من ممارسة أنشطتهم التي هي مورد معيشتهم ومعيشة أسرهم في وضعيات اقتصادية جد حرجة، سيما وأن المعنيين بالأمر أضحوا ممن وعين حتى من التنقل إلى أمكنة أخرى لالتماس موارد بديلة للاسترزاق .وبالنظر إلى أن تلك الأوضاع يمكن أن يتم اغتنامها من قبل المكري و اتخاذها فرصة لإفراغ المكتري مما يؤدي بهم -لا محالة -إلى فقدان مساكنهم...".

وقد نصّ هذا المقترح الذي تقدّم به فريق العدالة والتنمية على أربع موادٍ وهي كالتالي:

المادة الأولى:

استثناء من مقتضيات: القانون رقم 12.67 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري و المكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني...، و استثناء من أي مقتضيات مخالفة ، لا يترتب عن تخلف المكتري الذي تأثر دخله بســـبب جائحة كوفيد19 أداء الوجيبة الكرائية تماطلا طيلة مدة فترة الطوارئ الصحية المحددة بموجب المرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر بتاريخ 28 رجب 1441 (23 مارس 2020) بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية و إجراءات الإعلان عنها.

المادة الثانية:

[175]- ويرتبط هذا المقترح كذلكبالقانون 49.16 المتعلق بالكراء التجاري وتعديل قانون الالتزامات والعقود، وللإطلاع على هذا المقترح، انظر(ي) الموقع الإلكتروني لمجلس النواب: www.chambredesrepresentants.ma

تعد الوجيبة الكرائية المنصـــوص عليها بالمادة الأولى من هذا المقترح قانون دينا عاديا، عن المدة المقرر فيها تطبيق حالة الطوارئ الصحية، ولغاية مرور 60 يوما من تاريخ رفعها بمقتضى مرسوم تحديد مدة سريان حالة الطوارئ الصحية. يحق للمكري المطالبة باستيفائه بعد انتهاء فترة حالة الطوارئ الصحية. لا يترتب عن عدم أدائها عن المدة المذكورة فسخ عقود الكراء، ولا تستحق عنها فوائد و لا تعويضات عن التأخير في الأداء.

المادة الثالثة:

يقدم طلب استيفاء الوجيبة الكرائية من طرف المكري بموجب طلب معفى من جميع الرسوم و المصـاريف القضـائية، أمام السـيد رئيس المحكمة المختصـة. لرئيس المحكمة أن يمنح المدين، بناء على طلبه، مهلة للأداء لا تتعدى 90 يوما ،حسب ظروف كل نازلة و حسب وضعية المدين.

المادة الرابعة:

يسري هذا القانون على دعاوى المطالبة بالديون الكرائية المتعلقة بمدة سريان حالة الطوارئ، ولو لم تتم المطالبة بها إلا بعد رفع الحالة المذكورة.

وإذ ننوه بهذه المبادرة التشريعية، إلا أنّنا نَصفها "بالمبادرة التشريعية الترقيعية"، وذلك لسببين:

- السـبب الأول: أن صـياغة المادة 30 مكرر التي أتى بها مقترح الفريق الاشـتراكي ومواد مقترح القانون التي صـاغها فريق العدالة والتنمية، لم تأخذ بعين الاعتبار تحقيق التوازن والمسـاواة بين كل من المكري والمكتري لأنها الشـريحة المخاطبة بأحكام القانون 12.67، بل ركزّت على جانبي المكتري دون المكري، بالرغم من أن المذكرة التقديمية لمقترح القانون الذي تقدّم به فريق العدالة والتنمية جاء فيه على أنه " فإننا نرى نحن فريق العدالة و التنمية بضرورة سن قانون يعدل بموجبه القوانين المشـار إليها أعلاه، وذلك كله بغية عدم ترتيب واقعة المطل على عدم الأداء طيلة فترة الحجر الصـحي، مع الأخذ بعين الاعتبار الوضـعية المادية للمكري، والذي تشـكل الوجيبة الكرائية التي يستخلصها مصدر عيشه في غالب الأحوال، ضمانا لمبدأ التوازن بين طرفي العقد"، ولكن في صـياغة المواد لم نلاحظ ولا مادة واحدة تتحدث عن المكري ووضـعيته، كأن من اقترح صياغة المواد المُشار إليها أعلاه، اعتبر أن المكري دائماً هو ذلك الشّخص الميسور الذي لا يحتاج وفي غنى عن مبلغ وجيبة الكرائية وهذه الفرضية غير صحيحة، لأن المكري في كثير من الحالات يكون مصـدر قوتهِ ودخلهُ يقوم على مبلغ الكراء المقدم له من طرف المكتري، وحسـب صـياغة المواد لا في مقترح الفريق الاشـتراكي أو مقترح فريق العدالة والتنمية، فإن المكري الذي يعتمد دخله وعيشـه على مبلغ الكراء فقط، سـيتضـرر لا محالة والضـرر سـيضـاعف إن امتدت حالة

الطوارئ لعدة أشـــهر مقبلة، بالرغم من أن مقترح الفريق الاشـــتراكي منح للمكري في ظل فترة الطوارئ الصحية إمكانية المطالبة بمبلغ الوجيبة الكرائية طبقا للمساطر القانونية دون اعتبار التأخر أو عدم الأداء تماطلاً، عكس مقترح فريق العدالة والتنمية الذي كان مقترحه مُجحِفًا في حق المكري ولم يمنحه حق المطالبة بمبلغ الكراء إلاّ بعد انتهاء حالة الطوارئ الصحية، وهذا يضرب في عمقه لمبدأ الموازنة بين الحقوق والوجبات التي يحرص القانون على ضـــبطها وتنظيمها، لذلك كان من اللاّزم أن يتم وضـــع صـــياغةٍ تهم جانب المكري والمكتري معاً، وذلك درءاً لكل مفســـدة وجلب مصلحة لا درء مفسدة وجلب مفسدةٍ أخرى مكانها.

- السـبب الثاني:يترتب بالإطلاق التي تتّسـمُ بهِ صـياغة المواد المضـمنة في كلا مقترحين، من حيث أنها جاءت عامة بالذسبة لجميع المكترين دون تقييد وهذا في نظرنا أمرٌ غير سليم، لأن هناك فئة عريضة من المكترين الذين لم يتضرروا من حالة الطوارئ الصحية المفروضة بسبب انتشار فيروس كورونا، مثلاً كفئة الموظفين في الإدارات العمومية والمســـتخدمين في المؤســـســـات العمومية... إلخ، حيث أن هؤلاء لم تنقطع أجرتهم الشـهرية في هذه الفترة الاسـتثنائية، لذلك كان من بابٍ أَوْلَى أن يتم تقييد الاستفادة من المقتضيات المضمنة في المقترحتين بضرورة إثبات الضرر الذي تعرّض له المكتري جراء فرض حالة الطوارئ الصـحية، من قبيل إثبات توقفه عن العمل أو إغلاق محله التجاري أو عدم قدرته على العمل في ظل الفترة الحالية.

النقطة الرابعة: مقترحات ترتبط بالإصـــلاح المرتقب لقانون الكراء الســـكنيأوالمهني وقانون الالتزامات والعقود بخصوص إفراغ المكتري خلال فترة الطوارئ الصحية

بعدما وضّـــحنا أعلاه، أن قواعد القانون 12.67 وقانون الالتزامات والعقود لا يمكنها أن توفر الحماية المرجوة للمكتري من شـــبح الإفراغ الذي ينتظره في حالة عدم أداءالوجيبة الكرائية، لذلك نقترحُ بداية وضع قاعدة عامة داخل قانون الالتزامات والعقود تنظم وتؤطر لنا الظروف الاستثنائية غير المتوقعة والتي تعتبر حالة الطوارئ الصحية المفروضة نتيجة انتشار فيروس كورونا صورة من صـورها، لأن قواعد القوة القاهرة المنظمة بمقتضـى الفصـلين 268 و 269 غير كافية لتحقيق التوازن والإنصـــاف بين أطراف العلاقة التعاقدية[176]، وذلك بتنظيم "نظرية الظروف الطارئة"[177]

[176]- أنظر(ي) ما قيل في النقطة الثانية من هذه الدراسة.

[177]- وتجدر الإشارة أنه قد تمّت دراسة الظرف الطارئ في إطار ما يسمى بـــ"نظرية الظروف الطارئة"، ويعرّف الظرف الطارئ بأنه هو: "كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصـــول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بيِّن في المنافع المتولدة عن عقد

كأحد الحلول التي يكن معها تحقيق التوازن وتوفير الحماية المرجوة في الحالة التي يصبح فيها أحد تنفيذ الالتزامات مُرهقا وليس مستحيلاً بالنسبة لأحد أطراف العلاقة التعاقدية، وهو ما يسقطُ على حالة المكتري الذي أرهقت ذمته بسبب توقفه عن الشغل أو انقطع مورد رزقه ومن تمّ أصبح غير قادر على أداء مبلغ الوجيبة الكرائية، إذ يمكنه حسب التشريعات التي نظمت "نظرية الظروف الطارئة"[178] أن يطلب من القاضي أن يعيد التوازن إلى العقد حسب ظروف الحال وأثرها على وضعيته ووضعية المكري، لذلك حان الوقت أن يتم تنظيم هذه النظرية في إطار الإصلاح المرتقب لقانون الالتزامات والعقود والذي يهم الجانب التنظيمي لمؤسسة العقد.

بعدما وضّحنا أعلاه مكامن الخلل والنواقص التي تعتري الصياغة القانونية للمقترح المقدم من طرف الفريق الاشتراكي وفريق العدالة والتنمية[179]، فيستحسن أن يكون اقتراح قانون مناسب لمسايرة هذه الظرفية الاستثنائية، يراعي مصلحة كل من المكري والمكتري، ليس فقط الاقتصار عل هذا الأخير وتغييب الأول، وعليه نقدم صياغة بديلة كمقترحٍقانون وهي كتالي:

"في ظل حالة الطوارئ الصحية واستثناء من أي مقتضيات مخالفة، يلزم المكتري بأداء 25% من مبلغ الوجيبة الكرائية المحددة بين المكري والمكتري، شريطة إثبات المكتري للضرر الذي أصابه نتيجة فرض حالة الطوارئ الصحية، وإثبات المكري لضرورة احتياجه لمبلغ الوجيبة الكرائية وأنها تشكل دخله الأساسي والوحيد.

يعفى المكتري من أداء الوجيبة الكراء طيلة مدة فرض حالة الطوارئ الصحية، إذا ظهر أن المكري ليس في حاجة لمبلغ الوجيبة الكرائية أو أنّها لا تشكل دخله الأساسي والوحيد.

إذا تخلف المكتري عن أداء باقي مبلغ الوجيبة الكرائية والمتمثل في 75% حسب ما هو محدد في الفقرة الأولى، وتخلفه عن أداء كامل مبلغ الوجيبة الكرائية حسب الفقرة الثانية، لا يعتبر معه في حالة تماطل موجبة للإفراغ دون تعويض، وتعد بذلك المبالغ الكرائية العالقة في ذمة المكتري خلال

يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديدًا، يتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في الخسائر، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة وارتفاع سعرها ارتفاعا فاحشا غير مألوف ولا متوقع".
للتعمق أكثر حول هذه النظرية انظر(ي): عبد الرّزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانوني المدني الجديد، الجزء 1، نظرية الالتزام بوجهٍ عامٍ -مصارد الالتزام -، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة 2011، ص 700 ومايليها.
في حين عرف البعض الآخر الظرف الطارئ في العقود بأنه "وقوع حدث أعقب تكوين العقد خارج نطاق سيطرة الأطراف، يؤدي إلى اختلال التوازن في المنافع المتبادلة في عقود الأداء المتتالية أو المؤجلة نتيجة، إلى درجة تجعله أمر التنبؤ به أمراً غير عادي".
Eloïse de Villegas de Clercamp : Evolution de la théorie de l'imprévision au sein des marchés Publics, Universitécatholique de Louvain, Faculté de droit, Annéeacadémique 2014-2015, page 21-22.

[178]- ومن التشريعات التي نظّمت نظرية الظروف الطارئة -على سبيل المثال- نجد المشرع المصري الذي نصّ بشكل صريح في الفصل 147 من القانون المدني المصري على أنه: ""...إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[179]- أنظر(ي) ما قلناه بخصوص هذان المقترحان في النقطة الثالثة من هذه الدراسة.

الفترة المتعلقة بحالة الطوارئ الصـــحية دينا عادياً، ويحق للمكري اســـتيفاؤهابالمســـاطر المحدّدة قانونا".

ختاما، حاولنا في هذه الصـفحات القليلة جمع شـتات بعض الملاحظات و الأفكار في شـكل نقطٍ التي ربما تراود العديد من المهتمين بالشـــأن القانوني، و هم يراقبون حدثًا اسـتثنائيًا فيه الكثير من الإشـكالات القانونية المعقدة، ما يجعلنا معنيين وأمام فرصـة للمسـاهمة في التغيير و لو على نطاق محدود.

وبذلك نخلص إلى القول أنّه في مثل هاته الفترات الا ستثنائية التي تتسم بالا ضطراب وفي ظل ضُـعف المنظومة القانونية -كما تمّ بيان ذلك أعلاه-، يجب اسـتحضـار مبدأ التكافل الاجتماعي الذي من شـأنه أن يسُـدّ الفراغ التشـريعي ويكون بذلك البديل للحفاظ على السـلم الاجتماعي الذي لم يقدر القانون على توفيرهِ للفئات المخاطبة بالقانون، لأنه في الأخير يبقى الوعي المجتمعي هو المِحَك الأساسي والأولفي الحفاظ على المصلحة العامة للمجتمع بعيداً عن النزعة الفردية المتسمة باللاوعي واللامسـؤولية، ومن صـور ذلك أن يحافظ المكري علىالسـلم الاجتماعي بعدم إفراغه للمكتري في ظل انتشار فيروس كورونا لأن الإفراغ قد يسبب في زعزعة منظومة المجتمع وكلما زادت حالات الإفراغ كلما تصدّع واضطرب السلم الاجتماعي، ولما في ذلك أيضا من حفاظ على نفس المكتري وصحّتهِ وهي غاية أسمى من الحصول على مبلغ الوجيبة الكرائية.

صلاحية التشريع في المجال الجنائي على ضوء مرسوم بقانون المتعلق بسن حالة الطوارئ الصحية لمواجهة تفشي فيروس كورونا – كوفيد 19

د. عبد الواحد الدافـي
باحث في العلوم القانونية

مقدمة:

يستند القانون الجنائي "الديمقراطي" على المبادئ الدستورية، ومنها شرعية الجنائية من خلال تحديد أداة التجريم والعقاب، الإجراءات الجارية عليها، نظام السجون، (الفصول 6 و23 و71 من الدستور) حيث يستفاد منه الانفراد المطلق لتشريع في المجال الجنائي، وهو ما يستدعي تطوير التدخل التشريعي في المسائل الجنائية، وعدم إعطاء مكان للائحة ولو في حدود يسيرة، من خلال سن نصوص جنائية لحماية الحقوق والحريات والمقومات الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، مع الحرص على إحداث التوازن بين مختلف القيم بحيث تتسع السلطة التقديرية للمشرع التي تحكمها اعتبارات السياسة الجنائية المتبناة من طرف المشرع، ومراعاة ضابطي الضرورة والتناسب كأساس تجريم كل حالة على حدة وذلك في نطاق الحماية الدستورية القائمة على التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة.

وفي هذا الإطار يتعين على السلطة التشريعية استحضار غاية أساسية من العملية التشريعية في المجال الجنائي تتمثل في رسم دائرتين، أولى محظور دخولها، والثانية محظور خروجها على المخاطبين بها، وعلى هذا الأساس يمنح الدستور صلاحية الإستئثار بوضع القواعد المتعلقة بالتجريم و العقاب للسلطة التشريعية، بما لا يغل دور السلطة التنفيذية في تنفيذ القوانين، فكل منهما يملك سلطة سن القواعد القانونية الأولى في صورة التشريع والثانية في صورة اللوائح، إلا أن توزيع الاختصاص لا يتم بين السلطتين في مجال القواعد القانونية إلا في إطار مبدأ الشرعية، ووفقا لهذا المبدأ يخضع الجميع للدستور، ومن هنا كان تدرج القواعد القانونية سمة من سمات الشرعية، فالسلطة التشريعية تلتزم باحترام القواعد الدستورية وما يتطلبه من التزام بالحقوق والحريات فيما تقرره من تشريعات.

هذا وتعني الصلاحية التشريعية في المادة الجنائية، انفراد المشرع وحده بمعالجة المسائل التي تدخل في المجال الجنائي، ويعني هذا المبدأ أن السلطة التنفيذية لا تملك من خلال اللوائح معالجة المسائل التي تدخل في اختصاص المشرع وحده، ومن ناحية أخرى لا يعني هذا المبدأ أن المشرع لا يملك فرصة الإفلات من مسؤوليته في معالجة هذه المسائل وتوفير الضمانات لممارسة الحقوق والحريات (المحور الأول)، وذلك من خلال استيفاء نصوص التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية لخصائص معينة (المحور الثالث) على أن ذلك المبدأ لا يعني غياب أي دور للسلطة التنفيذية من خلال ما يسمى بالتشريع الحكومي والذي يمكن أن يكون بمراسيم الضرورة، أو بمراسيم التفويض، التي تكون سارية النفاذ وتستمد أثر القانون بمجرد المصادقة عليها (المحور الثاني).

ومن المعلوم به أن البشرية تعيش حاليا أزمة مفاجئة من نوع خاص، متمثلة في تفشي فيروس كورونا – كوفيد 19، الأمر الذي طرح معه العديد من الإشكاليات والتساؤلات بخصوص المواجهة القانونية المناسبة لمعالجة الظاهرة ومنها الجانب الزجري، وهو ما دفع بالحكومة المغربية استنادا للمرجعية الدستورية النافذة، إصدار مجموعة من المراسيم بقانون، منها مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، والمتضمن لمجموعة صور التجريم والعقوبات الجارية عليها للتصدي لمجموعة من الأفعال الماسة بسياسة الدولة في مكافحة تفشي فيروس كورونا كوفيد 19 –.

وعلى هذا الأساس سنعمل على مقاربة السياسة الجنائية المعتمدة في تدبير حالة الطوارئ الصحية في جانبها الزجري، ومدى احترامها لمعايير جودة التشريع الجنائي؟.

المحور الأول: القانون هو الأداة الشرعية في المجال الجنائي كمبدأ دستوري

إن مبدأ شرعية الجنائية كأحد أبرز مفاهيم القانون الحديث، وأحد أكبر أسسها والذي يشير بشكل عام إلى مفهوم سيادة القانون، وهو المبدأ الذي يجب أن يستند إليه نشاط الدولة في القانون (أولا)، وقد اتخذ الفقه من السند الدستوري أساس هذا المبدأ والذي تمتد جذوره إلى متطلبات سيادة القانون والديمقراطية (ثانيا)، ويعتمد هذا المبدأ على السلطة التشريعية تبعا للمرجعية الدستورية والتي تنص على الحالة العادية للتشريع (ثالثا)، أو غير العادية في بعض الأحوال (رابعا).

أولا: الخضوع لمبدأ الشرعية الجنائية

يعتبر مبدأ الشـــرعية الجنائية [180] حيث تتمثل فيه فلسـفته والتعبير عن اتجاهه وروحه ومن ثم تتصـل بالحريات العامة والحقوق الفردية التي يحرص الدسـتور على صـيانتها وتقريرها ومن هنا صار للقانون الجنائي نصيبا كبيرا من النصوص الواردة في الوثيقة الدستورية.

وتتبلور أولى الضـــمانات الدســـتورية في القانون الجنائي في الاعتراف العام والمطلق بمبدأ الشـــرعية، والذي يقضـــي بعدم إمكان المعاقبة على فعل لم يجرمه القانون تحقيقا لمبدأ الإنذار قبل العقاب، كأهم المبادئ المسلم بها دستوريا (لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون) وتعرف هذه القاعدة في فقه القانون الجنائي "بمبدأ الشـــرعية" أو "مبدأ قانونية الجريمة والعقاب"، ويشـــكل مبدأ شـــرعية الجرائم والعقوبات[181] أحد مبادئ القانون الجنائي الضـامنة للحريات العامة وحقوق الإنسـان فمن لم

---

[180] عبد الحفيظ بلقاضـي: القانون الجنائي الخاص، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2002، ص 1 غير أنه إذا كان القسم العام يتسم بالتجريد والشـمولية، وتطبق على كل الجرائم، يصـح هذا الرأي الفقهي في جانب النظرية الكلاسـيكية، فإن الفروع الجديدة للقانون الجنائي ومنها نظرية القانون الجنائي للأعمال عرفت نوعا من " التمرد" على المبادئ الكلاسـيكية، وعلى رأسـها مبدأ الشـرعية بمفهومه الكلاسـيكي، وتحديد المسـؤولية، ولا سـيما في خصـوصـية الركن المعنوي ،بالإضـافة إلى العقوبة، وهو ما يلقي بظلاله على الاجتهاد القضـائي الدستوري، الذي ساير خصوصيات مادة القانون الجنائي للأعمال، بل أكثر من ذلك اهتزاز المبادئ الدستورية في ظل تزايد خصوصيات الفروع الحديثة للمادة الجنائية، أنظر على سبيل المثال: أنور محمد صدقي المساعدة: المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، دار الثقافة للنشـــر والتوزيع، عمان، 2007، ط 1، ص 19-20 - 129 – 165- 199-323، ملحم مارون كرم: الجريمة الاقتصـــادية في القانون اللبناني "دراسـة قانونية تحليلية"، منشـورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 139-257، سـمير عالية: المدخل لدراسـة جرائم الأعمال المالية والتجارية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ط 1، ص 12-33-50-69 وفي إطار القانون الجنائي للأعمال بالمغرب، وفي إطار قسمه الخاص يمكن استنتاج خصـوصـية هذا القانون من خلال مدونة الجمارك وفق ظهير 5 يونيو 2000، في إطار خصائص الجريمة الجمركية كجريمة اقتصادية، والخصائص المميزة للجرائم الاقتصادية، وما تتميز به من مرونة وعدم التحديد، نموذج المحاولة في إطار ف 206 من مدونة الجمارك، ومفهوم المشـاركة في إطار ف 221 من نفس المدونة، ومقارنتها مع مقتضـيات الفصـل 114 و 129 من مجموعة القانون الجنائي كشـريعة عامة للقانون الجنائي المغربي. انظر على سـبيل المثال: نور الدين الشـــرقاوي الغزواني: مدونة الجمارك وفق آخر تعديل "الطبيعة الجنائية والجمركية لمدونة الجمارك"، مكتبة دار السلام، الرباط، 2003، من ص 1- إلى ص 37

[181] المبدأ هو نتاج تطور تاريخي طويل يمثل في احد أوجه صـــورة الصـــراع بين الشـــعوب والســـلطات الحاكمة لنيل الحرية ومقاومة الاستبداد. ولم يكن المبدأ مضـمون التطبيق ولم يترسخ إلا بعد نشـوء وتطور فكرة الفصـل بين السـلطات، وان أشـارت إلى المبدأ بعض المواثيق التي فرضـــت على الملوك بالقوة مثل ميثاق هنري الأول (1100م) والعهد الأعظم في انكلترا(1215م) ومما جاء فيه (لن يسـلب أي رجل حر أملاكه أو يسـجن على يد رجال آخرين مسـاوين له إلا إذا خضـع لمحكمة عادلة أو لن نبيع العدالة لأحد ولن ننكرها على أحد، ولن نؤخرها عن أحد)، فقد كان الملوك يضـعون القوانين الصـارمة ولكنهم سـرعان ما يتخلون عنها في اللحظة التي تتعارض مع مصـالحهم ، ففي عصـور الملكية المطلقة كانت رغبات الملك وأوامره بمثابة قانون غير ملزم له ، وفي القرون الوسطى كان للقضـاة سلطة التجريم والعقاب بصورة تحكمية ودون نص من القانون.

أن الظلم المتولد عن الأحكام التعسفية والجائرة هز ضمير الفلاسفة والمفكرين والأدباء فاشتدت الدعوات تدريجياً إلى تحكيم مبادئ العدل والأنصـــاف. وفي العصـــور الحديثة تبنى كبار الفلاســفة والمفكرين مبدأ قانونية الجريمة والعقوبة، مثل روســو ومونتســكيو وفولتير وتلامذتهم الذين أسسوا العلوم الجنائية وأقاموها علـى فكرة العدل والحق، ويقف علـى رأس هؤلاء الايطالي بيكاريا.

فقد ذهب بيكاريا إلى أن القوانين هـي وحدهـا الـتـي تستطيع أن تضع العقوبـات، الـمطبقة علـى الجرائم.

وتنسب صياغة القاعدة القانونـيـة، بشكلها الحديث إلى الألماني فيرباخ الـذي عاش فـي القرن الثامن عشر.

ومنذ أواخر القرن الثامن عشر أصبح المبدأ مبدأً دستوريا حين تبنته الولايات الـمتحدة الأمريكية فـي دستورهـا عـام 1774، وتبعتهـا فرنسا بعد ثورتهـــا عـــام 1789. كما أضحى المبدأ من الحقوق المنصوص عليها في الوثيقة الدولية لحقوق الانسان ممثلة في الإعلان العالمي لحقوق الانسـان لسـنة 1948 الصـادر عن هيئة الأمم المتحدة في المادة 11 / 2 منه كما ونصـت عليه لاحقاً العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية، فضلاً عن اغلب دساتير دول العالم.

إن فلسفة مبدأ قانونية الجريمة والعقاب تتمحور حول فكرة أساسية مفادها الموازنة بين المصلحة العامة والحريات العامة وتهدف في آن واحد إلى حماية المصلحة العامة وحماية الحريات الفردية.

انظر على سـبيل المثال جعفر علوي: مدخل لدراسـة القانون الجنائي العام المغربي، ج. 1، مطبعة المعارف الجامعية، فاس، 2005، 52-53، شيزاري بكاريا، ترجمة يعقوب محمد رحباني: الجرائم والعقوبات، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1985، ص 29- 91

يأت فعلا يجرمه القانون فهو في مأمن من المسؤولية الجنائية، وليس في وسع السلطات العامة أن تحاســـبه من أجل ما ارتكبه من أفعال، وإذا كان المبدأ على هذا النحو يحمي غير المجرمين فهو يضـع كذلك ضـمانا للمجرمين إذ يدرأ عنهم احتمال توقيع عقوبة أشـد مما كان مقررا وقت ارتكاب الفعل، ويترتب على هذا المبدأ عدة آثار، هي احتكار المشـرع لسـلطة التجريم والعقاب وأن الأصـل في الأفعال الإباحة، وعدم جواز تطبيق النصـــوص الجنائية بأثر رجعي، إذ لا يســـوغ أن تســـري النصـــوص الجنائية إلا على الأفعال اللاحقة على العمل بالقانون المقرر لها ونفاذه، وعلة هذا المبدأ مستمدة من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حيث لا يتصور التسليم بأحدهما وإنكار الأخر.

يعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الحلقة الأولى للشرعية الجنائية، ويعد بمثابة الركيزة التي تؤســـس عليها القاعدة الجنائية المعاصـــرة[182]، ومن أهم تمظهرات العلاقة بين الدســـتور والقانون الجنائي، ونظرا لما ينطوي عليه من أهمية فقد سجله الدستور حتى يتقيد به المشرع والقاضي، كما يتصل على نحو دقيق بتحديد من تؤول إليه سلطة خلق القاعدة الجنائية الموضوعية المقررة للأفعال والإمتناعات المحظورة والأجزية واجبة التطبيق حال انتهاك الحظر، ولقد صـــار دســـتور القانون الجنائي في هذا الشأن أن يوكل أمر خلق القاعدة الجنائية الموضوعية، بشقيها التجريم والعقاب، إلى الشارع أو من يفوضه في ذلك، بحيث يقع على القاضي من بعد مهمة تطبيقها[183]، وعلى هذا يتحدد مضـــمون مبدأ شـــرعية الجرائم والعقوبات في أن الفعل لا يكون مكونا لجريمة إلا إذا نص عليه قانون ســـابق على ارتكابه، ولا يوقع بشـــأن هذا الفعل جزاء جنائي إلا إذا حدد نوع هذا الأخير ومقداره قانون من قبل توقيعه، وهو ما يعبر عنه اختصـــاراً بالقول اللاتيني الشـــهير بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص -Nullum crimen, nulla poena sine lege" وتحديد مبدأ الشـــرعية بهذا المضمون يضمن في آن واحد تحقيق مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة.

---

[182] عبد الأحد جمال الدين: "في الشرعية الجنائية"، م.س، ص 59

[183] دستور القانون الجنائي في هذا الشأن أن يوكل أمر خلق القاعدة الجنائية الموضوعية، بشقيها التجريم والعقاب، إلى الشارع أو من يفوضه في ذلك، بحيث يقع على القاضي من بعد مهمة تطبيقها، وعلى هذا يتحدد مضمون مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في أن الفعل لا يكون مكونا لجريمة إلا إذا نص عليه قانون سابق على ارتكابه، ولا يوقع بشأن هذا الفعل جزاء جنائي إلا إذا حدد نوع هذا الأخير ومقداره قانون من قبل توقيعه. وهو ما يعبر عنه اختصاراً بالقول اللاتيني الشهير الذي أطلقه الفقيه الألماني أنسلم فويرباخ Anselme Feuerbach (1775– 1833) بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" "Nullum crimen, nulla poena sine lege" وتحديد مبدأ الشرعية بهذا المضمون يضمن في آن واحد تحقيق مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، فأما عن مصلحة الفرد، فلا شك أن التزام مبدأ الشرعية يضع للأفراد الحدود الواضحة للتجريم والجزاء، الحدود الفاصلة بين المشروع وغير المشروع من الأفعال، فيستشعر الفرد معنى العدالة، إذ يضمن الأخير ألا يعاقب عن سلوك لم يرد بشأنه نص تجريم سابق، بل أن الفرد ولو كان مجرما يجد مصلحته في مبدأ الشرعية، إذ يدرأ عنه احتمال توقيع عقوبة أشد مما هو مقرر للفعل وقت ارتكابه، ويستبين من ذلك أن مبدأ الشرعية يتوافق على المستوى الفردي مع الأساس الأخلاقي للمسئولية الجنائية الذي هو عصب تلك المسئولية رغم محاولات الفكر الجنائي الوضعي النيل منه.

فأما عن مصلحة الفرد، فلا شك أن التزام مبدأ الشرعية يضع للأفراد الحدود الواضحة للتجريم والجزاء، الحدود الفاصلة بين المشروع وغير المشروع من الأفعال، فيستشعر الفرد معنى العدالة، إذ يضمن الأخير ألا يعاقب عن سلوك لم يرد بشأنه نص تجريم سابق، بل أن الفرد ولو كان مجرما يجد مصلحته في مبدأ الشرعية، إذ يدرأ عنه احتمال توقيع عقوبة أشد مما هو مقرر للفعل وقت ارتكابه، ويستبين من ذلك أن مبدأ الشرعية يتوافق على المستوى الفردي مع الأساس الأخلاقي للمسؤولية الجنائية الذي هو عصب تلك المسؤولية رغم محاولات الفكر الجنائي الوضعي النيل منه، فإذا كانت المسؤولية الجنائية ترتكز على توافر ملكتا التمييز والإدراك ثم حرية الاختيار Libre arbitre حتى يمكن القول بتوافر الإذناب Culpabilité في حق الشخص وإخضاعه من ثم للمسؤولية الجنائية، فيجب بالتالي أن تتاح له فرصة الخيار بين طريق الشر وطريق الخير، ولا يمكن أن تترك له تلك الفرصة بحكم المنطق إلا إذا أنذره الشارع مسبقا بالمحظور من الأفعال وما ينتظره من عقاب حال المخالفة، فهنا فقط يتسنى القول بتوافر الإرادة الآثمة، التي هي أحد مقومات الجريمة.[184]

أما على المستوى العام فإن مبدأ الشرعية هو الذي يعطي المقبولية من قبل العامة للجزاء الجنائي، ويعطي لهذا الأخير أساسا قانونيا بحسبانه يوقع في سبيل الصالح العام وبإسم القانون، ومن ناحية أخرى فإن الالتزام بمبدأ الشرعية من شأنه تفعيل الجزاء الجنائي ومنحه قوة ردع كبيرة، فتحديد الجزاء الجنائي ومقداره في نص واضح يجعله مؤكد التطبيق عند ارتكاب السلوك الإجرامي، فتحول الرهبة منه والخشية من توقيعه بين الكثيرين وبين تلمس خطى الإجرام[185]، وهنا يصدق بكاريا حين ذكر أن اليقينية في توقيع العقاب المعتدل هي أكثر ردعا من احتمالية توقيع العقاب الصارم[186]، ويصدق كذلك قول مونتسكيو بأن فاعلية العقوبة تقاس بمقدار الخوف من توقيعها، وهذا الخوف يقاس بدوره بمقدار اليقين في توقيعها لا بمقدار جسامتها[187]، ولا شك أن القانون الجنائي لا يمكن له أن يصل إلى تحقيق وظيفة الردع تلك، فضلا عن دوره التربوي، ما لم

---

[184] عبد الفتاح مصطفى الصيفي: القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، دار النهضة العربية، ص197
Danièle Mayer : "principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal français", Rev.Sc.Crim.Drt.Pén.Comp, N 1, 1987, p 54
أحمد فتحي سرور: الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1977، وخاصة ص 106 وما بعدها، ولذات المؤلف، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، 1992، ص11 وما بعدها، وراجع عبد الأحد جمال الدين: "في الشرعية الجنائية"، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع 2، 16- يوليوز 1974، ص143 وما بعدها.

[185] عبد الفتاح مصطفى الصيفي: القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، ص 175-195، شحاتة أبو زيد شحاتة: مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاته القضائية، بدون دار النشر، 2001، ص 717

[186] تشيزاري بكاريا، ترجمة يعقوب محمد رحباني: الجرائم والعقوبات، م.س، ص 85

[187] أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، 2006، ط 4، ص 33

تكن النصـــوص التي تقرر الجزاء الجنائي واضـــحة لا تتداخل معانيها، وعلى الرغم من أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو مولود إسلامي النسب[188]، إلا أن الشهرة الحقيقية لهذا المبدأ وبمعناه المعروف به حاليا، لم تبدأ إلا مع اندلاع الثورة الفرنســية نهايات عصــر الأنوار Siècle des lumières - القرن الثامن عشر - حين تبناه رجالتها ومنحوه صياغة واضحة ومحددة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 غشت 1789 (المادة 8).

ثانيا: المرجعية الدستورية للاختصاص التشريعي في المجال الجنائي

لقد التزم المغرب جانب التأثر بالتشـريعات الأوروبية، وعلى الأخص التشـريعات الفرنسـية، فكان لابد لهذا المبدأ أن يجد حظه بين مجموعة القانون الجنائي المغربي لســنة 1962 بقوله في الفصل 1 "يحدد التشريع الجنائي أفعال الإنسان التي يعدها جرائم، بسبب ما تحدثه من اضطراب اجتماعي، ويوجب زجر مرتكبيها بعقوبات أو تدابير وقائية"[189]، وأيضـا الفصـل 3 من ق ج م[190]، كما استوعبه القضـاء الجنائي كقرار المجلس الأعلى عدد 536 الصـادر بتاريخ 17 أبريل 1969 القاضـي بنقض حكم قضـى بالمؤاخذة من أجل الإفتضـاض في حد ذاته والذي لا يعد جريمة وإنما يكون ظرف تشديد في مس عرض قاصرة يقل عمرها عن 15 سنة بدون عنف.[191]

ولقد ارتقى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات - منذ إقراره من قبل رجالات الثورة الفرنسية - من رتبة المبدأ القانوني الذي تقره القوانين الجنائية العادية إلى مرتبة المبدأ الدســتوري[192]، وعلى الصــعيد المغربي، فإن المبدأ قد لاقى قيمته الدســتورية منذ أول دســتور للمملكة، وقد وجد المبدأ مستقره في الدستور الحالي لسنة 2011 الذي أورد في فصله 6 مبدأ سيادة القانون، ونص في فصـله 23 أيضـا ما يفيد مبدأ الشـرعية بقوله "لا يجوز إلقاء القبض على أي شـخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون.

قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونان" .[193]

---

[188] عصام عفيفي عبد البصير: مبدأ الشرعية الجنائية "دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 83

[189] ج ر ع 2640 مكرر، م س، ص1253

[190] ينص الفصل 3 من مجموعة القانون الجنائي المغربي " لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقررها القانون" ج ر ع 2640، م س، ص 1254

[191] مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 10، ص 93

[192] فتوح عبد الله الشاذلي: قانون العقوبات "القسم العام"، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ط. 1، ص 132

[193] ظهير شريف رقم 91.11.1 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3602 – 3605

إن حماية المصلحة العامة تتجسد في إسناد وظيفة التشريع إلى المشرع وحده تطبيقا لمبدأ انفراد المشرع بالاختصاص التشريعي في تنظيم الحقوق والحريات العامة لتكون بيد ممثلي الشعب لا بيد رجال السلطة التنفيذية، بينما تتجسد حماية الحريات العامة من خلال تبصير الأفراد بما هو غير مشروع من الأفعال قبل الإقدام عليها بما يضمن لهم الطمأنينة والأمن الشخصي ويحول بذلك دون تحكم القاضي بحرياتهم الشخصية، لذلك نجد الإطار الدستوري يحدد صلاحية السلطة التشريعية في إنشاء النصوص الجنائية ويرتبط هذا الاختصاص بمبدأ فصل السلط، المتشبع بفلسفة عصر الأنوار.[194]

وباعتبار المشرع وفق الآلية الدستورية يحتكر سلطة إنشاء الجرائم والعقوبات وقواعد المسطرة الجنائية بالإضافة إلى التأطير القانوني لمرحلة تنفيذ الجزاء، هذا الإحتكار راجع لاعتبارات تاريخية بإعتبار المشرع هو المعبر عن الإرادة العامة في رسم الحدود بين مجال الإباحة والمنع واستجلاء جوانب الصالح العام وضمان التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة.[195]

ثالثا: الحالة العادية لإصدار القوانين الجنائية

وهكذا في الحالة العادية يصدر القانون من طرف البرلمان، وللقانون le droit في الدستور المغربي مصدران: القوانين lois والقرارات التنظيمية règlements ، الأولى تختص بها السلطة التشريعية والثانية السلطة التنظيمية، ويقضي مبدأ الشرعية بأن تكون قواعد القانون الجنائي من مستوى القانون الصادر عن السلطة التشريعية عملا بمبدأ الشرعية المنصوص عليه في الدستور المغربي.[196]

---

[194] فتوح عبد الله الشادلي: قانون العقوبات "القسم العام"، م.س، ص 139
سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر الإسلامي "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربى، 1973، ط 2، ص 156-157

[195] Mohieddine Amzazi: "Parlement et droit pénal", in. Le parlement et la pratique législative au Maroc, les éditions Toubkal, 1985,1er éd, p 31
أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000 ط 2.، ص 33
Marc Verdussen: contours et enjeux du droit constitutionnel pénal, Bruylant, Bruxelles, 1995, p 61-70.
André Mathiot: "le contrôle de la constitutionnalité des lois pénales et de procédure pénale par la cour suprême des Etats-Unis au XX siécle", Rev.Sc.Crim.Drt.Pén.Comp, N 4, 1985, p 725.
تشيزاري بكاريا، ترجمة يعقوب محمد رحباني: م.س، ص 32-33، روبير شارفان – جان جاك سوبير، ترجمة علي ضوي: حقوق الانسان والحريات الشخصية، منشورات المؤسسة العربية للنشر والإبداع، مطابع إفريقيا الشرق، 1999، ص 56، نفيس صالح المدانات: "قيمة الاعتراف الدستوري بحقوق الإنسان"، حقوق الانسان المجلد 3، دراسات تطبيقية عن العالم العربي، دار العلم للملايين، بيروت، 1989، ط 1، ص 191.

[196] محمد ملياني: القانون الجنائي العام، دار النشر الجسور، وجدة، 2004، ط 1.، ص 25
Michel Zirari- Devif: le principe de légalité en matière pénale, mémoire pour le D.E.S. de droit, faculté de droit, université Mohamed V, année universitaire 1977-1978, p 38

وبالرجوع إلى الدستور المغربي لا نجده يحدد تعريفا موضوعيا أو ماديا للقانون[197]، بل اقتصر على ذكر التعريف الشـــكلي للقانون وذلك في الفقرتين 1 و 2 من الفصـــل 70 من الدســـتور الحالي[198]، وهكذا يمكن تعريف القانون حسب الدستور المغربي بتلك القواعد القانونية الصادرة عن البرلمان بالتصـويت في شـكل وثيقة مكتوبة في إطار الممارسـة التشـريعية التي يمارسـها البرلمان بمقتضـى الدسـتور، وتجدر الإشـارة إلى أن مفهوم القانون لم يكن متداولا في الممارسـة التشـريعية المغربية إلا بدخول الحماية وتبني المرجعية الو ضعية الفرنسية ونظرية العقلنة البرلمانية في تحديد مجال القانون[199]، بو ضع لائحة حصرية لمجال القانون الفصل 71 من الدستور[200] بالإ ضافة إلى فقرات وفصـول أخرى من الدسـتور تنصـب بالأسـاس حول مجال الحقوق والحريات في الميدان الجنائي.

ويعتبر العفو العام، تحديد الجرائم والعقوبات الجارية عليها، المســـطرة الجنائية، وإحداث أصناف جديدة من المحاكم، نظام السجون، تحدث المحاكم العدية والمتخصصة بمقتضى قانون[201]، وهذه من أهم ميادين التشـــريع ذات الصـــلة بضـــمان أمن الأشـــخاص وحرياتهم، والمتعلقة بمجال التجريم والعقاب والتي تتضـــمنها مدونة القانون الجنائي ومدونة المســـطرة الجنائية، بالإضـــافة إلى مجموعة من القوانين الجنائية الخاصـــة بقطاعات معينة كالإقتصـــاد والصـــحة والمالية، مع ما يثيره هذا التوزيع للجرائم والعقوبات بين نص قانوني عام ونصوص خا صة من نقاش حول مدى ملائمة هذا التوزيع لمبدأ الشـــرعية الدســـتورية، خاصـــة وأن ميدان التجريم والعقاب يمس مجال الحقوق

محمد بوعزيز: القانون البرلماني المغربي – مسطرة التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية)، مطبعة فضالة، المحمدية، 2006، ص 29-30-352-69

Mohamed Drissi Alami Machichi: manuel de droit pénal général, éditions maghrébines, Casablanca, 1974, p 122-123

[197] في إطار الإرتياب الدستوري في تعريف القانون يعرفه بعض الفقه في إطار الدستور المغربي "مجموعة من القواعد القانونية الصادرة عن البرلمان في المجال المحدد له دستوريا"، ويضيف أن التطورات التي عرفتها ممارسة الوظيفة التشريعية، أدت إلى تراجع الثقة في التعريف التقليدي للقانون، والذي كان يكتفي بالمعيار الشكلي الذي يعرف القانون بالنظر إلى الجهة التي أصدرته دون إكتراث بموضوعه أو مضمونه، حيث أدت هذه المستجدات الحاصلة في الوظيفة التشريعية، إلى ضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي بعين الاعتبار عند محاولة تعريف القانون في ظل تغيير وظيفة التشريع، وهو ما يجب الانتباه إليه في الأوضاع التي تكون فيها للوظيفة التشريعية تأثير على جودة القاعدة وبالخصوص في الميدان الجنائي، انظر سيدي محمد ولد سيد آب: الوظيفة التشريعية في دول المغرب العربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، ع 25، طبع دار النشر المغربية الدار البيضاء، 2001، ط 1، ص 77، انظر أيضا ص 443

[198] ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3613

[199] مولاي هشام إدريسي:" القانون والتنظيم في الدستور المغربي: دراسة تحليلية في المفهوم والاختصاص"، المجلة المغربية للادارة المحلية والتنمية، ع مزدوج 72-73، 2007، ص 23

[200] ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3613

[201] الفصل 127 من الدستور الحالي، ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3621

والحريات ذات المضـــمون الدســـتوري، غير أن مختلف الجرائم والعقوبات المقررة لها يتوقف تطبيقها على نصوص إجرائية تكتسي نفس القيمة الدستورية التي تمتلكها القواعد الموضوعية.

إلى جانب الصـــلاحية التشـــريعية للبرلمان في مجال التجريم والعقاب وقانون الإجراءات الجنائية، منح المشرع الدستوري اختصاص وضع قواعد قانونية معيارية تنظم المؤسسات القضائية وهيئة القضاة، غير المستجد الذي جاء به الدستور الحالي هو النص على أن النظام الأساسي للقضاة يحدد بقانون تنظيمي[202]، من حيث توفير الضـــمانات القانونية اللازمة لحمايتهم من تدخل الســـلطة التنفيذية، فيما يخص عزلهم أو نقلهم[203]، ومن هذا المنطلق خص المشـــرع الدســـتوري المغربي وتطبيقا لمبدأ اسـتقلال القضـاء تحصـين القضـاة من تعرضـهم لعقوبة العزل أو النقل إلا بمقتضـى قانون، بالإضـــافة إلى مجموعة من المقتضـــيات الدســـتورية المعززة لمســـار اســـتقلال الســـلطة القضائية .[204]

وبالإطلاع على الإطار الدستوري للممارسة التشريعية للبرلمان في موضوع القانون الجنائي نجد أن الصلاحية التشريعية مكرسة صراحة في الفصول 6-23-70-71 من الدستور الحالي، وهو ما يمكن معه اسـتخلاص إبعاد السـلطة التنفيذية عن تنظيم مجال الحقوق والحريات، لأن هذه الأخيرة ميالة بطبعها للإنتقاص من ضمانات الحقوق والحريات بخلاف السلطة التشريعية المؤهلة أكثر لإحتضانها .[205]

رابعا: الحالات غير العادية لإصدار القوانين الجنائية

أما في الحالات غير العادية: نقصـــد بها حالات القوانين غير الصـــادرة أو الملغاة من طرف البرلمان وهي حالات محددة بمقتضى الدستور.

1- الملك

---

[202] الفصل 112 من الدستور الحالي، ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3619

[203] ينص 108 من الدستور الحالي "لا يعزل قضاة الأحكام ولا ينقلون إلا بمقتضى قانون."

[204] الباب السابع من الدستور الحالي تحت عنوان: السلطة القضائية، استقلال القضاء من الفصل 107 إلى الفصل 112، ثم إحداث المجلس الأعلى للسلطة القضائية الفصول 113-116، كما تم النص على حقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة الفصول 117-128، ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3619 - 3621

[205] الحبيب الدقاق:"الممارسة التشريعية للبرلمان المغربي في موضوع حقوق الانسان"، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع 25-26، 1991، ص 58

في حالتين مبدئيا الأولى حوزة التراب الوطني مهددة، أو وقع من الأحداث ما يعرقل السير العادي للمؤسسات الدستورية، وذلك طبقا للفصل 59 من الدستور الحالي[206]، والحالة الثانية حالة عدم إجراء الانتخابات التشريعية في وقتها لظروف معينة ارتكازا على الفصل 42 من الدستور[207]، في شكل ظهير كتعبير عن البنية الدستورية العميقة في النظام الدستوري المغربي[208]، حيث يمارس الملك للوظيفة التشريعية من طرف الملك[209]، عبر تقنيات متعددة سواء عند تواجد المؤسسة التمثيلية أو في حالة غيابها.

2- الحكومة

في إطار التطور الذي عرفه التشريع في الآونة الأخيرة حيث تغيرت المتطلبات، الأمر الذي دفع بالنظم القانونية إلى اعتماد مبأ المشرع المتعدد، داخل إطار فصل مرن بين السلط، زمنه تم توزيع الوظيفة التشريعية بين كل من السلطة التشريعية والسلطة التنظيمية.

فالتشريع الحكومي هو مجموعة من التشريعات الفرعية والثانوية التي تصدر عن السلطة التنفيذية، وذلك عن طريق مراسيم مستقلة في المواد التي لا يشملها القانون، أو في شكل نصوص تطبيقية تصدر تنفيذا للقوانين الصادرة عن المؤسسة التشريعية، أو في صورة تفويض تشريعي من السلطة الأصلية. أو بمقتضى مراسيم الضرورة استنادا الى الدستور.[210]

---

[206] ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3610 - 3611

[207] ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3608

[208] للمزيد من التفصيل حول مفهوم الظهير ومكانته داخل النسق التشريعي المغربي، باعتبار السلطان يمارس الوظيفة الدينية والتنفيذية، بخلاف وظيفته التشريعية حيث ثار جدل واسع حول من ينكر الظهائر متضمنة لمادة تشريعية ومن يثب عكس ذلك، يورد الأستاذ محمد أشركي في كتابه العديد من الفقه الذي أكد خلو الظهائر من التشريع بكونها اعتبرت تدابير إدارية محضة، فالسلطان لم يكن مشرعا وكان لابد له من استشارة العلماء وموافقتهم، ويضيف الأستاذ الحبابي إلى افتقاد الظهير لميزة العمومية وهي من أهم الخصائص الجوهرية للتشريع في مقابل ذلك هناك مذهب يعترف للسلطان بوظيفته التشريعية وكلمة ظهير مرادفة للقانون والسلطان يجمع بين السلط التشريعية والتنفيذية والروحية وكان يمارسها بواسطة ظهائر، ومن خلال استقراء هذين الموقفين المتعارضين يستنتج المدى الحقيقي للوظيفة التشريعية للسلطان ، وذلك من خلال مقتربين الأول نظري من منطلق مكانة الإمامة في نظرية التشريع الإسلامي الذي يرتكز إلى إنكار الوظيفة التشريعية للسلطان في نظرية الحكم الإسلامي، بل التشريع هو المصادر الإسلامية، غير أن المقترب الواقعي مستندة إلى متطلبات الدولة فرضت ظهور مصدر جديد للقانون، وعندما نلقي نظرة على بنية السلطة السياسية بالمغرب نجدها تتربع على رأس السلط في الدولة عبر الدساتير المغربية المتعاقبة بإقرار سمو ها الدستوري والتي تجد تبريراتها في الجذور التاريخية والاعتبارات الدينية والمعطيات السوسيولوجية للشعب المغربي، وبالتالي الاعتراف بصلاحية الظهير كمصدر للمادة الجنائية أنظر: محمد أشركي: الظهير الشريف في القانون العام المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1983، ص 170 وما بعدها.

Mohieddine Amzazi: précis de droit criminel, A.P.R.E.J, 1994, 1er éd, p36

[209] بواسطة التقنيات التالية :1- إصدار الملك الأمر بتنفيذ القانون ف 50 من الدستور 2- رئاسة المجلس الوزاري الفصل 48 من الدستور 3- حالة حل مجلسي البرلمان أو أحدهما بظهير الفصل 51 من الدستور 4- مخاطبة الملك للأمة والبرلمان والتأكد على أن خطابه يتلى أمام المجلسين الفصل 52 من الدستور 5- حالة الاستثناء الفصل 59 من الدستور.

ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3608-3611

حماد صابر: "المجلس الدستوري بالمغرب: واجهة لسيادة الدستور" المجلة المغربية للادارة المحلية والتنمية، ع 37، 2001، 103

[210] أحمد قدري: ضوابط التشريع الحكومي في النظام الدستوري المغربي،رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، 2010-2011، ص 3

عموما فإن الدســـتور ينص على حالتين في حالة تلقيها إذنا بذلك من القانون ف 70 من الدستور[211]، والثانية فيما بين الدورات التي يعقدها البرلمان ف 81 من الدستور.[212]

3- ملتمسات المجتمع المدني في مجال التشريع

نص الفصل 14 من الدستور الحالي[213]، على تبني المقاربة التشاركية والمتمثلة في اشراك جل المعنيين في العملية التشـــريعية، وخاصـــة المخاطبين به في صـــناعة التشـــريع، من خلال تخويل المواطنين حق تقديم الملتمســـات في مجال التشـــريع وفق التفصـــيل الوارد في القانون التنظيمي رقم 14-64[214]، ويعتبر هذا التكريس الدستوري لهذه الآلية الديمقراطية المساهمة في إرساء نصوص تشـــريعية تنبني على حوار تشـــاركي ويتكون من 13 مادة، حيث يحق للمواطنين والمواطنات وفق أحكام القانون التنظيمي المتعلق بشـــروط وكيفيات تقديم العرائض، بهدف المســـاهمة في المبادرة التشريعية، ويشار لها بالملتمس.[215]

إن هذا المكتسب الدستوري نقطة جيدة تحتسب للمنظومة القانونية، غير أن صعوبات تطبيقها يحول دون إعطائها بعدا عمليا، خصوصا في ظل محدودية الوعي القانوني لدى جل المواطنين.

الأصل يقتضي أن يكون التشريع ذي أساس برلماني والاستثناء يمكن أن يكون ذي أساس آخر، وباعتبار أن الواقع أبان على أن التشـــريع يعود للحكومة في أغلب الأحيان، ومنها حالة مرســـوم بقانون رقم 2.20.292 صـادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسـن أحكام خاصـــة بحالة الطوارئ الصـــحية، في جانبها الزجري المتعلق بصـــور التجريم والعقوبات الجارية عليها.

المحور الثاني: دور اللائحة في التجريم والعقاب كاستثناء

الصلاحية التشريعية وفقا للشرعية الدستورية (أولا) في المجال الجنائي تضم كل النصوص المتعلقة بميدان التجريم والعقاب وغيرها من النصـــوص الإجرائية وهو ما يطرح ســـؤالا عريضـــا حول القيمة الدستورية للمرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر في 28 رجب 1441 الموافق ل

---

[211] ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3613

[212] ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3615

[213] ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3604

[214] ظهير شريف رقم 1.16.108 صادر في 23 شوال 1437 (28 يوليوز 2016، صادر بتنفيذ قانون رقم 14-64 المتعلق بشروط وكيفية تقديم الملتمسات في مجال التشريع، ج ر ع 6492، ص 6087

[215] إبراهيم بحوت: الأدوار الدستورية الجديدة للمجتمع المدني "دراسة مقارنة في ضوء دستور 2011"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جمعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمحمدية، 2016-2017، ص 65

23 مارس 2020 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الذي حدد مبررات اللجوء إلى إعلان حالة الطوارئ الصحية والإجراءات المتبعة من أجل الإعلان عنها وتمديدها، وفي هذا الإطار حدد صلاحيات الشرطة الإدارية التي تم تأهيل السلطات العمومية لاتخاذها في سبيل مواجهة تفشي الوباء، غير أنه ما يهمنا في هذا الخصوص هو تحديد الأفعال المجرمة وعقوباتها المتعلقة بحالة الطوارئ الصحية.

إن مجال التجريم والعقاب وتحديد قواعد المسطرة الجنائية، يدخل في المجال التشريعي المحفوظ للسلطة التشريعية، وعليه لا يكون باستطاعة السلطة التنفيذية وضع أنظمة في المواضيع الداخلة في المجال التشريعي المحدد بطبيعته، في مقابل ذلك فإن بعض الدساتير والقوانين المقارنة (رابعا) تضمنت تحويرا لمضمون مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فلم يعد هذا المبدأ يعني احتكار السلطة التشريعية لمجالي التجريم والعقاب، بل أصبح يتضمن تقاسما لسلطة التجريم من طرف السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية منها النموذج المضري (ثانيا) والفرنسي (ثالثا).

أولا: التطور الدستوري الذي عرفه المغرب في مجال تحديد الاختصاص التشريعي

فقبل دستور 1972 كان موقف المشرع الدستوري يعتريه غموض بشأن السماح للسلطة التنظيمية، بإنشاء الجرائم وعقوباتها في إطار اختصاصها، وهو ما كان يقسم الاختصاص بشأن المادة الجنائية، غير أن د 1972 حسم موضوع الاختصاص في المادة الجنائية ضمن الصلاحية التشريعية، بالرغم من بقاء التدابير الوقائية محل شك[216]، وهو ما يستدعي ضرورة تدارك هذا العيب.

الفقرة 11 من الفصل 609 يسمح للسلطة التنفيذية بالتجريم والعقاب يعلق A. RUOLT بأن مقتضى الفصل 609-11 لم تعد له أهمية لأنها تهم العقوبات وبالتالي يسد النقص في بعض الحالات النادرة التي يقع فيها نسيان تحديد العقوبة.[217]

إذ يعارض الفقه[218] هذا التبرير بكونه يتعارض مع الفصل 46 من دستور 1996 والفصل 71 من الدستور الحالي، الذي لا يستثني أي نوع من الجرائم أو العقوبات، بحيث يبقى البرلمان

---

[216] Mohamed Drissi Alami Machichi: les limites constitutionnelles du droit pénal, in constitution et droit pénal collectif s/d Mohieddine Amzazi, impremerie Omnia, Rabat, 1995, p 122

[217] Albert Ruolt: code pénal annoté, institut national d'études judiciaire, imprimerie el Maarif Al Jadida, Rabat, p 619

[218] محمد مليائي: دروس في القانون الجنائي العام، دروس في القانون الجنائي العام، دار النشر الجسور، وجدة، 1995، ط 1.، ص 124
Mohieddine Amzazi: "Parlement et droit pénal", intitulé le parlement et la pratique législative au Maroc, les éditions Toubkal, 1985,1er éd, p 23

وحده المختص في ميدان التجريم والعقاب وتحديد الإجراءات الجنائية الجارية عليها، ومن هذا المنطلق على المشرع أن يتدخل لتنسيق الفقرة11 من الفصل 609 من ق ج التي أصبحت تفتقد للأساس الدستوري، ولكون صياغة الفصل 46 من دستور 1996 والفصل 71 من دستور 2011، لم يحفظا للسلطة الإدارية اختصاص التشريع ولا سيما في الميدان الجنائي الذي يعتبر أداة الدولة في تحريك أداتها الجنائية لتقتحم تخوم الحريات ومن تم يبقى احتكار السلطة التشريعية مبررا، و ضرورة خلق الانسجام داخل النظام القانوني بالامتثال للشرعية الدستورية كما هي مبينة بشكل واضح في الوثيقة الدستورية[219]، وعدم النيل من هيبة مبدأ الشرعية الجنائية الذي أصبح تراثا إنسانيا مشتركا.[220]

يطالب الفقه[221] المغربي بتنسيق النصوص الجنائية وعدم الاعتراف للنصوص التنظيمية والمراسيم بالإفتئات على اختصاصات السلطة التشريعية الراسخة في ميدان التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية، فالسلطة التشريعية وحدها تملك صلاحية رسم الحدود الحقيقية للحريات تبعا للتصور السائد للصالح المشترك في زمن ومجتمع معينين.[222]

وحتى إذا كان من اللازم إشراك السلطة التنفيذية، وذلك لخصوصية بعض الجرائم لا سيما في ميدان الأعمال كما في النماذج المقارنة[223]، فإن الأمر يقتضي تعديل المقتضى الدستوري عبر التنصيص على حالات تدخل السلطة التنفيذية في هذا المجال، وتكريس مراقبة دستورية القوانين الجنائية وتوسيع نطاقها من حيث الأشخاص والزمان.

---

[219] عبد السلام بنحدو: الوجيز في شرح القانون الجنائي المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2000، ط 4.، ص 42
Mohamed Drissi Alami Machichi: manuel de droit pénal général, Les Éditions maghrébines, 1974, p 122-123.et p 213-214.
Mohieddine amzazi: code pénal, code de procédure pénale et droits de l'homme intitulé Maroc et les droits de l'homme, collectif s / dir de Driss Basri , Michel Rousset et George Vedel, collection édifications d'un état Moderne, l'harmattan, 1994, p 236
وللمزيد من التفصيل أنظر على سبيل المثال جرائم الغش في البضائع ، لائحة النصوص القانونية والتنظيمية التي بلغ عدد هذه القوانين والنصوص التنظيمية المتعلقة بالزجر عن الغش في البضائع 22 ظهيرا وقانونا وما يناهز 150 نصا تنظيميا في شكل قرارات وزيرية أو مراسيم تضاف إليها قرابة 22 مذكرة تقنية ، أنظر جواد الغماري: جرائم الغش في البضائع " دراسة- شرح – تحليل ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002، ط 2 ، ص 547-561

[220] Mohieddine Amzazi: "Parlement et droit pénal", intitulé le parlement et la pratique législative au Maroc, les éditions Toubkal, 1985,1er éd., p23

[221] عبد السلام بنحدو: الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية، مطبعة اسبارطيل، طنجة، ط 6، 2006، ص 15

[222] نعيم عطية: في الروابط بين القانون والدولة والفرد، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1968، ص 199-200

[223] دستور الجمهورية الخامسة في فرنسا ل 4 أكتوبر 1958 التجريم والعقاب في ميدان المخالفات أصبح موكولا للسلطة التنفيذية
Georges Levasseur, Albert CHavanne, Jean Montreuil: droit pénal général et procédure pénale, Siry, 1994, 11e éd, p 23-24

وفي هذا الإطار تم إصدار مرسوم حكومي رقم 1.20.292 بتاريخ 23 مارس 2020 يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها[224] ، بعد ظهور أولى الإصابات بفيروس كورونا كوفيد 19 في صفوف الموطنين المغاربة بالتراب الوطني، حيث استند المرسوم المؤطر لمختلف التدابير والإجراءات الواجبة التطبيق من طرف الجهات المختصة كل فيما يخصه، إلى المقتضيات الدستورية، ومنها على الخصوص الفصول 21 و24 الفقرة 4 منه و 81 من الدستور.[225]

كما تم إصدار مرسوم وزاري رقم 2.20.293 بتاريخ 24 مارس 2020، بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا – كوفيد 19[226]، والمتضمن هو الآخر لمجموعة من التدابير والإجراءات العملياتية لمواجهة انتشار الظاهرة ومحاولة محاصرة الحالة الوبائية التي تهدد أرواح وسلامة المواطنين.

وفي ظل تعدد الإجراءات المتخذة، وكذا الحفاظ وصون الحقوق والحريات الأساسية، وبين حماية الحياة الانسانية وسلامتها البدنية من تهديد خطر انتشار الأمراض المعدية والوبائية، يبرز التوازن الواجب استحضاره من طرف المشرع في الحفاظ على الحقوق والحريات وغيرها من الجوانب ذات الصلة بحقوق الإنسان وكذا الحفاظ على الأمن والنظام والسلامة العامة، خصوصا في ظل سن مقتضيات زجرية بمقتضى المرسوم بقانون رقم 2.20.292، وذلك حفاظا على المكتسبات المحققة من طرف المملكة المغربية على جميع المستويات وخاصة مستوى المنظومة الجنائية في ارتباطاتها الحقوقية.

فالمرسوم رقم 2.20.292 تضمن مجموعة من الجرائم المرتبطة بحالة الطوارئ الصحية، حيث نصت المادة الرابعة منه على صور التجريم التي أقرها القانون المذكور وهي كالتالي:

1- جريمة عدم التقيد بالأوامر والقرارات الصادرة عن السلطات الحكومية خلال فترة إعلان حالة الطوارئ، ويندرج ضمنها الأفعال التالية.

- عدم مغادرة محل السكنى وعدم اتخاذ الاحتياطات الوقائية اللازمة طبقا لتوجيهات السلطات الصحية.

---

[224] مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، ج ر ع 6867 مكرر (24 مارس 2020)، ص 1782

[225] ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3605 - 3615

[226] مرسوم رقم 2.20.293 صادر في 29 من رجب 1441 (24 مارس 2020) بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا – كوفيد 19، ج ر ع 6867 مكرر (24 مارس 2020)، ص 1782، ص 1783

- التنقل خارج محل السكن في غير حالات الضرورة القصوى.

2- جريمة عرقلة تنفيذ قرارات السلطات العمومية وتحريض الغير على مخالفتها، ويندرج ضمنها الأفعال التالية.

- عرقلة تنفيذ قرارات السلطات العمومية المتخذة لتطبيق المرسوم بقانون.
- تحريض الغير على مخالفة القرارات المتخذة لتطبيق المرسوم بقانون.

غير أن الإشكال الذي يثار في هذا الخصوص، هو صلاحية التشريع في المجال الجنائي الصادر عن الحكومة، وبالرجوع للمرسوم بقانون 2.20.92 أنه استند للمرجعية الدستورية المنصوص عليها في الفصل 81 من دستزر 2011[227]، الذي يخول للحكومة اصدار مراسيم قوانين مع ضرورة مناقشتها مع اللجان المختصة في كلا المجلسين وعرضها على البرلمان قصد المصادقة عليها، وبهذا المعنى يمكن القول أن الحكومة تصبح مشرعا عاديا أثناء الفترة الفاصلة بين الدورات البرلمانية.

غير أن الفصل 81 من دستور 2011 جاء بعبارة مراسيم قانون ولم يحدد الميدان المتعلق بهذه المراسيم، لكن يمكن استخلاص أنه نطاق يهم ميدان القانون برمته، كونه حدد في فترة العطلة البرلمانية.

والمشرع الدستوري اشترط أن تكون هنالك ضرورة ملحة لذلك من أجل التدخل بمراسيم قانون، كما أن هذه المراسيم مقيدة بموافقة اللجان المختصة في كلا المجلسين، من أجل مراقبة عدم جنوح الحكومة عن الغرض المخصص له هذا التفويض الدستوري، وأخيرا ينبغي عرضها – مراسيم القوانين- على البرلمان للمصادقة عليها .[228]

وعلى هذا الأساس يكون نص مرسوم بقانون بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية، قد استند للمرجعية الدستورية، المتمثلة في مقتضيات الفصل 81 من دستور 2011، والتي تنص على مجموعة من الضوابط الواجبة الاتباع من طرف الحكومة، ومنها الاستجابة لحالة الاستعجال التي يتطلبها التنظيم القانوني لقطاع معين، وفي الفترة التي لا يكون فيها البرلمان منعقد.

---

[227] ينص الفصل 81 من الدستور: "يمكن للحكومة أن تصدر، خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، وباتفاق مع اللجان التي يعنيها الأمر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين، يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان، خلال الدورة العادية الموالية".

[228] سيف الدين احميطوش: آليات تعزيز جودة التشريع، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص القانون والممارسة القضائية، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويس الرباط، 2017-2018، ص 82

وارتباطا بما سبق ذكره، فإن الحكومة تتقاسم السلطة التشريعية مع البرلمان في الفترة الفاصلة بين الدورات، بعد الاتفاق بين اللجنتين البرلمانيتين في مجلس النواب ومجلس المستشارين بشأن المرسوم بقانون موضوع المبادرة الحكومية، ويبدأ سريانها فور نشرها في الجريدة الرسمية ولا يتوقف على صدور أمر تنفيذها كما ينص على ذلك الفصل 50 من الدستور، غير أن المحكمة الدستورية أن مراقبة المرسوم بقانون غير مندرج ضمن اختصاص المحكمة الدستورية المحدد بموجب 132 من الدستور، كما أن المرسوم بقانون الذي لم تتم المصادقة عليه من طرف البرلمان ليس بقانون من حيث الشكل.

ثانيا: النموذج المصري

بعض الدساتير والقوانين المقارنة تضمنت تحويرا لمضمون مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فلم يعد هذا المبدأ يعني احتكار السلطة التشريعية لمجالي التجريم والعقاب، بل أصبح يتضمن تقاسما لسلطة التجريم من طرف السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية.[229]

وهكذا فإن اختصاص السلطة التنفيذية في مجال التجريم والعقاب يستند إلى النصوص الدستورية كما هو الشأن في الدستور المصري في مادته 66 على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا "بناءا على قانون"، وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا بمصر على أن المقصود بعبارة "بناءا على قانون"، هو توكيد لما جرى عليه العمل في التشريع من أن يتضمن القانون ذاته تفويضا للسلطة التنفيذية المكلفة بسن اللوائح في تحديد الجرائم وتقرير العقوبات، مما مؤداه أن المادة 66 من د تجيز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب، وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفي الحدود وبالشروط التي يعنيها القانون الصادر منها.[230]

وهذا لا يعني أن السلطة التنفيذية من خلال ما تملكه من إصدار لوائح تنفيذية، تستطيع أن تحدد الجرائم وعقوباتها بصفة مطلقة، لأن اختصاص اللائحة مقيد بما يحدده التشريع، فعبارة "بناء على

---

[229] Michel Zirari- Devif: op.cit, p 50.

الهادي أبو حمزة: "توزيع وظائف الدولة كآلية لحماية الحريات : القانون الجنائي نموذجا"
المركز العربي للمصادر والمعلومات : مركز الدراسات أمان:
http://www.amanjordan.org/aman_studies/wmview.php?ArtID=1069

[230] مجموعة قرارات المحكمة الدستورية العليا بمصر أوردها أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، م.س، ص 85
دستورية عليا في 06-04-1991، في القضية رقم 17 لسنة 11 قضائية "دستورية"، ج ر ع 17، بتاريخ 17-04-1991
دستورية عليا في 07-03-1992، في القضية رقم 43 لسنة 7 قضائية "دستورية"، ج ر ع 14، بتاريخ 02-04-1992

قانون" لا تعني تمثيل إرادة واضـــع القانون، وإنما مباشـــرة لرخصـــة خولها القانون للســـلطة التنفيذية.[231]

وبالرغم من المرونة الدستورية في هذا المجال، فإنه لا يجب على السلطة التشريعية أن تتخلى عن ولايتها في مجال التجريم والعقاب، بأن تعهد بها إلى الســـلطة التنفيذية والاكتفاء بتحديد الإطار العام لشـروط التجريم وما يقارنها من جزاء، حتى لا يفهم أن للسـلطة التنفيذية مجالا محجورا تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم.

ثانيا: النموذج الفرنسي

وفي فرنســا نص الفصــل 34 من الدســتور الفرنســي على أن التشــريع يحدد القواعد المتعلقة بالجنايات والجنح والعقوبات المطبقة عليها، وهكذا حملت المقتضــيات الدســتورية الفرنســية تنازل السلطة التشريعية لفائدة السلطة التنفيذية في فرنسا حيث نص الدستور الفرنسي في فصله 37 على أن كل ما لا يدخل في المجال التشــريعي يدخل في اختصــاص الســلطة التنفيذية وهو ما دفع الفقه الإقرار بمنح الاختصاص للسلطة التنفيذية، بحيث أصبح للأئحة دورا مهما في تحديد المخالفات[232]، وهذا ما نصــت عليه المادة 3-111 من القانون الجنائي الفرنســي، على أن اللائحة تحدد المخالفات وتضــع في حدود القانون ما يقرره من تقســيمات للمخالفات والعقوبات المطبقة على المخالفين، وقد لاحظ البعض أن منح السـلطة التنفيذية اختصـاص وضـع العقوبات يصـطدم مع المادة 8 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي تسند إلى التشريع وحده سلطة التجريم والعقاب.[233]

كما نصــت المادة 395 من قانون العقوبات المصــري 395[234] على مقتضــيات مشــابهة للمادة 3-111 من ق ج ف ، كما تتشابه مع مقتضيات ف 11-609 من ق ج، وأضافت المادة 395 من ق ع م[235] حالة إغفال اللوائح للعقوبات الناتجة عن مخالفتها[236]، باعتبار هذه اللوائح تســـتمد قوتها

---

[231] نفيس صالح المدانات: "قيمة الاعتراف الدستوري بحقوق الإنسان"، م.س، ص 192

[232] Wilfrid Jeandidier: op.cit, p 105-106.

[233] 139 et p 155. Michele-Laure Rassat: op.cit, p
Jean Pradel: droit pénal, T. 1 Introduction générale droit pénal général, éd. Cujas, 1994, 9e éd, p 168-169

[234] تنص المادة 395 من قانون العقوبات المصري " التي نصت على أن من خالف أحكام اللوائح العمومية أو البلدية أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح بشرط ألا تزيد عن العقوبات المقررة في المخالفات "

[235] أضافت المادة 395 من ق ع م " إذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما ، يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد عن خمسة وعشرين قرشا "

[236] عصام عفيفي عبد البصير: القاعدة الجنائية على بياض "دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 106-11

وشرعيتها من النصوص القانونية التي تستند إليها، وتخضع للمراقبة الدستورية مما يخفف حدة النقد تجاه هذه اللوائح حيث تبث في صلاحية اللائحة في تحديد المخالفات وعقوباتها .

وبالرغم من ذلك انبرى الفقه المصـــري إلى مهاجمة هذه النصـــوص لأنها تتعارض مع مبدأ الشـــرعية الذي ينص على عقوبة كل نص تجريمي على حدة[237]، أو في حالة وجود قاعدة جنائية على بياض.[238]

خامسا: موقف القضاء الفرنسي

وفيما يخص موقف القضـــاء الفرنســـي حول أحقية الســـلطة التنفيذية في إصـــدار لوائح تحدد المخالفات وعقوباتها، نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر وبوضوح سلطة الحكومة في هذا الشأن استنادا إلى التفسير بمفهوم المخالفة للمادة 34 من الدستور الفرنسي والذي قصر سلطة التجريم والعقاب على المشرع وحده فيما يتعلق بالجنايات والجنح فقط، وأن النصوص الخاصة الواردة في هذه المادة تتفوق على الصيغة العامة للمادة 8 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن.[239]

ومن أشهر قرارات المجلس الدستور الفرنسي في هذا الصدد قرار صادر بتاريخ 28 دجنبر 1973[240]، قضـــى فيه بأن تحديد المخالفات وعقوباتها تدخل في المجال اللائحي طالما أن هذه

---

[237] عبد الأحد جمال الدين: "في الشرعية الجنائية"، م.س، ص 118

[238] القاعدة الجنائية على بياض هي الحالات التي لم يصدر شق التكليف أو شق التجريم بعد وإنما من المزمع إصداره ويكتمل في تحديده في نص لاحق للنص الذي ورد به شق الجزاء، ويذهب البعض إلى أن القاعدة الجنائية على بياض يكتفي المشرع بتحديد الشق الجزائي في النص الجنائيويحيل في نفس الوقت إلى قانون آخر غير القانون الجنائي في تحديد شق التكليف، وقد يكون هذا القانون قائما فعلا أو من المزمع إصداره، أي لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض، فيكتمل شق التكليف الذي تكتمل به القاعدة على بياض يرد دائما في قانون آخر غير القانون الجنائي، ولا يكون موجودا لحظة وضع القاعدة على بياض.
انظر عصام عفيفي عبد البصير: القاعدة الجنائية على بياض "دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 98-99
Voir aussi Marieille de Bechillon : "les bases constitutionnelles du droit pénal espagnol", Rev.sc.crim.Drt. Pén. Comp, N 1, 1986, p 10-11.

[239] أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، م.س، ص 61

[240] Décision n° 73-81 L du 19 décembre 1973
Nature juridique de certaines dispositions de l'article 191, troisième alinéa, du code de procédure pénale
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1973/73-81-l/decision-n-73-81-l-du-19-decembre-1973.7380.html
Décision n° 73-582 du 28 novembre 1973
A.N., Territoire français des Afars et Issas
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1973/73-582/decision-n-73-582-du-28-novembre-1973.7270.html
Décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973
Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion

العقوبات لا تتضـــمن تدابير مقيدة للحرية، إلا أن محكمة النقض الفرنســـية أجازت للوائح أن تحدد العقوبات المقررة للمخالفات ولو تضـــمنت عقوبة الحبس، وهذا التضـــارب بين جهة القضـــاء الدستوري والعادي أفضـى بالمشـرع الفرنسـي إلى إلغاء عقوبة الحبس في المخالفات، مؤكدا المبدأ الذي أرسـاه المجلس الدسـتوري، بل وذهب بعيدا في دفاعه عن الصـلاحية التشـريعية وضـرورة انطباقها مع الشـرعية الدسـتورية، حيث لم يقتصـر على تقييد السـلطة اللائحية في المجال الجنائي، ورأى أنه من غير المفيد إبطال نص تشريعي نص على عقوبة الغرامة في المخالفات.[241]

غير أن موقف القضاء الإداري الفرنسي استقر على اعتبار أن المراسيم بقانون قبل المصادقة عليها من طرف البرلمان بمثابة قرارات إدارية قابلة للطعن أمامه، اسـتنادا للمعيار العضـوي الذي يجعل هذه المراسيم صادرة عن سلطة إدارية.[242]

رابعا: موقف الفقه المقارن

ويذهب الفقه المقارن[243] بخصوص الصلاحية التشريعية، إلى أنه ليس من الضروري أن يرد النص القانوني إلى الهيئة التشـريعية دائما، بل يكتفي بصـدوره عن السـلطة المخولة بالتشـريع في الميدان المخصـص لها، أو بموجب قرارات أو مراسـيم تتخذ وفقا للأصـول وبحدود الصـلاحية التشـريعية الممنوحة لها كالقرارات الصـادرة عن إدارة الجمارك في المجال المناط بها تنظيمها والسهر على تنفيذها، غير أن المتفق عليه دور الإدارة في تحديد العقوبة، يستقر في دائرة الاستثناء، حيث أن هناك من الجزاءات ما يلزم أن يقررها المشـرع بنفسـه كتلك المقيدة للحرية، ولا يمكن أن يعهد بها إلى الإدارة حتى ولو اعتبرت من قبيل المخالفات التي تدخل في نطاق المحجوز للسـلطة التنفيذية.[244]

---

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1973/73-80-l/decision-n-73-80-l-du-28-novembre-1973.7378.html

[241] - Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982
Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1982/82-143-dc/decision-n-82-143-dc-du-30-juillet-1982.8002.html

[242] حميد ولد البلاد: طبيعة المرسوم بقانون: تأملات في ضوء المرسوم بقانون المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية، سلسلة إحياء علوم القانون، عدد خاص مؤلف جماعي "الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا"، مطبعة دار السلام، الرباط، 2020، ص 5

[243] مصطفى العوجي: القانون الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 287

[244] François Luchaire: la protection constitutionnelle des droits et des libertés, économica, paris, 1987, p 369.

المحور الثالث: سمات القاعدة الجنائية لرصد الأفعال المخالفة لحالة الطوارئ الصحية

بمعنى الالتزام بمعايير قابلة للتحقق بغية خلق استقرار وتوافق بين النصوص القانونية ومتطلبات المخاطبين بها بعيدا عن كل العيوب والنواقص، ومنه ضرورة أن تستوفي نصوص التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية خصائص معينة، بدونها لا يتحقق اليقين القانوني الجنائي، فيجب أن تكون نصوص التجريم والعقاب دقيقة وواضحة (ثانيا) وغير قابلة للتأويل لأن الغموض في قواعد التجريم والعقاب قد يكون سببا في تجريد مبدأ الشرعية من قيمته الدستورية وسببا للتعسف في الأحكام.

بالإضافة إلى ضرورة التحديد المسبق من طرف السلطة المختصة دستوريا، يجب على المشرع استيعاب التطورات التي يعرفها المجتمع واستجلائها (ثالثا) في نصوص تجريمية مكتوبة (أولا)، تتكامل مع باقي النصوص الجنائية موضوعية كانت أو إجرائية (رابعا).

أولا: أن تكون النصوص مكتوبة

وهذا الشرط مستخلص بداهة من وجوب كون التشريع مصدرا للقواعد الجنائية، وضرورة أن يكون المخاطبون بالقواعد الجنائية عالمين بمقتضياتها سلفا، فضلا عما يوفره عنصر الكتابة من استقرار المفاهيم التي تعبر عنها القواعد الجنائية.[245]

ومن هذا المنطلق لا يصلح العرف ولا العادة أن يكونا مصدرا التجريم والعقاب، ومع ذلك فإن بعض الحالات تقتضي الاعتماد على فروع قانونية أخرى في تحديد النموذج القانوني للجريمة، مثل تلك التي ترد في القانون المدني بالنسبة لعقود الأمانة، والقانون التجاري بالنسبة إلى الشيك وتزييف العلامات التجارية وغيرها من الجرائم .[246]

مع ذلك فقد يحدد العرف بعض المراكز القانونية التي يتولاها القانون الجنائي بالحماية، دون أن يكون مصدرا للتجريم والعقاب، مثال ذلك تحديد العين المكتراة بالنسبة للجرائم التي تقع بالمخالفة على قانون كراء المحلات المعدة للسكن أو الاستعمال المهني.

[245] أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، م.س، ص 89

[246] م.س، ن. ص 90

وارتباطا بشرط الكتابة فإن مبدأ الشرعية الجنائية لا يحول دون الاقتصار على تحديد العقوبة تحديدا ويحيل في بعض جوانب التجريم إلى نصوص أخرى، وفي هذه الحالة يطلق على هذا النص أنه تضمن قاعدة على بياض.[247]

وبالرجوع إلى مرسوم بقانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية في جانبها الزجري، نجده قد احترم ضابط الكتابة والنشر في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية ضمن العدد 6867 مكرر المخصص للنشرة العامة، رغم المؤخذات المعتبرة عن محدودية هذه الوسيلة في إحاطة علم كافة المخاطبين بضمون هذا القانون، إلا والحالة هذه نعتقد بأن اعتماد وسائل التواصل الرسمية وغير الرسمية في هذه الظرفية الخاصة كانت كافية.

ثانيا: أن تكون واضحة ومحددة

إن غموض النصوص التشريعية عامة يعيبها، إلا أن غموض النصوص الجنائية خاصة يجعلها غير دستورية، كأن يكون مضمونها خافيا على أوساط الناس باختلافهم حول مضمونه الحقيقي، مما يؤدي إلى إعاقة محكمة الموضوع عن إعمال قواعد صارمة، تحدد أركان الجريمة وعقوبتها بما لا لبس فيه، ومن هذا المنطلق يأتي مبدأ الشرعية لحماية حقوق الأفراد من خلال تمكينهم ما يمنعون القيام به وما يسمح به بشكل دقيق وهي متطلبات دستورية، فالمشرع له صلاحية العمل على إيجاد نصوص جنائية وفق متطلبات الأمن الاجتماعي، غير أن هذا لا يعني أن يفعل أي شيء، بل أن حرية المشرع مقيدة بإحترام المبادئ الأصولية في التجريم ومن أهمها بيان أركان الجريمة بشكل متكامل وصريح وواضح لكل الأنشطة المحظور إتيانها[248]، فحرية المشرع في التنظيم مقيدة، فإن كان له أن ينظم كل شيء، فليس له أن يفعل كل شيء وبأي مواصفات فالقانون يجب أن يعرف وبتحديد الأفعال الموجهة ضد المجتمع لتجنب التحكم[249]، من طرف القاضي ويجعله يؤدي دوره في التطبيق القانون، ولذلك فغموض النص الجنائي إهدار لمبدأ الشرعية،

---

[247] انظر في هذا السياق ما تناوله عصام عفيفي عبد البصير: القاعدة الجنائية على بياض "دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي"، م.س، ص 93 وما بعدها

[248] Danièle Mayer : "principes constitutionnels et principes généraux applicables au droit pénal français", Rev . Sc. Crim.Drt Pen Comp, N1, 1987, p 53
عبد الواحد العلمي: "مبدأ الشرعية في النظام الجنائي المغربي"، مداخلة ضمن ندوة، النظام العام والحريات الفردية في النظام الجنائي المغربي، المج. المغ. لق. واق. التن، ع 29، 1993، ص 36، عصام عفيفي عبد البصير: أزمة مبدأ الشرعية الجنائية ووسائل علاجها " دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي "، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2004، ط 1، ص 98-102، هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسة حقوق الانسان، 1999، ص 213

[249] François-Paul Blanc: droit pénal général marocain, Sochepress, Casablanca, 1984, p 14
عبد الأحد جمال الدين: "في الشرعية الجنائية"، م.س، ص 77
Mohieddine Amzazi: "code pénal, code de procédure pénale et droits de l'homme", op.cit, p 236

وبالنسبة للفقه الإسلامي من حيث وجوب وضع التشريع فقد تم ضبط العناصر المكونة للجرائم والعقوبة المحددة لها وذلك بالاستناد إلى الكتاب والسنة في الحدود والقصاص التي لا تترك فرصة لتعسف القاضي.[250]

سمة التزام الوضوح والبيان في عملية تجريم فعل معين من طرف المشرع طبقا للصلاحية الدستورية، في تحديد أركان الجريمة بدون غموض، مع تبيان العقوبة الملازمة للجريمة المرتكبة، ومن هنا فالقاعدة الجنائية تتطلب عنصرين لا وجود لها بدونهما: شق التجريم ببيان الفعل أو الامتناع ومكوناته، وشق العقاب بتحديد العقوبة ومقدارها، وبافتقاد أحد العنصرين يصبح النص الجنائي معيبا[251]، ويستلزم الدفع بعدم دستوريته أمام جهة القضاء الدستوري.

وقد لعب المجلس الدستوري الفرنسي دورا مهما، حيث فرض على المشرع حين سنه لقواعد التجريم والعقاب ، أن يلتزم بتحديد الجرائم في مصطلحات واضحة وصريحة بدرجة كافية، يستبعد معها كل تحكم في التفسير، أو غموض في التأويل[252]، كأهم ضوابط الشرعية الموضوعية في التجريم، حتى لا يتسع المجال للسلطة التنفيذية لتضييق الضمانات الدستورية، أو فتح المجال للسلطة القضائية لتحل إرادتها محل إرادة السلطة التشريعية، وهو ما لا يجوز أن تنزلق إليه القوانين الجنائية.

ومن مظاهر ابتعاد المشرع عن السمات الملازمة لمبدأ الشرعية في إطارها الدستوري، هو استعمال تعابير فضفاضة وغامضة خصوصا في الجرائم المخلة بالنظام العام والماسة بمقدسات البلاد ـــ وهو ما لا ينسجم مع ما تتطلبه المقتضيات الجنائية من دقة ووضوح وتحديد حتى يؤدي مبدأ الشرعية وظيفته الحمائية لحقوق وحريات الأفراد[253]، بل هناك من يشكك في وضوح مبدأ

---

[250] Miloslay Stiebre: "le juge pénal comme législateur", Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény, librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, p 263, Roger Merle - André Vitu: traité de droit criminel, T 1 Problèmes généraux de la science criminelle droit pénal général. Cujas, 1984, 5e éd.
p 235-236
Patrick Kolb – Laurence Leturmy: droit pénal général, collection Gualino, 2003, 2eéd, p 31

[251] عبد الأحد جمال الدين: "في الشرعية الجنائية"، م.س، ص 121

[252] Louis Favoreau et Loïc Philip: les grandes décisions du conseil constitutionnel, 3e ed, 1984, p 500

[253] جعفر علوي: "عجوزات مرفق العدالة الجنائية بعض التجليات وسبل المعالجة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 35، 2002، ص 72-73
أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات " القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ط 5، ص 39

الشـرعية الجنائية في الصـياغة الدسـتورية ذاتها باعتبار الدسـتور كمنطلق كان من الأفيد النص بصراحة على مبدأ الشرعية ولوازمه الدستورية.[254]

والرأي فيما أعتقد أن عدم التحديد الواضـح لعناصـر التكليف الجنائي يؤدي إلى افتقاد النص الجنائي أحد أهم سمات الشرعية الجنائية، ومن تم وبالنتيجة القول بعدم دستورية النصوص الجنائية المفتقدة لضـوابط الشـرعية، من أجل تفادي التحايل على النص من جهة ومن أجل اسـتيعابه وفهمه من قبل العموم المخاطب به من جهة أخرى[255]

وبالرجوع لمقتضـيات مرسـوم بقانون رقم 2.20.292 المتعلق بسـن أحكام خاصـة بحالة الطوارئ في جانبها الزجري، لم يتم تحديد مجالات تدخل السلطة التنفيذية بدقة، وأورد عبارة عامة وفضـفاضـة في المادة الثالثة من المرسـوم، بالنص على اتخاذ جميع التدابير اللازمة التي تقتضـيها حالة الطوارئ الصـحية، والمادة الخامسـة هي الأخرى نص على إمكانية اتخاذ الحكومة بصـفة اسـتثنائية لأي إجراء ذو طابع اقتصـادي أو مالي أو اجتماعي أو بيئي يكتسـي صـبغة الاسـتعجال، وبالتالي يتضح أن طابع العمومية وعدم التحديد سمة طبعت نص المرسوم، وغياب لعنصر التحديد والدقة لإيصال المعنى والغاية من النص القانوني بخلاف القانون الفرنسي والذي كان أكثر تفصيلا مقارنة بنظيره المغربي[256]، حيث يبدو أن طابع الفعالية والسـرعة في احتواء الوباء كانت سـببا في وجود هذه الثغرات والتي ينبغي تجاوزها في النصوص القانونية مستقبلا.

إن مبدأ وضـوح النص القانوني الجنائي في مقتضـياته، يفيد سـهولة الولوج والفهم والاسـتيعاب من قبل المخاطبين به، عن طريق اسـتعمال عبارات بسـيطة تطبعها دقة متناهية، وتجنب المصطلحات التأويلية والغامضة كتلك الواردة في نص مرسوم بقانون رقم 2.20.292

ثالثا: أن تكون لها سمة التوقعية

انعكاسـات الخطر الجنائي على قاعدة الشـرعية الجنائية وذلك ضـمن الدور التقليدي للتشـريع الجنائي في مواجهة الخطر الجنائي، فمبدأ الشـرعية بمفهومه التقليدي يقتضـي أن تكون عملية التشـريع مغلقة على المشـرع الجنائي، كنتيجة لمبدأ الشـرعية على أسـاس أن المشـرع هو المصـدر

---

[254] Mahmoud M. Moustafa: principes de droit pénal des pays arabes, librairie Générale de droit et de jurisprudence, paris, 1972, p 21

[255] سيف الدين احميطوش: م.س، ص 30

[256] يوسف سلموني زرهوني: سياسة التجريم والعقاب في ظل حالة الطوارئ الصحية "دراسة مقارنة بين القانون المغربي ونظيره الفرنسي"، مجلة الباحث، ملف خاص 2 بجائحة كورونا كوفيد 19، العدد 18، ماي 2020، ص 92-94

الأساسي للتجريم والذي يعد أقدر السلطات على استجلاء المصالح الجديرة وتحديد الأفعال الخطرة التي يلزم تجريمها، وفي ظل اتساع مساحة الأخطار وتعقدها وتشابكها[257]، لجأ المشرع خاصة في الموضوعات العلمية والفنية والتي تحتاج إلى دراية خاصة غير متوفرة لدى المشرع العادي، إلى نظام التفويض التشريعي باعتراف دستوري[258]، حيث أجازت بعض الدساتير للسلطة التشريعية تفويض السلطة التنفيذية إصدار لوائح لها قوة القانون، والغاية من ذلك هو التغيرات السريعة التي تصاحب السياسة الاقتصادية، التي يلزم مواجهتها بمرونة قانونية مماثلة، وهو على خلاف ما تقضي به الشرعية الجنائية من اقتصار سلطة التجريم على المشرع وحده[259]، وهو ما ألقى بظلاله على الصياغة القانونية للقاعدة الجنائية، من خلال المرونة والعبارات الواسعة الدلالات والمعاني، وإفتراض الخطر كما في الجرائم الإرهابية، في ظل ما أصبح يطلق عليه التجريم التحوطي[260]، لحماية المصالح الأساسية والتي تمثل القدر الأدنى لحفظ توازن واستقرار المجتمع في ظل تعاظم المخترعات العلمية وسيطرة الآلة والتكنولوجيا بما تحمله من أضرار شديدة الخطورة على حياة وأرواح الأفراد وهي المصالح محل الحماية الجنائية، إنما الإشكال هو عدم الانتظار لحين إلحاق الضرر بالمصالح والقيم الدستورية، ولكن عليه أيضا توقع الضرر قبل وقوعه والحيلولة دون بلوغه[261]، وذلك من خلال تطوير أساليب الحماية الجنائية في توقع الخطر وتفاديه وهو في مرحلة الخطر قبل أن يتحول إلى ضرر، وهناك من الفقه من يرى مواجهته في مرحلة تسبق الخطر وتنعت خطر الخطر[262]، وتطوير أساليب الحماية الجنائية لمواجهة الخطر أدى إلى الخروج عن مبدأ الشرعية الجنائية، وعدم الاعتداد بالركن المعنوي كما هو الأمر في الجرائم الاقتصادية.[263]

ونشير إلى ضعف سمة التوقعية من طرف المشرع الجنائي المغربي، لا سيما في موضوع الجرائم الماسة بكيان الأسرة (زنا المحارم) نموذجا حيث لا تستوعب النصوص الجنائية الحالية

---

[257] Beate Rudolf : "considérations constitutionnelles a propos de l'établissement d'une justice pénale internationale", R.F.D.C, in constitution et droit pénal, N 39, 1999, p 475

[258] آمال عثمان: شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التموين، دار النهضة العربية، 1983، ص 80-81

[259] حسنين المحمدي البوادي: الخطر الجنائي ومواجهته، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 408، محمود أبو زيد: الشرعية القانونية وإشكالية التناقض بين السلطة والحرية "دراسة تأصيلية لنظرية العقد الاجتماعي"، دار غريب للطباعة، 1989، ص 84

[260] رمسيس بهنام: نظرية التجريم في القانون الجنائي معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص 273

[261] Mireille Delmas- Marty: "Légalité pénale et prééminence du droit selon la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme des libertés fondamentales ", in Mélanges d'André vitu, Cujas, paris, 1989, p 154

[262] رمسيس بهنام: نظرية التجريم في القانون الجنائي معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، م.س، ص 116

[263] آمال عثمان: شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التموين، دار النهضة العربية، 1983، ص 44

هكذا نوع من الإجرام، مما يجعل النصـــوص القانونية جامدة وغير قادرة قدرتها على مســـايرة التطورات التي يعرفها المجتمع والأفعال الضـــارة به نتيجة ذلك وتصـــبح النصـــوص متآكلة[264]، وعاجزة عن توقع الأفعال التي قد تصـــبح خطورتها تتطلب حماية جنائية[265]، وهو ما جعل الفقه يتحدث عن أزمة مبدأ الشرعية .[266]

---

[264] عبد اللطيف بوعشرين: "القانون الجنائي المغربي وضرورة التحديث"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 95، 2002، ص 17

[265] فريد السموني: " تحديث التشريع الجنائي بين الحفاظ على الثوابت ومواكبة المتغيرات"، مسالك، عدد 4، 2005، ص 76-83

[266] انظر جعفر علوي: مدخل لدراسة القانون الجنائي العام المغربي، ج 1، م.س، ص 66-69، تحت عنوان أزمة مبدأ شرعية التجريم والعقاب، وقد كان في تناوله للمبدأ في الطبعات السابقة وأثناء تناوله للمبدأ كان يستعمل مصطلح انتكاسة، ويبدو أن مصطلح الأزمة أعمق. حتى وصل الأمر إلى القول بانهيار مبدأ الشرعية le déclin du principe de la légalité

وقد تناول أيضا موضوع انهيار مبدأ الشرعية بعض الفقه المصري من قبيل مصطفى الصيفي، وأحمد فتحي سرور، عصام عفيفي عبد البصير: أزمة مبدأ الشرعية الجنائية ووسائل علاجها "دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي"، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2004، ط 1، ص 221-363، وانظر أيضا وجدي ثابت غبريال: دستورية حقوق الإنسان، مركز الدراسات والمعلومات القانونية لحقوق الانسان، ص 24

لكن يبدو أن معظم الفقه لم يستحضر دور الشرعية الدستورية في انتكاسة المبدأ من عدمها، وهو ما يدفعنا إلى القول تمتين الأساس الدستوري للقانون الجنائي، لضمان فاعلية القانون الجنائي وحماية الحريات الشخصية وحقوق الإنسان المتعلقة بها، فمتى كان الأساس الدستوري مستوعبا لأهمية ودور القانون الجنائي، من خلال تفاعل المعيار الجنائي والدستوري في استمرار أداء وظيفة احترام سيادة القانون.

Voir aussi en français

Didier Rebut : " le principe de la légalité des délits et des peines", collectif s/. la direction Rémy Cabrillac- Marie-Anne frison-Roche – Thierry Revet, intitulé libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2005, 11e éd, p 561-562

Voir aussi: Le déclin du principe de légalité et de ses corollaires

www.zetud.net/3904-le-declin-du-principe-de-legalite-et-de-ses-corollaires.html - 16k -

Mise à jour le: 16-03-2020

بالرغم من شيوع المبدأ واعتباره مكسبا جديدا للإنسانية منذ قيام الثورة الفرنسية فإنه لم يسلم من النقد، حيث وجهت إليه العديد من الانتقادات إلا أن رجال الفكر الجنائي سرعان ما ردوا على هذه الانتقادات.

من الانتقادات التي وجهت للمبدأ ما يلي:

1- عدم قدرة المشرع على الإلمام بكافة الوقائع والأفعال: وبالتالي يؤدي إلى جمود القاعدة القانونية، وهو ما يجعلها غير قادرة على مسايرة التطور في المجتمع، أضف إلى ذلك أن تقييد سلطة القاضي وعدم قدرته على التوسع في التفسير يجعله عاجزاً عن معاقبة بعض الأفعال التي لا توجد نصوص لتجريمها، وحيال هذا الوضع نجد العديد من الفلاسفة لديهم آراء في هذا النقد فيرى بعضهم أن التشريع لا يستطيع أبداً أن يحدد بدقة ما هو أفضل وأعدل للجميع ولا أن يأمر بما هو أحسن لكل الناس إذ يتفاوت البشر وتختلف الأفعال ولا ترقد الأمور الإنسانية أبداً في ثبات قانون بلغ شأنه أن يصوغ مبادئ باحثها.

2- عدم أخلاقية المبدأ: وصف مبدأ الشريعة بأنه غير أخلاقي، حيث يمتنع عن توقيع العقوبة في حالة عدم وجود النص، وهذا الفعل شكل خطراً على النظام الاقتصادي وسلامة الأفراد في المجتمع، هذا إلى جانب عدم قدرته على معاقبة الأشخاص الذين لديهم الخبرة الكافية التي تمكنهم من الاستفادة من الثغرات القانونية، والتي عن طريقها يرتكبون بعض الأفعال الجديرة بالحماية الجنائية، ومع ذلك لا تستطيع العدالة معاقبتهم على هذه الأفعال نظراً لعدم وجود نص قانوني صريح لمعاقبتهم.

3- مبدأ الشرعية وتفريد العقوبة: من الانتقادات التي وجهت للمبدأ تحديده للجريمة والعقوبة دون النظر إلى شخصية الجاني ودوافع ارتكاب الجريمة بل يهتم بدرجة خطورة الجريمة، غير أنه من ناحية الواقعية لا يستطيع المشرع أن يعرف مسبقاً درجة الخطورة بل القاضي هو الذي يستطيع تحديدها من خلال الوقائع، وعليه يرون أن التمسك بهذا المبدأ يجعل القاضي مجرد إله، لذا فإن المبدأ يتعارض ومبدأ تفريد العقوبة.

4- مبدأ الشرعية يحمي مصالح الطبقة البرجوازية: من ضمن الانتقادات التي وجهت لمبدأ الشرعية هو حماية مصالح الطبقة البرجوازية، وما النص على المبدأ إلا ناحية مظهرية شكلية، ويبررون ما ذهبوا إليه بالآتي : مما لا شك فيه أن المبدأ بوضعه الحالي لم يظهر إلى الوجود إلا مع قيام الثورة الفرنسية، وبما أن التشريع هو مصدر القاعدة القانونية المكتوبة والقائمون على إصدار التشريع هم من الطبقة البرجوازية، وهي الطبقة التي وصلت إلى السلطة بعد قيام الثورة فإنهم سوف يأخذون مصالحهم في الاعتبار، وما اتحاد هذا المبدأ إلا للبحث عن"حدود ظاهرية لسلطان" الدولة على الأفراد.

الرد على هذه الانتقادات:

1- قد لا يستطيع التشريع أن يواكب التغير السريع في المجتمع خصوصاً في بعض المجالات، لكن تبقى إمكانية التدخل لسن تشريعات حسب إملاءات السياسة الجنائية المعاصرة وتطور القيم القيم، ولهذا فإن الإبقاء على المبدأ يحقق أكبر فائدة من إلغائه، لأن في وجوده حماية لحقوق وحريات الأفراد، مما يجعلهم يقومون بكافة تصرفاتهم فيما لا يتعارض مع نص القانون، فيترتب على ذلك إشاعة الطمأنينة والثقة عند القيام بأي نوع من المعاملات، نظراً لوجود سياج قانوني يحميهم من جزاء تعسف السلطة.

وفي ظل تزايد الخطر الجنائي، يبدو أن نشاط الأداة الجنائية تعيش أوج نشاطها ومن شأن ذلك فإن الإسراف في الخطوات التشريعية لملاحقة الأفعال التي لم تصل إلى درجة الإضرار بالمصالح الاجتماعية، قد يحمل في طياته افتئاتا على الحريات الفردية والتي أصبحت قيمة إنسانية راسخة، مما يحتم الموازنة بين الحريات الفردية والمصلحة العامة في إطار المضمون الإجتماعي للحقوق والحريات.

وفي ظل الوضعية الحالية الخاصة لمواجهة تفشي فيروس كورونا – كوفيد 19، يمكن استخلاص ضعف التصور المستقبلي للنصوص القانونية الجنائية في هذا الخصوص، وهو ما كان يمكن تفاديه من خلال سن تشريع جيد يساعد في بناء توقعات يقينية في مجال الأضرار والمخاطر الناجمة عن الفيروسات المتطورة وأثارها المدمرة على مختلف المجالات، والمساعدة في تأمين وحماية التوقعات وإطلاع المخاطبين به حتى يتسنى لهم تحديد مراكزهم القانونية في حالات معينة.

رابعا: تكامل النصوص الجنائية مع غيرها من القواعد العامة

تلعب القواعد العامة في القانون الجنائي دورا مهما في تحديد الشرعية الجنائية، حيث لا يقتصر مضمون هذا المبدأ على ما يرد في النصوص الجنائية بعيدا عما تحدده القواعد العامة التي تحكم النصوص[267]، وذلك من خلال العمل على توضيح وتكملة النصوص التشريعية وإعطائها معناها المتكامل، وضمان التطبيق العام للحقوق والحريات التي تتضمنها النصوص التشريعية والدستورية، سواء صراحة أو ضمنا، ولذلك تبدو القواعد العامة لازمة لضمان استمرارية وتماسك النظام القانوني الجنائي.[268]

2- كذلك نرى أن وصف المبدأ بأنه غير أخلاقي مبالغ فيه، لأن القائمين بإصدار التشريعات لم يتركوا الأفعال التي لو توجد نصوص تعاقب عليها عن قصد، ولكن يبررون هذا بأن الأصل في الأشياء الإباحة هذا إلى جانب أن العديد من صور العقاب بالرغم من وجود النص وبالرغم من أن هذا المثال قياس مع الفارق فإن الإشارة إليها ليست إلا بقصد التوضيح.

3- إن المهتم بدراسة المبدأ وتاريخ ظهوره يجد أنه بدأ متمسكاً بحرفية النص، وكانت العقوبة ذات حد واحد، وبالتالي لم يكن للقاضي خيار، فمتى توفرت أمامه أدلة الإدانة لم يكن أمامه إلا النطق بالحكم، وتظهر صيرورة هذا التطبيق في القانون الصادر سنة 1791، ومن الإنصاف نرى أنه يجب ألا تُحسب هذه الفترة كنقطة ضعف على المبدأ، نظراً لأنها تعتبر هذه الفترة رداً على الاستبداد والسلطة التحكمية التي كان يتمتع بها في تلك الفترة الغابرة قبل ظهور المبدأ، لهذا أقرت التشريعات الجنائية المعاصرة ومنها مجموعة القانون الجنائي المغربي بالسلطة التقديرية للقاضي بين العقوبة والتدابير الوقائية، وحددت الظروف المخففة والمشددة للعقوبة، ونصت على تقسيم المجرمين إلى فئات حسب درجة السن والثقافة أثناء مرحلة التنفيذ، وكذلك أصبح من حق القاضي الحكم بوقف التنفيذ، كما أعطى له اختيار عقوبة الحبس أو الغرامة في الجنح والمخالفات، وإضافة التدبير الوقائي بجانب العقوبة في الحالات التي تتم فيها شخصية الجاني عن خطورة إجرامية.
والرأي فيما اعتقد أن المرجعية الدستورية للقانون الجنائي وبالخصوص مبدأ الشرعية في حاجة إلى تأكيدها بأسلوب واضح حتى يكون الأساس الدستوري سندا قويا في دعم وظيفة القانون الجنائي وتلافي الانتقادات التي أصبحت تندر بانهيار مبدأ الشرعية الجنائية، كما نعتقد أن هذه الانتقادات لا يجب توجيهها للمبدأ، فهو جاء من أجل تحقيق أهداف سامية إذ واجهته العديد من الأزمات، نظراً لأنه يهدف إلى حماية الحريات من تعسف السلطة، فإذا كان هناك من انتقاد فيجب أن يكون وبالضرورة للشرعية الدستورية للقانون الجنائية باعتبارها الإطار الذي تمارس فيه الدولة حق العقاب، لأن بتصحيح بعض الثغرات الموجودة في المبادئ الدستورية نستطيع الحفاظ على متانة المبدأ وفعاليته.

[267] أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، م.س، ص 96

[268] Roger Merle, André Vitu: op.cit 272 et suiv.

خاتمة:

لقد استهدفت من خلال هذه الدراسة لهذا الموضوع استنتاج مدى التوفيق بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، فإذا كانت مصلحة المجتمع تستهدف الحفاظ على الأمن والنظام فإن مصلحة الأفراد تستدعي استنادها إلى الضمانات الدستورية، وبالرجوع إلى النصوص الجنائية توقفنا على مدى تجليات الدعائم الدستورية في تحقيق التوازن المطلوب في الحالات الاستثنائية الخاصة، والحقيقة كم كانت الغاية عسيرة خاصة وأن كلتا المصلحتين جوهريتين، ولا يمكن التضحية بإحداهما على الأخرى فالتضحية بمصلحة المجتمع في سبيل مصلحة الفرد، من شأنها أن تحول الحرية إلى فوضى وما لها من آثار على المجتمع، وبالمقابل فالتضحية بمصلحة الفرد في سبيل تحقيق المصلحة العامة، من شأنها أن تتحول إلى سلطة واستبداد وما لها هي الأخرى من آثار مدمرة على الأفراد والمجتمع ككل، لذلك كان من حسن السياسة الجنائية أن تستهدف التوفيق بين المصلحتين دون إعلاء إحداهما على الأخرى بالاستناد إلى "فرامل" دستورية.

وهكذا إذا كانت المقتضيات الجنائية الواردة في المرسوم بقانون رقم 2.20.292 الخاص بتنظيم حالة الطوارئ الصحية، صادرة عن سلطة إدارية، وتعتبر بهذا المعنى قرار إداري بحسب المعيار العضوي من الناحية المبدئية، فإنها مع ذلك صادرة ع في مجال التشريع المخصص وخلال فترة محددة وبشروط شكلية معينة، خضوعا للشرعية الدستورية المنصوص عليها بشكل صريح في الفصل 81 من الدستور، خاضعة لرقابة قانونية وسياسية من طرف البرلمان عند عرضها عليه للمصادقة، وأخرى قضائية يقوم بها القضاء الدستوري بعد مباشرة المسطرة الدستورية المتمثلة في المصادقة أو الرفض من طرف البرلمان.

الرأي فيما نعتقد، أنه مهما كانت المبادئ الدستورية والقانونية رصينة أصيلة متجدرة، فإنها تبقى عاجزة عن استيعاب التطورات الناجمة عن الأحداث التي يجود بها واقع الحال وكذا ما يضمره المستقبل، ومنها عجز مبدأ الشرعية الجنائية في صيغته الكلاسيكية عن استيعاب الأفعال التجريمية المستحدثة في إطار قالب قانوني حقوقي دون الإضرار بالمصالح الجوهرية للانسانية جمعاء، ومنها أساسا تحديد المسؤولية الجنائية "للفاعل" في إحداث وتركيب البنية الجينية لفيروس كورونا كوفيد – 19 ونقله من بقعة جغرافية لأخرى قصد إحداث اضطراب لدى البشرية بمختلف تلويناتها.

وفي الأخير يجب استحضار عنصر التوازن بين التحديات الأمنية وتحديات احترام حقوق الإنسان، وعدم الانحياز للتحديات الأمنية وحدها على حساب انتهاك حقوق الإنسان، وضرورة الجمع بين نوعين من التحديات عند تحديد أبعاد المواجهة في ظل حالة الطوارئ الصحية، تعزيزا للمكتسبات المحققة في هذا المجال.

السلامة الصحية للأجير في ظل جائحة كرونا
بين محدودية المقتضيات القانونية والتحديات المستقبلية

د. لبيب نبيل
دكتور في القانون الخاص بكلية الحقوق فاس

مقدمة

ظهرت خلال الآونة الأخيرة بؤر للإصـــابة وانتشـــار فيروس كورونا داخل بعض الوحدات الصـناعية في بعض المدن التي تعرف تواجد هذا النوع من المؤسـسـات،هذه الظاهرة رافقها تداول مجموعة من الصـفحات في شـبكات التواصـل الاجتماعي و بعض الجرائد الالكترونية لفيديوهات تُظهـــر احتجاجات عشرات الأجراء أمام الوحدات الصناعية التي يشتغلون بها بعد التأكد من ثبوت حالات إصـــابة مؤكدة داخلها، مُطالبين بتوفير وســائل الوقاية وحفظ الصـــحة من أجل الرجوع إلى استئناف عملهم، وهو ما جعل التساؤل يُطرح حول الالتزامات الواجبة على المشغلين بصفة عامة بخصوص حفظ صحة الأجراء وتوفير وسائل حمايتهم من العدوى في ظل تفشي جائحة كورونا، و مدى إمكانية امتناع الأجراء عن العمل في ظل انعدام أو نقص توفير هذه الوســـائل و عدم توفير ظروف صـحية مُلائمة تضـمن سـلامتهم[269]، هذا الحادث أعاد مسـالة الحفاظ على صـحة الأجراء وسلامتهم داخل المقاولة إلى الواجهة، خاصة مع إعلان حالة الطوارئ الصحية على مجموع تراب المملكة بمقتضـى مرسـوم[270] ، واتخاذ تدابير احترازية للحد من انتشـار العدوى بناء على توجهات ملكية سامية في هذا الموضوع [271]

ونظرا لأهمية هذا الموضوع فقد أفرد له المشرع المغربي في مدونة الشغل والمراسيم التنظيمية الملحقة بها مجموعة من التدابير الاحترازية ، من أجل الحفاظ على السلامة الصحية للأجراء داخل المقاولة في مختلف الأنشـــطة الاقتصـــادية و التجارية وحتى والفلاحية جاعلا بذلك الطبقة العاملة

---

[269] مروان اغرباوي: فرضية امتناع الأجير أو تغييبه عن الشغل بسبب عدم توفير شروط السلامة الصحية ووسائل الوقاية بمقر العمل في ظل تفشي جائحة كرونا www.alaa.ma تاريخ الولوج 24.05.2020 الساعة 20H54

[270] مرســـوم بقانون رقم 2.20.292 صـــادر في 28 رجب 1441 الموافق ل 23 مارس 2020 يتعلق بأحكام خاصـــة بحالة الطوارئ الصحية والإعلان عنها ج ر ع 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 الموافق ل 24 مارس 2020 ص 1782

- مرسـوم رقم 2.20.293 صـادر في 29 رجب 1441 الموافق ل 24 مارس 2020 يتعلق بأحكام خاصـة بحالة الطوارئ الصـحية والإعلان عنها لمواجهة نفشـي فروس كوفيد 19 ج ر ع 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 الموافق ل 24 مارس 2020 ص 1783

[271] للاطلاع على التوجهات التي أعلن عنها جلالة الملك لمواجهة جائحة كرونا الرجوع إلى : أمينة رضـوان تأملات في حالة الطوارئ الصحية بالمغرب مجلة الباحث ملف خاص3 جائحة كرونا الطوارئ الصحية العدد 19 يونيو 2020 ص 10

المحور الأساسي للنهوض بالحياة الاقتصادية داخل المقاولة، والمساهمة في تنميتها وتحقيق رهان استمرارها وهذا لن يتحقق إلا باحترام مجموعة من الضوابط القانونية للسعي وراء تحقيق التوازن الاقتصادي بين أهداف المقاولة وحقوق الأجراء ، وذلك بإرساء دعائم السلم والاستقرار الاجتماعي وعدالة متوازنة وتحقيق تنمية قارة ومستدامة[272]،وهذا لن يتحقق إلا بتكريس البعد الحقوقي في مدونة الشغل .

لكن رغم أهمية هذا الموضوع باعتباره يشكل نقاط الخلاف بين جميع مكونات العلاقة الشغيلة ، فإنه يطرح إشكالية أساسية بمدى قدرة التدابير الاحترازية التي أقرتها مدونة الشغل فيما يتعلق بالسلامة الصحية في تحقيق حماية للأجير داخل المقاولة ؟ وهل استمرار نشاط المقاولة يحافظ على النسيج الاقتصادي أم يهدد العنصر البشري؟

إن الإجابة عن هذه الإشكالية تقتضي منا وضع التقسيم التالي:

المبحث الأول:الإطار المرجعي للشروط السلامة الصحية للأجير داخل المقاولة

المبحث الثاني:مدى قدرة التدابير الاحترازية المتعلقة بشروط السلامة الصحية على حماية الأجير في ظل انتشار كوفيد 19

المبحث الأول:الإطار المرجعي للشروط السلامة الصحية للأجير داخل المقاولة

أصبح العالم في المرحلة الراهنة يدفع ثمنا باهظا نتيجة الحوادث التي أصبح يتعرض لها الأجراء سواء داخل أماكن العمل وأثناء تنقلهم إليها مما حدا باتخاذ تدابير فرضها المشرع على كل مشغل لضمان سلامة الأجراء وصحتهم خاصة في الآونة الأخير التي تتميز بانتشار جائحة كرونا كوفيد 19، والذي كان له تأثير على الاقتصاد من عدة جوانب.

وفي هذا الصدد تم إقرار مجموعة من الاتفاقيات الدولية التي حاولت أن تجسد مختلف التدابير لحفظ الصحة والسلامة « **الفقرة الأولى**"، كما عملت مختلف التشريعات منها المغرب على الأخذ

[272] عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل الجزء الأول ، علاقة الشغل الفردية المطبعة والوراقة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2004 ص 9

بمقتضياتها في ترسانتها القانونية ، وفرض تدابير احترازية عدة على المشغلين لسير العمل في جو من الاستقرار والأمن الصحي" **الفقرة الثانية"**

الفقرة الأولى: الاتفاقيات الدولية بشأن التدابير الاحترازية لحفظ صحة وسلامة الأجير داخل المقاولة

انطلاقا من القناعة الراسخة للمجتمع الدولي بضرورة اعتماد تدابير السلامة الصحية للأجير داخل المقاولة، تدخل المشرع الدولي وأقر مجموعة من التدابير ذات البعد الصحي للأجير داخل فضاء العمل أخذا بعين الاعتبار توجهات السياسة الوطنية لدول أعضاء المجتمع الدولي وهو ما تؤكده المادة 3 من اتفاقية العمل الدولية رقم 155[273] حيث نص على أنه" **تقوم كل دولة بصياغة وتنفيذ سياسة وطنية متسقة بشأن الصحة المهنية وبيئة العمل"** ونظرا لتعدد مصادر الخطر التي تهدد صحة وسلامة الأجراء أثناء قيامهم بالعمل نصت اتفاقية العمل رقم 155 في مادتها13[274] على أنه" **تكفل الحماية للعامل الذي نسحب من موقع العمل، يعتقد لسبب معقول وأنه يشكل تهديدا وشيكا وخطيرا لحياته وصحته مما قد يرتب انسحابه من عواقب وفقا للأوضاع و الممارسات المهنية"**حيث هدفت هذه المادة إلى حماية الأجير داخل محيط العمل من بعض الإخطار التي تهدد سلامته الصحية والجسمانية مع إمكانية الانسحاب من فضاء الشغل إذا أحس بخطر رغم ما قد يؤدي ذلك من عرقلة للسير العادي للشغل داخل المقاولة ، كل هذا الاهتمام كان نتيجة اعتراف المشرع الدولي في مواثيقه الدولية بحق المواطن في الصحة كما جاء ذلك في 3 للإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 حيت نصت على أنه" **لكل فرد الحق في الحياة والحرية والسلامة الصحية ..."** ونصت المادة 12 من الميثاق الدولي الخاص للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر في 1966على أنه" **تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه. تشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل:**

[273] دخلت هذه الاتفاقية حيز التطبيق في 11 غشت 1983

[274] تجدر الإشارة على أن المغرب تحفظ على المصادقة على المادة 13من اتفاقية العمل الدولية رقم 155 إلى الآن

أ) العمل علي خفض معدل موتي المواليد ومعدل وفيات الرضـــع وتأمين نمو الطفل نموا صحيا،

ب) تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية

ت) الوقـايـة من الأمراض الوبـائيـة والمتوطنـة والمهنيـة والأمراض الأخرى وعلاجهـا ومكافحتها"

وانطلاقا مما سبق يتبن أن المشرع الدولي قد كرس مجموعة من المقتضيات ذات البعد الصحي لحماية الأجير داخل المقاولة الشـــيء الذي دفع مجموعة من الدول إلى المصـــادقة على بنود هذه الاتفاقيات من بينها المغرب وإن كان قد تحفظ على بعض المواد لدواعي تتعلق بسـياسـته الداخلية فكيف ذلك؟

الفقرة الثانية:المقتضيات القانونية المتعلقة بالسلامة الصحية للأجير داخل المقاولة

باستقرائنا للمقتضيات القانونية التي جاءت بها مدونة الشغل المغربية،يتبين أنها أقرت مجموعة من القواعد والتدابير الاحترازية ذات البعد الصـــحي داخل المقاولة، إذ تم إلزام المقاولة باحترامها نظرا لكونها تعتبر من التدابير الإرشـادية للمقاولة لتفادي تحميلها تكاليف قد تضـطر إليها في حالة وقوع حوادث ناتجة عن غياب هذه التدابير [275]

وفي هذا السياق أكدت مدونة الشغل في القسم الرابع من الكتاب الثاني، شروط الشغل والأجر على مجموعة من المقتضـيات القانونية المتعلقة بصـحة الأجراء وسـلامتهم في المواد 281 إلى 344 من مدونة الشـغل، حيث جاءت هذه المواد بمجموعة من الشـروط و الإجراءات الواجبة على المشـغل التقييد بها في أمكان العمل من أجل المحافظة على صـحة الأجراء وسـلامتهم وتتجلى هذه التدابير بالأساس بحفظ صحة الأجراء ، خاصة الإنارة والتهوية والتدفئة، والماء الصالح للشرب ، وتجنب الحرارة المرتفعة وكثرة الضوضاء حيث أن عدد من حوادث الشغل كانت مردها إلى نقص في انتباه الأجير بسـبب التعب الذي يصـيب المقاولة والتي لا تتوفر على سـبل الراحة، لهذا عمل المشرع المغربي على إلزام المشغل بان يسهر على نظافة أمكان العمل والعمل على توفير الشروط

[275] عمر التزاوي: مدونة الشغل بين متطلبات المقاولة وحقوق الأجراء الطبعة الاولى2011 دار النشر سومكرام ص 137

الصـــحية فيها والمتطلبات اللازمة للمحافظة على صـــحة الأجراء خاصـــة المقتضـــيات الواردة في المادة 281 من مدونة الشغل[276] .

وعلى اعتبار أن الأنشطة الاقتصادية تختلف حسب نوعيتها و طبيعتها وخصوصيتها فإن هذا الاختلاف ينعكس كذلك على نوعية الأخطار المهنية التي تصـيب الأجراء داخل المقاولة ، وهذا ما دفع المشرع المغربي السلطة الحكومية المكلفة بالتشغيل بتحديد التدابير التطبيقية العامة فيما يتعلق بالمبادئ المنصـــوص عليها في المواد 281 إلى 291 من مدونة الشـــغل، وكذا التدابير الخاصـــة بتلك المبادئ مراعية في هذه الحالة ما تقتضيه بعض المهن [277]

وفعلا ثم إصـــدار قرار لوزير التشـــغيل و التكوين المهني رقم 93.08 [278]المتعلق بتحديد التدابير الخاصـــة و العامة المتعلقة بالمبادئ المنصـــوص عليها في المواد من 281 إلى 291 من مدونة الشـغل أي بعد مرور أربع سـنوات من صـدور مدونة التشـغيل حيز التطبيق لنسـجل التأخير الواضح في تفعيل مواد الصحة والسلامة المهنية الخاصة بالأجراء داخل المقاولة.

وخلاصة القول أن المشرع المغربي قد تبنى مجموعة من التدابير ذات البعد الصحي في مدونة الشـغل أخذا بذلك المعايير الدولية في هذا الجانب خاصـة اتفاقية العمل الدولية رقم 155 لكن رغم ذلك فإن السؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح في الصدد هل فعلا استطاعت هذه التدابير إعطاء حماية للأجير داخل المقاولة خاصـــة مع انتشـــار جائحة كرونا وما تبعها من ذلك من تدابير احترازية من أجل منعها من الانتشار؟

المبحث الثاني: مدى قدرة التدابير الاحترازية المتعلقة بشـروط السـلامة الصـحية على حماية الأجير في ظل انتشار كوفيد 19

إن المتأمل لمقتضـــيات مدونة الشـــغل ، والتدابير الاحترازية التي اتخذتها الحكومة في بعدها الصـحي للحيلولة دون انتشـار فيروس كرونا كوفيد 19 يتبين لنا بالملموس أن المشـرع المغربي قد رجح البعد الصـــحي للأجير عن البعد الاقتصـــادي للمقاولة " **الفقرة الأولى**"كجانب ايجابي في هذا

---

[276] عبد اللطيف خالفي م س ص 548

[277] Addelah boudahrine le droit du travail au maroc edition al adarissa Casablanca tome2 p270

[278] قرار وزير التشـــغيل و التكوين المهني رقم 93.08 صـــادر في جمادى الأولى 1429 الموافق ل 12 ماي 2008 بتحديد التدابير التطبيقية العامة و الخاصة المتعلقة بالمبادئ المنصوص عليها في المواد 281 إلى المواد 291 من مدونة الشغل الصادر في الجريدة الرسمية عدد

الموضـــوع ،وإن كانت بعض المقتضـــيات في التشـــريع الاجتماعي الخاص بالاجراء قد أبان عن محدوديته في ظل انتشار هذه الجائحة مما يستوجب معه التعديل لا ستشراف أفاق أفضل **" الفقرة الثانية"**

الفقرة الأولى: ترجيح البعد الصحي للأجير عن البعد الاقتصادي للمقاولة

عند اســتقرائنا لمقتضــيات مدونة الشــغل المغربية و المقتضــيات التي جاء بها مرســوم حالة الطوارئ الصـادر مؤخرا يتبين أن المشـرع المغربي قد عمل على إعطاء حماية للأجير في الجانب المتعلق بالبعد الصـحي عن الجوانب الاقتصـادية للمقاولة ويظهر ذلك جليا من خلال إجبار المشـغل على احترام تدابير السلامة الصحية داخل المقاولة" أولا" مع التنصيص على مجموعة من التدابير ذات البعد الصحي في المرسوم المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصادر في مارس 2020 " ثانيا"

أولا: إجبار المشغل باحترام تدابير الصحة والسلامة داخل المقاولة

عند مسألتنا لمدونة الشغل عن مسؤولية المشغل في حفظ صحة و سلامة الأجراء من فيروس كرونا كفيد 19 المســتجد،فإنها تحيلنا بشــكل مباشــر على المادة 24 من مدونة الشــغل التي تلزم المشـــغل باتخاذ جميع التدابير اللازمة لحماية ســـلامة الأجراء وصـــحتهم أثناء القيام بالعمل أو بمناسـبته،ثم القسـم الرابع من مدونة الشـغل المتعلق بحفظ صـحة الأجراء وصـحتهم خاصـة المادة 281 ومايليها،حيث ألزمت أحكام هذا القسم اتخاذ مجموعة من التدابير و الإجراءات لحماية صحة وسلامة الأجراء، تحث طائلة غرامة تفرض على المشغل في حالة مخالفة هاته التدابير تتراوح بين 2000 درهم و 5000 درهم مع مضـــاعفته في حالة العود[279]، لكن رغم ذلك فإن الأجراء الأكثر فاعلية والذي سيجعل المشغل يلتزم بمقتضيات الصحة والسلامة هو ما تم التنصيص عليه في المادة 300 من مدونة الشغل **" يمكن للمحكمة في حالة خرق المقتضيات التشريعية و التنظيمية المتعلقة بمراعاة شـروط السـلامة وحفظ الصـحة، أن تصـدر حكما بالإدانة مقرونا بقرار الإغلاق المؤقت للمؤسـسـة ، طيلة مدة لا يمكن أن تقل عن عشـرة أيام ولا أن تتجاوز سـتة أشـهر، سـواء كانت مسـطرة الإنذار سـارية أم لا، ويسـتوجب الإغلاق مراعاة المنع المشـار إليه في الفقرة الثانية من**

[279] ينظر في هذا الصدد المادة 299 من مدونة الشغل المغربية

المادة 90 من القانون الجنائي، وفي حالة عدم احترام هذه المقتضيات تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفصل 324 من القانون الجنائي.

ويمكن للمحكمة في حالة العود، أن تصدر أن تصدر حكما بالإغلاق النهائي للمؤسسة وفقا للفصلين 90 و 324 من القانون الجنائي"

إذ الملاحظ من خلال مقتضيات هذه المادة نلاحظ أنها جاءت بإجراءات أكثر صرامة لإجبار المشغل على احترام تدابير الصحة والسلامة الخاصة بالأجير داخل المقاولة، حيث ربطت مخالفة هذه التدابير ذات البعد الصحي بمقتضات جنائية تدخل في خانة التدابير الوقائية العينية[280]إذ أقرت منع المحكوم عليه من مزاولة نفس المهنة أو النشاط الذي كان يزاوله المحكوم عليه، ويشمل المنع كذلك أفراد أسرته أو غيرهم ممن يكون هذا الأخير قد باع له المحل أو أكراه أو سلمه إليه، كما يسري المنع في حق الشخص المعنوي أو الهيئة التي كان ينتمي إليها، أو كان يعمل لحسابها وقت ارتكاب الجريمة [281]وفي هذا الصدد ربط المشرع الجنائي المغربي مخالفة هذه المقتضيات السالفة ذكرها بعقوبات حبسية ،تبتدئ من شهر إلى ستة أشهر حبسا وغرامة من200 درهم إلى 2000 درهم[282] .

وحماية للأجراء من جراء هذا الإغلاق فان المادة 301 ألزمت المشغل باستمرار طيلة مدة الإغلاق المؤقت ، في أداء ما يستحقه أجراؤه من أجور وتعويضات، وفوائد مادية أو عينية كانوا يتقاضونها قبل تاريخ الإغلاق ، كما ألزمت المشغل في حالة الإغلاق النهائي للمقاولة وأدى ذلك إلى فصل الأجراء عن عملهم وجب عليه أن يؤدي لهم التعويضات التي يستحقونها في حالة إنهاء عقد الشغل بما في ذلك التعويض عن الضرر[283].

بالإضافة إلى ما سبق، تم إقرار لجنة المقاولة في المقاولات التي تتوفر على خمسون أجيرا فما فوق [284]هدفها حفظ السلامة الصحية للأجراء داخل فضاء الشغل، إذ تتوفر على تركيبة مهمة على

---

[280] Bouharou ahmed. Le droit pénale du travaille et la sécurité sociale.imp el maraarif al jadida /rabat édition 2012 P 81

[281] أنظر الفصل 90 من القانون الجنائي

[282] انظر الفصل 324 من القانون الجنائي

[283] مولود عشاش إشكالات علاقات الشغل في إطار تفشي وباء كرونا المستجد كوفيد 19 مؤلف جماعي تحت عنوان الدولة والقانون في زمن جائحة كرونا عدد خاص بكرونا جمع وتنسيق نبيل بوحميدي، عبد المهين حمزة ،مجلة العلوم القانونية سلسلة إحياء القانون ماي 2020 ص 434

[284] ينص الفصل 337 من مدونة الشغل على تركيبة لجنة السلامة الصحية وتتكون من " تتكون لجنة السلامة وحفظ الصحة من :

- ✓ المشغل أو من ينوب عنه، رئيسا؛
- ✓ رئيس مصلحة السلامة، وعند عدم وجوده، مهندس أو إطار تقني يعمل بالمقاولة، يعينه المشغل؛

اعتبار أنها تضم منتمين عن الإدارة وممثلين عن الأجراء وطبيب الشغل وذلك بهدف استقصاء المخاطر المهنية والعمل بشكل جماعي وتشاركي من أجل الوقاية من حوادث الشغل والأمراض المهنية ،وكذا الحد من انتشار كوفيد 19 ،ومن شأنها كذلك في هذه الظرفية أن تكون بمثابة لجنة اليقظة تقوم بالتتبع اليومي للتطبيق السليم للإجراءات الاحترازية لاسيما أنها تتكون من ممثلين عن الأجراء والمشغل أو من يمثله بالإضافة إلى طبيب الشغل .

كل هذا يجعلنا نستنتج أن المشرع المغربي كان صارما في ترجيح البعد الصحي للأجير وحماية صحته من الأخطار التي قد تهدده داخل فضاء العمل، عن الجانب الاقتصادي للمقاولة فيما يتعلق بالسلامة الصحية، خاصة مع تفشي جائحة كرونا كوفيد 19 ، إذ اعتمد مجموعة من التدابير التي تهدف أساسا إلى حماية المواطن بصفة عامة والأجير بصفة خاصة فكيف ذلك؟

ثانيا:إعطاء أهمية للبعد الصحي في المرسوم المتعلق بإعلان حالة الطوارئ بسبب كوفيد 19

إن أهمية الأمن الصحي لا تقل أهمية عن الأمن الغذائي و الأمن السياسي، وذلك لما لي الصحة من تأثيرات مباشرة على مجموعة من مناحي الحياة، ذلك أن الحفاظ على حياة وسلامة المواطنين كأولوية قصوى ولو على حساب الاقتصاد الوطني، هو المنهج الذي سار عليه المغرب وكان سبقا لاتخاذ مجموعة من التدابير الصحية الاحترازية الصارمة اعتمادا على التوجهات الملكية في هذا الجانب[285]،بالإضافة إلى مجوعة من الإجراءات التي بادرت القطاعات المعنية لاتخاذها كل حسب موقعه وتخصصه وذلك تفاديا للخطر الكبير الذي كان يهدد المنظومة الصحية بسبب هذا

- ✓ طبيب الشغل بالمقاولة؛
- ✓ مندوبين اثنين للأجراء يتم انتخابهما من قبل المندوبين المنتخبين؛
- ✓ ممثل أو ممثلين نقابيين اثنين بالمقاولة عند وجودهما.
- ✓ يمكن للجنة، أن تدعو للمشاركة في أشغالها كل شخص ينتمي إلى المقاولة يتوفر على الكفاءة والخبرة في مجال الصحة والسلامة المهنية، خاصة رئيس مصلحة المستخدمين أو مدير إدارة الإنتاج بالمقاولة."

285 حيت اصدر جلالة الملك محمد السادس تعليماته السامية للمفتش العام للقوات المسلحة الملكية من أجل وضع المراكز الطبية المجهزة التي أمر الملك بإحداثها لهذا الغرض بمختلف جهات المملكة ،ووضعها رهن إشارة المنظومة الصحية بكل مكوناتها كما أعطى أوامره لتقوية الطاقة السريرية للإنعاش المقدرة ب 1640 سرير إلى 3000 سرير ، وأمر جلالته الأطباء العسكريين بالعمل سويا مع نظائرهم المدنين في عمليات محافحة فيروس كرونا ، وإلغاء التجمعات و التظاهرات الرياضية و الثقافية و الفنية وإحداث صندوق خاص بتدبير جائحة كرونا كوفيد 19 وتوقيف الدراسة بالمدارس و الجامعات ، والإغلاق المؤقت للمساجد، وتعليق الجلسات بمختلف المحاكم ومن إعطاء أوامره للقوات المسلحة الملكية على فرض احترام حالة الطوارئ الصحية بالمملكة.

الوباء[286]فالأولوية الأمن لحماية صـــحة وســـلامة المواطن ووقف تفشـــي فيروس كرونا، وبعدها ستصبح الأولوية مرتكزة على إعادة الحياة الاقتصادية تدريجيا لو ضعها الطبيعي، وذلك بالموازاة مع معالجة الآثار على هذه القطاعات الاقتصـــادية، وفي المقابل تكريس الأمن الصـــحي من خلال التدابير التي فرضـــتها الســـلطات المختصـــة[287] والتي تم الإعلان عنها في المرســـومين المتعلقين بالإعلان عن حالة الطوارئ الصحية[288]، كما تم نهج سياسة اقتصادية أخرى موازية تحاول الدولة من خلالها التخفيف من حدة الآثار السلبية للطوارئ الصـحية حيت عمدت لجنة اليقظة الاقتصـادية إلى اتخاذ جملة من التدابير التي تروم في مجملها الحفاظ على التوازن الاقتصـــادي الوطني ، والتي تبقى تدابير وقتية لا ترقى إلى الحد من الأزمة الاقتصادية وإنما التخفيف من حدتها [289].

وارتباطا بالموضـــوع فإذا كانت هذه التدابير المتخذة من طرف الجهات المختصـــة تعتبر تدابير صحية عامة فإن المشرع المغربي قد وضع مجموعة من التدابير الخاصة بالأجراء في المقاولات رغبة منه في الحد من تفشي الفيروس كرونا كوفيد 19 ، وتحقيق السلامة الصحية للأجراء داخل المقاولة في ظل تفشي هذا الوباء ، حيث تم إقرار مجموعة من التدابير الاحترازية من أجل ضمان الســـلامة الصـــحية للأجراء عند ولوجهم للمقاولة،إذ يتم تعقيم الأحذية بمواد التعقيم وقياس درجة الحرارة بمقياس خاص وكل شخص له درجة الحرارة تفوق 37,5 لا يسمح له بالولوج الى المقاولة ، مع توفير في مدخل الشركة معقم اليدين بشكل كافي، بالإضافة إلى اعتماد التباعد الاجتماعي بين الأجراء واحترام مســـافة الأمان ، إذ تم اعتماد مســـاحة 1.5 متر في الأماكن المشـــتركة ووحدات الإنتاج ، و 4.5 في المكاتب مع ارتداء الأقنعة الواقية بشـــكل إجباري واحترام طريقة اســـتعمالها

---

286 نعيمة أجبار فقدان الشغل بسبب الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية : مؤلف جماعي تحت عنوان الدولة والقانون في زمن جائحة كرونا عدد خاص بكرونا جمع وتنسيق نبيل بوحميدي، عبد المهين حمزة مجلة العلوم القانونية سلسلة إحياء القانون ماي 2020 ص 443

287 لقد تضمن بلاغ وزارة الداخلية بتاريخ 16 مارس 2020 مجموعة من المقتضيات ذات الطابع الصحي والذي يهدف الى منع تفشي فيروس كرونا كوفيد 19 حيت تقرر إغلاق المقاهي والمطاعم ، والقاعات السينمائية والمسارح وقاعات الحافلات، والأندية والقاعات الرياضـــية، والحمامات وقاعات الألعاب وملاعب القرب في وجه العموم إلى إشـــعار أخر وذلك في إطار التدابير والإجراءات الاحترازية المتخذة لتصدي لخطر تفشي وباء كرونا المستجد بالمملكة ومن منطق المسؤولية والحرص على ضمان الأمن الصحي للمواطنين والمواطنات مع الإشـــارة إلى أن هذا الإجراء لا يشـــمل الأســـواق والمتاجر ومحلات المتعلقة بعرض وبيع منتوجات الضـــرورية للمعيشـــة اليومية للمواطنين، والمطاعم التي توفر خدمة توصـــيل الطلبيات إلي المنازل ، مؤكدة الحرص على ضـــمان التمويل المستمر و المنظم للاسوق الوطنية بالمواد التموينية الأساسية وعدم المساس بسالك التوزيع وتامين توفر العرض الكافي من هذه المواد بمختلف نقاط البيع بمجموع أسواق المملكة.

288 كما تضمن مرسومي حالة الطوارئ الصحية 2.20.292 الصادر في 23 مارس 2020 ومرسوم 2.20.293 الصادر في24 مارس 2020 على مجموعة من التدابير الصحة نجملها فيما يلي:

- ✓ يتعين على الأفراد التقيد بالأوامر والقرارات الصادرة عن السلطة العمومية
- ✓ خول قانون الطوارئ الصـحي للسـلطات العمومية اتخاذ مجموعة من التدابير أهمها،عدم مغادرة الأشـخاص سـكناهم إلا في حالة الضرورة القصوى بالإضافة إلى منع التجمعات و التجمهرات الاجتماعية للأشخاص إلا إذا كانت لغرض مهني ورعيت فيها تدابير الوقاية وإغلاق المحلات التجارية ومن في حكمها التي ستستقبل العموم

289 للاطلاع على مختلف التدابير الاقتصادية التي اعتمدتها الحكومة لمواجهة اثار الأزمة الاقتصادية للمقاولات المتضررة الرجوع الى جريدة الأخبار عدد 2240 الصادر في 24 مارس 2020

ومدة صلاحيتها وان تكون هذه الأقنعة الواقية مطابقة للمعايير المعمول بها بشكل كافي وطبيعي و الابتعاد عن التهوية الصناعية لأنها عنصر مساعد في نقل العدوى ، كذلك تم اعتماد برامج واضحة للنظافة و تعقيم أماكن العمل مع ترك مدة زمنية بين كل فريق، مع تعيين مسؤول للنظافة لتسهيل عملية التعقيم ، زد على ذلك عسل اليدين باستمرار وتوفير أنابيب كافية للماء الصالح للشرب مع الصابون ومساحات ورقية.

وفيما يخص الاجتماعات ، تم توقيف الاجتماعات الحضورية وتعويضها بالاجتماعات عن بعد وفي حالة الاضطرار لحضور الاجتماع يجب التقيد بمجوعة من الإجراءات تتجلى أساسا في:

- ✓ التقليل من عدد الأشخاص لحضور الاجتماع وتعويضها بالاجتماعات عن بعد وفي حالة الحضور القليل من مدة الاجتماع.
- ✓ تهيئة الكراسي داخل القاعة بشكل يحترم مسافة الأمان المعتمدة في ذلك[290]

وتجدر الإشارة إلى أنه لضمان نجاح تطبيق هذه التدابير الاحترازية بالشكل الجيد، يجب أن تقوم المقاولة بإعداد برامج لتكوين وتحسيس الأجراء حول مخاطر فيروس كرونا كوفيد 19، وخصائصه وكذلك طرق الوقاية منه مع العمل على وضع برامج عمل في هذه الحالة التي وقع شك انه أجل الأجراء مصاب بهذا الفيروس مع طبيب الشغل ولجنة السلامة الصحية وذلك من أجل التعامل الجيد مع الحالات المشكوك فيها

الفقرة الثانية: قصور مدونة الشغل في استيعاب إشكالات علاقة الشغل التي طرحها فيروس كوفيد 19

ويظهر ذلك بالخصوص في:

أولا: عدم استيعاب قانون حوادث الشغل والأمراض المهنية 12.18 لوباء كوفيد 19

لايخفى على أي مهتم بالحقل التشريعي ، بأن المشرع المغربي عمل جاهدا في السنوات الأخيرة على تحديث الترسانة القانونية بما يتماشى مع توفير الحماية الاجتماعية للأجير من جهة ، وعلاقة أحكام التشريع الاجتماعي مع المواثيق الدولية من جهة أخرى، وأمام هذا الوضع كان

[290] محمد الداودي: التدابير الاحترازية لحماية صحة وسلامة الأجراء ضد فيروس كوفيد 19 داخل المقاولة الإطار القانوني والممارسات الجيدة مقال منشور في موقع العلوم القانونية تاريخ الولوج 25.05.2020 على الساعة 20h45

الهاجس لدى الفرقاء الاجتماعين هو ضـــرورة تعديل مقتضـــيات ظهير 1963 المتعلق بحوادث الشغل والأمراض المهنية وهو ما تكلل بإصدار ظهير 12.18[291] والذي يعتبر إطارا قانونيا جديدا بحمولة من الضـــمانات الحمائية [292]من الأهمية بمكان بالرغم من مظاهر القصـــور التي أصـــبحت تعتريه خاصـــة مع ظهور مستجد فيروس كرونا كوفيد 19، الشـــيء الذي أصـــبح يطرح تســـاؤلات حول قدرة قانون 12.18 على اســـتيعاب الإشـــكاليات التي طرحها فيروس كرونا خاصـــة التكيف القانوني الإصـــابة الأجير بفيروس كرونا هل هي حادثة شـــغل أم لا؟ إن الإجابة عن هذا الإشـــكال تقتضي منا كيف عرف المشرع المغربي حادثة شغل وشروطها **"1"** تم معالجة مدى اعتبار مرض الأجير بفيروس كرونا حادثة شغل**"2"**

1: تعريف حادثة الشغل وشروطها

على عكس ما كان عليه الأمر في ظهير 1963 الملغى عمل المشـــرع المغربي في القانون 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية على تعريف حادثة الشغل مخالفا بذلك ما جرت عليه العادة بترك ذلك الأمر للفقه[293] ، حيث عرف التشـــريع المغربي حادثة الشـــغل في المادة 3 من قانون 12.18 على أنها**"تعتبر حادثة شـــغل كل حادثة، كيفما كان ســـببها يترتب عنها ضرر، للمستفيد من أحكام هذا القانون، سواء كان أجيرا أو يعمل بأية صفة تبعية كانت وفي** أي **محل كان إما لحساب مشغل واحد أو عدة مشغلين، وذلك بمناسبة أو بسبب الشغل أو عند القيام به، ولو كانت هذه الحادثة ناتجة عن قوة قاهرة أو كانت ظروف الشـــغل قد تســـببت في مفعول هذه القوة أو زادت في خطورتها إلا إذا أثبت المشـــغل أو مؤمنه طبقا للقواعد العامة للقانون أن مرض المصاب كان سببا مباشرا في وقوع الحادثة.**

ويقصد بالضرر في مفهوم هذا القانون كل إصابة جسدية أو نفسية تسببت فيها حادثة الشغل وأسفرت عن عجز جزئي أو كلي، مؤقت أو دائم، للمستفيد من أحكامه"

ذلك أنه من هذه المادة السالفة الذكر، نجد المشرع المغربي قد عمل على تحديد عناصر حادثة الشغل حتى نتمكن من القول بأن ما أصاب الأجير من أضرار بأنها حادثة شغل وهذه العناصر هي:

---

[291] ظهير شريف رقم 1.14.190 صادر في 6 ربيع الأول 1436 (29 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل

[292] رضوان الفيزازي: إصابة الأجير بفيروس كرونا المستجد في ضوء قانون 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية مجلة الباحث عدد خاص بكرونا العدد 18 ماي 2020 ص 301

[293] تجدر الإشارة إلى أن الفقيه أمال جلال عرف حادثة شغل على أنها" ما يصيب جسم الأجير بشكل خارجي وعنيف" أورده في كتابه مسؤولية المؤاجر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي مطبعة النجاح الجديدة طبعة 1977 ص 185

- وقوع حادثة كيفما كان سببها حتى ولو كانت راجعة لقوة قاهرة
- وجود علاقة سببية بين الحادث و الضرر الذي لحق الأجير من جراء هذه الحادثة.
- خضوع الأجير لتبعية مشغله أثناء الحادث وإلا كنا أمام حادثة طريق.
- ضرورة توفر عنصر المفاجئة أي أن هذا الحادث يجب أن يكون غير متوقع

ويتضح أن المشرع المغربي وسع من حالات حادثة الشغل، حيث أضاف القانون 12.18 الحوادث الناتجة عن القوة القاهرة والذي لم يكن القانون الملغى يسمح به إذ لم يعد بإمكان المشغل إثارة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لتملص من التعويض، وإن كان من المعلوم أنه لقيام حادثة شغل لا بد توفر عنصر العلاقة السببية بين الحادث والضرر، إذ لا يمكن وصف حادثة بكونها حادثة شغل إلا إذا كان هناك علاقة بين هذه الحادثة والضرر ووجود العلاقة التبعية بين المشغل والأجير بالإضافة إلى عنصر المفاجئة.

وعليه فبعد عرض تعريف حادثة الشغل وعناصرها فإن التساؤل الذي فرض نفسه في هذه النقطة هل إصابة الأجير بفيروس كرونة كوفيد 19 يدخل في إطار حوادث الشغل؟

2: مدى اعتبار إصابة الأجير بفيروس كرونا كوفيد 19 حادثة شغل

إن الأجير في العديد من الأحيان يكون معرض لمجموعة من المخاطر إما أثناء القيام بعمله تحت رقابة مشغله أو بمناسبته، لكن الخطر الأكبر الذي يحيط بالإنسانية جمعاء وخاصة الأجراء في القطاع الخاص، وهو انتقال العدوى لهذه الفئة وإصابتها بفيروس كورنا كوفيد 19 على اعتبار أن العديد من الوحدات الصناعية والتجارية لم توقف أنشطتها بسبب التدابير التي اتخذتها السلطات المختصة لإنجاح الحجز الصحي، والحد من انتشار هذا الوباء مما جعل إمكانية إصابة الأجير بالفيروس المذكور قائمة في أي وقت وهذا ما عرفته بلانا في العديد من المدن المغربية، الأمر الذي طرح نقاشا بين الباحثين والمهتمين فهذه المسألة اعتبار إصابة الأجير بفيروس كرونا حادثة شغل أم لا.

هذا النقاش قسم الباحثين والمهتمين إلى اتجاهين، اتجاه يرى أن إصابة الأجير بفيروس كرونا حادثة شغل[294] ومبررهم في ذلك اعتمد على أن إصابة الأجير بفيروس كورنا كوفيد 19 هو فعل ضار مس الأجير بسبب أن فيروس كرونا يجعل المصاب به يتعرض لازمة تنفسية، كما أنه

[294] محمد حاجي: مدى استيعاب قانون حوادث الشغل والأمراض المهنية لوباء كوفيد 19 مجلة منازعات الأعمال العدد 52 يونيو 2020 خاص بكورنا 2 ص 134

إذا كان لهذا الأجير أي مرض سابق فسيكون مضاعفات لهذا المرض كبيرة، كما اعتبروا أن إصابة الأجير بهذا الفيروس يحقق عنصر الفجائية نظرا لكون كوفيد 19 ينتقل بسرعة ودون أن تكون أي أثار على المصاب خاصة في مرحلة حضانة الفيروس التي يمكن أن تمتد إلى 14 حسب علماء الأحياء، كما أضاف هذا الاتجاه أن إصابة الأجير داخل المقاولة بسبب عمله يبرر العلاقة السببية بين الفعل والضرر وهو عنصر أساسي في قيام حادثة الشغل، واعتبروا كذلك أن تعدد المصابين داخل المقاولة يعتبر قرينة على أن الأجراء أصيبوا داخل المقاولة ، ويبقى على المشغل واجب إثبات أنه وفر مستلزمات الوقاية، وأنه قام بالإجراءات الاحترازية لتفادي الوباء.

في حين يرى الاتجاه الثاني من الباحثين أن إصابة الأجير بفيروس كورنا كوفيد 19 لا يعتبر حادثة شغل[295] وقد برروا ذلك بعدة مبررات نجملها فيما يلي:

✓ **المبرر الأول:** هو أنه لا توجد حادثة ما دام أن الإصابة بفيروس كورنا كوفيد 19، تم عن طريق انتقال العدوى من شخص إلى أخر من خلال التصافح أو لمس أشياء معينة

✓ **المبرر الثاني:** هو أنه لا يمكن تصور عنصر المفاجئة كعنصر أساسي في حادثة شغل، ذلك أنه لا يمكن الوقت الذي انتقلت إليه العدوى ، ومكان وزمان إصابته، بل من الصعب القول انه قد انتقلت إليه العدوى أثناء قيامه بعمله وتحت رقابة مشغله، إضافة إلى ذلك ما يجعل الأمر صعب الإثبات وهو أن أعراض الإصابة بهذا الفيروس لا يظهر في الحين بل بعد مرور مدة معينة حسب الحالات تختلف من حالة إلى أخرى، بل هناك حالات لا تظهر عليها الأعراض المعروفة يمكن القول من خلالها أن الأجير قد أصيب بفيروس كرونا داخل المقاولة.

ومن خلال ما سبق وإما هذا النقاش المحتدم بين هذا الاتجاه أو ذاك فانه يظهر لنا أن القانون 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية قاصرا عن استيعاب مرض الأجير بفيروس كورنا كوفيد 19 واعتبار ذلك كحادثة شغل،مما يبقى للقضاء دور مهم في تقدير مدى اعتبار إصابة الأجير بفيروس كرونا حادثة شغل أم لا في أفق تعديل المادة 3 من قانون 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في اقرب فرصة ممكنة تستوعب من خلاله هذا المستجد الذي فرض بقوة مع ظهور فيروس كرونا.

[295] محمد أحلي: تعويض الأجير المصاب بفيروس كرونا المستجد بفعل عمله وفق التشريع المغربي، مؤلف جماعي تحت عنوان الدولة والقانون في زمن جائحة كرونا عدد خاص بكرونا جمع وتنسيق نبيل بوحميدي، عبد المهين حمزة مجلة العلوم القانونية سلسلة إحياء القانون ماي 2020 ص461

ثانيا: غموض قانون 12.18 في استيعاب كوفيد 19 كمرض مهني

قبل البعض في إبراز حدود اســـتيعاب قانون 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشـــغل والأمراض المهنية، لا بد من الإشـــارة إلى أن الفقه لم يعطي تعريف دقيق للمرض المهني نظرا لصـــعوبة ذلك من الناحية الطبية، إذ ليس هناك حدود بين المرض المهني والمرض العادي[296] وقد تأثر المشرع المغربي بذلك إذ لم يعطي تعريفا للمرض المهني وإنما احال على النصوص تنظيمية معينة في المادة 11 من قانون 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشـــغل والأمراض المهنية حيث نص في هذه المادة " **وتطبق أيضا أحكام هذا القانون على الأجراء والمستخدمين المصابين بأمراض مهنية طبقا للشروط المحددة في النصوص التشريعية**

والتنظيمية المتعلقة بالأمراض المهنية" وقد نصت النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالأمراض المهنية نجد الفصـــل 2 من ظهير 31 ماي 1943[297] يبرز مجموعة من الأنواع التي تدخل ضـــمن صـــنف الأمراض المهنية حيث ورد أنه" **تعتبر أمراض مهنية حســـب معنى ظهيرنا الشريف هذا ، كل العلل المؤلمة والأمراض المتسببة عن الجراثيم التعفنية وكذا الأمراض المبينة في قرار وزير الشـــغل و الشـــؤون الاجتماعية المتخذة بعد اســـتشـــارة وزير الصـــحة العمومية و العائلية ويشمل هذا القرار جداول يبين فيها بدقة ووضوح مايلي:**

- **مظاهر أمراض التســـمم الحادة والمزمنة التي تتجلى في العملة المعرضـــين عادة لعوامل مواد ســـامة، بســـبب انجاز أشـــغال تتطلب ممارســـة أو اســـتخدام عناصـــر ســـامة وقد أشـــير في هذا القرار على سبيل الإرشاد إلى أهم تلك العناصر .**
- **الأمراض المتســـببة عن الجراثيم التعفنية والتي تداهم من يشـــتغل عادة بالأعمال المبنية في الجدول المشار إليه أعلاه.**
- **الأمراض الناتجة عن الوســـط الذي يوجد فيه العامل ، أو عن الوضـــعيات التي يلزم فيها باتخاذها لانجاز شغل من الأشغال المبنية في الجداول المذكورة."**

وتأسيسا على ما سبق فان السؤال الذي يطرح نفسه بقوة، هل فعلا يدخل فيروس كورنا كوفيد 19 ضمن أصناف الأمراض المهنية وفق التشريع المغربي المنظم لذلك؟

---

[296] مريم الداودي :التعويض عن الأضرار المهنية في التشريع المغربي مكتبة دار السلام الرباط الطبعة الأولى 2018 ص 29

[297] ظهير الشريف المتعلق بالأمراض المهنية الناشئة عن الخدمة المهنية والصادر في 31 ماي 1943 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 2088 بتاريخ 31 اكتوبر 1951 ص 6480

دهب بعض الباحثين في هذا الصدد إلى أن إصابة الأجير بفيروس كورنا يدخل ضمن صنف الأمراض المهنية، ومبررهم في ذلك أنه مادامت شروط المرض المهني متوفرة في حالة الأجير الذي أصيب بفيروس كورنا كوفيد 19 يعتبر مرضا مهنيا، مادام أن الأمراض الواردة تعدادها في اللوائح بظهير 31 ماي 1943 ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، مؤكدين موقفهم بتوجه بمحكمة النقض التي أصدرت مؤخرا قرارات تبين أن الأمراض المهنية الواردة في ظهير 31 ماي 1943 جاءت على سبيل المثال لا الحصر[298]. وعلى عكس ما دهب إليه الاتجاه المؤيد لاعتبار فيروس كرونا مرض مهني، فانني ارى عكس ذلك ولي في ذلك عدة مبررات :

المبرر الأول: هو أن ظهير 31 ماي 1943 تحدث عن الجراثيم التعفنية وأمراض التسمم الحادة أو المزمنة التي تصيب العامل في الوسط المهني الذي يشتغل فيه الشيء الذي يخرج إصابة الأجير بفيروس كورنا كوفيد من صنف الأمراض المهنية، لان هناك فرق بين المفهوم العلمي للفيروس و المفهوم العلمي للجراثيم فالأول هو أصغر بكثير من الخلايا. ففي الواقع فإن الفيروسات هي كبسولات تحتوي على مواد وراثية. ومن أجل التكاثر، تغزو الفيروسات خلايا الجسم، وتسيطر على الآلية التي تجعل الخلايا تعمل. ويتم تدمير الخلايا المضيفة غالبًا في نهاية الأمر خلال هذه العملية.بينما الجراثيم هي كائنات حية أحادية الخلية لا تُرى إلا بالمجهر. فهي صغيرة لدرجة أنك إذا وضعت الآلاف منها جنب بعضها البعض، فقد لا تملأ سوى طرف ممسحة القلم الرصاص وليست كل البكتيريا ضارة، بل إن بعض البكتيريا التي تعيش داخل الجسم مفيدة،

المبرر الثاني: هو أنه ليس هناك حدود فاصلة حسب الأخصائيين بين المرض المهني والمرض العادي وذلك لصعوبة إثبات علاقة المرض نظرا لطبيعة العمل المنجز من قبل هذا الأجير، نظرا لاختلاف فترة التعرض للمخاطر المهنية ومدى مزاولتها فضلا عن اختلاف الأجراء أنفسهم من ناحية الاستعداد لتقبل المرض إيجابا أو سلبا لاختلاف الحالة السيكولوجية من شخص لأخر[299] وفيروس كورنا يدخل في هذا النطاق، ولازالت الأبحاث عامة حوله لذلك لا يمكن الجزم أنه مرض مهني من عدمه .

ويبقى أهم شيء في الوقت الراهن هو الدعوة إلى تعديل المقتضيات القانونية الخاصة بالمرض المهني الواردة في 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية ، وظهير 31

[298] محمد أحلي مرجع سابق ص 463
[299] عبد اللطيف خالفي م س ص 113

ماي 1943 بما يتماشى مع ما خلفه هذا المستجد من اشكالات،مع التنصيص على ضرورة التأمين الإجباري على الأمراض المهنية للأجراء من طرف المشغلين تحث طائلة عقوبات زجرية ومالية لكل من خالف ذلك، بالإضافة تجريم التلاعب في التصريح بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، حيث توجد تلاعبات كثيرة ،بين الذين لا يصرحون بشكل مطلق،وبين من يصرح بأيام قليلة لا تعكس الواقع الشيء الذي يضيع على الأجراء الكثير من الحقوق وعلى رأسهم التوقف عن العمل بسبب مرض مهني أو حادثة شغل.

خاتمة:

بعد عرضنا لمختلف الإشكاليات المتعلقة بشروط الصحة والسلامة الواردة في مدونة الشغل نستنتج أنه رغم أن المشرع المغربي، يتوفر على ترسانة قانونية مهمة تتعلق باحترام تدابير السلامة الصحية الخاصة بالأجير داخل فضاء الشغل فإنه رغم ذلك أبانت عن محدوديتها بسبب المستجدات التي ظهرت مع ظهور فيروس كورنا كوفيد 19 خاصة في الجانب المتعلق بعلاقة الشغل الفردية بين الأجير و المشغل، إذ تستوجب من المشرع التدخل في أقرب الآجال من لتقديم مجموعة من المقترحات من أجل تعديل مدونة الشغل، وقانون 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، لاستيعاب الإشكاليات القانونية التي طرحها مستجد كرونا وناقشناها سابقا، خاصة تهيئ فضاء الشغل واحترام تدابير السلامة الصحية داخل فضاء الشغل، والنص على إجبارية التأمين على الأمراض المهنية والتصريح الإجباري لأجراء في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي تحت طائلة عقوبة جنائية في حالة مخالفة ذلك .

وعموما لابد للحكومة أن تقوم بتدابير احترازية تحقق الأمن الصحي للأجير وتحميه في ظل هذه الجائحة خصوصا وأن أثارها ستظهر لاحقا لا على المستوى الاقتصادي ولا على المستوى الاجتماعي.

العقود الرياضية بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة

ذ. محمد الهبول
باحث في العلوم القانونية

يحظى المجال الرياضـــي باهتمام متزايد، لأنه يفرض اليوم العديد من الرهانات الاجتماعية والمالية والاقتصادية والتجارية وحتى السياسية[300]، ويعزى ذلك لكون الرياضة أصبحت عنصرًا ثقافيًا عالميا يؤثر على جميع المجتمعات.

وتعتبر المنافســـات الرياضـــية في العصـــر الحالي حدثا مهما جدا، للنهوض باقتصـــاديات الدول،لكونها وسيلة للتعريف بها والترويج للعلامات التجارية الكبرى[301].

وتخضع العقود الرياضية لقانون الشغل[302]، ذلك أن العقد الرياضي يعتبر عقد شغل محدد المدة بإجماع الفقه والقضـاء والتشـريع[303]،وبالتالي يرتب الآثار التي ترتبها عقود الشـغل محددة المدة[304] المنصوص عليها في قانون الشغل[305].

[300] Romain Domingues : les transferts de sportifs, thèse, Université D'aix-Marseille, Faculté de Droit et de Sciences politiques, soutenue le 30 mai 2014, p: 9.publié sur le site:file:///C:/Users/hp/Downloads/140530_DOMINGUES_2394028028D_TH%20(1).pdf

[301] Jean-Jacques Bertrand et Nathalie Brandon : Le contrat de travail du sportif, Légicom, n° 23, 2000/3, p: 119.

[302] Jean-Jacques Bertrand et Nathalie Brandon : op.cit, p: 119.

[303] عرض المشرع المغربي لضوابط إبرام العقود الرياضية بين الجمعية أو الشركة الرياضية والرياضيين أو الأطر الرياضية في المادتين 14 و 21 من القانون رقم 30.09 المتعلق بالتربية البدنية والرياضية، والذي يحيل على تطبيق أحكام القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، مع مراعاة الاستثناءات المقرر في المادة 14. بالإضافة إلى قرار لوزير الشباب والرياضة رقم 1283.16 بسن العقود الرياضية النموذجية.

[304]نظم المشرع المغربي عقد الشغل محدد المدة (Contrat de travail à durée déterminée) بموجب المادة 16وما يليها من مدونة الشغل، في المقابل نظمه المشرع الفرنسي بمقتضى المادة L1241-1 إلى المادةL1248-11 من مدونة الشغل.
وبالاطلاع على المادة 1212 من القانون المدني الفرنسي، فإنها أجملت أحكام العقد محدد المدة في أمرين هما: عدم جواز إنهاء العقد المحدد المدة قبل انقضاء مدته، وعدم جواز تجديد العقد تلقائيا بانتهاء مدته. لكن، كأثر للقوة الملزمة للعقد، فإن للمتعاقدين إنهاء العقد محدد المدة بإرادتهما معا في أي وقت قبل انقضاء مدته (المادة 1193 من القانون المدني الفرنسي).

[305] Jean-Rémi Cognard : Contrat de travail dans le sport professionnel, Jurisport, édition 2012, p: 53.

ولا يبدو الأمر ســـهلا من حيث المعالجة القانونية، ذلك أن فيروس كورونا[306] جعل عالم الرياضة في حالة من الاضطراب[307]،وأثر بشدة على القوة الملزمة[308] للعقد الرياضي. الأمر الذي جعل الإتحاد الدولي لكرة القدم(FIFA)بخصـــوص عقود كرة القدم يتخذ العديد من التدابير الاحترازية، فأصــدر مجموعة من الدوريات[309] في هذا الإطار، كما قام بتأجيل التصــفيات المؤهلة لكأس العالم قطر 2022، بتشـــاوره مع مجموعة من الاتحادات[310]، بالإضـــافة إلتوقف جميع الدوريات. كما تقرر إرجاء النســـخة 32 من الألعاب الأولمبية[311]، التي كان من المقرر عقدها في

[306] اتخذت المملكة المغربية منذ ظهور أول حالة مصابة بفيروس كورونا بالبلاد، العديد من التدابير الاحترازية، لحماية الصحة العامة للمواطنين من هذا الوباءالفتاك وحفاظا كذلك على الاستقرار الاقتصادي. وقد سنت مجموعة من القوانين والمراسيم في هذا الشأن نذكر منها ما يلي:

- مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 من رجب 1441(23 مارس 2020)يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر، الصادرة في 29 رجب 1441، الموافق ل 24 مارس 2020، ص: 1782.
- مرسوم رقم 2.20.293 صادر في 29 من رجب 1441(24 مارس 2020) بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا كوفيد- 19، الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر، الصادرة في 29 رجب 1441، الموافق ل 24 مارس 2020، ص: 1783- 1784.
- مرسوم رقم 2.20.330 صادر في 24 من شعبان 1441(18 أبريل 2020) بتمديد مدة سريان مفعول حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا كوفيد- 19، الجريدة الرسمية عدد 6874 مكرر، الصادرة بتاريخ 25 شعبان 1441 (19 أبريل 2020)، ص: 2218.
- مرسوم رقم 2.20.371 صادر في 25 من رمضان 1441(19 ماي 2020)بتمديدمدة سريان مفعول حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا - كوفيد 19، الجريدة الرسمية عدد 6883 مكرر، الصادرة بتاريخ 25 رمضان 1441 (19 ماي 2020)، ص: 2776.
- القانون رقم 20.25 بسن تدابير استثنائية لفائدة المشغلين المنخرطين بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والعاملين لديهم المصرح بهم، المتضررين من تداعيات تفشي جائحة فيروس كورونا "كوفيد - 19"، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.59 صادر في 29 من شعبان 1441 (23 أبريل 2020)، الجريدة الرسمية عدد 6877، الصادرة بتاريخ 3 رمضان 1441 (27 أبريل 2020)، ص: 2298.
- مرسوم رقم 2.20.331 صادر في 30 من شعبان 1441(24 أبريل 2020) بتطبيق القانون رقم 20.25 بسن تدابير استثنائية لفائدة المشغلين المنخرطين بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والعاملين لديهم المصرح بهم، المتضررين من تداعيات تفشي جائحة فيروس كورونا "كوفيد- 19"، الجريدة الرسمية عدد 6877، الصادرة بتاريخ 3 رمضان 1441 (27 أبريل 2020)، ص: 2299.

[307] Frédéric Buy : Les organisateurs sportifs et le coronavirus, Covid-19 et contrat, AJ Contrat, n° 4 avril 2020, Dalloz, p : 198.

[308] الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والذي تقابله المادة 1103 من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 (المادة 1134 من القانون المدني الملغاة).

[309] تتمحور أهم الدوريات الصادرة في هذا الصدد فيما يلي:

- Mise disposition des joueurs en équipe nationale et covid-19, Circulaire n° 1712, le 13 mars 2020.
- Covid-19 Questions réglementaires relatives au football, Circulaire n° 1714, le 7 avril 2020.
- Dispositions provisoires concernant les conditions de travail à la FIFA au regard de la situation du covid-19, Circulaire n° 1713, le 17 mars 2020.
- Impact du covid-19 sur les associations membres-soutien financier immédiat, Circulaire n° 1715, le 24 avril 2020.

للإطلاع على النسخ الرسمية لهذه الدوريات، أنظر (ي) الموقع الإلكتروني الآتي:
https://fr.fifa.com/who-we-are/official-documents/

[310]من ذلك: بيان بتاريخ 12 مارس 2020 حولتأجيل مباريات تصفيات أمريكا الجنوبية المؤهلة إلى كأس العالم FIFA قطر 2022. وكذا بيان بتاريخ 9 مارس 2020، يتعلق باتفاق FIFA والإتحاد الآسيوي لكرة القدم على تأجيل المباريات المقررة ضمن التصفيات الآسيوية المؤهلة لكأس العالم FIFA قطر 2022. لمزيد من التفاصيل، أنظر (ي) الموقع الإلكتروني التالي:
https://ar.fifa.com/worldcup/news/

[311]جاء في بيان مشترك للجنة الأولمبية الدولية واللجنة المنظمة لألعاب طوكيو، و بعد المعلومات التي قدمتها منظمة الصحة العالمية: "خلص رئيس اللجنة الأولمبية الدولية ورئيس وزراء اليابان إلى ضرورة إعادة برمجة النسخة الـ32 من الألعاب الأولمبية في طوكيو **إلى ما بعد 2020 على ألا يتجاوز صيف 2021**، مراعاةً لصحة الرياضيين، وجميع المشاركين في الألعاب الأولمبية والمجتمع الدولي".

الفترة الممتدة من 24 يوليوز إلى 9 غشت 2020 في طوكيو، إلى ما بعد 2020 ولكن في موعد لا يتجاوز صيف 2021.

وتتميز العقود الرياضية بالخصوصية النابعة من تعدد مصادرها وإلزامية اللوائح والأنظمة الصادرة عن الاتحادات الدولية أو القارية أو الوطنية للهيئات القضائية التي تبت في النزاعات الناشئة عنها.

وقد خلقت حالة الطوارئ الصحية التي فرضها فيروس كورونا المستجد إشكالا حول مصير العقود الرياضية الجارية إبان الإعلان عنها وتطبيقها. فتأرجح النقاش لدى الباحثين والممارسين بين من اعتبرها قوة قاهرة وبين من اعتبرها ظرفا طارئا. ولكل واحد من الاتجاهات أسانيده التي يرتكز عليها لتبرير موقفه بحسب ما تتيحه التشريعات[312] الوطنية والدولية في هذا المجال.

وللإجابة على الإشكال المذكورارتأينا، وضع خطة ثنائية مقسمة إلى محورين على النحو الآتي:

أولا: أثر تغير الظروف على مآل العقد الرياضي في إطار حالة الطوارئ الصحية

ثانيا: مدى اعتبار حالة الطوارئ الصحية قوة قاهرة بالنسبة للعقود الرياضية

أولا: أثر تغير الظروف على مآل العقد الرياضي في إطار حالة الطوارئ الصحية

لم ينظم المشرع المغربي نظرية الظروف الطارئة، بينما نص عليهاالقانون المدني الإيطالي[313]، بموجبالمادة 1467 التي جاء فيها ما يلي: "في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المعجل، إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا بشكل مفرط، على إثر ظروف استثنائية وغير متوقعة، يجوز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد مع ما يترتب عليها من آثار منصوص عليها في الفصل 1458 .

لا يمكن طلب الفسخ إذا وقع الحدث المرهق ضمن النطاق الطبيعي للعقد.

لمزيد من المعلومات أنظر (ي) الموقع الإلكتروني:
https://www.olympicchannel.com/ar/stories/news/detail/tokyo-olympic-games-postponed-ioc/

[312]لحل الإشكال المطروح ارتأينا أن نتخذ من بعض القوانين التي اعتمدها داوود سنتيانا في مدونته – الأخيرة التي تعتبر المصدر الأصلي لقانون الالتزامات والعقود المغربي- أساسا لعرض إشكالية آثار العقود الرياضية في إطار حالة الطوارئ الصحية بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

[313]المرسوم رقم 262، المؤرخ في 16 مارس 1942، الجريدة الرسمية الإيطالية عدد 79، الصادرة بتاريخ 4 أبريل 1942، ص: 7 وما يليها.

بخصوص النسخة الرسمية للقانون المدني الإيطالي، أنظر (ي) الموقع الإلكتروني للجريدة الرسمية الإيطالية:
https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceCivile

يمكن للمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفســـخ بأن يعرض تعديلا لشـــروط العقد بما يتفق مع العدالة"[314].

وقد تأثر المشـــرع الفرنســـي[315] بنظيره الإيطالي، فأخذ بنظرية الظروف الطارئة بموجب تعديل[316] 10 فبراير 2016 للقانون المدني[317]، إذ نصـــت المادة 1195 على أنه: "إذا حدث تغير في الظروف، غير ممكن توقعها، أثناء إبرام العقد، ترتب عليه أن صـار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسـبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعات هذه المخاطر، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض.

في حالة رفض أو فشـل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسـخ العقد ابتداء من التاريخ ووفق الشـــروط التي يحددونها، أو الطلب من القاضـــي باتفاقهم المشـــترك أن يقومبتحديد مصير العقد. في حالة عدم الاتفاق، خلال أجل معقول يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الأطراف، تعديل (مراجعة) العقد أو إنهائه، اعتبارا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها"[318].

---

[314] جاءت الصيغة الرسمية الإيطالية للمقتضى المذكور على النحو التالي:

« Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti e' divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione puo' domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.

La risoluzione non puo' essere domandata se la sopravvenuta onerosita' rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale e' domandata la risoluzione puo' evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

[315]لم يكن القانون المدني الفرنسي يعرف نظرية الظروف الطارئة حتى صدور مرسوم 10 فبراير 2016، كما كان القضاء الفرنسي رافضا لها منذ صدور قرار الغرفة المدنية بمحكمة النقض الشهير بتاريخ 6 مارس 1876 في دعوى Canal de Craponne، فحظر على القاضي أن يتدخل في إعادة التوازن بين طرفي العقد عند حصول ظروف غير متوقعة، إيمانا منه بأن ضمان الأمن العقدي أولى من تحقيق العدالة، إذ لا يجوز للقاضي أن يُدخل على العقد شروطا جديدة ويحلها محل الشروط التي سبق أن ارتضاها طرفاه. أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية – لمحات في بعض المستحدثات، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 2، الجزء الثاني – صفر/ ربيع الأول 1439 هـ - نونبر 2017م، ص: 322.

[316]**Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.**

[317]Code civil Français, dernière modification: 12/02/2020, édition : 30/05/2020.

[318] جاءت الصيغة الرسمية الفرنسية للمادة المذكورة على النحو الآتي:

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à

ويســـتفاد من المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي والمادة 1195 من القانون المدني الفرنسي، أن شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة هي ثلاثة:

1- أن يحدث تغير في الظروف لم يكن متوقعا أثناء إبرام العقد؛

2- أن يترتب على الظرف الطارئ أن يصبح تنفيذ العقد مرهقا بدرجة كبيرة؛

3- يجب ألا يكون المتعاقد الذي أصــبح تنفيذ التزامه مرهقا قد قبل مســبقا تحمل مخاطر التنفيذ المرهق في حال تغير الظروف.

إن صــياغة الفقرة الأولى من المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي الســابق ذكرها، التي نصــت على أنه؛ إذا أصــبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا بشــكل مفرط، على إثر ظروف اســتثنائية وغير متوقعة. ورغم أنه قد يبدو ظاهريا أنها متطابقة مع ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي، أو متشابهتان على الأقل، خصوصا في ما يتعلق بربط نظرية الظروف الطارئة[319] بكون تنفيذ العقد باهظ الكلفة بالنسبة لأحد المتعاقدين. لكن مع ذلك، إذا واصلنا في هذه الدراســة المقارنة للنصــين المذكورين، فســوف نلحظ أن هناك بعض الفروق الجوهرية، فالمعالجة التي اعتمدها كل من المشرع الفرنسي والإيطالي متعارضة بشكل جذري: إعادة التفاوض على العقد كأول وســيلة في القانون المدني الفرنســي،والفســخ المباشــر للعقد كأول وســيلة بموجب القانون المدني الإيطالي، ما لم يعرض المتعاقد الآخر تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة.

والملاحظ كذلك أن المشرع الفرنسي كرس بالفعل،المراجعة القضائية للعقد بناء على طلب أحد الأطراف، على خلاف المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي التي لم تتعرض لمثل هذا المقتضى[320].

وجدير بالإشــارة، أن كل من نص المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي ومقتضــيات المادة 1195 من القانون المدني الفرنســي، لا تتعلقان بالنظام العام، إذ يمكن للمتعاقدين مخالفة هذه المقتضيات، بالاتفاق على قبول تحمل ما قد يترتب عن تغير الظروف من تبعات هذه المخاطر على

son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

[319] يلاحظ أن كلا القانونين لم يحددان طبيعة هذا التغيير في الظروف، لذلك فإنها تشمل مختلف الظروف التي تجعل تنفيذ العقد مرهق وباهظ الكلفة. وذلك تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن؛ المُطْلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة.

[320] Giovanna Debernardi : Imprévision : de l’expérience italienne à l’innovation française, Petites affiches,Gazette du Palais, n° 60, 23 mars 2018, p : 7.

التنفيذ المرهق والباهظ للعقد. ولهذا فإن توصيات[321] الفيفا للاتحادات المنضوية تحت لوائه تركت لها السلطة التقديرية لمعالجة المسألة اعتبارا للتشريعات الوطنية والقارية في هذا الشأن.

إن لاختلال التوازن الاقتصادي الناتج عن اضطراب الظروف، والذي ترتب عنه اختلال التوازن بين طرفي العقد الرياضي، بأن أصبح أداء أحد المتعاقدين باهظ التكلفة بسبب حدوث هذه الظروف الاستثنائية وغير المتوقعة، يبرر الحفاظ على توازن المصالح في العقد، من أجل ضمان عدالة التعاون بين الأطراف في تنفيذ العقد.

وبذلك، فإن فيروس كورونا قد خلف خسائر كبيرة للشركات والجمعيات الرياضية[322]، وبالتالي فإن العقود المبرمة بين الرياضيين المشتغلين لديها تعتبر في ظل هذه الجائحة باهظة بالنسبة لها، الأمر الذي جعل بعض الأندية تتفاوض مع لاعبيها من أجل تخفيض أجرتهم، وهذا الأمر يجد سنده في أحكام المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي.

وعليه، فإن أثر تغير الظروف على تحديد مصير العقد الرياضي، وكيفية إدارته أثناء هذه الفترة، يمكننا من التمييز بين ثلاث مراحل في هذا الصدد[323]، هي كالآتي:

- **المرحلة الأولى (اتفاقية):** تكون بالتراضي بين الطرفين، بأن يطلب المتعاقد الذي بات تنفيذ التزامه مرهقا له إعادة التفاوض مع المتعاقد الآخر؛
- **المرحلة الثانية (شبه اتفاقية):** طلب المتعاقدين معا من الهيئة القضائية التحكيمية أو من محكمة التحكيم الرياضي بلوزان (سويسرا) التدخل لتحديد مصير العقد، وذلك في حال رفض إعادة التفاوض أو فشله خلال المرحلة الأولى؛
- **المرحلة الثالثة (قضائية):** طلب أحد المتعاقدين من الهيئة القضائية التحكيمية أو من محكمة التحكيم الرياضي بلوزانتحديد مصير العقد؛ أي في حال عدم اتفاق المتعاقدين خلال مدة معقولة على طلب تدخل القاضي.

---

[321]Covid-19 Questions réglementaires relatives au football, Circulaire n° 1714, le 7 avril 2020.

[322]نظم المشرع المغربي الجمعيات الرياضية من المادة 8 إلى المادة 14 من القانون رقم 30.09 المتعلق بالتربية البدنية والرياضية، في حين خصص للشركات الرياضية المواد 15 إلى 21 من نفس القانون.
أما المشرع الفرنسي فقد خصص للجمعيات الرياضية (Associations sportives) المواد من L121-1 إلى L121-9 والمواد من R121-1 إلى R121-6 من القانون الرياضي، في حين نظم الشركات الرياضية (Sociétés sportives) بموجب المواد من L122-1 إلى L122-19 والمواد من R122-1 إلى R122-12من نفس القانون.

[323] أشرف جابر: المرجع السابق، ص: 324.

وعليه فإن فيروس كورونا وما ترتب عنه من إعلان حالة الطوارئ الصـــحية، يعتبر ظرفا طارئا بخصوص تنفيذ العقود الرياضية.

ثانيا: مدى اعتبار حالة الطوارئ الصحية قوة قاهرة بالنسبة للعقود الرياضية

تعتبر القوة القاهرة من بين الحالات المحددة قانونا على سبيل الحصر لانقضاء عقود الشغل، لأنه يستحيل معها تنفيذ العقد استحالة مطلقة و دائمة، وبالتالي ينقضي قبل انتهاء مدته من تلقاء نفسه بقوة القانون.

وقد اعتبر المشرع المغربي بموجب المادة 33 من مدونة الشغل القوة القاهرة سببا مبررا لإنهاء عقد الشغل محدد المدة، كما أنه أعفى بمقتضى المادة 43 من نفس المدونة المشغل والأجير من وجوب التقيد بأجل الإخطار في حالة القوة القاهرة[324].

وعليه، يستوي أن تكون القوة القاهرة قد طرأت من جانب الرياضي فمنعته من الاستمرار في القيام بشغله الرياضي أو تكون قد طرأت من جانب النادي فمنعته من ممارسة نشاطه الرياضي بشكل دائم، ولا تتميز القوة القاهرة في عقود شغل الرياضيينبطابع خاص. فكل حادث لم يكن في الوسع توقعه ولا يمكن دفعه و يكون فيما يتعلق بعناصرها المكونة لها، من شأنه أن يجعل الاستمرار في تنفيذ العقد مستحيلا يعتبر قوة قاهرة[325].

وقد عرف قانون الالتزامات والعقود المغربي بمقتضى المادة 269 القوة القاهرة بأنها؛ هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

ولتطبيق مقتضيات الفصلين 268 و269 من قانون الالتزامات والعقود، يشرط ما يلي:

1- أن يكون الحادث غير ممكن توقعه ودفعه؛

2- أن يكون الحادث خارجا عن المدين أو مستقلا عنه؛

---

[324] وفي المقابل، تضمن قانون الشغل الفرنسي في مادته L1243-1، وأيضا المادة L1243-2، حالات على سبيل الحصر لانقضاء عقد الشغل محدد المدة قبل انتهاء مدته، والتي من بينها القوة القاهرة.

بالإضافة إلى ذلك، نصت الفقرة الثانية من المادة L1243-4 من مدونة الشغل الفرنسية، على ما يلي: ومع ذلك، ففي حالة إنهاء عقد الشغل المحدد المدة قبل حلول أجله بسبب كارثة ناشئة عن حالة قوة قاهرة، يحق للأجير أيضًا الحصول على تعويض مساو للأجر الذي كان سيتلقاه حتى نهاية العقد. ويتحمل المشغل هذا التعويض.

لمزيد من المعلومات حول القوة القاهرة في عقد الشغل محدد المدة، أنظر (ي):

- Laurent Gamet : Rupture du contrat de travail, Delmas, 12è édition, 2011, p : 165 et suiv.
- Camille de Bailleul et Dominique Jourdan : Contrat de travail, Delmas, 8è édition, 2011, p : 74.

[325] Jean-Rémi Cognard :op.cit, p : 102.

3- أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا.

والملاحظ أن توقف تنفيذ العقود الرياضية هو توقف مؤقت، وليست له مواصفات الاستحالة المطلقة، التي تبرر تطبيق مقتضيات مدونة الشغل والفصلين 268 و 269 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وعكس ما ذهب إليه المشرع المغربي بتبنيه الاستحالة المطلقة لكي يعتد بالقوة القاهرة، فإن المشرع الفرنسي[326]وسع في مفهوم القوة القاهرة بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 1218[327]من القانون المدني، لتشمل الحالة التي يكون فيها التأخير في تنفيذ العقد خارج عن السيطرة، أما إذا لم يكن من شأن التأخير في التنفيذ مبررا للفسخ، فإن تنفيذ العقد يوقف مؤقتا، ويستمر بعد زوال القوة القاهرة.

وقد تأثر المشرع الفرنسي بتبنيه لهذا التوجه[328]بموجب تعديل 10 فبراير 2016، بمقتضياتالمادة 1256[329] من القانون المدني الإيطالي التي نصت أنه:للطرف المتعاقد أن يتحلل من تنفيذ التزاماته التعاقدية كلما كان غير قادر أو ممنوع من القيام بذلك بسبب استحالة تنفيذه،أي؛ لسبب لا يعزى إلى المدين.

---

[326] نشير هنا أن المشرع الفرنسي في ظل هذه الجائحة، أصدر مجموعة من الأوامر التي تستند في أساسها على القوة القاهرة، كان آخرها: Ordonnance n° 2020-538 du 7 mai 2020 relatif aux conditions financières de résolution de certains contrats en cas de force majeure dans les secteurs de la culture et du sport ,JORF n°0113 du 8 mai 2020, texte n° 31.

[327] ينص الفصل المذكور في صيغته الفرنسية الرسمية على ما يلي:

«Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».

[328] كانت المادة 1148 الملغاة من القانون المدني الفرنسي، قبل تعديل 10 فبراير 2016، تنص على ما يلي: "ليس ثمة محل لأي تعويض عن عطل وضرر عندما يُمنع المدين عن أداء أو عن فعل ما قد التزم به، أو عندما يفعل ما هو ممنوع عليه، بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي".

[329] جاءت الصيغة الرسمية الإيطالية للفصل المذكور كما يلي:

« L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.
Se l'impossibilita' e' solo temporanea, il debitore, finche' essa perdura, non e' responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilita' perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non puo' piu' essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha piu' interesse a conseguirla ».

ومن ناحية أخرى، عندما يصبح الالتزام التعاقدي مستحيلًا مؤقتًا فقط، فإن الطرف لا يتحلل من التزاماته التعاقدية، ولكنه لن يكون مسؤولاً عن التأخر في الوفاء. ومع ذلك،يجوز فسخ الالتزام إذا استمرت الاستحالة إلى أن أصبح من غير الممكن، فيما يتعلق بضمان الالتزام أو طبيعة الشيء، اعتبار المدين ملزما بأداء الخدمة أو أن الدائن لم تعد له مصلحة في الحصول عليها.

ويعد توسيع المشرع الفرنسي لنطاق القوة القاهرة نموذجا بارزا لتأثير القضاء على ما تضمنه مرسوم 10 فبراير 2016 من حلول مستحدثة، ومن القرارات التي كرستها محكمة النقض الفرنسية بخصوص القوة القاهرة، نقتصر على قرارين – لأنه لا يسع المقام بطبيعة الحال لسردها جلها- فيما يلي:

"يفهم بالقوة القاهرة التي تسمح لرب الشغل بأن يتبرأ من كل أو بعض التزاماته الناشئة عن إنهاء عقد الشغل، حدوث طارئ خارجي لا يمكن التغلب عليه من شأنه أن يجعل متابعة العقد المذكور مستحيلة"[330].

"إن عدم إمكانية التغلب على الحدث تشكل، لوحدها، القوة القاهرة، عندما يكون توقعها لا يسمح بتفادي نتائجها، شرط أن يكون المدين قد اتخذ كل الإجراءات المطلوبة لتجنب حصول الحدث"[331].

مما سبق، نستنتج أنه إذا كان من الممكن الاعتداد بمؤسسة القوة القاهرة في كل من القانون الفرنسي والقانون الإيطالي إذا ترتب عن تنفيذ العقد تأخير، فإنه لا يمكن تطبيقها في ظل مقتضيات الفصلين 268 و 269 من قانون الالتزامات والعقود الذي تشدد في القوة القاهرة وأخذ بالا ستحالة المطلقة لإنهاء العقود الرياضية، لأن المقتضيات الموجودة في كل من القانونين الفرنسي والإيطالي لا يتضمنها القانون المغربي.

ونظرا لِلْيونة مفهوم القوة القاهرة والتعديلات التي جرت عليه في القوانين المقارنة، فإن بعض الاتحادات بدأت تستأنف مباريات كرة القدم، كما هو الشأن بالنسبةللدوري الألماني والدوري الدانماركي والدوري الكوري الجنوبي... .

ولسد هذا الفراغ بالنسبة للقانون المغربي نقترح أن تكون نظرية الظروف الطارئة بعناصرها المُومَأ إليها أعلاه هي الضابطة للوضع، إنصافا لكل من النوادي والرياضيين التابعين لها، في انتظار تدخل تشريعي يخفف من غُلْواء مفهوم القوة القاهرة.

---

[330]Cass. Soc., 12 février 2003, pourvoi n°00-46660, Bull. civ. 2003 V N° 50 p. 45, publié sur le site: www.juricaf.org.

[331]Cass. Com., 01 octobre 1997, pourvoi n°95-12435, Bull. civ. 1997 IV N° 240 p. 209, publié sur le site: www.juricaf.org.

سياسة التجريم والعقاب في ظل حالة الطوارئ الصحية وآفاق العقوبات البديلة

ذة. سعيدة حليمي.
باحثة بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس.

مقدمـــة:

تعتبر سياسة التجريم والعقاب، جزءا لا يتجزأ من السياسة الجنائية إلى جانب سياسة الوقاية من الإجرام. وتتميز سياسة التجريم والعقاب على مر الأزمنة بحركية واضحة، تعكس خاصية الانتقال والتطور الذي تشهده باستمرار تبعا للنظم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لكل دولة على حدة.

ويقصد بالتجريم إضفاء الحماية الجنائية على مصلحة معينة تعد من المصالح الأساسية التي تهم المجتمع، واعتبار كل فعل أو امتناع يمس بهذه المصـــلحة جريمة يعاقب عليها بعقوبات زجرية[332]،وتنصب هذه الحماية إما على مصلحة عامة للدولة كتجريم المس بسلامة الدولة وتهديد الأمن والنظام العام والاقتصـــاد... أو على مصـــلحة فردية كحق الفرد في الحياة والحرية،وســـلامة شخصه وممتلكاته.

وقد عرف المغرب منذ دخول فيروس كورونا- كوفيد 19، الذي ظهر في أو هان في دجنبر 2019،وظهور أول حالة مؤكدة بالمغرب بتاريخ 2 مارس 2020 اســـتنفارا من قبل الحكومة المغربية، حيث بدأ الشـــروع في اتخاذ التدابير الازمة لمنع انتشـــار الوباء بالبلاد حماية لصـــحة المواطنين خاصة، وحماية للوطن بشكل عام.

ومع انتشـار الحالات المؤكدة المصـابة بفيروس كورونا- كوفيد19، اتجه المغرب لفرض حالة الطوارئ الصحية بتاريخ 20 مارس2020 من الساعة السادسة مساء إلى 20 أبريل2020،[333] بناء على بلاغ لوزارة الداخلية كوسـيلة من أجل الحد من انتشـار الفيروس وجعله تحت السـيطرة،

[332] أحمد فتحي سرور: أصول السياسة الجنائية. دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1972 ص: 18.
[333] مرسوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد 19 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 24/1441 مارس 2020.

وقد تم تمديد حالة الطوارئ الصحية إلى 20 ماي 2020[334] بناء على قرار وزارة الداخلية ووزارة الصحة، نتيجة لتفشي وتزايد ارتفاع عدد الحالات المصابة بالفيروس، بهدف الحد من انتشاره وحصر عدد الحالات المصابة ببلادنا.

وفي هذا الإطار،صدر مرسوم خاص بفرض حالة الطوارئ الصحية بالمغرب واتخاذ كافة التدابير الزجرية في حالة خرق أو التحريض على خرق حالة الطوارئ الصحية، وعدم الالتزام بالتدابير الوقائية المفروضة للحد من انتشار جائحة -كوفيد 19- بالمغرب.

وبعد إعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب لوحظ تراجع نسبة جرائم معينة مقارنة بشهر مارس من سنة 2019 بنسبة (20%-) فحسب المديرية العامة للأمن الوطني، فإن عدد القضايا المسجلة خلال شهر مارس من سنة 2020 انخفض ب 10 آلاف و867 قضية مقارنة مع نفس الشهر من السنة المنصرمة (ناقص 20 في المائة)،حيث تراجعت الجرائم المقرونة بالعنف، مثل جرائم القتل العمد وجرائم الضرب والجرح المفضي إلى الموت، وكذلك جرائم السرقات تحت التهديد بالسلاح الأبيض بنسبة (52%-) والسرقات الموصوفة (28%-) والاعتداءات الجنسية بنسبة (41%-).[335] كما انخفضت نسبة حوادث السير البدنية المسجلة بالمدار الحضري بنسبة (76.49%-) خلال فترة الطوارئ الصحية الممتدة من 20 مارس المنصرم إلى غاية 3 ماي 2020 مقارنة مع نفس الفترة من السنة الماضية[336].

وشهدت فترة حالة الطوارئ الصحية ارتفاع نسبة عدة جرائم أخرى منها، أفعال مخالفة وخرق حالة الطوارئ الصحية، المنصوص عليها بمقتضى مرسوم بقانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها.

وعليه فما هي الجرائم المرتكبة في ظل حالة الطوارئ الصحية، وماهي العقوبات البديلة؟ وهل يمكن القول بأن سياسة التجريم والعقاب المعتمدة كفيلة بتحقيق الردع العام والخاص؟، أم أن الأمر يتطلب تدخل عقوبات بديلة من أجل الحد من ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي واكتظاظ السجون،

---

[334] مرسوم رقم 2.20.330 القاضي بتمديد مدة سريان مفعول حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا- كوفيد19 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6874، بتاريخ الأحد، 24 شعبان 1441، الموافق 19 أبريل 2020.

[335] مؤشرات الجريمة في ظل حالة الطوارئ الصحية،إحصائيات صادرة عن المديرية العامة للأمن الوطني
انظر: https://www.mapnews.ma/ar/actualites/ تاريخ الزيارة 20 أبريل 2020 على الساعة الثامنة ليلا.

[336] بلاغ للمديرية العامة للأمن الوطني بتاريخ 5 ماي 2020 منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي : https://twitter.com/DGSN_MAROC/ تاريخ الزيارة 5 ماي 2020 على الساعة العاشرة ليلا.

خاصـــة في هذه المرحلة الاســتثنائية التي تفرض توفير الحماية الصــحية لكافة المواطنين ســواء معتقلين، أو اطر إدارية أو قضائية، أو صحية.

وبالتالي سأتحدث من خلال (المبحث الأول) حول أكثر الجرائم المرتكبة في ظل حالة الطوارئ الصحية، والعقوبات البديلة من خلال (المبحث الثاني).

المبحث الأول: نظرة حول بعض الجرائم المرتكبة في ظل حالة الطوارئ الصحية

في ظل حالة الطوارئ الصـحية، برزت مجموعة من الجرائم والتي سـن لها المشـرع مجموعة من العقوبات بمقتضـــى مرســـوم بقانون، من أجل مواكبة هذه الأزمة وفرض عقوبات زجرية على كل المخالفين وعليه، ســأتحدث عن الجرائم المنصــوص عليها بمقتضــى مرســوم بقانون خاص في (المطلب الأول)،ثم الجرائم المرتكبة في ظل حالة الطوارئ الصـحية والمنصـوص عليها بمقتضـى القانون الجنائي المغربي من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الجرائم المرتكبة في ظل حالة الطوارئ الصـــحية والمنصـــوص عليها بمقتضى مرسوم بقانون.

تنص المادة الرابعة من المرســوم بقانون رقم 2.20.292 الصــادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020)، المتعلق بســن أحكام خاصــة بحالة الطوارئ الصــحية وإجراءات الإعلان عنها، " يجب على كل شـــخص يوجد في منطقة من المناطق التي أعلنت فيها حالة الطوارئ الصحية، التقيد بالأوامر والقرارات الصادرة عن السلطات العمومية المشار إليها في المادة الثالثة."

وعليه فإن عدم التقيد بالأوامر والقرارات الصـــادرة عن الســـلطات العمومية، يعتبر جريمة معاقب عليها بمقتضـــى هذا المرســـوم بقانون. فما هي هذه الأوامر والتعليمات وما هي العقوبات الزجرية للمخالفين لهذه القرارات؟.

الفقرة الأولى: جنحة مخالفة أوامر وقرارات السلطات العمومية وعدم التقيد بها.

بالرجوع للمادة 2 من المرســوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصــحية بســائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشـي فيروس كورونا-كوفيد19، تنص المادة على أنه: "في إطار حالة الطوارئ الصـــحية المعلنة طبقا للمادة الأولى تتخذ الســـلطات العمومية المعنية التدابير الازمة من أجل :

- عدم مغادرة الأشـخاص لمحل سـكناهم، مع اتخاذ الاحتياطات الوقائية الازمة طبقا لتوجيهات السلطات الصحية.

- منع أي تنقل لكل شخص خارج محل سكناه، إلا في حالات الضرورة القصوى والتي حددها المرسوم في:

- التنقل من محل السكنى إلى مقرات العمل، ولا سيما في المرافق العمومية الحيوية والمقاولات الخاصة والمهن الحرة، في القطاعات والمؤسسات الأساسية المحددة بقرارات السلطات الحكومية المعنية، مع مراعاة الضوابط التي تحددها السلطات الإدارية المعنية من أجل ذلك.

- التنقل من أجل اقتناء المنتجات والسـلع الضـرورية للمعيشـة،بما في ذلك اقتناء الأدوية من الصيدليات.

- التنقل من أجل الذهاب الى العيادات والمصـحات والمسـتشـفيات، وغيرها من المؤسـسـات الصحية لأغراض التشخيص والاستشفاء والعلاج.

- التنقل لأسباب عائلية من أجل مساعدة الأشخاص الموجودين في وضعية صعبة أو في حاجة إلى الإغاثة.

- منع أي تجمع أو تجمهر أو اجتماع لمجموعة من الأشخاص مهما كانت الأسباب الداعية إلى ذلك، ويسـتثنى من هذا المنع الاجتماعات التي تنعقد لأغراض مهنية مع مراعاة التدابير الوقائية المقررة من قبل السلطات الصحية.

وغيرها من الاسـتثناءات الواردة بالمرسـوم بقانون الخاص بسـن أحكام خاصـة بحالة الطوارئ الصـحية، مع التأكيد على أن التنقل من أجل الضـرورة القصـوى،يكون بموجب وثيقة التنقل الاستثنائية التي سلمتها السلطات المحلية والعمومية للمواطنين، وعدم حمل هذه الوثيقة عند الخروج للضـرورة والإدلاء بها لأعوان المراقبة،يمثل خرقا لأوامر السـلطات العمومية ويعرض صـاحبه للمساءلة والعقاب .

وعليه فأي فعل أو عمل خارج هذه الاسـتثناءات يمثل خرقا للأوامر والتعليمات الصـادرة عن السلطات المختصة، ويعرض صاحبه للعقاب طبقا لمقتضيات المادة الرابعة من المرسوم بقانون المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها[337].

[337] تنص المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020)، المتعلق بسن أحكام خاصـة بحالة الطوارئ الصـحية وإجراءات الإعلان عنها، " يجب على كل شـخص يوجد في منطقة من المناطق التي أعلنت فيها حالة

ويعتبر كذلك عدم ارتداء الكمامات الواقية عند الخروج من المنزل، بالنسبة للأشخاص المسموح لهم للضرورة بالتنقل خارج مقرات السكن في الحالات الاستثنائية المقررة سلفا، خرقا للأوامر الصادرة عن السلطات المختصة، يعاقب عليها القانون بحيث أصبحت إجبارية بتاريخ 7 أبريل 2020 بمقتضى بلاغ مشترك لوزارات الداخلية والصحة، والاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة، والصناعة والاستثمار والتجارة والاقتصاد الأخضر والرقمي، وأن هذا القرار يأتي "في إطار المجهودات المبذولة للحد من انتشار وباء كورونا (كوفيد 19 المستجد)، وإن كان هذا المقتضى غير منشور بالجريدة الرسمية لكن، بالرجوع للمادة الثالثة من مرسوم بقانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية، تشير المادة الثالثة إلى أنه : "على الرغم من جميع الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل تقوم الحكومة خلال فترة إعلان الطوارئ الصحية، باتخاذ التدابير الازمة التي تقتضيها هذه الحالة وذلك بموجب مراسيم ومقررات تنظيمية وإدارية، أو بواسطة مناشير وبلاغات،من أجل التدخل الفوري والعاجل للحيلولة دون تفاقم الحالة الوبائية للمرض، وتعبئة جميع الوسائل المتاحة لحماية الأشخاص وضمان سلامتهم". وبالتالي فما تصدره السلطات العمومية والجهات المعنية من بلاغات تعتبر ملزمة وواجبة على المواطنين التقيد بها.

وعليه فمخالفة هذه الأوامر تعرض المواطن للعقاب ، حيث خلص البلاغ إلى أن "وضع الكمامة الواقية واجب وإجباري، وكل مخالف لذلك يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في المادة الرابعة من المر سوم بقانون رقم 2.20.292"، والتي تنص على عقوبة "الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة تتراوح بين 300 و1300 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك دون الإخلال بالعقوبة الجنائية الأشد". بمعنى أن المتابعة بقانون حالة الطوارئ الصحية لا يمنع من المتابعة بعقوبة أشد إذا اقترن فعل عدم التقيد بأوامر السلطات العمومية بفعل يعاقب عليه القانون الجنائي مثل التجمهر أو العنف أو التهديد ...طبقا لمقتضيات الفصل 308[338] من القانون الجنائي.

الطوارئ الصحية، التقيد بالأوامر والقرارات الصادرة عن السلطات العمومية المشار إليها في المادة الثالثة." ويعاقب على مخالفة أحكام الفقرة السابقة، بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة تتراوح بين 300 و1300 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك دون الإخلال بالعقوبة الجنائية الأشد".

[338] تنص الفقرة الثانية من الفصل 308 من القانون الجنائي "... أما الأشخاص الذين يعترضون على تنفيذ هذه الاشغال بواسطة التجمهر أو التهديد أو العنف فإنهم يعاقبون بالحبس من ثلاثة أشهر على سنتين وبالغرامة المشار إليها في الفقرة الأولى أي بغرامة لا تقل عن مأتي درهم ولا تتجاوز ربع مبلغ التعويضات".

ويأتي العمل بهذا القانون طبقا للفصل 81 من الدستور[339]، ويندرج في إطار التدابير الوقائية الاستعجالية التي تتخذها السلطات العمومية، من أجل الحد من تفشي جائحة كورونا- كوفيد19.

وحسب المديرية العامة للأمن الوطني بلغ عدد الموقوفين بسبب خرق حالة الطوارئ الصحية بتاريخ 28 أبريل 2020، 4582 شخصا، تم إيداع 1934 منهم تحت الحراسة النظرية، وبلغ إجمالي الأشخاص الموقوفين منذ بدء حالة الطوارئ 81.489 شخصا، بينهم 42.967 تم وضعهم تحت الحراسة النظرية وتقديمهم أمام النيابة العامة[340] .

وفي بلاغ لرئاسة النيابة العامة[341]، فإن النيابات العامة بمحاكم المملكة تابعت منذ دخول المرسوم بقانون المذكور حيز التنفيذ إلى غاية يومه الخميس 23 أبريل 2020، ما مجموعه 35561 شخصا قاموا بخرق حالة الطوارئ الصحية من بينهم 1994 شخصا أحيلوا على المحكمة في حالة اعتقال بسبب ارتكابهم أفعال على درجة من الخطورة إلى جانب خرقهم لحالة الطوارئ الصحية.

وقد توبع 5232 شخصا من مجموع الأشخاص المشار إليهم أعلاه من أجل عدم ارتداء الكمامة الواقية. ويتوزع الأشخاص المتابعون على خلفية خرق حالة الطوارئ الصحية على الشكل التالي:

✓ الرشداء: 34778 شخصا؛ ✓ القاصرون: 783 شخصا.

ومن حيث جنس الأشخاص المتابعين :

✓ الذكور: 34508 ✓ البنات: 1053.

وقد اقتصر تقديم الأشخاص أمام النيابة العامة على الموضوعين رهن الحراسة النظرية، نظرا لتعليق العمل بالمحاكم والاكتفاء بتصريف العمل عن طريق المداومة،وشددت رئاسة النيابة العامة في بلاغها أن استعمال التدابير الزجرية المنصوص عليها في المرسوم بقانون، يعتبر ضروريا لردع المخالفين الذين يستهينون بحياة المواطنين، وبسلامتهم ويعرضهم للخطر.

---

339 ينص الفصل 81 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011: "يمكن للحكومة أن تصدر، خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، وباتفاق مع اللجان التي يعنيها الأمر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين، يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان، خلال دورته العادية الموالية. يودع مشروع المرسوم بقانون لدى مكتب مجلس النواب، وتناقشه بالتتابع اللجان المعنية في كلا المجلسين، بغية التوصل داخل أجل ستة أيام، إلى قرار مشترك بينهما في شأنه. وإذا لم يحصل هذا الاتفاق، فإن القرار يرجع إلى اللجنة المعنية في مجلس النواب.

340 حصيلة العمليات الأمنية لمختلف مصالح المديرية العامة للأمن الوطني منشورة عبر الموقع التالي: https://twitter.com/DGSN_MAROC تاريخ الزيارة 2020/04/28

341 بلاغ لرئاسة النيابة العامة حول خرق حالة الطوارئ الصحية بالمغرب أذيع عبر النشرات الإخبارية بتاريخ 23 أبريل 2020 على الساعة العاشرة ليلا.

ويطرح هذا العدد المهول للأشـــخاص الموقوفين والمعتقلين عدة إشـــكاليات وتســـاؤلات حول تدابير الوقاية الصـحية،مما قد يؤدي إلى نتائج عكسـية، نتيجة ارتفاع عدد الأشـخاص الموضـوعين تحت الحراســة النظرية وكذا المتابعين في حالة اعتقال، الشــيء الذي قد يزيد من مخاطر التعرض إلى الإصابة بالفيروس، خاصة وأن غالبية الموقوفين لا يتم إجراء فحص طبي للتأكد من خلوهم من الوباء سواء عند توقيفهم بمخافر الشرطة، أو عند إيداعهم بالمؤسسات السجنية.

الفقرة الثانية:جريمة عرقلة تنفيذ قرارات السلطات العمومية المتخذة تطبيقا للمرسوم بقانون

نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من مرسوم بقانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصـــة بحالة الطوارئ الصـــحية وإجراءات الإعلان عنها أنه "يعاقب بنفس العقوبة كل من عرقل تنفيذ قرارات الســـلطات العمومية المتخذة تطبيقا لهذا المرســـوم بقانون، وقد يتم خرق وعرقلة هذه القرارات إما عن طريق،العنف أو التهديد أو التدليس أو الإكراه وكمثال على ذلك :إجبار أو إكراه شـــخص على مغادرة المنزل، أو إكراهه على التنقل لمكان آخر عن طريق التدليس، كمن يخبر أو يوهم أحدا بوجود حالة طارئة تستدعي تواجده بعين المكان، ويتبين أن الأمر مجرد وسيلة للتدليس وإكراه الشخص على خرق حالة الطوارئ الصحية.

نفس الأمر بالنسبة للشخص المكتري الذي تعرض للطرد من محل سكناه ولم يجد إلا الشارع أمامه، فالمكري من أجبره وأكرهه على الخروج وخرق حالة الطوارئ الصـــحية، ونجد عدة أمثلة لهذه الحالة في عدة مدن ومنها مدينة الخميســات التي عرفت ضــجة، بســبب إقدام ســيدة على طرد مكترية وأطفالها الستة نتيجة عدم أداء الوجيبة الكرائية، وتقدمت المكترية بمقال استعجالي للمحكمة الابتدائية بالخميسات تلتمس فيه إصدار أمر استعجالي بمنحها مهلة استرحامية قبل إفراغها للمنزل، لكونها ستصبح عرضة للضياع هي وأبناؤها الصغار، وقد استجاب رئيس المحكمة للطلب معللا قراره "بالوضــعية الاســتثنائية التي تمر بها البلاد والمتمثلة في انتشــار وباء كورونا المســتجد وما يمكن أن ينتج عنه من مساس بالوضعية الصحية للمواطنين"، فضلا عن "قرار الدولة المتمثل في التزام المواطنين بمساكنهم وعدم الاختلاط".

وخلص القرار إلى أن "إفراغ المنفذ عليها هي وأبناؤها الصغار في الوقت الراهن من شأنه الإضرار والمساس بالصحة العامة مما يكون معه الطلب وجيها ومؤسسا ويتعين الاستجابة إليه بمنح أجل مناسب للطرفين[342]"

كما أن كل من قام بتحريض الغير على مخالفة القرارات المذكورة بواسطة، الخطب أو الصياح أو التهديدات المفوه بها في أماكن الاجتماعات العمومية، كمثال إذا قام شخص بتحريض أي شخص آخر في الأسواق العمومية على خرق حالة الطوارئ الصحية، أو بواسطة المكتوبات أو المطبوعات أو الصور أو الأشرطة المبيعة أو الموزعة أو المعروضة للبيع، أو المعروضة في الأماكن أو الاجتماعات العمومية، أو بواسطة الملصقات المعروضة على أنظار العموم أو بواسطة مختلف وسائل الإعلام السمعية البصرية،أو الإلكترونية كوسائل التواصل الاجتماعي والتي تضمنت في بدايات الحجر الصحي العديد من صور خرق التعليمات والقرارات الصادرة بشأن تدابير حالة الطوارئ الصحية، كتحريض مجموعة من الأشخاص للمواطنين على الخروج للشارع والتظاهر والتكبير والدعاء جماعة بالشوارع، والذي يمثل خرقا للتعليمات والقرارات الصادرة بشأن تدابير حالة الطوارئ الصحية، نظرا لما قد ينتج عن هذا الفعل ظهور عدة حالات أو بؤر مصابة بعدوى فيروس كورونا-كوفيد19.

ويتابع من يقومون بالتحريض على استعمال العنف أو التهديد من أجل المشاركة في جريمة العصيان المنصوص عليها في القانون الجنائي في إطار الفصول من 300 إلى 308[343]، حيث ينص الفصل 300:" كل هجوم أو مقاومة،بواسطة العنف أو الإيذاء ضد موظفي أو ممثلي السلطة العامة القائمين بتنفيذ الأوامر أو القرارات الصادرة من تلك السلطة، أو القائمين بتنفيذ القوانين أو النظم أو أحكام القضاء أو قراراته أو الأوامر القضائية يعتبر عصيانا".

---

[342] أمر رئيس المحكمة الابتدائية بالخميسات، رقم 318، في الملف رقم 20/1109/318، بتاريخ 2020/03/16. (حكم منشور)
- انظر: لا إخلاء للمنازل في زمن الكورونا في المغرب: سياسة "خليك بالبيت" في قرار قضائي مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: https://www.legal-agenda.com/article.php?id=6559
تاريخ الزيارة: 26 أبريل 2020 على الساعة الثالثة بعد الزوال.
وفي ظل الإجراءات المتخذة لتخفيف أضرار جائحة كورونا، قدم فريق برلماني مقترحا يعدل القانون رقم 67.12، المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، حتى يضمن المواطن عدم طرده من محل سكناه أو محل عمله خلال فترة الحجر الصحي، وما صحبها من فقدان آلاف المغاربة لوظائفهم.
ويقترح الفريق الاتحادي إضافة مادة رقم 30 (مكرر) بالباب الرابع من القانون، تتضمن بندا يؤكد أنه استثناءً من أي مقتضيات مخالفة، تعد المبالغ الكرائية العالقة بذمة المكتري عن الفترة المتعلقة بحالة الطوارئ الصحية دينا عاديا، يستوفى بالمساطر القانونية المعمول بها دون اعتبار ذلك تماطلا موجبا للإفراغ دون تعويض.
انظر : أمال كنين: "نواب يقترحون حماية المكترين من الإفراغ بالقانون"، مقال منشور بتاريخ 2020/04/10 على الموقع الإلكتروني: https://www.hespress.com/societe/466931.html تاريخ الزيارة:25 أبريل 2020 على الساعة الثامنة مساء.

343 ويعاقب القانون الجنائي على جريمة العصيان طبقا للفصول 301 و302 بعقوبة الحبس من شهر إلى سنة والغرامة من ستين إلى مائة درهم، إذا وقعت من طرف شخص أو شخصين. ويعاقب عليها بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ألف درهم إذا وقعت من طرف أكثر من شخصين مجتمعين. وتشدد العقوبة في حالة حمل السلاح.

المطلب الثاني:الجرائم المرتكبة في ظل حالة الطوارئ الصحية المنصوص عليها بمقتضى القانون الجنائي المغربي.

تعتبر جريمة نشر الأخبار الزائفة والمضللة وجريمة السرقة، من أكثر الجرائم المرتكبة في ظل حالة الطوارئ الصحية والتي شدد القانون الجنائي على عقوبتها، خاصة مع ما تفرضه هذه الظرفية من ضرورة احترام النظام العام والالتزام بقرارات السلطات العمومية.

الفقرة الأولى :جريمة نشر الأخبار الزائفة والمضللة حول فيروس كورونا-كوفيد19

بعد تسجيل الحالات المؤكدة بفيروس كورونا-كوفيد19 بالمغرب، أصبح المواطنون والمواطنات منشغلون بتتبع أخبار الجائحة والتدابير الوقائية لمواجهتها، وفي المقابل انتشرت عبر وسائل التواصل الاجتماعي مجموعة من الأخبار المضللة حول الفيروس وانتشار مقاطع فيديو تبين لاحقا بأنها مفبركة لأشخاص قد سقطوا بالشارع وتم تصويرهم على أنهم مصابون بفيروس كورونا-كوفيد19-مما أدى، إلى انتشار نوبة من الخوف والهلع في صفوف المواطنين.

وقد جرم المشرع هذا الفعل الجرمي من خلال الفصل 2-447 من القانون الجنائي الذي ينص: "يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات وغرامة من 2000 الى 20.000 درهم، كل قام بأي وسيلة بما في ذلك الأنظمة المعلوماتية، ببث أو توزيع تركيبة مكونة من أقوال شخص أو صورته دون موافقته، أو قام ببث أو توزيع ادعاءات أو وقائع كاذبة، بقصد المس بالحياة الخاصة للأشخاص أو التشهير بهم".

وقد شدد المشرع في هذه العقوبة، نظرا لما قد تسفر عنه هذه الجريمة من نشر الهلع وترويع المواطنين ونشر الخوف في نفوسهم، وكذا لما قد تسببه هذه الجريمة من إخلال بالنظام العام وعدم احترام الخصوصية والمعطيات الشخصية للأفراد، بسبب معلومات كاذبة أو التقاط أو تسجيل وتوزيع معلومات صادرة بشكل خاص، أو سري دون موافقة أصحابها.

و قد نص الفصل 1-447 من القانون الجنائي على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 2000 إلى 20.000 درهم، كل من قام عمدا وبأي وسيلة بما في ذلك الأنظمة المعلوماتية بالتقاط أو تسجيل أو بث أو توزيع أقوال ومعلومات صادرة بشكل خاص أو سري دون موافقة أصحابها".

ويتمثل الركن المادي للجريمة في سلوك فعل القيام بنشر وتوزيع أو بث أقوال أو معلومات صادرة بشكل خاص أو سري دون موافقة أصحابها، كمن يسجل تسجيلا صوتيا لشخص دون موافقته ويبثه أو يوزعه سواء بطريقة مكتوبة أو بطريقة إلكترونية. وأن يؤدي ذلك إلى نتيجة معينة تتمثل في الإخلال بالنظام العام أو إثارة الفزع بين الناس، وأن تكون هناك علاقة سببية ما بين السلوك المرتكب من طرف الفاعل والنتيجة الاجرامية.

ويتمثل الركن المعنوي للجريمة في القصد الجنائي المتمثل في العلم والإرادة بالفعل المجرم، لذا يجب على المواطنين الحذر من نشر الأخبار الكاذبة والمضللة حول هذا الوباء، نظرا لما قد يشكله من اضطراب و خطر على النظام العام والصحة العامة.

ولم يشترط المشرع و سيلة معينة بل يجرم الفعل بأي و سيلة كانت على أ ساس أن يتم بو سائل متعددة للنشر سواء عن طريق الكتابة بشكل مكتوب، أو عن طريق الكتابة الإلكترونية وخاصة بنشر وتوزيع هذه الادعاءات عبر و سائل التوا صل الاجتماعي، ويمكن أن نقيس الو سيلة بالو سائل الواردة في الفصل 72 من قانون الصحافة والنشر[344] الذي ينص على أنه :"يعاقب بغرامة مالية من 20.000 إلى 200.000 درهم كل من قام بسوء نية بنشر أو إذاعة أو نقل خبر زائف أو ادعاءات أو وقائع غير صحيحة، أو مستندات مختلفة أو مدلس فيها منسوبة للغير. إذا أخلت بالنظام العام أو أثارت الفزع بين الناس بأي وسيلة من الوسائل، ولاسيما بواسطة الخطب أو الصياح أو التهديدات المفوه بها في الأماكن العامة أو الاجتماعات العمومية وإما بواسطة المكتوبات والمطبوعات المبيعة أو الموزعة أو المعروضة على أنظار العموم إما بواسطة وسائل الإعلام السمعية البصرية أو الإلكترونية، أو بأي وسيلة أخرى تستعمل لهذا الغرض دعامة إلكترونية. وهذا الفصل يطبق بشكل خاص على من لهم صفة صحافي فقط دون باقي المواطنين، لكن نجد نفس المقتضيات المتعلقة بالوسائل المعتمدة هي نفسها المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من مرسوم بقانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها.

وأوضح بلاغ للمديرية العامة للأمن الوطني[345] بتاريخ 5 أبريل 2020، أنه في مجال مكافحة الأخبار الزائفة بواسطة الأنظمة المعلوماتية، باشرت المصالح التقنية للأمن الوطني المكلفة باليقظة

[344] القانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر، الصادر بظهير شريف رقم 1-16-122 بتاريخ 10غشت 2016 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6491 بتاريخ 15 غشت 2016

[345] توقيف وإخضاع 8612 شخصا لأبحاث قضائية في إطار مكافحة الأخبار الزائفة وتطبيق حالة الطوارئ الصحية. مقال منشور بتاريخ 5 أبريل 2020 على الموقع التالي: http://www.maroc.ma تاريخ الزيارة 2020/04/26 على الساعة السادسة مساء.

المعلوماتية مجموعة من الخبرات والأبحاث، التي مكنت من توقيف 82 شخصا للاشتباه في تورطهم في نشر وتداول محتويات رقمية تتضمن أخبارا زائفة حول مؤشرات وباء كورونا المستجد، أو تتضمن خرقا لحقوق الأشخاص المصابين بالوباء، أو التحريض على عدم الامتثال لتدابير الوقاية التي اعتمدتها السلطات العمومية أو نشر وتقاسم محتويات عنيفة تحرض على الكراهية والتمييز، أو تستهدف الاعتبار الشخصي للأطر الطبية والتمريضية.

ووفق بلاغ[346] لرئاسة النيابة العامة بتاريخ 23 أبريل 2020، قامت النيابات العامة، في إطار التصدي للأخبار الزائفة بفتح 102 بحثا قضائيا، تم على إثرها تحريك المتابعة القضائية في حق 78 شخصا من بينهم 24 شخصا توبعوا في حالة اعتقال، في حين لازالت باقي الأبحاث متواصلة.

وقد حذرت رئاسة النيابة العامة والمديرية العامة للأمن الوطني في العديد من المرات، أن نشر الأخبار الزائفة والمضللة إما عن جهل وعدم تبصر، أو عن عمد مسبق فعل مجرم يعاقب عليه القانون، وأنه لا يعتبر أبدا حرية للتعبير أو التدوين الافتراضي السليم في وسائط الاتصال الجماهيري وشبكات التواصل الاجتماعي .

الفقرة الثانية:جريمة السرقة في ظل حالة الطوارئ الصحية

تعتبر السرقة جنحة طبقا للفصل 505 من القانون الجنائي الذي ينص على أنه " من اختلس عمدا مالا مملوكا للغير يعد سارقا، ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم ". وتعتبر السرقة جناية إذا اقترنت بظرف من ظروف التشديد، ومن هذه الظروف هي ما نص عليها الفصل 510[347].

وانطلاقا من الحكم المثير للجدل الصادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، بتاريخ 9 أبريل 2020، والتي اعتبرت من خلاله المحكمة أن ارتكاب جريمة السرقة خلال فترة الطوارئ الصحية

[346] بلاغ لرئاسة النيابة العامة بتاريخ 23 أبريل 2020 أذيع عبر النشرات الإخبارية بنفس التاريخ.الساعة العاشرة ليلا.

[347] ينص الفصل 510 من القانون الجنائي يعاقب على السرقة بالسجن من خمس إلى عشر سنوات إذا اقترنت بواحد من الظروف الآتية:
- استعمال العنف أو التهديد به أو تزي بغير حق بزي نظامي، أو انتحال وظيفة من وظائف السلطة.
- وقوعها ليلا.
- ارتكابها من شخصين أو أكثر.
- استعمال التسلق أو الكسر أو استخدام نفق تحت الأرض، أو مفاتيح مزورة أو كسر الأختام حتى ولو كان المكان الذي ارتكبت فيه السرقة غير معد للسكنى أو كان الكسر داخليا.
- ارتكاب السرقة في أوقات الحريق أو الانفجار أو الهندام أو الفيضان، أو الغرق أو الثورة أو التمرد أو أية كارثة أخرى.
- إذا وقعت السرقة على شيء يتعلق بسلامة وسيلة من وسائل النقل، الخاص أو العام.

التي يعيشها المغرب تعتبر جناية، كما واعتبرتها "كارثة" بمفهوم الفصل 510 من القانون الجنائي، مما يؤدي إلى تغيير وصفها من جنحة إلى جناية .

وعللت المحكمة حكمها بأن القضية تشكل جناية وليس جنحة، انطلاقا من أنه: "كلما اقترن فعل السرقة، حسب الفصل 510 من القانون الجنائي، بظرف واحد من الظروف المنصوص عليها في هذا الفصل، إلا وتشددت العقوبة، وتغير وصفها، وأصبحت ذات صبغة جنائية وليس جنحية، ومن تلك الظروف: تعدد الفاعلين بشخصين أو أكثر، وارتكابها في وقت كارثة من الكوارث". وأضافت المحكمة في تعليلها أن:"عملية السرقة ارتُكبت أثناء حالة الطوارئ الصحية المعلن عنها من بمقتضى مرسوم رقم 2.20.293، والناتجة عن التهديد العام لحياة الأشخاص وسلامتهم جراء انتشار "جائحة" فيروس -كورونا-كوفيد 19، بالإضافة إلى أن هذا الأخير يعد "كارثة" بمفهوم الفصل 510 من القانون الجنائي، وذلك بالنظر لما أحدثه انتشاره في نفوس المواطنين من هلع، واضطراب يعجز معهما عليهم حماية ممتلكاتهم، خصوصا أمام إلزامهم قانونا، وفق المادة الثانية من قانون الطوارئ، "بمنع مغادرة محال سكناهم إلا في حالات الضرورة القصوى، وبشروط ضيقة ومحصورة، تحت طائلة العقاب الجنائي".[348]

و بالرجوع لتعريف كلمة "كارثة" **لغة**[349]: هي مصيبة عظيمة وخراب واسع، **واصطلاحا**: حادثة محددة زمنيا ومكانيا تقع بفعل الطبيعة أو الخطأ الإنساني المتعمد أو غير المتعمد، وينتج عنها خسائر ضخمة في الأرواح والممتلكات، وتحتاج جهود ضخمة لمواجهتها قد تتعدى إمكانات وقدرات الدولة أو عدة دول مجتمعة"[350]،كما هناك من عرفها بأنها: تعطيل لحركة العمل في مجتمع ما وتتسبب في خسائر بشرية ومادية وبيئية تتعدي طاقة المجتمع المصاب وقدرته علي التعامل معها من خلال موارده الذاتية[351].

---

[348] حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، ملف جنحي رقم 495-2103-20 صادر بتاريخ 2020/04/09 منشور بالموقع الإلكتروني:https://www.maroclaw.com/ تاريخ الزيارة 28 أبريل 2020 على الساعة الثالثة زوالا.

349 تعريف و معنى "كارثة " لغة في قاموس المعجم الوسيط ،قاموس العربية المعاصرة ، قاموس الرائد ، قاموس لسان العرب ، قاموس المحيط.

- انظر الموقع الإلكتروني التالي : https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/ تاريخ الزيارة 1 ماي 2020 الساعة الثالثة زوالا

350 فيحان فهد غازي السهلي: "متطلبات التخطيط الاستراتيجي ودورها في الحد من أضرار الكوارث"، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، سنة 2011 م الرياض ص26

[351] وليد محمد عبد الوهاب السيد نصار: تأثير الكوارث الطبيعية على إعادة تخطيط المناطق المنكوبة، رسالة ماجستير كلية الهندسة قسم التخطيط العمراني جامعة عين شمس القاهرة. مصر 2001 ص 128

كما عرفت أمانة الأمم المتحدة للا ستراتيجية الدولية للحد من أخطار الكوارث (UNISDRT 2014) بأنها: "اضطراب في أداء المجتمع أو التجمعات يتضمن خسائر كبيرة وآثار سلبية على الأرواح، والنواحي المادية والاقتصادية والبيئية التي تفوق قدرة المجتمع أو التجمع العمراني المتأثر على مواجهتها باستخدام موارده الذاتية".

وقد صنفت منظمة الصحة العالمية وباء كورونا- كوفيد19- " بالجائحة pandémie "[352] ، نظرا لما خلفه هذا الفيروس من خسائر في الأرواح والأموال عبر العالم،والذي نتج عنه العديد من الأضرار على جميع المستويات والقطاعات.

وبالرجوع إلى نازلة الحكم الابتدائي، ونظرا إلى أن جريمة السرقة ارتكبت من طرف أكثر من شخصين وخلال فترة الطوارئ الصحية، التي لو لم تكن هذه الجائحة جد خطيرة لما تم فرضها في العديد من دول العالم ومنها المغرب، مما يبين بالملموس أن هذه الجائحة تدخل في إطار الكارثة التي نصت عليها الفقرة الخامسة من الفصل 510 من القانون الجنائي، وإن لم يحددها المشرع ونص عليها بشكل عام أي كل ما يدخل أو يصنف "كارثة" لأنه يصعب حصر وتحديد الكوارث التي يمكن أن تقع عبر العالم،وهو ما يمثل ظرف تشديد طبقا للفصل 510 ويكيف الجريمة جناية وليس جنحة.

وحيث ينص الفصل 510 بأنه إذا اقترنت الجريمة بظرف واحد من ظروف التشديد...(ارتكابها من شخصين أو أكثر) فإنه، وحتى لو لم تتم الجريمة في ظل حالة الطوارئ الصحية فإنها ستصنف جناية نظرا لاقتران الجريمة بظرف تشديد وهو ارتكابها من طرف أكثر من شخصين المنصوص عليه في الفقرة الرابعة من الفصل 510. ونظرا إلى أن الاختصاص النوعي، هو من صميم النظام العام، ويتوجب على المحكمة، كلما تبين لها أنها غير مختصة نظرا إلى ظروف وملابسات القضية، أن تثير ذلك من تلقاء نفسها،فإن تعليل المحكمة الابتدائية بالقنيطرة بعدم الاختصاص وإحالة القضية على غرفة الجنايات يكون تعليلا صائبا استنادا لمقتضيات الفصل 510 من القانون الجنائي.

المبحث الثاني: العقوبات البديلة في ظل حالة الطوارئ الصحية

العقوبة **لغة** هي: الجزاء على الذنب أو الفعل، وقد جاء في لسان العرب (لابن منظور) عقب كل شيء وعقبه وعاقبه ... والعقاب والمعاقبة أن تجزى الرجل بما فعل سوءا، والاسم العقوبة

---

[352] أكد مدير عام منظمة الصحة العالمية" تيدروس أدهانوم غيبريسوس" إن "الجائحة ليست كلمة تستخدم باستخفاف أو بلا مبالاة فالمرض ليس مجرد أزمة صحية عامة، إنه أزمة تمس كل القطاعات وشدد على أن وصف الوضع بأنه جائحة لا يغير تقييم منظمة الصحة العالمية للتهديد الذي يمثله هذا الفيروس، ولا يغير ما يجب على الدول فعله.
- انظر: منظمة الصحة العالمية: يمكن وصف كوفيد19 بأنه جائحة /https://news.un.org منشور بتاريخ 11مارس2020. تاريخ الزيارة 2020/04/26 على الساعة الثانية بعد الزوال.
وأكد مدير عام منظمة الصحة العالمية" تيدروس" في مؤتمر صحفي عبر الفيديو من مقر المنظمة الأممية في جنيف، أن الوباء قد أودى بحياة أكثر من 177800 شخص في العالم منذ ظهوره في كانون الأول/ديسمبر في الصين، وفق حصيلة أعدتها وكالة الأنباء الفرنسية استنادا إلى مصادر رسمية . انظر الموقع الإلكتروني:https://www.france24.com تاريخ الزيارة 26 أبريل 2020 على الساعة الثالثة زوالا.

وعاقبه بذنبه معاقبة وعقابا أخذه به.[353] فالعقوبة اسم الجزاء الذي يؤخذ به الإنسان على ما ارتكبه من فعل سوء.

أما في **الاصطلاح**، فقد عرفت العقوبة بتعاريف عديدة، ففي القانون يعرف الفقهاء العقوبة على أنها الجزاء الموقع على المجرم حال ثبوت الجريمة بأركانها وحال مسؤولية المجرم ودرجاتها.[354] ويجمع الفقه الجنائي تعريف العقوبة بأنها، جزاء يقرره القانون ويوقعه القاضي على من تبثث مسؤوليته على فعل يعتبر جريمة في القانون، ليصيب به المتهم في شخصه أو ماله أوشرفه[355] .

وتعرف العقوبة أيضا بأنها: " الجزاء الذي يقع على أحد مرتكبي الجريمة كأثر قانوني"، وتعرف كذلك بأنها الجزاء الذي يقرره القانون باسم المجتمع ولصالحه في مواجهة من ثبتت مسؤوليته الجنائية، واستحق العقاب عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القانون الجنائي". وتتخذ العقوبة عدة أشكال فمنها العقوبة السالبة للحرية، والعقوبات المالية وكذا العقوبات البديلة.

فما المقصود بالعقوبات البديلة، وماهي أنواعها وكيف يمكن تفعيل هذه العقوبات في زمن حالة الطوارئ الصحية؟

البديلة في **اللغة**: بمعنى البدل وبدل الشيء غيره، وبديله الخلف منه وجمعه أبدال واستبدل الشيء بغيره وتبدله به إذا أخذ مكانه، وجاء في لسان العرب "والأصل في التبديل تغيير الشيء عن حاله والأصل في الإبدال جعل الشيء مكان شيء آخر"[356] وفي الاصطلاح: هي كل تدبير أو عقوبة تنفذ في حق الجاني بدلا من إرساله إلى السجن،بمعنى أنه من المفترض الحكم على الجاني بالسجن، ولكن أستعيض عنها بعقوبة بديلة بناء على حكم أو قرار قضائي،سواء نتيجة لظروف الجريمة أو الجاني، فالهدف منها هو إصلاح الجاني وإعادة تأهيله،فالعقوبات البديلة لايراد بها العقاب بقدر ما يراد بها الإصلاح والتهذيب[357]. وبالتالي فالعقوبات البديلة هي مجموعة من الجزاءات التي تحل محل العقوبات السالبة للحرية .

353 ابن منظور (لسان العرب) ج 1 (مادة عقب)ص 3027 دار المعارف للنشر .

354 الدكتور عبد الواحد الشعير، القانون الوضعي "دراسة في ضوء آخر المستجدات القانونية" ، الطبعة الأولى 1435-2013، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

355 محمود محمود، شرح قانون العقوبات القسم العام سنة 1974، ص 537.

356 ابن منظور (لسان العرب) ج 1 (مادة بدل) ص 231 دار المعارف للنشر..

357 أيمن بن عبد العزيز المالك: بدائل العقوبات السالبة للحرية كنموذج للإصلاح في نظام العدالة الجنائية، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،كلية الدراسات العليا قسم العلوم الاجتماعية.الرياض 1431ه/2010م ص 13

ونتيجة لارتفاع نسبة الساكنة السجنية، بحيث ارتفع عدد السجناء في المغرب إلى 85 ألفا و765 سجينا إلى حدود 30 شتنبر 2019، مسجلا ارتفاعا مقارنة مع 83 ألفا و757 سنة 2018، و78 ألفا و 716 سنة 2016، ورغم بناء سجون جديدة إلا أن وتيرة الاعتقال ارتفعت[358]، وبالتالي ارتفاع نسبة الساكنة السجنية وما يطرحه من آثار سلبية خطيرة.

وحيث أن القضاء على نسبة الاكتظاظ بالسجون والتحكم في عدد السجناء يتطلب ترشيد الاعتقال الاحتياطي، وإعمال بدائل للعقوبات السالبة للحرية بهدف تحقيق الاصلاح والتأهيل للسجناء،بغية تحقيق الردع العام وتخفيف حالات العود، وبالتالي تراجع نسبة الجريمة بالمجتمع.

كما ينبغي الإشارة إلى أن القرار رقم 25/2013 المصادق عليه من طرف المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة بتاريخ 25 يوليوز 2013، حول القواعد الدنيا النموذجية لمعاملة السجناء يوصي في فقرته الثالثة عشرة،" بأن تبذل الدول الأعضاء مجهودا لتقليص الاكتظاظ السجني وكذا التقليص من اللجوء إلى الاعتقال الاحتياطي بالاظافة إلى تشجيع اللجوء المتزايد إلى الآليات القضائية والدفاعية، وتعزيز بدائل العقوبات السالبة للحرية، كالغرامات والعمل من أجل المنفعة العامة والمراقبة الإلكترونية، كما تدعم برامج إعادة التقويم وإعادة الادماج طبقا للقواعد الدنيا النموذجية للأمم المتحدة للتدابير غير الاحترازية (قواعد طوكيو).

وبالتالي تتعدد أنواع العقوبات البديلة التي يمكن اعتمادها كالمراقبة القضائية،و العمل من أجل المنفعة العامة والمراقبة الإلكترونية، وكذا الافراج المشروط ووقف تنفيذ العقوبة المعلق على شرط والغرامات، وبالتالي سأتحدث عن العقوبات البديلة التي قد تكون مناسبة لفرضها أو لتطبيقها خلال هذه الفترة الاستثنائية من الحجر الصحي، وحالة الطوارئ الصحية بالمغرب.

وعليه سأتحدث من خلال هذا المبحث عن العقوبات البديلة المقيدة للحرية (المطلب الأول) ثم العقوبات المالية البديلة للعقوبة السالبة للحرية عبر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العقوبات البديلة المقيدة للحرية

[358] اسماعيل حمودي: ارتفاع عدد السجناء بأزيد من 85 ألف يخلق اكتظاظا رغم بناء سجون جديدة، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: https://www.alyaoum24.com/1323053.html تاريخ الزيارة 2020/04/28 الساعة العاشرة ليلا.

من خلال هذا المطلب سأتحدث عن المراقبة القضائية في (الفقرة الأولى) والمراقبة الإلكترونية من خلال (الفقرة الثانية) ثم العمل من أجل المنفعة العامة عبر(الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:المراقبة القضـــائية كبديل للاعتقال الاحتياطي في ظل حالة الطوارئ الصحية

تعتبر المراقبة القضـائية تدبيرا بديلا عن الاعتقال الاحتياطي والمنصـوص عليها في المواد من 160 إلى 174 من قانون المســطرة الجنائية المغربية، هذا التدبير الاســتثنائي لا يعمل به إلا في الجنايات والجنح المعاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية. فالمراقبة القضائية تتخذ بناء على قرار قاضي التحقيق الذي يفرض على المتهم الخضوع لواحد أو أكثر من التدابير والالتزامات المنصوص عليها في المادة 161 من قانون المسطرة الجنائية من بينها:

- عدم التغيب عن المنزل أو الســكن المحدد من طرف قاضـــي التحقيق إلا وفق الشـــروط والأسباب التي يحددها القاضي المذكور.

- عدم التردد على بعض الأمكنة التي يحددها قاضي التحقيق

- إشعار قاض التحقيق بأي تنقل خارج الحدود المعينة.

- المنع من سياقة جميع الناقلات أو بعضها أو تسليم رخصة السياقة لكتابة الضبط مقابل وصل، ويمكن لقاضي التحقيق أن يأذن له باستعمال رخصة السياقة لمزاولة نشاطه المهني.

- إيداع كفالة مالية يحدد قاضـــي التحقيق مبلغها وأجل أدائها، مع الأخذ بعين الاعتبار الحالة المادية للمعني بالأمر. وغيرها من التدابير...

وقد نص المشـرع الفرنسـي على نفس المقتضـيات من خلال المادة 137 من قانون المسـطرة الجنائية الفرنســي،[359] ويمكن أن يوضــع المتهم تحت المراقبة القضــائية في أية مرحلة من مراحل التحقيق لمدة شـهرين قابلة للتجديد خمس مرات،خاصـة لأجل ضـمان حضـوره ما لم تكن ضـرورة

[359] code de procédure pénale français. Article 137 « Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre.

Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique. »

التحقيق أو الحفاظ على أمن الأشـــخاص أو على النظام العام تتطلب اعتقاله احتياطيا [360]، كما أنه يمكن لقاضـــي التحقيق تغيير التدبير المتخذ أو إضـــافة تدبير آخر تلقائيا، أو بناء على طلب النيابة العامة أو المتهم، أو محاميه بعد أخذ رأي النيابة العامة إن لم تكن هي التي تقدمت بالطلب.

وبالتالي يعتبر تدبير المراقبة القضـــائية، من التدابير البديلة عن الاعتقال الاحتياطي التي يجب اعتمادها خاصـــة في ظل هذه الظروف الاســـتثنائية، بغية الحد من انتشـــار الجائحة بالمؤســـســـات السجنية،وذلك بفرض هذا التدبير في حق من قام بخرق حالة الطوارئ الصحية ولم يلتزم بقرارات الســـلطات العمومية مع اقتران فعله بظرف تشـــديد، أو المرتكب لأي جريمة معاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية. ويتمثل الأمر بفرض قضاء مدة الاعتقال المحددة إجباريا بمسكنه أو في حدود منطقة معينة لا يمكنه مغادرتها لمدة معينة، وقد يجدي هذا التدبير نفعا حتى في الحالات العادية خاصة بعد ما تبين عدم قدرة العديد من الأشخاص على المكوث بمنازلهم، وهذا ما يفسر ارتفاع عدد الأشخاص الذين خرقوا حالة الطوارئ الصـــحية، وذلك بوضـــعهم تحت المراقبة القضـــائية من أجل ردعهم، والمســاهمة في التخفيف من اكتظاظ المؤســسـات الســجنية وما يترتب عليه من آثار ســلبية، نفســية وصحية واقتصادية، سواء على المتهم أو على المؤسسات السجنية.

الفقرة الثانية: المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبات السالبة للحرية

يقصـــد بالمراقبة الإلكترونية إلزام المحكوم عليه بالإقامة في مكان ســـكناه أو محل إقامته خلال أوقات محددة، ويتم التأكد من خلال متابعته عن طريق وضـــع ســـوار إلكتروني شـــبيه بالســـاعة في معصـــمه، يســـمح بتتبع تحركاته أو عن طريق وضـــع كاميرات تســـمح للجهة القائمة على مراقبته بتحديد مكانه.

وقد نصـــت المادة 1-174 من مشـــروع قانون المســـطرة الجنائية، تتم المراقبة الإلكترونية بواسطة قيد إلكتروني يوضع بمعصم المعني بالأمر أو ساقه، بشكل يسمح برصد تحركاته داخل الحدود الترابية التي يحددها له قاضي التحقيق.

كذلك نصـــت المادة 2-174 من مشـــروع قانون المســـطرة الجنائية "يعهد لضـــباط الشـــرطة القضـــائية بوضـــع القيد الإلكتروني على جســـم المتهم وتتبعه، ويمكن لضـــباط الشـــرطة القضـــائية

[360] المادة 160 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بمقتضى ظهير شريف رقم 1.02.255 بتاريخ 25 رجب 1423(3 أكتوبر 2002)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003.

الاستعانة في هذه العملية بذوي الاختصاص".ويحرر ضابط الشرطة القضائية المكلف بوضع وتتبع عملية المراقبة الإلكترونية، تقارير يرفعها إلى قاضـــي التحقيق كلما دعت الضـــرورة إلى ذلك أو طلبها قاضي التحقيق.

وبالتالي يمكن القول أن هذا التدبير هو مناسب للتطبيق في ظل هذه الظروف الاستثنائية،وحالة الطوارئ الصحية، وذلك بفرض المراقبة الإلكترونية على الجاني وفرض الإقامة الإجبارية بمسكنه أو مكان إقامته، أو تحديد المكان والزمان المفروض عليه التنقل فيه والالتزام به.

وقد نظم المشرع الفرنسي أحكام هذا النظام في المواد من 723 – 7 إلى 723-13 من قانون الإجراءات الجنائية، والتي تطبق على المحكوم عليه ســـواء كان حدثا أو بالغا بشـــرط توفره على محل قار للإقامة ولديه مورد رزق[361] ،وقد تبنت نجاعة هذا التدبير في عدة دول أوروبية كالولايات المتحدة الأمريكية وكندا، الســـويد وفرنســـا، ورغم الانتقادات التي وجهت لهذا التدبير، بأنه اعتداء على الحق في الحياة الخاصـــة ولا يحترم مبدأ المســـاواة في العقوبة، نظرا لأنه ليس للجميع مكان وعمل قار، فإن هذا النقد لا يرتكز على أساس صحيح، ذلك أن نظام المراقبة الإلكترونية هو مظهر من مظاهر التفريد العقابي الذي لا يتطلب المســـاواة الحســـابية في المعاملة العقابية، وإنما يتطلب تناسب العقوبة مع ظروف كل متهم ومقتضيات تأهيله، فالأمر إذن متروك للسلطة التقديرية للقضاء الذي يجب أن يضفي على مبدأ المساواة طابعا موضوعيا وليس شكليا،[362] كما أن هذا التدبير يبقى أفضـــل تدبير ترشـــيدا للاعتقال الاحتياطي،وكذا التخفيف من اكتظاظ الســـجون وتفادي الأضـــرار النفسية والصحية التي يتعرض لها المعتقل احتياطيا في ظل الاختلاط بالمجرمين الصادرة في حقهم عقوبات نافذة.

ولاشك أن خفض معدلات حالة العود يساهم حتما في التقليل من معضلة اكتظاظ السجون التي تعد من العراقيل الأســـاســـية لنجاح العملية العقابية برمتها. بل أكثر من ذلك، فإن نظام المراقبة الإلكترونية يعد أقل تكلفة من الناحية الاقتصـادية لعملية التأهيل، فهي لا تصـل إلى تلك النفقات التي تتحملها الدولة في سـبيل الإنفاق على السـجون[363] لذا يجب التسـريع من أجل المناقشـة والمصـادقة

361 عمر ســالم: المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة الســالبة للحرية خارج الســجن دار النهضــة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2000، ص 26 ، ص 111.

362 عمر سالم: مرجع سابق، ص 86.

363 عبد الله درميش: مختلف أشكال بدائل العقوبات السالبة للحرية، مجلة المحاكم المغربية العدد86 و87، 2001، ص20.

على مشـاريع قوانين المسـطرة الجنائية والقانون الجنائي، من أجل تحديث سـياسـة التجريم والعقاب بالمغرب واعتماد تدابير العقوبات البديلة.

الفقرة الثالثة:العمل من أجل المنفعة العامة كبديل للعقوبات السالبة للحرية

يعتبر العمل من أجل المنفعة العامة،عقوبة تقضى خارج أسوار المؤسسة السجنية وبمقتضاها يلزم الجاني بأداء أو تقديم عمل لفائدة المجتمع، كتعويض وجزاء عن الضـــرر الذي نتج عن فعله الجرمي، وذلك من خلال العمل لصـالح هيئة أو مؤسـسـة أو جمعية عامة لمدة محددة قانونا تقدرها المحكمة وبدون مقابل[364] .

وينص الفصـــل 35-5 من مشـــروع القانون الجنائي المغربي،"يمكن للمحكمة أن تحكم بعقوبة العمل لأجل المنفعة العامة بديلا للعقوبة السـالبة للحرية إذا كان المحكوم عليه بالغا من العمر خمس عشرة سنة على الأقل وقت ارتكاب الجنحة". وبالتالي فقد حدد مشروع القانون الجنائي السن الأدنى لتطبيق عقوبة العمل لأجل المنفعة العامة،بحيث يمكن فرضـــها على الأحداث بدل العقوبة الســـالبة للحرية، على أن يتأكد قاضـــي الأحداث من مدى ملائمة العمل من أجل المنفعة العامة لمصـــلحة الحدث وحاجيات تكوينه وإعادة إدماجه[365].

وحدد مشـروع القانون الجنائي خصـائص وشـروط هذه العقوبة[366]، حيث نص على أنها غير مؤدى عنها، وينجز العمل لمدة تتراوح بين 40 و600 ساعة لفائدة مصالح الدولة أو مؤسسات أو هيئات حماية الحقوق والحريات، والحكامة الجيدة أو المؤ سسات العمومية أو المؤ سسات الخيرية، أو دور العبادة أو غيرها من المؤســســـات أو الجمعيات، أو المنظمات غير الحكومية العاملة لفائدة الصالح العام.

وفي إطار حالة الطوارئ الصـــحية ونظرا لارتفاع عدد الأشـــخاص الذين قاموا بخرق حالة الطوارئ الصـحية وعدم الالتزام بالحجر الصـحي،ونظرا لأن وضـع كل هؤلاء الأشـخاص تحت الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي، قد يساهم في انتشار الوباء نتيجة عدم التأكد من خلوهم من

364 مـــحمـود طـــه جـــلال: أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة في استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي، وتأصيل ظاهرتي الحد من التجريم والعقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2005.، ص 323.

365 المادة 35-8 من مشروع القانون الجنائي المغربي، مرجع سابق، ص: 5

366 المادة 35-6 من مشروع القانون الجنائي مرجع سابق، ص: 5

الفيروس قبل اعتقالهم وعرضهم على النيابة العامة، وتخفيفا على المؤسسة السجنية فإن، فرض عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة على الأشخاص الذين لم يتقيدوا بأوامر السلطات العمومية وقاموا بخرق حالة الطوارئ، من خلال قيامهم بعمل لصالح المؤسسات الطبية أو الأمنية التي تعمل ليل نهار في هذه الظرفية الصعبة، بغية الحد من انتشار الفيروس وتحقيق منفعة لهذه المؤسسات سواء في التنظيف أو تقديم الخدمات أو المشاركة في الحراسة الليلية لدى الجهات التي تحتاج لذلك لمدة معينة،أو تنظيف الشوارع أو في البستنة... وطبعا مع احترام التدابير والإجراءات الوقائية والصحية،يمثل تدبيرا ردعيا وإصلاحيا للمخالفين لحالة الطوارئ الصحية لأنهم سيدركون بالملموس ضرورة حالة الطوارئ الصحية وأهمية الحجر الصحي للوقاية والحد من انتشار الوباء بالبلاد. كما ستخفف هذه العقوبة من اكتظاظ السجون وكذا التخفيف من نسبة النفقات المرصودة للمؤسسات السجنية والتي لا تكفي لتحقيق الرعاية والإصلاح،والتأهيل لكل النزلاء نظرا لضعف الطاقة الاستيعابية للمؤسسات السجينة.

إن العمل من أجل المنفعة العامة، يعد أكثر تجاوبا مع متطلبات السياسة الجنائية الحديثة، فهو نظام إصلاحي بامتياز يساعد المحكوم عليه على التعايش والاندماج الاجتماعي وتحمل مسؤولية الإصلاح والتأهيل تحت رعاية مؤسسات اجتماعية وقضائية مؤهلة[367]، تعمل جاهدة على تنمية شعور المحكوم عليه بالهوية والانتماء إلى هذا المجتمع الذي تتغير نظرته إليه [368] ، ومن شأن هذا التغيير أن يمهد للمحكوم عليه بالعمل من أجل المنفعة العامة سبل الإصلاح والتصالح الاجتماعي.

المطلب الثاني: العقوبات المالية البديلة للعقوبة السالبة للحرية:

من خلال هذا المطلب سأتحدث عن الكفالة والسراح المؤقت كبديل عن الاعتقال الاحتياطي (الفقرة الأولى) ثم الغرامة كعقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية من خلال(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:الكفالة والسراح المؤقت كبديل للاعتقال الاحتياطي خلال حالة الطوارئ الصحية

367 نادية النحلي: قاضي تنفيذ العقوبات في ضوء قانون المسطرة الجنائية الجديد، المجلة المغربية، للإدارة المحلية والتنمية، عدد 48، 2003، ص 553 وما بعدها.

Vade-mecum : penologique mesures et peines alternatives volume I. édition UGA 1997. p 174:368

السـراح المؤقت هو إخلال سـبيل المتهم المعتقل احتياطيا على ذمة التحقيق لزوال مبررات الإعتقال وقد يكون هذا الإفراج إما تلقائيا أي بمبادرة من قاضـي التحقيق، وإما بطلب من النيابة العامة وإما بطلب من المتهم أو محاميه، وبالرجوع للمادة 178 من قانون المسـطرة الجنائية التي تنص على: " يجوز لقاضي التحقيق في جميع القضايا بعد استشارة النيابة العامة أن يأمر بالإفراج المؤقت تلقائيا إذا كان الإفراج غير مقرر بموجب القانون، بشـرط أن يلتزم المتهم بالحضـور لجميع إجراءات الدعوى كلما دعي لذلك وبأن يخبر قاضـي التحقيق بجميع تنقلاته، أو بالإقامة في مكان معين ويمكن كذلك أن يتوقف الإفراج على وجوب الالتزام بتقديم ضمانة مالية أو ضمانة شخصية ".وبالتالي فالكفالة المالية هي تقديم المتهم لضـمانة مالية، يراعى في تقديرها مجموعة من المعايير الأساسية وتضمن بمقرر، ويسجل هذا المقرر بسجل خاص وتوضع بالملف نسخة من المقرر ومن وصل الإيداع[369] .

وتضمن الكفالة حسب المادة 184 من قانون المسطرة الجنائية م ما يلي:

حضـور المتهم في جميع إجراءات التحقيق وتنفيذ الحكم وكذلك المصـاريف التي أداها الطرف المدني، بالإضافة إلى المبالغ الواجب إرجاعها ومبالغ التعويض عن الضرر، أو أداء النفقة إذا كان المتهم متابعا لأجل ذلك.

وتأمر النيابة العامة بمجرد اطلاعها على وصـل الدفع،بتنفيذ مقرر الإفراج المؤقت، ومن مميزات الإفراج المؤقت بضـمان كفالة مالية، أن المتهم إذا حضـر لجميع إجراءات المسـطرة وقام بتنفيذ الحكم، يرد له الجزء الأول من مبلغ الكفالة المقدم لضـمان حضـوره، ويمكن لقاضـي التحقيق في حالة إصـدار أمر بعدم المتابعة أن يأمر برد ذلك الجزء، كما يمكن لهيئة الحكم أن تأمر برده في حالة إعفاء المتهم أو الحكم ببراءته[370].

كما يبقى لقاضـي التحقيق الاعتماد على الكفالة الشـخصـية في حالة التأكد من اسـتحالة تقديم أو أداء المبلغ المطلوب، نظرا للوضـعية المالية والاجتماعية للمتهم،فالمشـرع أتاح لقاضـي التحقيق إمكانية متابعة إجراءات التحقيق أو المتابعة في حق المتهم عن طريق إقرار الكفالة الشـخصـية التي تدفع من قبل المتهم، أو دفاعه وتعتبر وسـيلة لإقرار حضـور المتهم لمتابعة إجراءات التحقيق معه، ويمكن أيضـا للنيابة العامة أن تلتمس في كل وقت وحين الإفراج المؤقت وعلى قاضـي التحقيق أن

369 الحبيب البيهي: قانون المسطرة الجنائية الجديد الطبعة الأولى سنة 2004، ص 239.
370 المادة 186 من قانون المسطرة الجنائية .

يبت في ذلك خلال أجل 5 أيام من تاريخ تقديم الملتمسات. طبقا لمقتضيات المادة 178 من قانون المسطرة الجنائية.

وبالتالي يجب الاعتماد بشكل أكبر على هذا التدبير خاصة في ظل حالة الطوارئ الصحية التي عرفت ضبط واعتقال عدد مهول من المخالفين، مع إلزام المتهمين بواحد أو أكثر من تدابير المراقبة القضائية المقررة في المواد من 160 إلى 174.

وعليه يعتبر السراح المؤقت بضمانة مالية أو شخصية، من بين الآليات البديلة عن الاعتقال الاحتياطي، وما يخلفه من ضرر نفسي للمتهم ويزيد من اكتظاظ السجون خاصة في ظل هذه الظروف الاستثنائية، وبالتالي يشكل خطرا على الساكنة السجنية ككل ويساهم في انتشار الجائحة بشكل سريع.

الفقرة الثانية:الغرامة كعقوبة بديلة عن العقوبة السالبة للحرية في زمن حالة الطوارئ الصحية

من خلال استقراء نصوص القانون الجنائي المغربي، يمكن القول أن المشرع المغربي ترك أمر اختيار الجزاء المناسب لسلطة القاضي التقديرية فهو يستطيع – في غالب الأحيان- الاقتصار إما على عقوبة الحبس أو عقوبة الغرامة، ولم يلزمه المشرع بجعل الغرامة كبديل للعقوبة السالبة للحرية، وإنما خول له هذه الإمكانية من خلال الفقرة الثانية والثالثة من نص المادة 150 اللتان تؤكدان على أن" ...كما يجوز له أن يحكم بالغرامة عوضا عن الحبس على أن لا تقل الغرامة في أي حال عن الحد الأدنى المقرر للمخالفات.

وفي حالة الحكم بالغرامة عوضا عن الحبس، إذا كانت العقوبة المقررة هي الحبس وحده، فإن الحد الأقصى لهذه الغرامة يمكن أن يصل إلى خمسة آلاف درهم".

وبهذا يكون المشرع المغربي قد انضم إلى مجموعة من القوانين[371] التي أعطت للقاضي سلطة تقديرية واسعة، في إبدال عقوبة الحبس بعقوبة الغرامة دون تقييده بحد أدنى لمدة الحبس.

وعلى الرغم من أن هذا المسلك الذي سلكه المشرع المغربي يعتبر إيجابيا في السياسة الجنائية الحديثة، إلا أنه كان من الأفضل أن يكون هذا الإبدال مقترنا بمدة محددة تشريعيا، فتصبح للقاضي

371 ويسلك هذا النهج أيضا كل من التشريع العقابي الإيطالي والتونسي، واللبناني ..
- انظر: لطيفة المهداتي: حدود سلطة القاضي التقديرية في تفريد الجزاء، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط أكدال 1992-1993.ص 56.

إمكانية الحكم بعقوبة الغرامة كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة التي تقل مدتها عن سنة كمبدأ عام، إلا إذا دعت الضرورة إلى توقيع عقوبة الحبس ورأى القاضي أن عقوبة الغرامة ليس من شأنها تحقيق الأهداف التربوية والإصلاحية المرجوة من العقوبة.

ولم تقف بعض التشريعات الجنائية الحديثة عند الحكم بعقوبة الغرامة في صورتها التقليدية، بل أوجدت نظام الغرامة اليومية كبديل فعال للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة[372].

ويقصد بالغرامة اليومية " أن يحكم القاضي على الجاني بمبلغ معين يدفعه يوميا لمدة معينة، ويقوم الجاني بسداد قيمة الغرامة اليومية، مضروبة في عدد أيام الغرامة المحكوم بها في نهاية المدة المحددة للغرامة[373] " لكن القاضي قبل أن يحكم بهذا النوع من الغرامات، يقوم **أولا**: بتحديد درجة الجرم التي على أساسها سيحدد عدد أيام الغرامة، و**ثانيا**: يقوم بتقييم هذه الأيام وتحويلها إلى وحدة مالية في صورة غرامة يومية، آخذا بعين الاعتبار القدرة المالية للمحكوم عليه وحاجاته الشخصية والأعباء الملقاة على كاهله، ودون أن يؤدي ذلك إلى سقوطه في الفاقة، وإهمال واجباته العائلية[374].ونص المشرع الفرنسي على هذه العقوبة بموجب القانون الصادر في 10 يونيو 1983،ضمن المواد 5-131، 9-131، 25-131، 28-132 من قانون العقوبات[375].

وبالرجوع للفصل 35-9 من مشروع القانون الجنائي المغربي[376]، نص المشرع أنه " يمكن للمحكمة أن تحكم بعقوبة الغرامة اليومية بديلا للعقوبة السالبة للحرية.والغرامة اليومية هي مبلغ مالي تحدده المحكمة عن كل يوم من المدة الحبسية المحكوم بها".

كما حدد المشرع من خلال الفصل 35-10 من مشروع القانون الجنائي مبلغ الغرامة اليومية بين 100 و2000 درهم عن كل يوم من العقوبة الحبسية المحكوم بها، مع مراعاة المحكمة في تحديد الغرامة اليومية،الإمكانيات المادية للمحكوم عليه وخطورة الجريمة المرتكبة.واستثنى المشرع الأحداث من عقوبة الغرامة اليومية نظرا لعدم قدرتهم على دفعها.

372 عطية مهنا: الغرامة كبديل للحبس قصير المدة، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، قسم البحوث المعاملة الجنائية، القاهرة 2004، ص 127.

373 أيمن رمضان الزيني: العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها، دراسة مقارنة، دون تحديد دار النشر الطبعة الأولى 2003، ص 334،

374 مصطفى العوجي: دروس في العلم الجنائي، التصدي للجريمة، مؤسسة نوفل، الطبعة الأولى، الجزء الثاني 1980، ص 178.

375 Jean Larguier : droit pénal général 18 édition Dalloz..p.155 et suiv.

376 انظر المواد 35-9 و35-10 من مشروع القانون الجنائي المغربي رقم 10.16 الذي يقضي بتغيير وتميم مجموعة القانون الجنائي ص: 5 و 6

وبالتالي تعتبر عقوبة الغرامة اليومية بديلا للعقوبات السالبة للحرية خاصة في ظل حالة الطوارئ الصحية التي يعيشها المغرب، من أجل التخفيف على المؤسسات السجنية من إشكالية الاكتظاظ، وكذا حماية هذه المؤسسة ومواردها من أطر ومعتقلين من انتشار جائحة كورونا-كوفيد19-.

خاتمة :

إن الظرفية الاستثنائية التي يعيشها المغرب في ظل حالة الطوارئ الصحية أبانت على ضرورة تحديث منظومة سياسة التجريم والعقاب، ليس لمواكبة الدول المتقدمة فحسب وإنما هو ضرورة ملحة من أجل تحقيق الغاية والهدف من العقوبة ألا وهو الإصلاح والإدماج في المجتمع،والتخفيف من حالات العود. وهذا لن يتأتى بالاعتماد فقط على العقوبات السالبة للحرية التي تتسبب في اكتظاظ السجون وعدم القدرة على تقديم البرامج الإ صلاحية الفعالة لكل نزيل نظرا لضعف الطاقة الاستيعابية للمؤسسات السجنية التي عرفت اكتظاظا أكبر في ظل حالة الطوارئ الصحية،والتي تستلزم تطبيق عقوبات بديلة للعقوبة السالبة للحرية بهدف تحقيق الردع للمجرم وكذا تحقيق منفعة عامة وإدماجه في المجتمع.وعليه فإن الأمر يتطلب:

1. ضرورة الإسراع بمناقشة والمصادقة على مشاريع القوانين الجديدة المتعلقة بالقانون الجنائي والمسطرة الجنائية،وتبني سياسة متكاملة لبدائل العقوبات والاستعانة بالتجارب التي عرفت نجاحا بهذا الخصوص،مع مراعاة الخصوصية الثقافية والاجتماعية لبلادنا.

2. ضرورة تنوع هذه البدائل حتى يتمكن القاضي من اختيار ما هو مناسب لمصلحة الجاني والمجتمع معا.

3. ضرورة توفير الإمكانات المادية والبشرية المؤهلة لإنجاح سياسة العقوبات البديلة.

4. مواكبة المشرع لتطور المجتمع، فإذا كان المجتمع يتطور فالجريمة تتطور بدورها، مما يحتم على المشرع مواكبة هذا التطور بنهج سياسة عقابية جديدة بعيدة عن العقوبات السالبة للحرية.

5. ضرورة إدخال مادة القانون في المواد التعليمية بشكل تدريجي، فتحديث السيا سة الجنائية من أجل الحد من ارتكاب الجريمة بالمجتمع ،لا يتطلب فقط تعديل القانون الجنائي أو النص على قوانين خاصة تجرم الأفعال الإجرامية الحديثة التي ترتكب عبر الأنظمة المعلوماتية، أوعبر وسائل التواصل الاجتماعي، وإنما الأمر يتطلب أيضا تبسيط القانون لكافة المواطنين سواء عبر دروس

تقدم للتلاميذ (فعلى سبيل المثال، لو تم تدريس بعض الجرائم خاصة التي يرتكبها القاصرون بشكل مبسط مثل: شغب الملاعب التحرش الجنسي وهتك العرض، الضرب والجرح ...) لربما تراجعت نسبة هذه الجرائم بالمجتمع،خاصة في صفوف الأحداث الذين لا يدركون خطورة أفعالهم. كما يجب أن يدرس القانون في الجمعيات ومراكز التكوين و عبر برامج تلفزية تعرض المستجدات القانونية بشكل منتظم، وبأسلوب سلس ومبسط يستوعبه القاصر والراشد،الأمي والمثقف، بهدف استيعاب كافة شرائح المجتمع للخطاب القانوني وذلك، من أجل تحقيق مجتمع واعي قانونيا مدرك لحقوقه والتزاماته، ومواطن يحترم القانون ويطبقه قبل أن يطبق عليه، استنادا لقاعدة " لا يعذر أحد بجهله للقانون" وتكريسا لدولة الحق والقانون، مما سيخلق مجتمعا أكثر حداثة تتراجع فيه نسبة الجريمة ويتحقق فيه الإصلاح والتهذيب بالعقوبات البديلة.

العدالة الرقمية من خلال مشروع استعمال الوسائط الالكترونية

دة. أمينة رضوان
باحثة في العلوم القانونية

تعتبر التّكنولوجيا عملية شـــاملة تقوم بتطبيق العلوم والمعارف بشـــكل منظّم في ميادين عدّة لتحقيق أغراضٍ ذات قيمة عمليّة للمجتمع. و هي لا تختزل في اســـتعمال الحاســـوب و شـــبكات التواصـــل الاجتماعي وأجهزة التواصـــل الحديثة وإنما هي أســـلوب تفكير يوصـــل الفرد إلى النتائج المرجوّة، أي إنّها وســـيلة وليســـت نتيجة، وهي بذلك تشـــكل طريقة تفكير في اســـتخدام المعارف، والمعلومات، والمهارات، بهدف الوصول إلى نتائج لإشباع حاجة الإنسان وزيادة قدراته.[377]

وقد تولّد عن ثورة تكنولوجيا المعلومات العديد من التطبيقات التي أثرت تأثيرا كبيرا في أوجه النشـــاط الاجتماعي والاقتصـــادي والقانوني، كان من أهمها ظهور التجارة الإلكترونية والتعليم الإلكتروني والعدالة الإلكترونية.

وقد أســـهمت التكنولوجية في رفاهية الانســـان على مختلف المســـتويات ســـواء الاقتصـــادية أو الاجتماعية أو الطبية، و ظهرت الحاجة إليها بإلحاح في المجال القانوني مع تفشـــي جائحة كورونا كوفيد 19 في نهاية العام 2019 ، الذي فرض على جلّ دول العالم الاعلان عن حالة الطوارئ الصحية مع ما يترتب عنها من تدابير احترازية لمنع تفشي عدوى الفيروس القاتل. و في خضم ذلك أعاد المغرب طرح مشروع يتعلق باستعمال الوسائط الالكترونية في الاجراءات القضائية.

ويقصد ب"العدالة الإلكترونية" أو "العدالة الرقمية" استخدام تكنولوجيات المعلومات والاتصال في تحقيق الولوج المستنير لمرفق العدالة وتسهيل التواصل بين مختلف الفاعلين في الميدان القانون والقضائي من قضاة ومحامون وكتاب ضبط. [378]

[377] - http://www.mawhopon.net/?p=7619

[378] - ذ. الخامس فاضيلي – العدالة الرقمية من النظرية الى التطبيق. https://juris.ma/ar/annuaire/fadili-el-khamis/publications/la-justice-numerique-de-la-theorie-a-l-application-82

و المحكمة الالكترونية من حيث مفهومها هي البيئة التي تتحقق فيها خدمات المواطنين واستعلاماتهم وتتحقق فيها الأنشطة التابعة للدائرة المعنية من دوائر المحكمة بذاتها أو فيما بين الدوائر المختلفة باستخدام شبكات المعلومات والاتصال عن بعد.[379]

والمغرب مسايرة منه للترسانة القانونية العالمية جاء بمشروع استعمال الوسائط الالكترونية في الاجراءات القضائية، الذي له راهنيته وأهميته ضمن الترسانة التشريعية للمغرب خاصة أن الظرفية الحالية تطلّبت التقاضي عن بعد ، و هو مشروع قانون ذو حمولة قانونية قضائية ومهنية، فضمان العدالة كان ومازال وسيظل الهدف المنشود من قبل كل التشريعات عبر العالم، أما عن نجاعة التقاضي عن بعد فهي الهدف المنشود والغاية المعقودة التي طرحت بإلحاح في ظل أزمة جائحة كورونا.

ولتتبع وفهم أي مشروع للقانون علينا أن نستحضر مرجعياته وأسباب نزوله لفهم محتواه، ولعل ذلك يجد ضالته في إطار المجهودات المبذولة لاستكمال ورش تنزيل مشروع المحكمة الرقمية بكل وسائلها اللوجيستيكية ، وقد ابتدأ التفكير في ذلك منذ ظهور المعاملات الالكترونية التي أصبحت واقعا يفرض نفسه في الحياة العملية.

إن التعديل الذي تم بمقتضى مشروع القانون الصادر المتعلق باستعمال الوسائط الالكترونية في المسطرة المدنية، همّ بالخصوص الفصل 31 مكرر، والباب الأول مكرر من القسم الثالث، وبالفصل 339-1 و بالفصل 432-1

و بقراءة مضامين هذا المشروع نجده:

- جاء بعدة مؤسسات ومصطلحات تحتاج إلى تحديد المقصود منها، مثل: "النظام المعلوماتي"(الفصل 31_1 من الباب الأول من المشروع)، "قاعدة البيانات الالكترونية"، "المذصة الالكترونية " (الفصل 41-3 من الباب الأول مكرر من المشروع)، "قاعدة المعطيات الرسمية"، "الحساب الالكتروني" 'الفصل 41_4 من الباب الأول مكرر من المشروع)، "العنوان الالكتروني" (الفصل 41_7 من الباب الأول مكرر من المشروع)، "عملية التبادل اللامادي "(الفصل 41-1 من الباب الأول مكرر من المشروع)، "العنوان الالكتروني الرسمي"، "الحساب الالكتروني المهني" (الفصل 41_7 من الباب الأول مكرر من المشروع)، "قاعدة المعطيات المركزية"، "الإيداع الالكتروني"،

[379] - (1)ذ محمد الطراونة .
https://www.ammonnews.net/index.php?page=article&id=479534

"الأداء الالكتروني" التي وردت في باقي الفصـول، دون تحديد المقصـود منها و لا إعطاء تعريف لها. وهنا يجب على المشـــروع رفع اللبس عنها من خلال إفراد مواد تحدد ماهيتها ، باعتبار أن مهمة المشرّع في العصر الحديث لم تعد تتحدد في وضع التشريع فقط و إنما أصبح يتدخل لإفراد تعاريف لمصطلحات دقيقة ، تفاديا لأي لبس أو تشابه بينها و بين غيرها من المصطلحات المشابهة لها أو التي قد تختلط بها.

- لم يحدد المشـروع الجهة المسـؤولة عن الحماية التقنية للمعطيات ذات الطابع الشـخصـي للمتقاضين، مع العلم أن المقال الافتتاحي للدعوى يتضمن بيانات شخصية خاضعة للحماية بموجب القانون 08.09 المتعلق بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

- لم يحسـم المشـروع في مسـألة "التقاضـي الالكتروني" و إنما زاوج بينه و بين "التقاضـي التقليدي"، عندما سمح بقبول صور المستندات في الاجراءات التي تتم عبر الوسائط الالكترونية و في الوقت ذاته لم يمنع من تقديم أصـل المسـتند متى كانت هناك ضـرورة (أنظر الفصـل2-41 من الباب الأول مكرر من المشـروع) ، و كأننا به يسـهر على حماية حقوق المتقاضـين تحسـبا لعدم مواكبة الأجهزة القضـائية لنظام الوسـائط الالكترونية في التقاضـي. و نفس الشـيء عندما سـمح للأطراف بالحصـول ورقيا على النسـخ العادية و التبليغية و التنفيذية للأوامر و الأحكام و القرارات القضـائية (الفصـل 41-9 من الباب الأول مكرر من المشـروع) و نفس الأمر نسـجله عندما ترك الحرية للأطراف في الاختيار بين التبليغ العادي أو التبليغ عبر العنوان الالكتروني، وذلك عندما سـمح للمحكمة أن تأمر عند الاقتضـاء بتبليغ الاسـتدعاء بواسـطة أحد موظفي كتابة الضـبط أو بالطريقة الادارية أو بأيّة وسيلة أخرى للتبليغ (أنظر الفصل37 من الباب الأول مكرر المشروع). بالإضافة إلى سنّه لمؤسسة الحفظ الالكتروني للأحكام في النظام المعلوماتي مع الاحتفاظ بمؤسسة الحفظ الورقي وتجليدها دوريا قصد تكوين سجل منها (أنظر الفصل 346 من الباب الأول مكرر من المشـروع)، و إجازته اعتماد رئيس الهيئة و القاضـي المقرر عن تصـدير الأحكام الخيار بين التوقيع اليدوي أو الالكتروني(أنظر الفصل 50 من الباب الأول مكرر من المشروع).

لم يحسم المشروع في مجموعة من المسائل و أرجأها إلى حين صدور نص تنظيمي ، و الحال أنها من المسائل الأساسية التي يجب أن ينص عليها في صلب التشريع الأساسي لا النص التنظيمي، و مثاله ما جاء في الفصل 41-4 من الباب الأول مكرر من المشروع ،عندما ترك تحديد الكيفيات التقنية لتدبير و استعمال الحساب الشخصي المهني لنص تنظيمي.

- ألزم المشـــروع بمقتضـــى الفصـــل 3_41 من الباب الأول مكرر من المشـــروع كلاّ من المحامين والمفوضـــين القضـــائيين والخبراء والادارات العمومية بضـــرورة الإدلاء بحســـاباتهم الالكترونية لاعتمادها في التبليغ، وذلك لضبط هذه المهن القضائية والاستفادة من دورها في الرفع من جودة الإجراءات الالكترونية. إلا أنه لم يشـــر إلى مســـألة من الأهمية بمكان، و هي تحديد المسؤول في حال عدم توصل هذه المؤسسات بالتبليغ عبر بريدها الالكتروني، بسبب ضعف أو انقطاع شبكة الاتصال. مما قد يفوّت الحقوق على أصحابها. كما تطرح مسألة واقعية تثار بالنسبة للمحامين، باعتبار أن هناك العديد من النقابات يوجد بها محامون لا يتوفرون على مقرات ومكاتب لممارسة مهنة المحاماة، ليثار التساؤل هل من شأن إلزامية البريد الالكتروني للمحامي حل مشكل تبليغ هذه الفئة، من جهة، أو التشجيع على هذه النوعية من الممارسات.

- متّع المشـــروع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية ومســـتخرجات النظام المعلوماتي المحفوظة بقاعدة المعطيات المركزية للتبليغ الالكتروني، بنفس حجية الاثبات التي تتمتع بها الوثيقة الورقية (انظر الفصـــل 2/41 من الباب الاول مكرر من المشـــروع) تأســـيســـا على القانون رقم 35.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية ، شرط تضمينها وجوبا تاريخ وساعة التبليغ والعنوان الالكتروني للمبلغ اليه، وذلك بهدف السير إلى محكمة بلا ورق.

- اعتمد المشـــروع على مؤســـســـة التوقيع الالكتروني كآلية جديدة في توقيع الأحكام للرفع من جودتها وصـــيانتها من أي تزوير (أنظر الفصـــل 50 من الباب الأول مكرر من المشـــروع). دون تحديد الوسائل اللوجيسيكية لتسهيلها و اعتمادها.

- جاء المشروع في أحكامه متعارضا مع بعض القوانين كقانون المسطرة المدنية، عندما اعتد بنســـخ الوثائق في الاثبات و يظهر ذلك من خلال نص الفصـــل 41-2 من الباب الأول مكرر من المشروع، الذي أجاز قبول صور المستندات في الاجراءات التي تتم عبر الوسائط الالكترونية و لم يقبل اعتراض الخصم لهذه المستندات المقدمة على أساس أنها مجرد صور. و هو ما يتعارض مع نص الفصـــل 440 من قانون الالتزامات و العقود الذي لا يعتد الا بأصـــول الوثائق أو النســـخ طبق الأصل منها جاء في الفصل : " النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية و الوثائق العرفية لها نفس قوة الاثبات التي لأصـــولها، إذا شـــهد بمطابقتها لها الموظفون الرســـميون المختصـــون بذلك في البلاد التي أخذت فيها النســـخ. و يســـري نفس الحكم على النســـخ المأخوذة عن الأصـــول بالتصـــوير الفوتوغراقي"

- أورد المشروع تعديلات لقانون المسطرة المدنية و لقانون المسطرة الجنائية، و الحال أن هذه قوانين قائمة الذات و يجب أن يطرح تعديلها داخل قوانين الأصـــل التي نشـــأت فيها. ومثال ذلك بالنسبة للقانون الأول يبرز من خلال المادة الثانية من المشروع التي نصت على نسخ و تعويض أحكام الفصول 33 و 37 و 51 و 53 و 141 و 330 و 332 و 528 من الظهير الشريف رقم 1.74.744 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، كما يبرز أيضا من خلال المادة الثالثة من المشروع التي نصت على تغيير و تتميم أحكام الفصول 31 و 32 و 46 و 50 و56 و 83 و 142 و 159 و 209 و 329 و 345 و 346 و 355 و 356 و 362 و 441 و 455 و 474 و 493 من نفس الظهير. و مثاله بالنســـبة للقانون الثاني يظهر من خلال المادة الثانية من الباب الثاني من المشروع القاضي بتغيير و تتميم أحكام المواد 24 و 66 و 80 و 139 و 308 و 325 و 351 و 365 و 421 و 654 و 670 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمســـطرة الجنائية الصـــادر بتنفيذه الظهير الشـــريف رقم 1.02.255 بتاريخ 25 من رجب 1423 (03 أكتوبر 2002)

- أغفل المشروع تحديد الجزاءات الجنائية المترتبة عن خرق الأحكام المضمنة بالمشروع ، خاصة أنه ستطفو على السطح جرائم مرتبطة بالقانون نفسه من جرّاء اختراق المواقع الإلكترونية للمحاكم و انتهاك التوقيع الإلكتروني و انتهاك التحويل الإلكتروني للأموال فيما يتعلق بأداء الر سوم القضائية. مما يجعل هذا القانون فارغا بمحتواه أمام غياب نصوص زجرية تكفل احترام أحكامه.

- لا يمكن اعتبار مسودة مشروع استعمال الوسائط الالكترونية كاملة، على اعتبار أن المشروع شمل مسائل أفرزتها الظرفية الحالية و لم يتطرق لمجموعة مسائل في انتظار استكمالها للإجابة على مجموعة من التساؤلات و الاشكاليات.

وفي انتظار استكمال المشرّع للترسانة القانونية لمشروع استعمال الوسائط الالكترونية في التقاضـــي، فإن الظرفية الحالية أظهرت الحاجة الماسّـــة إلى المحكمة الرقمية انســـجاما مع الثورة التكنولوجية التي جاءت بالتجارة الإلكترونية والتعليم الإلكتروني و غيرها، و مســـايرة أيضـــا للظروف التي حتّمها انتشار فيروس كورونا كوفيد 19 الذي فرض التقاضي عن بعد، حيث عرفت بلادنا لأول مرة في تاريخ العدالة المغربية هذه التجربة التي لا يمكن وصـــفها إلا بالرائدة. وهي تجربة كانت لها ايجابياتها على مرفق العدالة بصفة عامة، من حيث زيادة قدرة المحاكم على توفير المعلومات والخدمات بسهولة، والتقليل من التزاحم البشري الذي تكتظ به المحاكم، وتحقيق مبادئ

الشـفافية الكاملة للحصـول على الخدمات وصـولا إلى تحقيق النزاهة الإلكترونية ورعاية المواطن وحوسبة الإدارات التابعة للمحاكم.

تأثير جائحة كورونا على العقود الوطنية والدولية

يوسف بن القائد
دكتور في القانون الخاص
تخصص قانون التجارة الدولية

مقدمة:

لقد تفاجأ العالم بجائحة كورونا كوفيد 19 الذي ظهر في الصين وبالضبط في مدينة ووهان في أواخر سنة 2019، لذلك تجندت جميع الدول لأجل مواجهتها للحد من تداعيتها الخطيرة لا على مستوى الأرواح ولا على مستوى الاقتصاد، وفي إطار التدابير الوقائية لمواجهة هذه الجائحة كان المغرب سباقا لاتخاذ تدابير احترازية للحد من هذا المرض، فتم إغلاق المجال الجوي والبحري المغربي أمام المسافرين وإلغاء التجمعات وإحداث صندوق خاص بتدبير الجائحة وتعليق الجلسات بمختلف محاكم المملكة، ومن أجل الحرص على تطبيق هاته التدابير على الوجه السليم قام المشرع بإصدار مرسوم بقانون رقم 2.20.292 بتاريخ 28 رجب 1441 الموافق 23 مارس 2020 يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها[380].

وعلى الصعيد الاقتصادي باتت كورونا تهدد بشكل واضح الاقتصاديات العالمية حيث انخفض الطلب بمستويات غير مسبوقة على حساب العرض الشيء الذي أثر على الإنتاج.

ويعد الاهتمام بالعقود من أهم ما سعى إلى تنظيمه مختلف التشريعات الوطنية والدولية، حيث أصبحت العقود أهم الوسائل لإحداث الالتزامات التعاقدية سواء بين الأفراد أو الدول لدرجة أن تطور هذا البنيان القانوني وانتقل من دائرة الالتزامات التعاقدية الوطنية إلى دائرة الالتزامات التعاقدية الدولية [381]

ولذلك فإن الاشكال الذي يطرح في هذا الصدد ما هو تأثير كورونا المستجد "كوفيد 19" على الالتزمات التعاقدية على المستوى الوطني والدولي؟ لذلك سوف نحاول معالجة الموضوع من خلال

[380]- مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 رجب 1441 الموافق لـ 23 مارس 2020، المتعلق بحالة الطوارئ الصحية والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 24 مارس 2020.

[381]- خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد- أطروحة دكتوراه أكتوبر 2017، كلية القانون- قسم القانون الخاص- جامعة الإمارات العربية المتحدة ص 1.

مبحثين نخصص المبحث الأول لمعالجة الإطار القانوني لجائحة فيروس كورونا المستجد، ثم إعادة التفاوض كآلية لتحقيق الأمن التعاقدي بعد جائحة كورونا المستجد في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الإطار القانوني لجائحة فيروس "كورونا" في التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية

لقد اعتبر الفقه القانوني المغربي أن جائحة فيروس كورنا تعد بمثابة قوة قاهرة باعتبارها صورة من صور السبب الأجنبي الذي ينفي العلاقة السببية بين فعل المدين وبين الضرر الذي لحق بالمضرور. و باعتبارها حادث خارجي لا يمكن للمدين توقعه، ولا يمكن له أيضا دفعه.
ومن جهة أخرى فالقوة القاهرة ليست محصورة فقط في وقائع محددة دون غيرها، بل ترتبط بكل واقعة تحققت بشأنها الشروط وجعلت تنفيذ الالتزامات التعاقدية بين أطرافه مستحيلا، إلا وتعد حالة من حالات القوة القاهرة إذ لا يمكن للدائن أن يطالب المدين بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة لذلك، لأن عدم التنفيذ ليس راجعا إلى خطأ المدين، وإنما سببه هو جائحة كوفيد 19 الذي ضرب العالم عامة والمغرب بوجه الخصوص ، وفي هذا الصدد يعد قوة قاهرة ويبقى بطبيعة الحال المدين هو الملزم بإثبات توافر هذه الشروط، لأنها تعد أمرا خارجا عن إرادة المتعاقدين بحيث لا يمكن توقعه ولا دفعه لذلك سنتطرق إلى القوة القاهرة في القانون المغربي (المطلب الأول) فيما سوف نتطرق للقوة القاهرة من منظور الاتفاقيات الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القوة القاهرة في القانون المغربي

الأصل في الأشياء هو أن الإنسان حر بطبيعته، ولا يلتزم إلا بإرادته، والتنزيل القانوني لحرية الإرادة، هو مبدأ سلطان الإرادة ويقوم هذا المبدأ على أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف وأن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام بل يتعداه إلى آثار هذا الالتزام إلا أن هناك بعض الحالات التي تطرأ لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين فتجعل من المستحيل تنفيذ التزاماتهم والتي من بينها ما يعيشه العالم الآن من جائحة كورون

بالاضافة إلى أن القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين فالواجب، تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه، طبقا لمقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون والمقصود بالعقد شريعة

المتعاقدين هو أنه بعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد نطاقه، لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه مادام العقد قد نشأ صحيحا ملزما وهو لا يكون كذلك إلا في الدائرة التي يجيزها القانون أي في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام ولا مع الآداب.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود وبالضبط إلى الفصل 269 فإن القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية (الفياضانات والجفاف، والعواصف، والحرائق الجراد) وغارات العدو وفعل السلطة ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقم المدين الدليل على أنه بدل عناية لدنه عن نفسه.

لذلك من أجل تحقق القوة القاهرة لابد أن تتوفر مجموعة من الشروط:

1 - عدم إمكانية التوقع:

يجب أن تكون القوة القاهرة غير ممكنة التوقع فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه لم يكن قوة قاهرة، ويجب ان يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعي فحسب، بل من جانب أشد الناس تبصرا بالأمور فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي.[382]

فعدم التوقع يعني أن لا يكون في استطاعة أي شخص أن يتوقعه مهما كان ذكاءه وقوة حدسه وخبرته المهنية فإذا أخذنا جائحة كورونا وطبقناها على هذا الشرط سنجد أنه لم يكن أي شخص أو أي حكومة في العالم أن تتوقع حدوثه.

2 - استحالة الدفع:

لأجل اعتبار الظاهرة كقوة قاهرة يجب أن يكون غير ممكن دفعها، بحيث يجعل المدين أمام استحالة في التنفيذ، فإذا ثبت أن القيام بمجموعة من التدابير سواء السابقة أو اللاحقة على الحادث كانت كافية لدفع آثاره.

فإن المدين لا يكون أمام حالة قوة قاهرة، وبالتالي ويجب أن يكون الحادث مما يجعل تفادي الضرر أمرا مستحيلا لا يستطيع دفعه، ويقصد هنا بالاستحالة تلك التي ترتبط بالشخص المسؤول وكذلك التي تكون بالنسبة إلى أي شخص يقوم مقام المسؤول، فأما إذا كان من شأن الحادث أن

[382]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان- الطبعة الثالثة، الجديدة 2015، ص 996.

يجعل تفادي الضـــرر أكثر مشـــقة أو أكثر إرهاقا أو كلفة فلا يكون هناك قوة قاهرة تنفي معها المسؤولية التقصيرية.[383]

3 - أن يكون الحادث خارجيا:

أي أن لا يكون للفعل المتسـبب في الأضـرار علاقة بنشـاط المدين أو المتعاقد، بحيث لم يكن لإرادته دخل في حصوله ولا في الأضرار الناجمة عن حصوله، وبالتالي فالقوة القاهرة عبارة عن حدث ينتج عنه إخلال بوضعية معينة وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 269 من ق ل ع " لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي نتج عن خطأ سابق للمدين" أي أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لابد للمدين فيه.[384]

إن انطباق حالة القوة القاهرة على فيروس كورنا تجعل الالتزام مسـتحيل وهو بذلك يكون حالة مادية تنفي عن المدين التعويض عند الإخلال بالتزامه التعاقدي، ومن العقود التي تنتهي فورا في عقود السفر والسياحة وتأجير السيارات.

وبالنسـبة لعقود القرض نسـتند إلى ما نص عليه الفصـل 149 من قانون حماية المسـتهلك الذي أسـس لنظرية الإمهال القضـائي، حيث جاء في الفصـل : « بالرغم من أحكام الفقرة 2 من الفصـل 243 من الظهير الشـريف الصـادر في 9 رمضـان 1331 (12 أغسـطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود منشـور في الجريدة الرسـمية عدد 5932 بتاريخ 03 جمادى الأولى 1432 (07 أبريل 2011) ص 1072، يمكن ولا سيما في حالة الفصل عن العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة أن يوقف تنفيذ التزامات المدين بأمر من رئيس المحكمة المختصة.

ولا شك أن جائحة كورونا تعتبر حالة متوقعة تخول المستفيد من القرض الاستفادة من الإمهال القضائي الذي جاء قانون حماية المستهلك.

وبخصـوص عقود كراء المحلات السـكنية وفي ظل هذه الظروف وفي ظل الفراغ التشـريعي تبقى السلطة التقديرية للقضاء، وإن كنا نرى هذه الأيام السلطة المحلية تمنع إفراغ أي مكتري بسبب هذا الظرف الطارئ.

---

[383]- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضـوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مطابع دار القلم، بيروت الطبعة الثانية، 1972، ص 417.

[384]- تم الولوج إليه بتاريخ 5 يونيو 2010 على الساعة الثالثة زوالا.www.droitetentreprise.com

المطلب الثاني: القوة القاهرة في الاتفاقيات الدولية

لقد عملت جائحة كورونا على بعثرة الأوراق في مجال المال والأعمال بصفة عامة وفي إطار العقود الدولية بصفة خاصة حيث سيؤدي الأمر إلى العديد من الخلافات والصراعات بين المتعاقدين خصوصا حينما أصدرت معظم دول العالم قرارات تهم توقيف خطوط الإنتاج وتوقيف المصانع وتسريح العمال مما يعني عدم تنفيذ العقود في الوقت المحدد لها نتيجة قوة قاهرة بفعل الواقع وبفعل القانون (قرارات الدولة) وهذا الأمر قد يشكل إشكالا عميقا على المستوى الدولي وخصوصا أن أغلب العقود الدولية تتسم بطول مدتها [385] ويعود ذلك إما إلى اتفاق الأطراف، ورغبتهم في تحقيق الاستقرار في معاملاتهم كما في عقود الامتياز وعقود التوريد أو إلى طبيعة العقد وضخامة الأعمال المطلوب القيام بها كما في عقود نقل التكنولوجيا وعقود إنشاء المصانع الجاهزة والطرق الدولية[386].

فالعقود الدولية والتي تعتبر الأداة القانونية الأكثر استعمالا في مجال المعاملات المالية الدولية وإدارة وتيسير التجارة الدولية العابرة للحدود وهذه العقود لا تختلف عن عقود التجارة الداخلية من حيث خضوعها لأحكام القوة القاهرة.

بالرجوع إلى اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع 11 أبريل 1980 خاصة الفصل 79 ، نجد أنه يتحدث على أنه: لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه. [387]

لذلك فإن القوة القاهرة في اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع تخضع لشروط الفصل 79 من الاتفاقية، لذلك فحسب مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 79 من الاتفاقية فإن الإعفاء من المسؤولية يعني أولا وقبل كل شيء هو أن يكون المانع من التنفيذ مستقلا عن إرادة المدين ومن الواضح أن أهم حالة هي عدم القدرة على التنفيذ ترتبط بظروف قاهرة. [388]

---

[385]- صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية معهد الإدارة العامة، السعودية طبعة 1997 ص 25.

[386]- شريف غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، مطبعة الفجيرة الوطنية الإمارات العربية المتحدة 2010 ص 5.

[387]- الفصل 79 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع 11 أبريل 1980.

[388] -PERTER SCHLECHTRIEM, convention de vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Dalloz, Paris 2008, page 251.

ودائما في نفس الفقرة من الفصل أي الفصل 79 من الذي يجعل الإعفاء من المسؤولية التعاقدية للطرف الذي لم ينفذ التزاماته مشروطا بأن يؤكد هذا الطرف أن عدم التنفيذ يعزى إلى عائق خارج عن إرادته وأنه لا يمكنه توقعه وقت إبرام العقد[389].

كما أنه يتعين على المدين إثبات المانع من تنفيذ التزاماته حيث أن الاتفاقية هي التي تحدد من عليه عبء الاثبات.[390]

وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1964 حول القانون الدولي الموحد للبيع الدولي في الفصل 74 ذكر مصطلح الإعفاء، كذلك اعتمدت غرفة التجارة الدولية في شرطها النموذجي لسنة 2003 مصطلح القوة القاهرة.

وكذا اعتمدته أيضا مبادئ القانون الموحد(undroit)من خلال المادة 1.7.7/1 تحت عنوان القوة القاهرة،والتي نصت في الفقرة الأولى على أنه " يعفى من أثر عدم التنفيذ المدين الذي يثبت أن ذلك يعود إلى حدث خارج عن نطاق توقعه والذي من غير المعقول أن يأخذه بعين الاعتبار عند إبرام العقد، أو أن يتوقعه أو يتجاوز أو يتوقع أو يتجاوز آثاره".[391]

كما تكرس هذا المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في العديد من الشروط العقدية كالشرط الذي قضى بأنه تعد قوة قاهرة أو حدثا مفاجئا كل حدث غير متوقع ومستقل عن خطأ المتعاقد من شأنه جعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية مستحيلة، ويستعبد من ذلك الأحداث التي تجعل تنفيذ العقد صعبا أو أكثر إرهاقا.[392]

ولذلك فإن مقتضيات التجارة الدولية دفعت المتعاقدين إلى إضفاء مرونة أكبر على مفهوم القوة القاهرة من أجل السعي إلى الحفاظ على العلاقة العقدية، إذ لم يعد قائما في حقل التجارة الدولية مفهوم الاستحالة المطلقة للتنفيذ، وذلك على أساس وجود معوقات مطلقة لا يمكن تحملها وبناءا على ذلك يبرز من جديد دور الممارسات العقدية في ترتيب الأحكام القانونية للعقد في إطار التجارة الدولية، وذلك انطلاقا من أن عدم تحمل أحد المتعاقدين لتبعات القوة القاهرة في شقها الاقتصادي، irrésistibilité économiques يدفع طرفا العقد إلى العمل معا في إطار من التعاون من أجل الحفاظ على العقد لما يمثله من أهمية اقتصادية لكليهما، ويترجم بعض الفقه هذا التضامن بالتعاون

389 -Vincent Heuzé, la vente internationale de marchandises L G D J Paris . 2000. Page 2/23.
390 - NELIMAYER.KARL H. Ming Catherine. Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. LITEC. Paris 1993.
391 -principes UNI droit , Revue, dr. UNIF. 2004. P 165.
392 -V.P.KHAN. force majeure et contrats internationaux de longue durée. JD.I. 1975. P470.

بين أطراف العقد في تجاوز حدث القوة القاهرة في النظر إلى الظروف المحيطة بالمتعاقد المتضرر[393]، وذلك بالاستناد على نص المادة 79 من اتفاقية فيينا 1980 ، إذ أصبح من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد، غير أن هذه المادة نظمت القوة القاهرة في إطار استحالة التنفيذ بالرغم من إشارتها إلى ضرورة الأخذ بالظروف المحيطة بالمتعاقد المتضرر.

وتبعا لذلك يسعى متعاملو التجارة الدولية إلى تهذيب مفهوم القوة القاهرة والتخفيف من آثارها في إطار من التعاون، إذ لم يعد مفهوم القوة القاهرة قاصرا على عدم تحمل تبعات الحدث، كما لم يعد أثرها ينصرف مباشرة لإنهاء العقد بل يتيح إعمالها إمكانية تعديل العقد وإعادة التفاوض.

المبحث الثاني: إعادة التفاوض كآلية للأمن التعاقدي

تتميز عقود التجارة الدولية عن العقود الوطنية بطول مدتها، ويعود ذلك إما بسبب اتفاق الاطراف على ذلك ورغبتهم في تحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم ، أو طبيعة العقد وضخامة الاعمال المطلوب القيام بها،ومما لا شك فيه فإن ارتباط العقد بمدة زمنية طويلة، قد يجعله عرضة لبعض الظروف والأحداث خصوصا كما هو الحال في ظل انتشار الوباء العالمي مما أثر على قدرة الأطراف التعاقدية في تنفيذ التزاماتها ، ويعد إعادة التفاوض في العقد كنتيجة للقوة القاهرة وخاصة بمفهومها الحديث، فكرة لصيقة بالعقود الدولية وهي ما يميزها عن القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي وفي العقود الداخلية.

للوقوف حول فكرة إعادة التفاوض يجب التطرق إلى مفهوم إعادة التفاوض (المطلب الأول) كما استوجب علينا البحث في مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض في (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم إعادة التفاوض وتحقيق الأمن التعاقدي

تعتبر فكرة إعادة التفاوض من أبرز الأمور التي فرضتها طبيعة العقود الدولية في مواجهة تغير الظروف التي تطرأ على العقد الدولي، والتي تهدف إلى تأمين وجود العقد وتنفيذه عن طريق توازن الالتزامات العقدية على اعتبار أن المبدأ السائد في عقود التجارة الدولية هو مبدأ الحفاظ على العقد ودوام العلاقة التعاقدية، لذا فإننا نجد من النادر أن يتفق الأطراف على انحلال الرابطة العق بالانفساخ بسبب القوة القاهرة. فالسائد في الشروط التعاقدية للعقود الدولية يتفق الأطراف على إعادة

[393]- هني عبد اللطيف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق تلمسان 2015 /2016، ص 32.

التفاوض في العقد عند صـــياغتهم لبند القوة القاهرة، بغية تعديله ليتماشـــى مع المعطيات الجديدة بسبب تغير الظروف.

يهدف مفهوم إعادة التفاوض إلى الحفاظ على العقد ودوام العلاقة التعاقدية، لذا فإننا نجد من النادر في عقود التجارة الدولية أن يتفق الأطراف على انحلال الرابطة العقدية بالفسـخ بسـبب القوة القاهرة.

ولقد اهتم الكثير من المختصـين في العقود الدولية بشـرط إعادة التفاوض فقد تم تعريفه على أنه الشـرط الذي يسـمح للأطراف بإعادة تنظيم العقد الذي يربطهما إذا حدث تغير في المعطيات الأولية والتي تم الاتفاق على أسـاسـها فتغير توازن العقد إلى حد يجعل أحد الأطراف يلحق به إعسـار غير عادل.[394]

وقد اتخذ شرط إعادة التفاوض مصطلحات أخرى، فيطلق عليه البعض hard ship[395] والذي يعني المشـــقة العقدية وهو المصـــطلح الأكثر شـــيوعا في ممارســـات التجارة الدولية. إلا أن الفقه الفرنسي يعبر عنه بتسميات أخرى كشرط المراجعة clause de revision أو شرط العدالة أو شرط المحافظة clause de sauvegrade أو شرط الصعوبة (clause de durreté)

وكذلك نصت المادة 6 . 2. 3 من مبادئ القانون الموحد على أنه تعتبر ظروف شاقة إذا وقعت أحداث تخل بصـــورة جوهرية بتوازن العقد إما برفع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف وإما بخفض ما يتلقاه أحد الأطراف.. كما يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض ...

ولقد نظمت غرفة التجارة الدولية نموذج لما يجب أن تكون عليه صـياغة شـرط إعادة التفاوض ليسـتعين بها الأطراف في تحرير العقود، ولقد نشـرت الغرفة لائحة تفصـيلية بشـأن شـرط إعادة الملائمة للعقد سنة 1978.[396]

إن فكرة إعادة التفاوض جاءت لتلبية حاجات متعاملي التجارة الدولية، إذ ترد بالأساس في شكل شـروط عقدية تعمل على دفع الأطراف إلى الالتقاء من أجل مناقشـة تغير ظروف تنفيذ العقد نتيجة أحداث غير متوقعة.

---

[394]- www.trans-tex.org بتاريخ 20/03/2020.

[395]- أن أول من استعمل مفهوم hard ship هو القانون الانجليزي.

[396] -Marcel fontaine , droit de contrats internationaux, 2em Edition 1989. P 251.

كما يتضح أن أهمية هذه الشروط تكمن في كونها جاءت نتيجة ممارسات عقدية، ما يفهم منه مدى أهمية هذه الممارسات في ترتيب أحكام قانونية عقدية، إذ أن الدراسات القانونية الخاصة بهذه الشروط، وكما يبدو لا تعدو أن تكون محاولة للكشف عنها بداية من أول دراسة قامت بها مجموعة العمل تحت رئاسة الأستاذ(Marcel fontaine) ولا زالت هذه الدراسات تحاول الكشف عن التطور الحاصل بخصوص هذه الشروط على الصعيد العملي، بمعنى آخر تتجلى من خلال فكرة إعادة التفاوض مدى سيادة مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية في ترتيب المراكز العقدية بل وفي تنظيم حياة هذه العقود على خلاف ما هو سائد في القوانين الوطنية.

المطلب الثاني: آثار إعادة التفاوض على العلاقة التعاقدية

إن لكل عمل قانوني آثار تنجم عنه، لذا فإن لمفهوم إعادة التفاوض آثار تنتج عنها، ومن الآثار التي تنتج عن إعادة التفاوض هي إعادة النظر في الالتزامات العقدية إذ أن فكرة أو شـــرط إعادة التفاوض من شـــأنه إتاحة الفرصـــة لأطراف العقد بإعادة النظر في التزاماتهم التعاقدية [397]، والتي تأثر تنفيذها بالقوة القاهرة، و على أساسها أيضا تم إبرام هذا العقد وبالتالي فإن إعادة النظر تعتبر من الآثار المترتبة على فكرة إعادة التفاوض، فإذا اتفق أطراف العقد إلى اللجوء إلى إعادة التفاوض وجب عليهم إعادة النظر في التزاماتهم التعاقدية.

وتعتبر عملية إعادة النظر من الالتزامات التعاقدية الغاية من إنشـــاء فكرة إعادة التفاوض في حالة نشوء حالة واقعية جديدة جراء القوة القاهرة أو أي حاث يغير من ظروف تنفيذ العقد.[398]

إن فكرة إعادة النظر تمثل النقطة الجوهرية التي يســـعى أطراف العقد إلى تحقيقها بإعادة التفاوض بعد اختلال توازن العقد بفعل القوة القاهرة، وتمنح للأطراف فرصـــة الاستمرار في تنفيذ العقد، وعليه فإن نظام أو فكرة إعادة التفاوض تمثل آلية من الآليات الهامة لحل الخلافات والنزاعات الناتجة عن القوة القاهرة أثناء مرحلة جد مهمة في حياة العقد وهي مرحلة تنفيذ العقد وذلك عن طريق إلزام المتعاقدين بتبادل الاقتراحات التي قد تتضـــمن بعض التنازلات من الطرفين للتوصل إلى اتفاق مدروس وملزم للطريفين ويخدم مصالحهم.

---

[397]- أوليدي موسى – قادري عبد الرزاق، أثر القوة القاهرة في العقود الدولية شهادة ماستر اكاديمي، كلية الحقوق – الجزائر 2018- ص 69.

[398]- المادة 1-7 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص " يلتزم كل طرف بأن يتصـــرف وفقا لما يتقضـــيه حســـن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية.

وعندما يصـل الأطراف إلى اتفاق جديد تطرح إشـكالية تكييف هذا الاتفاق الجديد هل يعد عقدا جديدا؟ أم أنه مجرد تعديل للعقد الأصلي.

فجانب من الفقه ذهب إلى أن الاتفاق الجديد تعديل للعقد الأصلي، انتصارا لفكرة استمرار وبقاء العقد الأصلي قائما خلال مرحلة المفاوضات، فعندما يتفق الأطراف على إعادة التفاوض بشأن العقد عند وقوع القوة القاهرة فإنهم دون شك يقصدون إبقاء العقد الأصلي.[399]

ويرى جانب آخر من الفقه أن الاتفاق الجديد عقدا جديدا طالما أن إعادة التفاوض تتضـمن النية نحو تجديد العقد الأصـــلي لا مجرد تعديله، حيث ان التجديد عملية قانونية يحل من خلالها التزام جديد محل التزام قديم.

ختاما يتفق غالبية المختصـــين في الشـــأن القانوني على أن جائحة كورونا هي قوة قاهرة مما جعل الدول تعجل بفرض تدابير احترازية لتفادي تفشـي العدوى بين أفرادها الشـيء الذي أثر سـلبا على جميع الالتزامات التعاقدية، وبات يهدد بخســـارة مالية فادحة وأمام هذا الوضـــع فإنه يمكن للمتعاقدين اللجوء إلى إعادة التفاوض كآلية لخلق الأمن العقدي بعيدا عن القضـــاء وإجراءات التقاضي بشكل يراعي الظروف الاقتصادية والصحة العالمية، بما يمكنهما أي المتعاقدين من إنهاء علاقتهما بشكل يقلل من الضرر والمصاريف، أو تجزئة أعمالهما على مراحل لتنفيذها في المستقبل بما يحقق مصلحة الطرفين.

[399]- مندر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية والعربية والأجنبية، دار اراس للطباعة والنشر كردستان العراق، 2005، ص 665.

" مبدأ إستمرارية مرفق القضاء في زمن كوفيد 19"

دة. رشيدة البربوشي
باحثة في العلوم القانونية
عضو الوادية الحسنية للقضاة

تعد المرافق العامة من أهم موضوعات القانون الإداري ، تدور في دائرتها معظم النظريات والمبادئ التي ابتدعها القضاء الإداري , وعلى الرغم من إختلاف وتعدد أنواعها ، فإن المرافق العمومية تخضع جميعها لبعض المبادئ الأساسية التي تحكم سيرها ، أبرزها قابلية المرفق العمومي للتطور ، تبعا لتغير الظروف ودوام سيره بانتظام واطراد – خصوصا وأنه يقدم خدمات حيوية إلى الجمهور – لذلك فإنه من واجب الجهات المعنية أن تسهر على ضمان إستمراريته ، على إعتبار أنه المظهر الإيجابي لنشاط الإدارة ، والذي تسعى من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة لمرتفقيها , ويمتد مفهوم الإستمرارية في معناه الواسع إلى فكرة إستمرارية الدولة بسلطاتها الثلاث ، السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية ، أما في معناه الضيق فيرتبط تحديدا بالمرفق العمومي , ليصبح مفهوم الإستمرارية يعني السير العادي والمطرد للمرفق العمومي عامة ، ومرفق القضاء خاصة، على إعتبار أنه من أهم المرافق الحيوية لإرتباطه بالعدالة، ومن هذا المنطلق حرصت الدول , ومن ضمنهم المغرب على وضع إطار قانوني لخدمة مبدأ إستمرارية المرفق القضائي , (المطلب الأول) إن الرغبة في تدبير الإدارة القضائية , وفق الحكامة الجيدة قد يصطدم بإكراهات , طارئة وظرفية كالجائحة المتجلية في وباء كوفيد 19 التي عرفتها دول العالم , ومن بينهم المغرب الذي اتخذ تدابير وقائية , تهم الأمن الصحي بالدرجة الأولى , للحد من تفشي وباء كوفيد 19 فأعلن المغرب حالة الطوارئ [400] , فتطلب الوضع الحجر الصحي وكان كذلك , ولأن هذه الإجراءات ترتب عنها شلل في الحركة الإقتصادية , والإجتماعية , وأثر الوضع على جميع المرافق الحيوية , بما في ذلك مرفق القضاء , الذي توقف جزئيا عن إستقبال المرتفقين , بعد إعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب , بإعتبار مرفق القضاء يتجمع فيه الناس من مختلف الشرائح , من مساعدي القضاء , محامون , خبراء , تراجمة , مفوضون قضائيون , موثقين والمتقاضين , والشهود ومن الممكن أن يشكل هذا التجمع خطرا على صحة المرتفقين , وموظفي العدل من قضاة , وموظفي كتابة الضبط , فكان لا بد لوزير العدل بتنسيق مع الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية

[400] _ مرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر في 28 رجب 1441 الموافق 23/ 03 / 2020 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية

, والسيد رئيس النيابة العامة , أن يصدر بلاغا يعلنون فيه عن تعليق انعقاد الجلسات بمختلف محاكم المملكة , طوال مدة سريان قرار الحظر , على خلفية وباء كوفيد 19 , بإستثناء الجلسات المتعلقة بالبت في قضايا المعتقلين , والجلسات المتعلقة بالقضايا الإستعجالية , والتحقيق .

مما لا شك فيه أن فيروس كوفيد 19 , كانت له إنعكاسات على سير العمل بالمحاكم , (المطلب الثاني) فإلى أي حد يمكن الحديث عن إستمرارية المرفق العام في ظل انتشار وباء كوفيد 19 ؟ وما هي الإجراءات القضائية التي إتخذتها كل من مؤسسة رئيس المحكمة في القضايا الإستعجالية , والقاضي الجنائي لضمان إستمرارية مرفق القضاء ؟ وكيف انبثق التقاضي عن بعد في المادة الجنائية , من رحم جائحة كوفيد 19 , وكيف ساهمت هذه التقنية في إستمرارية مرفق القضاء ؟

المطلب الأول : الإطار القانوني لمبدأ الإستمرارية في مرفق القضاء

يعد القضاء الوسيلة الحضارية للدولة , لضمان تمكن جميع الأشخاص من العيش بأمان , في ظل سيادة القانون , فالقاضي يعد الساهر على حماية حقوق الأشخاص , والجماعات , وحرياتهم , وأمنهم القضائي , ووسيلة لتحقيق ما ذكر هو التطبيق العادل للقانون , وبذلك فهو جهاز لا يمكن أن تستغني عنه المجتمعات الحديثة.

وفي الواقع لا يحتاج مبدأ إستمرارية المرفق العمومي إلى تقريره بنص قانوني خاص , مادامت طبيعة المرفق العمومي تستلزم ضمان سيره بإنتظام وإطراد , ومع ذلك أبى المشرع المغربي , إلا أن يؤكد هذه القاعدة بالنسبة لمرفق مهم , وهو مرفق القضاء , لم لا وهو مرفق أصبح سلطة مستقلة , عن السلطتين التشريعية والتنفيذية , تحت إسم " السلطة القضائية " [401] , ويتجلى تأطير المشرع لمبدأ إستمرارية مرفق القضاء في أداء الخدمات , من خلال بعض المقتضيات التي أوردها المشرع الدستوري (الفقرة الأولى) وكذا من خلال المقتضيات التي أوردها المشرع العادي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : مبدأ الإستمرارية من منظور المشرع الدستوري

إذا كنا قلما نجد مقتضيات دستورية ، تنص صراحة على إستمرارية المرفق العام خلال فترة الأزمات في مجموعة من دساتير الدول , كذلك نجد الدساتير المغربية السابقة على دستور

[401] _ الفصل 107 من الدستور (السلطة القضائية مستقلة عن السلطتين التشريعية وعن السلطة التنفيذية ...)

2011 , لم تكن تنص صراحة على ضمان إستمرارية المرفق العام , إلا أنه لما صدر دستور 2011 ، جاء حاملا بين دفتيه مبدأ إستمرارية عمل المرفق العمومي ، إذ نص في الفقرة الأولى من الفصل 154 منه على أنه :

" يتم تنظيم المرافق العمومية على أساس المساواة بين المواطنات والمواطنين في الولوج إليها ، والإنصاف في تغطية التراب الوطني ، والإستمرارية في أداء الخدمات".

وهو نص أعتبره شخصيا بمثابة وعاء يستغرق بنطاقه الواسع ثلاثة حقوق مهمة ، ألا وهي :

أولا : حق المواطن في الولوج إلى المرفق والتمتع بالمساواة أمامه.

ثانيا : حق المواطن في الإستفادة من خدماته عن طريق سير عمله بإستمرار.

ثالثا : حق المواطن أيضا في أن يكون المرفق قريبا منه ، تدعيما لسياسة القرب من خلال توزيع منصف للمرافق العمومية على مستوى الخريطة الترابية للمملكة.

ولضمان إستمرارية المرافق العمومية , وضمان خدماتها وتوضيح هذا الأمر , تم إصدار مشروع ميثاق المرافق العمومية , هذا الميثاق الذي نجد الفصل 157 من الدستور , يؤكد على إصداره حينما نص على أنه " يحدد ميثاق للمرافق العمومية قواعد الحكامة الجيدة , المتعلقة بتسيير الإدارات العمومية , والجهات , والجماعات الترابية والأجهزة العمومية "

وتجدر الإشارة إلى كون ضمان إستمرارية المرفق العام , التي أشار إليه الدستور , وأكده مشروع ميثاق المرافق العمومية ضمن مقتضياته , ولم يتم تحديد ما إذا تعلق مبدأ إستمرارية المرفق العام , هل في الظروف العادية أو في الظروف غير العادية ؟ , ونحن نعتقد أن الأمر يخص جميع الظروف , بل إن الظروف غير العادية مثل الظروف التي نعيشها بسبب تفشي وباء كوفيد 19 , تتطلب إبداع آليات بديلة لضمان مبدأ إستمرارية المرفق العام .

الفقرة الثانية : مبدأ الإستمرارية من منظور المشرع العادي

أولا: في التنظيم القضائي

نص[402] على أنه:

" تبتدئ السنة القضائية [403] في فاتح يناير وتنتهي في 31 دجنبر، حيث تعقد المحاكم جلساتها دون إنقطاع وتنظم عطل الموظفين و القضاة وكتاب ضبط بكيفية لا يترتب عنها توقف الجلسات أو تأجيلها".

وفي نفس المعنى تنص الفقرة الأولى من المادة 7 من مشروع قانون التنظيم القضائي للمملكة على أنه :

" تمارس المحاكم أشغالها تحت إشراف مسؤوليها ، بما يؤمن إنتظام وإستمرارية الخدمات القضائية ، ويتم تنظيم الرخص الإدارية للقضاة وموظفي هيئة كتابة الضبط بكيفية لا تخل بالسير العادي لعمل المحاكم

تعقد المحاكم جلساتها دون انقطاع وتنظم بكيفية لا يترتب عنها توقفها أو تأجيلها ".

وعليه ، يتعين على المحاكم أن تمارس نشاطها طول السنة , وألا تعطل سوى أيام الآحاد , والأعياد , والعطل الرسمية ، علما بأن وتيرة الجلسات تقل في شهري يوليوز وغشت ، وهي الفترة التي يحصل فيها القضاة على عطلتهم.

ثانيا : في النظام الأساسي للقضاء

إذا كان الإضراب يعتبر حقا مضمونا – يحدد قانون تنظيمي شروط وكيفيات ممارسته - [404] فإنه لا يسوغ إعمال هذا المقتضى , تأمينا لإستمرار عمل القضاء , الذي يجب بحكم طبيعته أن يكون بمنأى عن أي تأثير , أو نشاط قد يمس كيانه , أو يحيد به عن المقاصد التي أنشئ من أجلها ، لذا حرص المشرع على أن يؤكد هذا الأمر , بل ذهب لحد عزل القاضي معتبرا الإنقطاع عن العمل

402- في الفصل 7 من المرسوم رقم 2.74.498 الصادر في 16 يوليوز 1974 تطبيقا للظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 المؤرخ في 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة.

403- تفتتح السنة القضائية كما تفيد بذلك الفقرات 2 و3 و 4 من المادة 8 من مشروع قانون التنظيم القضائي للمملكة، تحت الرئاسة الفعلية لجلالة الملك أو بإذن منه، بمحكمة النقض، أو بأي مكان آخر يحدده جلالته في جلسة رسمية في بداية شهر يناير من كل سنة، حيث يتولى كل من الرئيس الأول لهذه المحكمة والوكيل العام للملك لديها، خلال هذه الجلسة، التعريف بعمل المحكمة ونشاطها برسم السنة القضائية المنصرمة، وكذا النتائج التي انتهت إليها الجمعية العامة للسنة القضائية الجديدة، ويعطي الرئيس الأول بها، انطلاقه افتتاح السنة القضائية في كافة المحاكم.

404- حسب الفقرة الأخيرة من الفصل 29 من الدستور.

ومن أجل التنزيل التطبيقي لهذا المقتضى الدستوري، وضعت الحكومة، عملا بمخططها التشريعي، مشروع قانون تنظيمي يحدد شروط وكيفيات ممارسة حق الإضراب.

الغير مبرر , وعرقلة الجلسات , وإتخاذ موقف سياسي خطأ جسيما , من خلال تنصيصه على ذلك في القانون التنظيمي رقم 106-13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة [405] بقوله :

" –يمكن توقيف القاضي حالا عند مزاولة مهامه إذا إرتكب خطأ جسيما – الإمتناع عن العمل المدبر بصفة جماعية – وقف أو عرقلة عقد الجلسات أو السير العادي للمحاكم – اتخاذ موقف سياسي – ممارسة نشاط سياسي أو نقابي أو الإنتماء إلى حزب سياسي أو نقابة مهنية "

" يمنع على القضاء كيفما كانت حالتهم في سلك القضاء ممارسة نشاط نقابي أو الإنتماء إليها ". [406]

ولتحقيق نفس الهدف ، ألا وهو مداومة العمل ، فرض المشرع إقامة القاضي في مقر المحكمة التي يمارس فيها عمله تفاديا للتأخير الذي قد يكون سببه وجود سكن القاضي في مكان آخر، ويتعلق هذا الشرط بقضاة سائر المحاكم ما عدا محكمة النقض.

وفي هذا المضمار نص القانون التنظيمي رقم 106-13 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاة [407] على أنه :

"يقيم القاضي داخل دائرة نفوذ محكمة الإستئناف التي يمارس مهامه ، غير أنه ، يمكن للرئيس المنتدب للمجلس أن يمنح ترخيصا للإقامة خارج الدائرة المذكورة بناء على طلب معلل يقدمه القاضي المعني " .

رغم هذه الترسانة التشريعية التي تؤكد على إستمرارية مرفق العدالة في أداء خدماته , بشكل مستمر فإن وباء كورونا (كوفيد 19) , وما عرفته البلاد من إقرار حالة الطوارئ , والحجر الصحي الذي صاحبها , , أثر بشكل مباشر على مبدأ إستمرارية المرافق العمومية بما في ذلك مرفق العدالة , فما مدى إنعكاسات وباء (كوفيد 19) على سير العمل بالمحاكم ؟ وكيف أثر على سير هذا المرفق بخصوص بعض القضايا ذات الطابع الخاص المرتبطة بالمسطرة الشفوية ؟ وكيف تصدى قطاع العدل ببلادها لحماية مبدأ إستمرارية هذا المرفق بخصوص العمل القضائي في شقيه الجنائي

405- في المادة 97 من القانون الأساسي للقضاة.

406- يبدو من خطاب رسمي مؤرخ في 12 أبريل 2004 أن هناك فضاءات أخرى وقنوات للتواصل والتعبير عن الرأي واقتراح الحلول للمشاكل، وضعت رهن إشارة رجال القضاء – ضمانا لالتزاماتهم بقانون وأخلاقيات وخصوصيات رسالتهم النبيلة – تتمثل في المجلس الأعلى للقضاء والودادية الحسنية للقضاة والمؤسسة المحمدية للنهوض بالأعمال الاجتماعية لأسرة القضاء.

407- في المادة 52 منه.

و الإستعجالي , من خلال الأحكام الصادرة عنه على ضوء الحجر الصحي والتقاضي في المادة الجنائية عن بعد كدعامة أساسية لإستمرارية مرفق القضاء (المطلب الثاني)

المطلب الثاني : إنعكاسات كوفيد 19 على سير العمل بالمحاكم

إن المشرع المغربي كان دقيقا ومتوازنا , فيما يتعلق بالنصوص القانونية المتعلقة بحالة الطوارئ الصحية , سواء على مستوى التأطير القانوني , لمجموعة من التدابير والإجراءات , وكذا بخصوص ضمان إستمرارية المرفق العام , حينما استثنى المرسوم رقم 2.20293 , الصادر في 29 رجب 1441 , المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا (كوفيد 19) , من الإجراءات والتدابير التي تضمنها , وأقر بإستمرارية المرافق العامة الحيوية في تأدية خدماتها , ويتضح ذلك من خلال الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة التي جاء فيها (لا تحول التدابير المتخذة المذكورة دون ضمان استمرارية المرافق العمومية الحيوية , وتأمين الخدمات التي تقدمها) والمرافق العمومية على سبيل المثال , كالإدارات العمومية , والمحاكم , وهي مرافق لا تحول التدابير المتخذة المذكورة دون ضمان استمرارية هذه المرافق الحيوية وتأمين الخدمات التي تقدمها .

إن عمل القاضي بالمحاكم , مرتبط بمساعديه بما فيهم جهاز كتابة الضبط , وجائحة كورونا (كوفيد 19) أثرت بشكل سلبي على جميع القطاعات ببلادنا , بما في ذلك قطاع العدل , فنتج عن ذلك توقف العمل ببعض دواليب المحاكم , إنطلاقا من تنفيذ الأحكام والمقررات القضائية , التي صدرت قبل الجائحة وكان الأمر متوقف على تنفيذها , فكيف أثرت جائحة كورونا (كوفيد 19) على توجه العمل القضائي خاصة في القضايا الإستعجالية (الفقرة الأولى) وكيف عجل وباء كوفيد 19 بتدشين تقنية التقاضي عن بعد في المادة الجنائية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : أثر كوفيد 19 على توجه العمل القضائي

يلاحظ أن جائحة كوفيد 19 التي أصابت العالم ككل , والمغرب على وجه الخصوص , تتوفر فيها شروط وقواعد القوة القاهرة , التي نص على مقتضياتها وشروطها الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود [408] ' الشيء الذي ترتب عنه , إمتناع قاضي التنفيذ (مؤسسة السيد رئيس

[408] _ نص الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود على أن (القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه , كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة , ويكون من شأنه أن

المحكمة) , صراحة عن تنفيذ الأحكام , والقرارات القضائية , الصادرة قبل تفشي وباء كوفيد 19 , القاضية بالإفراغ من المحلات السكنية , كل ذلك حفاظا على الصحة العامة , وضمان الإستقرار السكني في ظل الجائحة والحجر الصحي (تحت شعار خليك في دارك) , وتأجيل تنفيذ الأحكام , إلى ما بعد انتهاء الحجر الصحي , نظرا لحالة الطوارئ الصحية , والواقع العملي للمحاكم بالمملكة أثبت ذلك , وأخص بالذكر الأمر الرئاسي , رقم 318 الصادر في إطار المختلفة عن مؤسسة رئيس المحكمة الإبتدائية بالخميسات في الملف عدد 2020/1109/318 بتاريخ 2020/03/16 الذي منح للمنفذ عليها أجل شهر كمهلة إسترحامية , على أساس أن تستأنف عملية تنفيذ الإفراغ بعد إنتهاء الأجل , وقد جاء في التعليل ما يلي : [409] (حيث أنه أمام الوضعية الإستثنائية التي تمر بها المملكة المغربية والمتمثلة في إنتشار وباء (كورونا) المستجد وما يمكن أن ينتج عنه من مساس بالوضعية الصحية للمواطنين , خاصة أمام قرار الدولة المتمثل في إلتزام المواطنين بمساكنهم , وعدم الإختلاط , فإن إفراغ المنفذ عليها من مسكنها , هي وأبنائها الصغار , في الوقت الراهن , من شأنه الإضرار والمساس بالصحة العامة , مما يكون معه الطلب وجيها ومبررا , ويتعين الإستجابة إليه , وذلك بمنحها أجلا مناسبا لكلا الطرفين)

كما أن العمل القضائي في ظل الحجر الصحي في أحد أحكامه الصادرة، رفض طرد موظف من السكن الوظيفي , بعد إعفائه من مهامه الوظيفية , تماشيا مع التدابير الإحترازية المتخذة في زمن الطوارئ , والتي تلزم الجميع بالبقاء في منازلهم , وأخص بالذكر الأمر الرئاسي الصادر عن قاضي المستعجلات بالمحكمة الإبتدائية بطنطان بتاريخ 2020/04/08 , وقد جاء في تعليلاته ما يلي [410]: (وحيث إن طرد المدعى عليه من السكن الوظيفي يبقى غير مؤسس واقعا وقانونا خاصة بالنظر إلى التدابير الاحترازية التي اتخذتها المملكة للحد من انتشار وباء كورونا المستجد كوفيد 19 ، حماية للصحة العامة , وهي تدابير أخذت بالفعل شكلها , وصيغتها القانونية , بصدور مرسوم بقانون رقم 2.20.939 الصادر في 24 مارس 2020 , بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني ، وعليه فإن هذه التدابير لا يمكن تعطيل آثارها القانونية ، أو الخروج على مقتضياتها ، إلا في الحالات التي يقررها تدبير الحظر نفسه أو قرارات لاحقة متخذة من نفس السلطة ، وذلك في إطار قاعدة توازي الشكليات

يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه , ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لذرئه عن نفسه . وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين)

[409] _ حكم من دواليب المحكمة الابتدائية بالخميسات

[410] _ حكم من دواليب المحكمة الابتدائية بطنطان

وحيث أنه عطفا على ما ذكر أعلاه , فإن الإستجابة للطلب في هذا التوقيت , والظرفية , يبقى غير ذي أساس ويتعين معه الحكم برفض الطلب).

كما أن قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بالرباط , في الملف الإستعجالي عدد 2020/7101/667 أمر رقم 955 الصادر بتاريخ 2020/03/31 رفض الإذن لمغربيين عالقين بدولة إسبانيا الولوج إلى المغرب , وقد جاء في التعليل ما يلي : [411](وحيث أنه لئن كان الطالبان يحملان الجنسية المغربية وقاطنين بالمغرب , ولهما حق الخروج والدخول من وإلى التراب الوطني , المكفول دستوريا استنادا لمقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل 24 من الدستور التي تنص على أن " حرية التنقل عبر التراب الوطني والاستقرار فيه والخروج منه والعودة إليه مضمون للجميع وفق القانون " إلا أن ذلك يبقى في الحالات العادية , أما في نازلة الحال فإن استمرار تواجد الطالبين في منطقة العبور بالجزيرة الخضراء بعدما كانا قادمين من دولة إسبانيا إلى المغرب إنما يرجع إلى تدابير احترازية سريعة وحاسمة اتخذتها السلطات المغربية بفرض حظر جوي وبحري استنادا للسلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لها في هذا المجال لمواجهة موقف خطير صونا وحماية للصحة العامة , وذلك لمنع انتشار داء وباء فيروس كورونا المستجد كوفيد 19 , وهي تدابير أخذت بالفعل شكلها وصيغتها القانونية بصدور مرسوم قانون إعلان حالة الطوارئ الصحية .....

وحيث إنه عطفا على ما ذكر أعلاه فإن طلب خرق حالة الطوارئ الصحية عن طريق الإذن للطالبين بالدخول إلى التراب الوطني المغربي يبقى مستند على غير ذي أساس , خاصة وأن ما قامت به السلطات المغربية يمثل المشروعية الآنية في ظل الوضع السائد , وأن القاضي الإداري الاستعجالي يحمي المشروعية في كل الأحوال , مما يتعين معه رفض الطلب)

وبغض النظر عن الإجراءات القضائية المتخذة , من قبل مؤسسة رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات لضمان استمرارية مرفق القضاء , فإن جائحة كوفيد 19 , وبصفتها قوة قاهرة أثرت على مبدأ إستمرارية هذا المرفق , بخصوص القضايا التي تخرج من زمرة القضايا الاستعجالية , والقضايا الجنائية , والتحقيق , والتي بقيت جلساتها معلقة ما بعد انتهاء الحجر الصحي , فعلى مستوى الجلسات , فإن هذه الجائحة وما صاحبها من حالة الطوارئ الصحية أدت إلى تراكم الملفات , بإستثناء القضايا الجنائية المرتبطة بالمعتقلين , والقضايا الإستعجالية مما كرست معه ظاهرة البطء , وإطالة أعمار الملفات , وهو واقع يقوض العمر الإفتراضي , الذي وضعته وزارة العدل من خلال

[411] _ حكم من دواليب المحكمة الابتدائية الإدارية بالرباط

منشورها , كأجل للبت في الملفات حسب نوع القضايا ، و على مستوى الإجراءات , حيث إن الإجراءات والأوامر القضائية المأمور بها ، عرفت تعثرات ، كما تم إعادة بعض الإجراءات من جديد ، كالإستدعاءات , وشواهد التسليم ، وعلى مستوى الصندوق ، أدى الحجر الصحي , إلى حرمان خزينة الدولة من مداخيل هامة , بإعتبار الصندوق مصلحة حيوية , كما أثرت جائحة كوفيد 19 على حق من أهم حقوق المواطن الدستورية , وهو حقه في التقاضي من خلال التأثير على السير العادي للإجراءات والمساطر , وعموما على سير الدعاوى المرفوعة من قبل المتقاضين , كما أثرت الجائحة على المستوى الاجتماعي خاصة قضايا الأسرة , كعدم منح الأذونات بالزواج , والتأثير على قضايا النفقة , وعلى مستوى التكلفة المالية للدولة , فإن جائحة كوفيد 19 كان لها إنعكاسات سلبية على مالية الدولة في الجانب المتعلق بالمداخيل.

ومع ذلك فإن المهام الجسيمة الملقاة على عاتق مرفق العدالة , دفعت بالدولة إلى إيجاد سبل لتصريف أعمال هذا المرفق خاصة في القضايا المرتبطة مباشرة بحرية الضنين , أي المادة الجنائية , وعجل في ظل الجائحة بتدشين تقنية التقاضي عن بعد (الفقرة الثانية)

الفقرة الثانية : كوفيد 19 يعجل بتدشين تقنية التقاضي عن بعد

إن قرار تعليق الجلسات ونظر الدعاوى , الذي إتخذته السلطة الحكومية المكلفة بالعدل , على ذمة جائحة وباء كورونا

(كوفيد 19) كان يقتضي للحاجة الملحة إستمرارية مرفق العدل في النظر في قضايا التحقيق , وقضايا المعتقلين , لارتباط الأمر بأمن البلاد , في ظل حالة الطوارئ الصحية , لطابع القضايا الجنائية المرتبطة بالنظام العام , التي تنطلق من مبدأ ضرورة محاكمة كل من قام بأفعال مجرمة , تمس بطمأنينة وإستقرار المجتمع , في هذا الوقت الإستثنائي المتفرد , الذي فرض على المحاكم , اللجوء إلى تقنية الإتصال المرئي , أو ما يسمى بمؤتمرات الفيديو

LA VIDEO CONFERENCE وقد غذى هذا الإختيار أيضا , إعلان حالة الطوارئ الصحية .

وإن موضوع المحاكمة عن بعد كان قيد المناقشة منذ سنوات , ومع جائحة كوفيد 19 توالت الإجتماعات , وإكتمل في ظل الإجراء الصحي , الذي فرضه فيروس كوفيد 19 , وأصبح ضرورة ملحة في الميدان الجنائي , وإنطلقت المحاكمة الرقمية وكانت أول محاكمة عرفها المغرب

بهذا الخصوص , أخذت مشعلها المحكمة الإبتدائية بسلا , وبعد ذلك تم تعميمها ، لاحقا على جميع المحاكم , وذلك بوضـــع كاميرات وأجهزة التلفاز في زوايا مختلفة من الغرفة المتواجد بها المتهم بالســجن , وتتم المحاكمة بحضــور رئيس الجلســة والنيابة العامة , وكاتب الضــبط ، والمحامين ، والتراجم في حالة ما إذا كان الضــنين أجنبي , وجميعهم يرتدون الأقنعة الصــحية ، وتبدأ محاكمة المتهم , الذي يظهر على الشــاشــة أمام هيئة الحكم , بعد تحقق رئيس الهيئة من هويته ، ومطابقتها مع الملف والصــورة التي أمامه , قبل أن يأمره " بخفض القناع الصــحي حتى تتمكن المحكمة من التعرف عليه من خلال ملامح وجهه " وبعدما يعطي موافقته الصــريحة على بدء المحاكمة , تبدأ الجلسة عن بعد باستجواب المتهم حول المنسوب إليه .

لقد أفاد بيان صــدر عن المجلس الأعلى للســلطة القضــائية بأن المحاكمة عن بعد عرفت تطورا ملحوظا منذ انطلاق العمل بها .

ولهذا فإن مشــروع المحكمة الرقمية يعد أحد الرؤى الإســتراتيجية الأســاســية , التي ركز عليها الميثاق الوطني لإصــلاح منظومة العدالة الصــادر منذ ســنة 2013 , والذي أكد أيضــا على ضرورة التعميم التدريجي , للوسائل التكنولوجية الحديثة في إدارة المحاكم ، بغية تبسيط الإجراءات والمساطر القضائية , ونجاعتها , وتبادل المستندات ، والتواصل مع المتقاضين ومساعدي القضاء بالطرق الالكترونية المضــمونة , بما في ذلك إعتماد التوقيع الإلكتروني على ضــوء القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية .

إن وباء كوفيد 19 كانت له إنعكاســاته الإيجابية , إذ جعل مرفق القضــاء أمام خيار إســتراتيجي مهم , من شــأنه توفير الكثير من الجهد , والوقت وتقليل النفقات , وضــمان التوثيق الإكتروني للدعاوى , وضمان الولوج المستنير لمرفق العدالة , وتحقيق العدالة الناجزة , التي تحفظ الحقوق وتصون الحريات وهو مكسب مهم في ظل كوفيد 19 .

وكخلاصة لما تم التطرق إليه فإن خصوصية الوضع , وإستثنائيته , لا تستدعي المراهنة على نجاعة العمل القضائي وتجويده , بقدر ما تستدعي ضمان إستمراريته بأقل تكلفة إنسانية , لأن الهاجس الصحي , هو أهم ما يخيم على كل الإجراءات والتدابير التي تبنتها الدولة , لمواجهة تفشي وباء كورونا (كوفيد 19) .

ولقد لعب القضاء الإستعجالي بحق دورا رياديا ، وإستطاع من خلال الأوامر الإستعجالية الصــادرة عنه , في ظل الجائحة كوفيد 19 , خلق توازن بين إســتمرارية المرفق من جهة ، وتفعيل

الجانب الحقوقي , الذي تشبع به من روح مقتضيات مرسوم بقانون حالة الطوارئ الصحية , ألا وهو الأمن الصحي , وأرسى قواعد ظرفية , مرتبطة بشكل كبير بظرفية جائحة كوفيد 19 , تخدم إستمرارية المرفق , وتجسد الدور الحمائي للقضاء المطلوب في هذه الفترة , التي تعرف إنتشار الوباء , وهذا ثابت من خلال التعليلات الواردة بالأوامر الرئاسية , التي ركزت على جائحة الوباء كوفيد 19 ، وحالة الطوارئ والهدف منها , وهي أوامر في ثناياها حيثيات ، تحمل حس عالي بالمسؤولية الملقاة على عاتق القضاة ، مع الإحساس بالظرفية الحالية , التي تمر منها البلاد , حقيقة قمة في الوطنية والدفاع عن الأمن الصحي هذا فضلا على أن وباء كوفيد 19 , فرض التقاضي الإلكتروني داخل البيئة الرقمية ، لإستمرارية مرفق العدل ، إلا أن الوضع يتطلب تشريع ترسانة قانونية ، تستحضر معيقات الحاضر وتستشرف آمال المستقبل ، مع تجهيز المحاكم بالمعدات التقنية ، واللوجستيكية اللازمة ، لتجويد العمل بهذه التقنية مع تكوين الأطر البشرية.

دراسات قانونية باللغة الفرنسية

La fusion et les obstacles relatifs à la nationalité des sociétés commerciales

Mounir ARBAOUI
Professeur de l'enseignement supérieur assistant.
Faculté des sciences juridique, économique et sociale d' Eljadida.

La nationalité des sociétés n'a jamais fait l'objet d'une définition aussi bien en droit français qu'en droit marocain. Par conséquent, il est revenu à la doctrine et à la jurisprudence de définir les contours de la notion de la nationalité des sociétés. En effet, selon le juriste marocain Ahmed CHOKRI ESSIBAI, la nationalité d'une société est un lien juridique, économique et politique qui l'attache à un pays[412]. Elle est définie également comme étant « *un lien juridique de caractère permanent, rattachant un individu ou une personne morale à un Etat* »[413] . Néanmoins, la dernière définition soulève des problématiques quand elle est appliquée aux personnes morales et notamment les sociétés à cause de la portée du sens « *caractère permanent* », parce que si la question de la nationalité des personnes physiques a été nuancée depuis longtemps, celle des personnes morales a dû attendre des années avant la consécration de la notion de la nationalité des sociétés.

Donc, pour essayer d'apporter un éclairage à la problématique de la nationalité des sociétés en matière de fusion, nous serons appelés à répondre aux questions suivantes : quels sont les contours de la notion de la nationalité des sociétés ? **(Paragraphe 1)**, quels sont les critères qui la déterminent ?

[412] أحمد شكري السباعي،"الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الإقتصادي" الجزء الأول والثاني، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، دار نشر المعرفة2003.ص: 342.

[413] Voir en ce sens CORNU. G, Vocabulaire juridique, association Henri Capitant, 4ème édition., Presse universitaire de France, 2003. Cité par WANDOREN. B, « *La nationalité des entreprises multinationales : fiction ou réalité juridique ?* », mémoire de maîtrise 2008, Université de Québec à Montréal. p. 8.

(Paragraphe 2) et quelles sont les différentes entraves juridiques qui se posent en matière de la fusion internationale **(Paragraphe 3)**?

Paragraphe 1 : La notion de la nationalité des sociétés.

A l'instar des personnes physiques, les personnes morales doivent disposer d'une nationalité. Cette analogie se fonde sur la théorie de la réalité de la personne morale, et puisque l'entreprise est une personne[414], elle a droit elle aussi à jouir d'une nationalité[415]. En effet, l'exigence d'une nationalité est même plus capitale pour l'entreprise dans la mesure où la personne physique peut ne pas en avoir, tandis que la société en a nécessairement besoin[416].

Cette exigence de l'existence de la nationalité s'explique par sa commodité pratique pour désigner l'attachement d'une société à un Etat en vue de faire valoir un certain nombre de droits consécutifs tels que la protection de la société face à l'Etat étranger qui pourrait porter atteinte à ses intérêts[417].

Nous entendons par « la protection » non seulement la protection diplomatique[418] issue du droit international public, mais aussi celle qui relève du droit international économique en vertu des accords et conventions bilatéraux qui visent d'une part l'encouragement des sociétés étrangères à créer des filiales dans d'autres pays comme le Maroc, et d'autres part, à régler les conflits qui pourraient surgir entre un Etat et un opérateur privé[419], tout en prévoyant une panoplie de mesures destinées à protéger les droits des parties comme la possibilité du recours à l'arbitrage transnational auquel l'Etat s'engage de s'y soumettre en cas de litige[420].

---

[414] La société diffère de ses membres (personnes physiques) par le fait qu'elle est dotée d'un ensemble d'attribut lui permettant d'assurer une vie bien distincte de ses membres, dans le sens où elle dispose d'une dénomination propre, d'un patrimoine et d'un siège. D'autant plus qu'elle peut être responsable pénalement et civilement. Voir en ce sens WANDOREN. B, *« La nationalité des entreprises multinationales : fiction ou réalité juridique »*, mémoire 2008, Université de Québec à Montréal. p. 37.

[415] LEVY. L, « *La nationalité des sociétés* », Paris L.G.D.J 1984, cité par WANDOREN. B, op.cit., p. 36.

[416] GERMAIN. M, « *Les sociétés commerciales* », LGDJ, 19ème éd., 2009, p. 126.

[417] CACHARD. O, « *Droit du commerce international* », Paris, LGDJ, 2ème éd., 2011.p. 98.

[418] Voir en ce sens BASTID. Z, « *La nationalité des sociétés et la protection diplomatique* », Ed Dalloz, 1971.

[419] Comme l'accord bilatéral conclu entre le Maroc et la France à Rabat le 15 juillet 1975 et dont l'article 2 dispose que chaque partie signataire garantit un traitement équitable des investissements réalisés par les ressortissants de l'autre pays sur son territoire que ce soit des personnes physiques ou morales.

[420] ASSI. R, « *Le régime juridique des investissements étrangers au Liban au regard de l'ordre de l'ordre juridique international* », Thèse de Doctorat soutenue en 2014, Université Aix-Marseille. p. 82.

Si pendant longtemps la doctrine refusait de comparer les sociétés à des individus en refusant de leur attribuer la nationalité, il n'en demeure pas moins que ces dernières années, cette notion s'est consacrée dans les réglementations de la plupart des pays y compris le Maroc et ce dans plusieurs dispositions [421]. Ainsi, le législateur marocain à l'instar de son homologue français a reconnu aux sociétés une nationalité comme les personnes physiques tout en faisant la distinction entre la société nationale et la société étrangère.

En somme, la détermination de la nationalité des sociétés vise non seulement la détermination de la loi qui régirait son existence, son fonctionnement, sa restructuration et voire même sa dissolution, mais aussi l'appréciation de la capacité de la société de jouir des droits conférés aux nationaux[422]. Par conséquent, la détermination de la nationalité d'une société peut être une source de sécurité aussi bien pour les tiers que pour les associés[423].

Toutefois, il convient de souligner que la détermination de la nationalité se heurte par plusieurs obstacles liés à la diversité des critères adoptés pour son attribution, ce qui explique l'absence d'un critère unique.

Paragraphe 2: Les critères adoptés en matière de détermination de la nationalité des sociétés.

Le débat autour de la notion de la nationalité des sociétés et les différents critères la déterminant n'est en aucun cas loin de l'objet de notre étude au regard des nombreuses problématiques soulevées lors des fusions transnationales.

La détermination de la nationalité des sociétés va toujours précéder la résolution d'un problème de droit s'agissant notamment de la loi applicable à la société en cas de fusion. Cette détermination est utile lorsque les dispositions d'une loi s'appliquent aux seuls nationaux ou aux seuls étrangers[424]. C'est pourquoi la doctrine a mis en place un ensemble de

[421] Voir plus bas dans le troisième paragraphe.
[422] NASSIF. E, « *Les sociétés commerciales* », 1994, p. 272.
[423] ASSI. R, op.cit., p. 84.
[424] BONNARD. J, « *Droit des sociétés* », 7ème édition, hachette. p. 76.

critères[425] pour l'acquisition de la nationalité dont les plus pertinents sont : le critère du siège social (**A**) qui est considéré comme le principal critère compte tenu de sa simplicité, toutefois, il devient parfois incapable de déterminer la vraie nationalité de la société eu égard aux différentes manœuvres frauduleuses adoptées par certaines sociétés qui, quoiqu'elles aient le siège social dans le pays, elles ne contribuent pas à son développement économique[426] puisqu'elles transmettent leurs bénéfices à d'autres pays[427]. D'où l'importance de l'existence d'un autre critère qui est celui du contrôle ou le centre de décision (**B**).

A) Le critère du siège social.

Le critère du siège social est un critère simple et facile à adopter : il s'agit tout simplement du lieu où se localise le siège social de la société faisant abstraction de la nationalité des associés et celle des membres du conseil d'administration. De même, il peut être défini aussi comme étant « *le lieu où se situe la direction de la société et ses organes sociaux* [428]». Autrement dit, le centre juridique où s'exercent la direction et le contrôle de la société.

Le siège social présente à la fois un aspect formel et matériel : l'aspect formel du siège social résulte de la mention du lieu dans les statuts de la société qui détermine le greffe du tribunal de commerce compétent pour immatriculer la société au registre de commerce. Ainsi, toute société qui précise dans ses statuts qu'elle a son siège social en France, elle doit être

[425] Comme le critère de lieu d'exploitation, la nationalité des dirigeants et des associés et l'incorporation. Pour une étude approfondie de ces critères Voir AUDIT. B et D'AVOUT. L, « *Droit international privé* », Paris, Economica, 7 ème éd, 2013.

[426] Il doit y avoir un lien de rattachement entre l'entreprise et l'Etat qui s'appelle également le lien d'allégeance économique en vertu duquel la société doit œuvrer pour le progrès économique du pays qu'elle porte sa nationalité. Voir en ce sens WANDOREN. B, op.cit., p. 96.

[427]- حسني المصري:"الجوانب القانونية لاندماج شركات الإستثمار في شركات مساهمةعادية" الطبعة الأولى، 1986 ،ص:110

[428] NASSIF. E, op.cit., p. 264.

immatriculée au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel elle a son siège. L'aspect matériel du siège social implique que le siège réel doit se situer également en France[429].

Il est indispensable de rappeler que le législateur marocain bien qu'il ait abordé la question de la notion de la nationalité des sociétés dans plusieurs articles, il n'a pas établi des règles claires susceptibles de la déterminer. Et nous pouvons nous hasarder à dire que l'article 5 de la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes qui a abordé implicitement la question en disposant dans son premier alinéa que « *Les sociétés anonymes dont le siège social est situé au Maroc sont soumises à la législation marocaine* ».

Dans le même ordre d'idée, le Dahir (9 ramadan 1331) du 12 Août 1913 sur la condition civile des français et des étrangers dans le Protectorat français du Maroc dispose dans son article 7 que « *La nationalité d'une société est déterminée par la loi du pays dans lequel a été établi, sans fraude, son siège social légal* ». Donc, d'après ce qui précède, nous pouvons dire que le siège social est le principe alors que le critère du contrôle est l'exception. Il faut signaler que le législateur marocain – pendant la période d'adoption de la loi de la marocanisation – se référait aussi bien au critère du siège social qu'à celui du contrôle[430].

B) Le critère du contrôle ou le centre de décision.

[429] BOUDERHEM. R, « *La nationalité des sociétés en droit français* », Université de BOURGOGNE, Faculté de Droit et de sciences politiques, Thèse, 2012. p. 38.

[430] -ابتسام فهيم، النظام القانوني لإ ندماج الشركات التجارية على ضوء الفقه والقضاء- دراسة مقارنة2013 ص : 50

Le contrôle se fonde essentiellement sur un critère pragmatique et réaliste contrairement au critère du siège social qui ne reflèterait pas toujours la réalité économique[431]. En effet, selon certains juristes le critère de contrôle essaie de lever le voile de la société que constitue le siège social et la personne morale sur le territoire de l'État[432]. Ce critère cherche essentiellement à déterminer qui domine et dirige réellement l'entreprise, dans la mesure où le siège social pourrait être une simple façade derrière laquelle se cacheraient ces personnes qui contrôlent cette entité afin de bénéficier des privilèges et facilités accordés par l'Etat.

Donc, c'est dans l'hypothèse où le siège social d'une société peut être fictif ou non sérieux que les systèmes juridiques peuvent recourir accessoirement à ce critère de contrôle[433]. Celui-ci va au-delà de l'apparence pour déterminer la nationalité effective de la société en identifiant la nationalité de ses principaux associés et dirigeants ainsi que la provenance des capitaux dans le but de protéger les intérêts de l'Etat qui abrite son siège social.

A côté du critère de contrôle, il y a aussi le critère du centre de décision .Celui-ci est évoqué par la doctrine. Mais il est un peu délicat voire même dangereux de déterminer la nationalité d'une société sur la base de la localisation des membres du conseil d'administration. En effet, la dangerosité du critère vient du fait que le risque est grand de prétendre et juger que telle société est étrangère pour la simple raison que ses dirigeants résident à un certain moment dans un autre pays que celui dans lequel se trouve le siège

[431] BEGUIN. J, « *La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique* », *Loc cil.,* Paris, Litec, 2001,p. 864.
[432] LOUSSOUARN. Y, «*Nationalité des sociétés*», *Loc. Cil.,* note 60, p.16 cité par WANDOREN. (B), op.cit., p. 104.
[433] ASSI. R, op.cit., p. 100.

social. En effet, avec les nouvelles technologies de communication le droit positif français facilite la non résidence des dirigeants sociaux en permettant par exemple la participation au conseil d'administration d'une société anonyme par des moyens électroniques[434].

Si la question de la nationalité a soulevé d'intenses discussions juridiques, ceci est dû à l'importance des nombreux intérêts qui sont attachés à ce problème. En effet, il est nécessaire dans certaines situations « *Bénéfice de traités internationaux, transfert international du siège social, fusion transfrontalière…* » de connaître la nationalité d'une société ainsi que la loi et le régime juridique qui lui sont applicables. Autrement dit, la détermination de la nationalité des sociétés va toujours précéder la résolution d'un problème de droit en déterminant notamment la loi applicable.

Les questions qui se posent sont : est-ce que la fusion entre deux ou plusieurs sociétés pourrait avoir lieu bien qu'elles aient une nationalité différente ? Et quelle est la loi applicable quant à la rédaction du contrat de fusion ? Et lors d'une fusion par constitution d'une nouvelle société, est-ce que cette dernière devrait obligatoirement préserver la nationalité des sociétés fusionnantes ?

Paragraphe 3 : Les différentes entraves juridiques en matière de la fusion internationale.

En dehors des avantages inhérents à toute opération de fusion, celle qui s'opère entre des sociétés étrangères présente des avantages alléchants du moment qu'elle permet aux entreprises fusionnantes de procéder à une extension de leurs activités au-delà des frontières des pays de leur siège. En

[434] BOUDERHEM. R, op. cit., p. 39.

ayant recours à la technique de fusion internationale les entreprises peuvent accentuer la globalisation de leurs activités ainsi que la consolidation de la capacité concurrentielle des entreprises impliquées.

Toutefois, la réalisation de la fusion internationale, bien qu'elle soit économiquement avantageuse, demeure quasi-impossible. En effet, la différence des traditions juridiques et les disparités des législations nationales est l'élément principal qui freine la mise en œuvre de cette opération. D'ailleurs, la notion elle-même de la fusion n'est pas toujours la même dans toutes les législations. Ce qui peut constituer une fusion sous l'angle d'un droit, ne l'est pas forcément dans un autre système juridique et il en va de même en ce qui concerne les effets de la fusion.

S'il ne fait aucune difficulté pour certains Etats, comme la France, à accepter qu'une fusion transfrontalière entraîne transmission universelle du patrimoine, d'autres, comme l'Angleterre, n'envisagent que le transfert d'actifs[435].

Mais, même dans le cas où la conception de l'opération et ses effets sont communes, les divergences de droits nationaux en ce qui concerne le déroulement de la fusion sont loin d'être minimes. Ainsi, par exemple, avant 2005, il y avait des disparités dans les droits nationaux des pays membres de l'union européenne de sorte que les droits allemand et italien organisent un contrôle judiciaire ou administratif de la fusion, alors que les droits belge et luxembourgeois confient le contrôle de l'opération au notaire; De même, les

[435]TZINIERI. I, « *Les fusions transfrontalières des sociétés commerciales* », mémoire de DEA, Université ROBERT SCHUMAN STRASBOURG, 2001- 2002.p. 9.

règles relatives à l'établissement du projet de fusion ou à la protection des créanciers et des associées connaissent des différences très sensibles[436].

Selon Mr ROUTIER « *l'opération esquissée relève plus de l'aventure que de la stratégie* », cette phrase illustrait les difficultés qui entravaient la réalisation de cette opération entre deux ou plusieurs sociétés étrangères ayant des nationalités différentes. En effet, lors de cette fusion il y aura deux droits nationaux au moins qui se mettent en jeu et la question qui se pose est de savoir quelle est la loi applicable dans les différentes étapes de la fusion.

Au niveau de l'union européenne, les obstacles juridiques ont été levés grâce à la mise en place de la directive 2005/56/CE qui a unifié les dispositions législatives des Etats membres en matière de fusion. Toutefois, le problème persiste dans le cas où il y aurait une société ayant une nationalité d'un pays n'appartenant pas à l'union européenne qui veut fusionner avec une société d'un Etat membre de l'union.

Dans les trois pays du Maghreb[437], seule la Tunisie reconnaît expressément le principe de la fusion internationale[438].

En effet, l'article 412 du Code des sociétés commerciales tunisien dispose en son alinéa 3 que « *la fusion d'une ou plusieurs sociétés étrangères avec une ou plusieurs sociétés tunisiennes doit aboutir à la constitution d'une société dont la majorité du capital doit être détenue par des personnes physiques ou morales tunisiennes* ».

[436] GOLDMAN. B, « *Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes* », RDTE, 1974, n° 6.
[437] Le Maroc, l'Algérie et la Tunisie.
[438] MESSAGER. R, « *Les fusions internationales de sociétés dans les droits français et des pays du Maghreb* » mémoire, Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, 2009.p. 10.

La doctrine tunisienne voit, en cette possibilité ouverte aux sociétés nationales, une mesure leur permettant de se mettre au niveau des institutions économiques les plus performantes pour pouvoir faire face aux défis de la concurrence[439].

De surcroît, le législateur égyptien a autorisé expressément la fusion d'une société étrangère dans une société nationale ou la fusion entre les deux en constituant une nouvelle société égyptienne[440].

Malheureusement, le législateur marocain n'a pas prévu le cas de la fusion entre une société marocaine et une autre étrangère. Il aurait dû se prononcer clairement et sans équivoque sur cette possibilité de fusion internationale en vue d'encourager les sociétés marocaines à renforcer leur structure économique et potentialités concurrentielles notamment dans ce contexte économique difficile. Toutefois, l'absence des dispositions régissant ce point ne signifie en aucun cas l'opposition du législateur aux fusions internationales.

Et parmi les entraves de la fusion internationale, nous citons les conditions de majorité auxquelles l'opération peut se réaliser. En effet, le principal obstacle qui empêchait la mise en œuvre de cette opération a été levé au niveau de l'union européenne, étant donné qu'avant l'adoption du règlement européen n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne et la directive sur les fusions transfrontalières précitée, la décision devait être prise à l'unanimité des associés de la société dissoute. Toutefois, le problème est toujours présent en dehors de l'Union européenne

[439] BEN NASR. T, « *Aspects de la fusion dans le code des sociétés commerciales* », *Revue Tunisienne de Droit*, 2005, p. 72.

[440] - المادة 130 من قانون الشركات المصري الجديد 159لسنة 1981

du moment que l'exigence d'unanimité persiste toujours comme le cas du Maroc. L'article 223 de la loi 17-95 dispose en son alinéa 3 que « *Toutefois, lesdites opérations ne peuvent avoir pour effet une modification de la répartition des droits des associés ou une augmentation de leurs engagements****, sauf leur accord unanime*** ».

Ainsi, après avoir soumis la décision de fusion à l'assemblée générale extraordinaire des sociétés fusionnantes, dans les conditions de majorité requises pour la modification des statuts, le législateur marocain impose l'unanimité des associés lorsque la fusion aurait pour effet d'augmenter les engagements d'associés ou d'actionnaires de l'une ou de plusieurs sociétés en cause ou une modification de la répartition de leurs droits.

En effet, les associés de la société dissoute, de par l'échange de titres, acquièrent automatiquement la qualité d'associés de la société bénéficiaire de la fusion (société absorbante ou société nouvelle). Il y a donc à leur égard un changement de la loi applicable à leur engagement. Cette soumission à deux lois successives peut être perçue comme un conflit mobile[441]. Ce changement de loi applicable devrait impliquer leur consentement unanime à la fusion internationale.

Toutefois, le législateur marocain est tombé dans l'ambigüité en disposant dans l'article 110 de la loi 17-95 dans son premier alinéa que « *L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions ; toute clause contraire est réputée non écrite. Elle ne peut, toutefois, comme il est dit à l'article premier, augmenter les engagements des actionnaires, sous réserve des opérations résultant d'un*

[441] MESSAGER. R, op.cit., p .13.

regroupement d'actions régulièrement effectué, ***ni changer la nationalité de la société ».***

Et l'article 28 de la loi 5-95 dispose que « *Les associés* ***ne peuvent pas changer la nationalité de la société.*** *Toute modification des statuts est décidée avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires. Les clauses édictant des conditions plus strictes de majorité sont réputées non écrites* ».

De même, l'article 75 de la même loi dispose que « *Les associés* ***ne peuvent pas changer la nationalité de la société.*** *Toute modification des statuts est décidée par les associés représentant au moins les trois-quarts du capital social. Toute clause exigeant une majorité plus élevée est réputée non écrite. Toutefois, en aucun cas, la majorité ne peut obliger un associé à augmenter son engagement social* ».

Cette ambigüité a soulevé une controverse doctrinale[442]. Ainsi, le professeur Mohamed ELIDRISSI ELALAMI ELMACHICHI[443] souligne que le législateur permettait dans l'article 31 du droit des sociétés (dahir 1922 et 1926) aux sociétés de changer leur nationalité si les associés le décident unanimement. Toutefois, la nouvelle loi relative aux sociétés anonymes a interdit la modification de la nationalité d'une société marocaine. Le professeur ELMACHICHI pense que cette position s'approche des principes du dahir 6 septembre 1958 régissant la nationalité marocaine, et qui ne donne pas la possibilité d'abandonner cette nationalité. Alors que le professeur ESSIBAI attribue la position du professeur ELMACHICHI à l'ambigüité et à la formulation confuse des dispositions précitées, car selon lui, cela s'oppose

[442] - ابتسام فهيم، مرجع سابق، ص : 47-48

[443] - محمد الإدريسي العلمي المشيشي "خصائص الشركات التجارية في التشريع الجديد" مجلة المحاكم المغربية، يناير- فبراير 2000، عدد 80، ص :76

aux normes internationales et aux exigences de la mondialisation et s'oppose également aux intérêts du pays. Et le professeur s'appuie sur plusieurs arguments tangibles et solides pour appuyer sa position[444] :

1)- Le législateur a prévu la possibilité du changement de la nationalité d'un établissement de crédit et ce dans l'article 24 du Dahir portant **loi** n° 1-93-147 du 15 moharrem 1414 (**6 juillet 1993**) relatif à l'exercice de l'activité des établissements de crédit et de leur contrôle, qui dispose en son premier alinéa que « *Les changements qui affectent la nationalité, le contrôle d'un établissement de crédit, le lieu de son siège social et la nature des opérations qu'il effectue habituellement, sont subordonnés à l'octroi d'un nouvel agrément demandé et délivré, s'il y a lieu, dans les formes et les conditions prévues à l'article 21 ci-dessus*».

2) Le législateur a adopté le critère du siège social dans la détermination de la nationalité de la société. Dés lors, le transfert du siège social à l'étranger après l'accord unanime des associés est susceptible de changer la nationalité de la société marocaine.

3) Ce que le législateur entend par l'interdiction de changer la nationalité édictée dans les articles précités est que le changement ne peut avoir lieu selon les conditions de quorum et de majorité édictées dans ces articles. Et par contre cela exige l'unanimité des associés.

D'après ce qui précède, nous pouvons nous permettre de dire que les arguments avancés par le professeur ESSIBAI semblent pertinents. Ainsi, le

444 - ابتسام فهيم، مرجع سابق، ص49

législateur marocain aurait dû ajouter à ces articles ***sauf à l'unanimité*** pour qu'il soit en harmonie avec les autres lois aussi bien nationales qu'étrangères.

"Le Covid 19 et la géopolitique mondiale

Dr KBIBCHI YOUNESS
Chercheur en Droit International
Université ABDELMALEK ESSAADI

Introduction

Le monde actuellement connait une crise sanitaire aiguée, causée par le COVID 19. La pandémie à CORONAVIRUS constitue un événement inédit dans l'histoire de l'humanité. Ce virus dont la propagation se fait à grande vitesse à l'échèle internationale continue de causer la mort des milers de personne. Il a réussi à semer la terreur au niveau des populations toute en engendrant une situation d'instabilité politique et économique mondiale.

La pandémie à coronavirus est devenue le sujet de discussion de toute les tables de réflexion partout dans le monde, de part les situations de précarité qui génèrent sur le plan social aussi bien que la complexité de ses conséquences sur l'équilibre politique du système international. Ses maux pourraient durer plus longs temps que la pandémie elle même. Il est, donc, urgent de se focaliser sur un tel thème afin d'enrichir le débat de manière objective sur ses répercussions sur la structure du système international.

Cette contribution permettrait d'enrichir le débat autour des effets de la pandémie de coronavirus sur la géopolitique mondiale. L'adoption d'une méthodologie comparative permettrait d'évaluer le comportement et attitudes des acteurs gouvernementaux et non gouvernementaux. De même, cette étude vise à dévoiler les impacts de la pandémie sur le politique, l'économique et le social dans un monde globalisé. Quels sont alors les principaux effets de ce virus sur les rapports de force dans le monde ?

Le Covid 19, un virus pas comme les autres

En quelques semaines depuis l'apparition du Covid 19, ses effets se font déjà sentir. La rapidité de la propagation du virus a engendré une situation de crise planétaire. Les dispositifs étatiques de prévention de la maladie ont été critiquée d'avoir été fragile face à la pandémie, d'où les conséquences dramatiques sur le plan humain et économique. Le Covid 19 a mis tous les pays, développés ou en développement, sur un pied d'égalité au niveau de la confrontation à la contamination. Un nouveau lexique des relations internationales s'est produit alors à la suite

de la pandémie. Certains États sont qualifiés à haut risque pandémique, alors que d'autres réputés résilients, imperméables ou vulnérables.

La Covid 19 infecte l'économie au niveau mondial et met en danger la vie des personnes. Le monde ainsi fait face à un ennemi commun. Il s'agit d'une guerre contre un virus invisible dont les répercussions sont transfrontalières. Les économies des pays ont été mises en détresse, voire en état d'arrêt forcé. Cette pandémie a accentué le chômage lié aux pertes de postes d'emplois. Des entreprises cessent leurs activités alors que les investissements sont gelés dans la plupart des secteurs. Le commerce international a lui aussi chuté, entraînant avec lui le secteur du transport et celui du tourisme. L'industrie pétrolière est prise au piège du coronavirus et un effondrement des bources de valeurs a été constaté. Résultats, risques de pénuries alimentaires dans le monde, surtout en Afrique.

Sur le plan de la coopération pour le développement, la pandémie a impacté les progrès réalisés il y a de longues années par la communauté internationale en matière de développement et de réduction de la pauvret, surtout en faveur des pays en voie de développement.

Les convictions dans les modes actuels de fonctionnement et de comportement ont été brisées. Dans un laps de temps très court, les paradigmes qui gouvernent le monde ont changé. A nous de percevoir le sens profond de ces transformations et se préparer pour le monde post Covid 19, même s'il est encore un peu tôt d'analyser de manière précise les conséquences de cette situation de crise.

Le Covid 19 et la dé - mondialisation

Partie de Chine fin 2019, l'épidémie à coronavirus s'est rapidement mondialisée et transformée en pandémie, qualifiée de telle le 11 mars 2020 par l'OMS. La majeure partie du globe est aujourd'hui atteinte, ce qui s'assimile à un effondrement qui affecte la mondialisation de manière inédite.

Il est à constater que la majorité de la population mondiale est confrontée au même défi au même moment, c'est sans précédent dans l'histoire. Cette pandémie a freiné en quelque sorte la

mondialisation et a augmenté le nationalisme. Elle a renforcé le rôle des États tout en accentuant la rivalité entre les puissances mondiales.

En quelques semaines, les mesures de prophylaxie décidées par les États dans l'urgence ont amoindri, voire interrompu les grands flux caractéristiques de la mondialisation. La circulation des personnes s'est presque arrêtée, suite au rétablissement des frontières administratives et sanitaires.

Les fermetures de frontières ont été parmi les premières mesures prises par les États pour empêcher la propagation du coronavirus. L'épidémie met les États en première ligne car ils se trouvent plus ou moins contraints de répondre aux demandes d'aide et de protection de leurs populations. Ces dernières peuvent être, dans ce contexte, moins exigeantes en matière de liberté individuelle. La survie étant considérée comme l'absolue priorité.

Le corollaire de cette rupture dans la mondialisation est le grand retour des États sous le double visage de l'État Providence (protecteur de la santé publique) et de l'État régalien (détenteur du monopole de la violence légitime). Devant les risques pour la santé humaine, les États ont imposé des limitations drastiques aux libertés fondamentales pour fermer et quadriller leurs territoires. En matière économique, ils ont amplement accru leur périmètre d'intervention. Alors que l'État est considéré comme stimulateur de l'économie, en tel cas de crise, il est devenu protectionniste et régulatrice.

Cette pandémie aura des conséquences certaines sur les rôles de l'État d'après le covid 19. Le monde de demain est sans doute celui d'une « ré-étatisation » qui contrebalancera la mondialisation. Quel sera le nouveau point d'équilibre provisoire entre concurrences et coopérations à travers des relations multilatérales réinventées ?

Il est beaucoup trop tôt pour annoncer une « dé - mondialisation ». La mondialisation est pour le moment suspendue par l'urgence. Mais la grande récession qui se profile pourrait bien remodeler la mondialisation des flux. A l'heure actuelle, la puissance stratégique d'un État concerne non seulement ses forces en matière d'armement et d'énergie mais aussi ses ressources dans les domaines sanitaires, alimentaires, énergétiques et industriels. Le Grand Confinement d'urgence peut-il provoquer une Grande renationalisation des chaînes de production ? Voilà ce qui constituerait une rupture structurelle dans l'ordre mondial.

1- Le Covid 19 et ses répercussions sur les superpuissances

Le traitement de la crise aux États Unis d'Amérique a été amorcé par la fermeture des frontières tout en se désengagent des instances multilatérales. Les États Unis d'Amérique ont lourdement critiqués les instances de sécurité collective mondiale (ONU) et régionales (OSCE). Au moment où la coopération entre États est nécessaire pour faire face à une pandémie sans frontières, les États Unis minent le seul mécanisme de coordination sanitaire en annonçant une suspension de la contribution budgétaire américaine au budget de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS).

Les États-Unis ont malheureusement tenté de politiser la pandémie et de stigmatiser la Chine et, à ce jour, leur analyse de la situation s'est rarement montrée coopérative. La Covid-19 a non seulement confirmé les déficiences du système de santé étasunien mais elle a également confirmé la réaction tardive de la maison blanche, qui a sous-estimé la situation et s'est lancée dans un combat pour l'hégémonie planétaire.

Dans un autre contexte, au niveau de l'Union Européenne, comme lors de la crise de l'euro, on peut distinguer les bons résultats des pays du Nord de ceux des pays du Sud. De la capacité de ces pays du Nord, l'Allemagne en tête, à accepter d'aider les pays du Sud. L'Allemagne a de bons résultats dans sa lutte contre le virus, mais Berlin serait perdant si les pays du Sud de l'Union subissaient une récession profonde et prolongée. Actuellement, l'Europe fait preuve d'une solidarité, en s'engageant dans une aide de 15 milliards de dollars pour aider l'Afrique.

Foyer de l'épidémie, cible de toutes les critiques pour ses statistiques épidémiologique non crédible, la Chine se présente aujourd'hui comme le modèle à suivre, forte de son succès contre l'épidémie.

La prise de conscience des pays occidentaux de leur dépendance stratégique envers la Chine devrait les pousser à relocaliser une partie de leurs industries. Si la croissance chinoise porte mieux que celles de ses concurrents, son économie reste assez dépendante de ses exportations. Autrement dit , la Chine a besoin que la récession mondiale ne se prolonge pas dans le temps et que les normes de la mondialisation ne soient pas remises en question, ce qui est loin d'être gagné.

La Chine, qui a rapporté le premier cas de Covid-19, a apporté une réponse rapide et admirable face à la communauté internationale. Elle a su donner des leçons au monde sur la manière de contenir le nouveau coronavirus, même si ses modalités d'interventions sont à discuter. Elle a même déployé une « diplomatie des masques » en offrant ses médecins et en exportant ses matériels médicaux vers l'Union européenne.

Revendiquant une supériorité mondiale, la RPC (la république populaire de la Chine) a elle aussi explicité sa posture pour le monde qui vient dans tous les domaines (économique mais aussi médiatique, scientifique, sanitaire, normatif et évidemment militaire) et par tous les moyens, elle revendiquera la première place et multipliera les initiatives bilatérales (en Europe, en Afrique et au Moyen-Orient) pour supplanter les États-Unis. Depuis des semaines, elle instille l'idée que le monde de 2020 sera influencé, guidé et façonné par le « modèle chinois ».

La rivalité entre États-Unis et la Chine s'est brusquement portée sur de nouveaux domaines : la guerre commerciale des droits de douanes n'est plus qu'un des volets d'une rivalité planétaire. La Chine sortira de la crise d'autant plus nationaliste que son économie est promise à une stagnation. La Chine et les États-Unis sont très interdépendants, notamment en ce qui concerne leurs marchés. Ainsi, si les économies occidentales et, en particulier, américaine, sont en difficulté, la Chine en pâtira également. Partant, c'est pour l'instant surtout un processus d'accélération du rattrapage chinois sur la puissance américaine qui se décline.

2- Le Covid 19 et ses impacts sur l'Afrique

Les pays occidentaux sont de loin les plus meurtris par le virus de Covid-19 dans le monde. L'Afrique est pour l'instant beaucoup moins touchée que les pays occidentaux, mais les mesures de confinement y ont des effets beaucoup plus désastreux, provoquant notamment des risques de grande famine.

L'impact économique de la crise du Covid-19 sur le continent africain est à double détente. D'une part les économies africaines sont affectées par le ralentissement ou l'arrêt relatif de l'activité nationale en raison des mesures de confinement. D'autre part elles subissent l'impact de leur dépendance à l'égard des économies européennes et asiatiques.

Ces conséquences économiques négatives du Covid 19 attestent l'exposition des puissances économiques régionales africaines à la demande des économies hors Afrique ainsi que de leur

intégration aux chaînes logistiques mondiales. Ces conséquences traduisent tout d'abord l'impératif d'accroître l'intégration continentale des puissances régionales au commerce intra-régional africain afin d'atténuer l'impact de la chute de la demande des économies non africaines sur la chaîne logistique africaine. Cette intégration à travers la mise en œuvre de la zone de libre-échange continentale africaine, fortement soutenue par certaines puissances régionales, est en cours et doit être poursuivie tout en mettant en place des mesures d'accompagnement.

Les conséquences de la crise du Covid-19 reflètent la nécessité pour les puissances régionales africaines de développer des mécanismes de solidarité continentale, à travers des institutions multilatérales, à l'instar de l'initiative de l'Union Africaine, de coordonner une réponse africaine à la crise. Il s'agit également d'assurer un partage du savoir-faire lié à la gestion des pandémies, telle que la mise à disposition par les puissances régionales des ressources financières et humaines nécessaires pour capitaliser sur la gestion du virus Ebola apparu en 2014 en Guinée, Liberia et Sierra Leone, ainsi que sur la coopération sanitaire à travers l'assistance des puissances régionales disposant d'infrastructures et moyens sanitaires plus importants (hôpitaux, lits de réanimation, appareils de ventilation, laboratoires de test, équipements de protection...).

Dés les premiers cas apparus du Covid 19 , enregistrés le 2 mars 2020, les pouvoirs publics au Maroc ont pris de bonnes décisions pour une meilleure gestion de cette crise à différentes échelles. Ainsi, un état d'urgence sanitaire a été déclaré le 19 mars 2020. Les autorités marocaines ont étés toutes mobilisées pour lutter contre le Covid 19. La production massive des masques et leurs accessibilités à tout le monde a permis de rétablir la confiance sociale à un moment ou l'angoisse gagne beaucoup de place. Des amendes ont été imposées à l'encore de ceux qui ne respectent pas les mesures d'état d'urgence. Une aide de l'État en faveur de la relance économique a été assurée à travers la construction dans un temps records du fond Coronavirus.

Le Maroc s'est rayonné de par sa réactivité et la solidarité de toutes ses forces vives. Toutes les composantes de la société ont été conscientes quand à la sensibilité de la situation et à la nécessité de mobiliser toutes les énergies pour dépasser une crise endémique aux effets contrastés. La constitution en un temps record du Fonds dédié à la lutte contre le Covid-19 en est le meilleur exemple. Le Maroc a insufflé une dynamique vive sur le plan politique et social face à la Covid 19.

Le Maroc tente de profiter de l'opportunité induite par la pandémie du Covid-19 pour consolider son statut de puissance régionale à l'échelle africaine et méditerranéenne. Le Maroc ne cesse d'apporte sa collaboration au profit des pays africains depuis son réintégration à l'unité africaine . Différents secteur de coopération ont été sujet de coordination tel que la sécurité alimentaire, la politique de l'immigration, la lutte contre le terrorisme. Le Maroc de part sa générosité, se positionner comme étant un acteur crédible pour les pays du nord en fournissant des masques produits nationalement et un partenaire fiable pour les pays africains. Globalement, la gestion de la crise Covid au Maroc a été jugée efficace.

3- Le Covid 19 et les actions de coopération internationale

Depuis décembre 2019, les fragiles équilibres internationaux sont secoués par trois crises majeures qui se sont succédé et qui s'amplifient désormais mutuellement. La première est sanitaire par sa contagiosité. Le virus du COVID-19 frappe les populations et pousse les États à restreindre les mouvements internes et externes. La seconde crise est économique. En raison de ces mesures prophylactiques, l'activité économique a drastiquement chuté au point que le FMI prévoit une récession mondiale. La troisième est politico- stratégique car ces catastrophes sont devenues des enjeux d'affrontement entre puissances chinoise et américaine ou encore, à l'intérieur de l'Union européenne.

En à peine trois mois, la structure du monde semble être profondément modifiée. Mais le « monde d'après » sera-t-il radicalement différent « d'avant » ou bien sera-t-il seulement « pire » ?

La situation internationale est hautement évolutive . Les trois crises actuelles ont déjà produit un triple effet sur les relations internationales. Ainsi, ces crises accélèrent la rivalité sino-américaine, révèlent des tendances économiques comme le tournant keynésien de l'économie, et créent des fractures à même de provoquer une pause dans la mondialisation.

La pandémie liée au coronavirus de 2019 a donc révélé une fragilité des mécanismes de concertation et de coordination internationale. La gouvernance mondiale de la pandémie est mise à mal par la rapidité de la propagation du virus. En définitive, la crise est marquée de l'incertitude. Sa profondeur, sa durée et ses conséquences demeurant encore amplement

inconnues. Il est toutefois certain que, du fait de son étendue et de son architecture, une réponse individuelle ne saurait mener à une solution pérenne.

Il est clair que face à de tels défis planétaires, la solidarité internationale. Aucun pays ne pourra combattre cette pandémie sans la coopération mondiale et régionale. Une meilleure coordination des actions s'avèrent indispensable. La priorité des politiques publiques prises actuellement doit concerner les modalités de sortie de crise sociale et de santé, tout en privilégiant le multilatéralisme.

Face à la pandémie, il est à constater que les acteurs non étatique se sont mobilisée dans la lutte contre la crise de coronavirus en apportant le soutien en faveur des personnes démunies. Une forme de solidarité sociale s'est accentuée durant le confinement et la mise en quarantaine des populations partout dans le monde. Les ONGs ont réussi à inviter , voire mobiliser, les forces vives des nations surtouts au niveau de l'UE pour venir en aide en faveur des pays africains.

La réponse face à la Covid-19 pourrait avoir une incidence sur le tableau de l'hégémonie mondiale. Alors que les États-Unis montrent clairement la déficience de leur système de santé et son manque évident de solidarité avec le monde, la Chine prend le leadership pour avoir réussi à contenir la pandémie, et avoir apporté son aide au reste du monde, en offrant fournitures et médecins.

La pandémie à coronavirus démontre la transformation du monde en « un petit village » ou les États et les économies sont inter - dépendants. En revanche, les pays ne vivent pas tous la pandémie de la même manière. Les mesures politiques prises ne sont pas exactement les mêmes d'un État à l'autre. La géographie d'un pays a des incidences sur les modalités de sa contamination. Les modes de vie et les pratiques culturelles diffèrent d'une société à autre. Le rythme aussi bien que le temps de réponse face à la crise diffère d'un État à autre suite aux différences dues aux variations de système politico – économique et à la dépendance envers les superpuissances.

Le monde d'après la crise COVID-19 est en gestation. La catastrophe sanitaire et la récession économique ont d'ores et déjà accentué et modifié les rapports de force internationaux. Comme toutes les crises, celle que traverse le monde actuellement a non seulement avivé les rivalités latentes. Elle a révélé de nouvelles transformations et créé de véritables ruptures. Alors même

que la coopération internationale est le seul instrument pour vaincre l'épidémie, c'est la confrontation qui façonne la géopolitique du monde qui vient.

A un moment où les grandes puissances se cachent, la Chine a fait preuve d'une solidarité remarquable en soutenant et en participant activement à la coopération internationale dans la lutte contre la maladie par le biais du don, la fourniture de produits médicaux (masques, gants médicaux, vêtements de protection…) à des pays tel que la France, l'Italie, l'Espagne. A ceux-ci s'ajoute l'échange d'expériences dans la prévention de la maladie, l'envoi d'équipe de spécialistes dans plusieurs pays.

La situation actuelle exige des efforts coordonnés face à la pandémie . Il faut en sorte ne pas avoir recours au protectionnisme, ni à l'unilatéralisme, et agir ensemble comme une civilisation. Les conséquences de La Covid 19 sur l'échiquier géopolitique seront nombreuses. Comme tout conflit violent, une telle guerre contre un virus entraînera certainement des changements dans le système international.

Conclusion

Le monde n'est pas encore stabilisé dans un nouvel équilibre. Le Covid-19 a complètement bouleversé la donne en matière de géopolitique mondiale. La pandémie à Corona virus a révélé une aspiration au retour des États dans la vie économique et dans la vie sociale des populations. Enfin, elle a assurément rendu obsolète une certaine forme de mondialisation.

Les accusations mutuelles sur l'origine de la pandémie entre les États-Unis et la Chine laisse craindre la naissance de nouvelles tensions sur l'échiquier mondial. L'épidémie du Covid-19 est la « première crise d'un monde post-américain ou les USA ne semblent pas prendre le leadership. Le multilatéralisme est à l'arrêt. Les institutions internationales montrent leurs limites et de nombreuses lacunes persistent . L'Organisation Mondiale de la Santé n'a pas rempli son rôle planétaire, l'ONU est restée très discrète.

L'UE est divisée et paraît incapable de peser dans un monde dominé par deux empires, l'un américain et l'autre chinois. Cette organisation n'a pas trouvé la réponse commune et efficace face à la crise. Au contraire, les pays membres ont montré très peu de coopération. Alors que

l'épidémie requiert une coopération internationale inédite pour identifier le virus et le vaincre, le bilan à ce niveau-là ne pousse guère à l'optimisme. Le covid 19 a changé les rapports de force dans le monde. Dans cette configuration le Maroc, en effet, pourrait jouer un rôle important dans la mise en place d'un nouvel ordre sanitaire en Afrique.

Webographie :

-« COVID-19, Géopolitique du monde qui vient », par Cyrille BRET, publication de la revue géopolitique, publié le 29 avril 2020
https://www.diploweb.com/COVID-19-Geopolitique-du-monde-qui-vient.html

-« Le virus et la géopolitique », Note de la FRS (la fondation pour la recherche stratégique) , n°25/2020 , par François Heisbourg, publié le 21 avril 2020.
https://www.frstrategie.org/publications/notes/virus-geopolitique-2020

-« Géopolitique de l'après-coronavirus », par Mohammad-Mahmoud Ould Mohamedou, Professeur d'histoire internationale, publié sur « le temps », le samedi 2 mai 2020 .
https://www.letemps.ch/opinions/geopolitique-laprescoronavirus

-« Penser l'après : La géopolitique du monde qui vient », par Mohammad-Mahmoud Ould Mohamedou , Professor of International History, Graduate Institute – Institut de hautes études internationales et du développement (IHEID) , publié le 15 May2020.
https://theconversation.com/penser-lapres-la-geopolitique-du-monde-qui-vient-138471

-« La bataille contre le Covid-19 est aussi géopolitique », par Pierre Bienvault, publié le 15/05/2020 .
https://www.la-croix.com/France/bataille-contre-Covid-19-aussi-geopolitique-2020-05-15-1201094499

-« Les premières leçons géopolitiques de la crise du Covid-19 », Par Anthony SAMRANI,publié le 25 avril 2020 à 08h44

https://www.lorientlejour.com/article/1215660/les-premieres-lecons-geopolitiques-de-la-crise-du-covid-19.html

-« Covid-19: l'Occident a perdu l'hégémonie économique mais reste militairement dominant », **par Darwis Khudori,** directeur du Master Echanges avec l'Asie à l'Université Le Havre Normandie, France, publié le 14 mai 2020

https://www.financialafrik.com/2020/05/14/covid-19-loccident-a-perdu-lhegemonie-economique-mais-reste-militairement-dominant/

-« Hégémonie mondiale de COVID-19 », par Javier Fernández Arribas, publié le 27 avril 2020.

https://atalayar.com/fr/blog/h%C3%A9g%C3%A9monie-mondiale-de-covid-19

المركز المتوسطي
للدراسات القانونية والقضائية

مجلة القانون
والأعمال الدولية

تقارير وندوات

المنعقدة بتاريخ 16 ماي 2020

تقرير عن أشغال الندوة الوطنية عن بعد حول موضوع "الأمن القانوني و القضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب"

المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية

انعقد بتاريخ يومه السبت 16 ماي 2020 الموافق ل 22 من رمضان الأبرك لعام 1441 وذلك ابتداء من الساعة العاشرة إلى غاية الواحدة والنصف ليلا عبر تقنية البث المباشر على الموقع الإلكتروني لمجلة القانون والأعمال الدولية www.droientreprise.com وكذا على صفحتها وصفحة مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية على الفايسبوك، ندوة وطنية عن بعد حول موضوع "الأمن القانوني و القضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب".

وقد نظمت هذه الندوة الوطنية من طرف المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية ومجلة القانون والأعمال الدولية، بتنسيق مع نادي قضاة المغرب، ونادي المحامين بالمغرب ، وماستر المهن القانونية والقضائية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، ومجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية ومجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية.

وقد حفلت هذه الندوة بالحضور الافتراضي والمشاركة الوازنة لثلة من الفاعلين والمتدخلين في الحقل القانوني والأكاديمي والقضائي والحقوقي عموما والمهتمين بالمجال القانوني. كما عرفت هذه الندوة الافتراضية نسبة مشاهدات عالية ناهزت 11556 إحدى عشر الف وخمسمائة وسة وخمسين مشاهدة في ظرف حوالي ثلاث ساعات عبر تقنية البث المباشر على الصفحات الر سمية للمجلات المذكورة أعلاه .

وقد حاولت الندوة الوقوف على مختلف الا شكالات التي اثارتها حالة الطوارئ الصحية التي نعيشها حاليا بالمغرب وضرورة الأمن القانوني والقضائي منذ ان بدأ العمل المرسوم المتعلق بسن أحكام الطوارئ الصحية بالمغرب في 20 مارس الماضي من خلال محورين أساسيين:

المحور الأول: تجليات المنظومة القانونية والقضائية بالمغرب من خلال المستجدات التشريعية المرتبطة بحالة الطوارئ الصحية.

المحور الثاني: آليات تحقيق القضاء الأمن القانوني والقضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية.

وقد ترأس الجلسة العلمية للندوة الدكتور مصطفى الفوركي دكتور في الحقوق أستاذ أستاذ زائر في كليات الحقوق ومدير مجلة القانون والأعمال الدولية.

وقد تم افتتاح الجلسة بكلمة افتتاحية للدكتور المصطفى الغشام الشعيبي رئيس المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية تناول فيها الإطار الخاص الذي تنعقد فيه هذه الندوة مواكبة للمستجدات القانونية للتحولات المجتمعية في الظرفية الاستثنائية الراهنة وما تتطلبه من ضرورة إثراء النقاش العمومي حول موضوع الأمن القانوني والقضائي في ظل انتشار وباء فيروس "كورونا المستجد (covid 19)؛

بعد ذلك اعطى رئيس الجلسة الكلمة للدكتور عز الدين الماحي مدير مجلة محاكمة وقاض ملحق برئاسة النيابة العامة لإلقاء مداخلته حول موضوع: "السلطة القضائية في زمن جائحة كوفيد19، وسؤال المحاكمة الزجرية عن بعد"، بحيث أوصى بضرورة تبني المحاكمة عن بعد لما لها من أهمية فضلى في تحقيق الأمن الصحي زمن جائحة كورونا، من خلال تأهيل جميع المتدخلين في العملية القضائية لتبني الرقمنة التي أضحت أمرا محتوما، وأيضا دعم استقلالية السلطة القضائية بجميع مكوناتها (المجلس الأعلى للسلطة القضائية، رئاسة النيابة العامة) لما لها من أهمية كبرى في تحقيق الأمن القضائي ولو في زمن المخاطر، وتبني المقاربة التشاركية، والحوار الهادئ والرزين بين جميع المتدخلين في إنتاج العدالة بما يساهم في تحقيق الأمن القضائي، وبدعوة المشرع المغربي إلى استحضار المخاطر والحوادث والأوبئة في صياغة القواعد التشريعية، وأيضا بدعوة المشرع المغربي إلى تبني الاجتهادات القضائية التي تتسم بالخلق والإبداع لإعادة النظر في النصوص القانونية أو تبني اختيارات جديدة بما يضمن الأمن القانوني.

بعد ذلك مرر السيد رئيس الجلسة العلمية الكلمة للدكتور عبد اللطيف الشنتوف رئيس نادي قضاة المغرب لإلقاء مداخلته القيمة حول موضوع: "الاجتهاد القضائي وعمل المؤسسات القضائية زمن حالة الطوارئ الصحية" تناول في المحور الأول منها لإجتهاد المؤسسات القضائية في زمن الطوارئ الصحية بالمغرب، والمقصود بالمؤسسات القضائية هي المجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة وزارة العدل وهذه الإجتهادات كانت فاعلة ومبتكرة ومن أبرزها المحاكمات الزجرية عن بعد وإن كان قد ثار نقاش حقوقي وقانوني حول سندها القانوني ومدى احترامها لمبادئ المحاكمة العادلة، حيث ومن وجهة نظره فإن هذا الاجتهاد كان ضروريا في ظل غياب النص القانوني وفي ظل ظهور إصابات بفيروس كورنا في المؤسسات السجنية، كما ابرز أن مبادئ

المحاكمة العادله يجب ان تحترم وأن المحاكمة عن بعد لا تمس مبادئ المحاكمة العادلة متى احترمت هذه المحاكمة تلك المبادئ.

ومن ناحية أخرى تطرق الأستاذ الفاضل للإجتهاد أو العمل القضائي في زمن الطوارئ الصحية من خلال تتبعه لمجموعة من الاجتهادات التي لم تكن معتادة في الزمن العادي منها مثلا عدم تنفيذ القرارات والاحكام القاضية بالافراغ، واعتبار هذا الوباء ظرفا يبرر حالة الاستعجال، استنطاق المتهم أوليا وتفصيليا في آن واحد وغيرها، وهذه الإجتهادات وان كانت تضرب مبدأ الأمن القضائي على اعتبار أن هذا المبدأ يتطلب استقرار الإجتهاد القضائي والقاعدة القانونية .

وبعد أن أعطيت له الكلمة تطرق الأستاذ سعيد معاش رئيس نادي المحامين بالمغرب في مداخلته القيمة بعنوان "دور المحامي في تحقيق الأمن القانوني والقضائي خلال فترة الطوارئ الصحية "حيث أشاد بمجهودات المنظمين لهاته الندوة العلمية الهامة التي تميزت بمشاركة عدد مهم منظومة من المختصين والجامعيين والمهنيين فى الميدانين القانوني والقضائي سيما وان الموضوع يكتسي أهمية بالغة بالنظر لآثار الأمنين القانوني و القضائي على المستويات الاقتصادية، الاجتماعية، الأمنية ، والصحية أيضا في إطار الظروف الإستثنائية التي تمر بها بلادنا والمتعلقة بتداعيات وآثار جائحة كورونا .

كما تحدث الدكتور المصطفى الغشام الشعيبي أستاذ بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور في مداخلته التي خصصها لمحاولة الجواب على الإشكالات المثارة بخصوص تأثير وباء كورونا كوفيد 19 على الإلتزامات التعاقدية وما هو التكييف القانوني لهذا الفيروس هل هو قوة قاهرة أم ظرف طارئ ؟ حيث يؤدي التكييف على أساس القوة القاهرة إلى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً وبالتالي يترتب عليها انفساخ العقد من تلقاء نفسه وإنقضاء الإلتزام والالتزمات المقابلة له وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، عكس ما إذا تم تكييفه على أساس نظرية الظروف الطارئة حيث لا يؤدي ذلك إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بل مرهقاً لأحد الأطراف أو لكليهما ويترتب عليها رد الإلتزام إلى الحد المعقول وتوزيع الخسارة على الطرفين، حيث رجح في الأخير أن فيروس كوفيد 19 وحسب كل حالة على حدة يمكن أن يؤدي إلى توقف تنفيذ العقد كما هو الحال بالنسبة لعقود النقل والتوريد ، كما يمكن أن يكيف على أساس نظرية الظروف الطارئة لكون أن هذا الفيروس غالبا ما لا يؤدي إلى توقف العقد وأن تنفيذه يكون فقط مرهقا للمدين ومن ثم وجب تدخل القاضي لإرجاع التوازن للعقد وانهاء أسباب الإرهاق في التنفيذ.

كما تناول الدكتور حسن الرحيية أستاذ جامعي بكلية الحقوق-جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، ضمن مداخلته ضمانات المحاكمة العادلة على ضوء اعتماد تقنية الاتصال عن بعد خلال اجراءات المحاكمة، مشيرا أنه أضحى هذا الموضوع اليوم واحد من أهم المواضيع ذات الصلة بحقوق الإنسان التي يستحق بسطها للنقاش وطرحها للتشاور لبحث الإشكاليات القانونية والعملية التي تفرضها الممارسة القضائية بشكل يومي، ومبرزا في ذات السياق الأهمية التي أضحت تحققها هذه التقنية والنتائج الإيجابية الهادفة إلى تطوير خدمات الولوج للعدالة من المنظور الجديد للمحاكمة الالكترونية، بدءا من سرعة البت في الاجراءات، وتقليص مدة ومواعيد جلسات المحاكمة، ووصولا إلى تحقيق مبدأ البت في الدعاوى داخل معقول. بالإضافة إلى أن اعتماد تقنيات الاتصال المرئي والمسموع سيساهم بشكل واضح في تقليل الأعباء المادية على أطراف الدعوى.وقد ساعدت هذه العملية في الوقت الراهن على مواكبة التغييرات الفجائية التي طرأت خلال فترة الحجر الصحي الذي فرض على المواطنين تطبيقا لمقتضيات مرسوم بقانون رقم 2.20.292 بتاريخ: 23 مارس 2020 يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها وكذا المرسوم رقم 2.20.293 بتاريخ 24 مارس 2020بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا كوفيد-19. وازدادت أهمية هذه التقنية عندما تم اتخاذ مجموعة من التدابير الأمنية القاضية بالمنع المؤقت لإخراج المعتقلين إلى مختلف محاكم المملكة واعتماد تقنية التقاضي عن بعد، وذلك في إطار يضمن حقوق هذه الفئة في المحاكمة العادلة،وانسجاما مع المجهودات المبذولة أيضا من قبل المندوبية العامة لإدارة السجون والهيئات القضائية التي تم من خلالها بلورة صيغة بديلة لضمان تخابر المحامين مع المعتقلين عبر وسيلة الاتصال الهاتفي قبل انعقاد جلسات المحاكمة. ولتحقيق ذلك أوصى بضرورة إدخال تعديلات على قانون المسطرة الجنائية والمدنية ينظم بموجبها كيفية استخدام تقنية وسائل الاتصال الرقمي في اجراءات التقاضي عن بعد بشكل يضمن تحقيق المحاكمة، معتبرا أنه لا يجوز لإجراءات التقاضي عن بعد أن تحيد عن مضمون الحقوق والحريات التي حددها الدستور أو تقلل من فاعليتها أو تعيق حركيتها، بل يجب عليها أن تكفلها وتنظم ممارستها،فتضع حدودها وتوفر جميع الضمانات لاحترامها.

الدكتور عبد الله أشركي أفقير أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة، مداخلة حول موضوع: تأثير قانون الطوارئ الصحية على الاستقرار الاجتماعي، تناول هذا الموضوع من خلال أربع محددات أساسية: أولها الحق في الصحة في ظل ظاهرة الوباء العالمية، وثانيها الحق في التعليم في ظل

ظاهرة الوباء العالمية، وثالثها حقوق الأجراء في ظل هذه الظاهرة، والمحدد الأخير حول حقوق التنقل للمغاربة العالقين بالخارج.

فيما تناول الدكتور حميد اليسفي، أستاذ جامعي بالكلية المتعددة التخصصات بالراشيدية ومدير مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية في مداخلته القيمة حول موضوع "إنهاء علاقة الشغل في ظل زمن الجائحة، مقاربة قانونية واجتماعية" حيث قسمها إلى محورين: محور خاص بالمقاربة القانونية لإنهاء علاقة الشغل في ظل الجائحة فيروس كورونا كوفيد19. ومحور آخر يتعلق بالاثار الاجتماعية المترتبة عن هذا الإنهاء التعاقدي. حيث خلص إلى أن أن فيروس كورونا هي واقعة مادية لا دخل للإنسان فيها، ويستحيل دفع الضرر الناتج عنها باعتبارها وباء عالمي أدى إلى إيقاف جميع الالتزامات التعاقدية، بما فيها عقود الشغل وكيفها على اساس نظرية القوة القاهرة التي لا يمكن دفعها، لتوفر الشروط المنصوص عليها في الفصل 269 من ق ل وبتبني هذا الفصل يمكن القول أن انتهاء علاقات الشغل في ظل هذه الجائحة لا تترتب عنها أية مسؤولية مدنية،سواء على عاتق المشغل أو الأجير.

ولتفادي الآثار الاجتماعية الخطيرة لهذه الجائحة على عقود الشغل واستمرارية المقاولات، في اطار المقاربة الاجتماعية اتخذت الدولة مجموعة من التدابير والاجراءات ذات الحمولة الاجتماعية،من خلال إحداث لجنة اليقظة الاقتصادية من أجل تتبع وتقييم وضعية الاقتصاد،واتخاد التدابير المناسبة التي تصبو نحو التخفيف من حدة الأزمة، فتم منح تعويضات عن فقدان الشغل من طرف الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي من جهة ومن جهة أخرى منح مساعدات مالية للعاملين في القطاع الغير المهيكل على أساس أن الحماية القانونية ينبغي أن تشمل جميع المواطنين.

بعد ذلك أعطى رئيس الجلسة الكلمة للدكتور ابراهيم اشويعر الكاتب العام للمركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية والذي عالج في مداخلته القيمة بعنوان "السياسة العقابية في ظل حالة الطوارئ الصحية ـ مقاربة قانونية"، مظاهر المقاربة العقابية في ظل حالة الطوارئ الصحية باعتبار أن المشرع عمد إلى المزاوجة بين العقوبات السالبة للحرية والعقوبات المالية، كما أكد أنه في ظل الوضعية الراهنة ألم يكن من الأجدر الاكتفاء بالعقوبات المالية والبديلة فقط على غرار ما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة، بهدف ضمان التزام الأفراد بالإجراءات الاحترازية خصوصا في ظل عدم وجود لقاح ضد الوباء مما تبقى معه المقاربة الزجرية هي الوسيلة الوحيدة للتصدي لكل خرق لحالة الطوارئ الصحية

كما تطرق في مداخلته القيمة لدور المؤسسة العقابية في تحقيق سياسة عقابية ناجعة في ظل حالة الطوارئ، باعتماد مقاربة تشاركية مع باقي المتدخلين في القطاع من خلال إجراءات وقائية إضافية لحماية الأمن الصحي للمؤسسات السجنية وتأهيلها والحد من انتشار الوباء بها، رغم محدودية السياسة الجنائية في معالجة الوضعية الراهنة خصوصا في ظل الاكتظاظ وارتفاع مؤشر الاعتقال الاحتياطي.

وفي ختام مداخلته أكد على ضرورة تكثيف الجهود من طرف جميع المتدخلين من أجل ضمان سلامة السجناء والموظفين دون تفشي الوباء داخل المؤسسات السجنية ، والعمل على الإسراع بإخراج مضامين مشروع القانون الجنائي الجديد لحيز الوجود خصوصا وما أضحى للعقوبات البديلة من الأهمية والراهنية، وأيضا تحديث المنظومة الجنائية الوطنية بإقرار مدونة جنائية رقمية لمواكبة التسارع العالمي باعتماد الآليات المسطرية الرقمية لتعزيز وتقوية ضمانات المحاكمة الزجرية عن بعد .

بعد ذلك أعطى رئيس الجلسة العلمية الكلمة للدكتور خليل اللواح، أستاذ زائر بالكلية المتعددة التخصصات بالعرائش ورئيس تحرير مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية لإلقاء مداخلته القيمة حول "حالة الطوارئ الصحية بالمغرب بين الشرعية والمشروعية" حيث أكد أن الباحثون بمختلف مجالاتهم ومرجعياتهم اتفقوا على أن الشرعية والمشروعية وجهان لعملة واحدة هي دولة الحق والقانون، دولة تحترم المرجعية الدولية والوطنية الناجمة عن مكانتها في المنتظم الدولي بموجب الاتفاقيات المصادقة عليها، وتشبتها بالإطار الدستوري والقانوني المنظم لكيانها كسبيل واحد ووحيد لا محيد عنه لممارسة اختصاصاتها ومهامها. وإذا كان البعض يتساءل عن علاقة حالة الطوارئ الصحية بدولة الحق والقانون، فإنها علاقة تظل وطيدة بذلك، بالنظر إلى ما يمكن أن ينجم عنها من آثار سلبية على ممارسة الحقوق والحريات كما يضمنها القانون، من خلال تقييد هذه الحقوق وفق ما تقتضيه المصلحة العامة، وبما يتيح للسلطة التنفيذية من صلاحيات استثنائية قد تمس بالمكتسبات الحقوقية المتراكمة للمملكة، وعلى ضوء ذلك، تأتي هذه المداخلة لإماطة اللثام عن موضوع حالة الطوارئ الصحية بالمغرب، من خلال الإجابة عن إشكالية محورية مرتبطة بها متبلورة في التساؤل التالي: ما مدى شرعية ومشروعية حالة الطوارئ الصحية بالمغرب؟

وفي الأخير ختم الندوة رئيس الجلسة العلمية الدكتور مصطفى الفوركي مدير مجلة القانون والأعمال الدولية من خلال تقديمه الشكر الجزيل لكل الاساتذة المتدخلين في أشغال هذه الندوة العلمية، كما وجه الشكر أيضا لكل المشاهدين الكرام على حسن تتبعهم لأشغال هذه الندوة العلمية.

برنامج الندوة العلمية

- **كلمة السيد رئيس المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية**
  الدكتور المصطفى الغشام الشعيبي، أستاذ باحث في القانون الخاص بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور.
- **رئيس الجلسة العلمية :**
  الدكتور مصطفى الفوركي، مدير مجلة القانون والأعمال الدولية.
- **السلطة القضائية في زمن جائحة كوفيد 19، وسؤال المحاكمة الزجرية عن بعد.**
  الدكتور عز الدين الماحي، قاض ملحق برئاسة النيابة العامة، مدير مجلة محاكمة.
- **الإجتهاد القضائي وعمل المؤسسات القضائية في زمن الطوارئ الصحية.**
  الدكتور عبد اللطيف الشنتوف، رئيس نادي قضاة المغرب
- **دور المحامي في تحقيق الأمن القانوني والقضائي خلال فترة الطوارئ الصحية.**
  الأستاذ سعيد معاش، رئيس نادي المحامين بالمغرب
- **المحاكمة الرقمية في ظل الاعلان عن حالة الطوارئ الصحية: الآليات والضمانات.**
  الدكتور حسن الرحيبة، أستاذ جامعي بكلية الحقوق بفاس، جامعة سيدي محمد بن عبد الله
- **تأثير قانون الطوارئ على الاستقرار الاجتماعي.**
  الدكتور عبد الله أشركي أفقير، أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة.
- **التكييف القانوني لحالة الطوارئ الصحية بين نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة.**
  الدكتور المصطفى الغشام الشعيبي، أستاذ باحث في القانون الخاص بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور، رئيس المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية.
- **إنهاء علاقات الشغل في ظل زمن الجائحة مقاربة قانونية واجتماعية.**
  الدكتور حميد اليسسفي، أستاذ جامعي بالكلية المتعددة الاختصاصات بالراشدية جامعة مولاي إسماعيل مكناس، مدير مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية
- **السياسة العقابية في ظل حالات الطوارئ الصحية - مقاربة قانونية.**
  الدكتور إبراهيم اشويعر، الكاتب العام للمركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية، رئيس تحرير مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية.
- **حالة الطوارئ الصحية بالمغرب بين الشرعية والمشروعية.**
  الدكتور خليل اللواح، أستاذ زائر بالكلية المتعددة المتخصصات بالعرائش، رئيس تحرير مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية

ينظم المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية ومجلة القانون والأعمال الدولية يوم: السبت 16 ماي 2020

ندوة وطنية عن بعد

حول موضوع:

الأمن القانوني والقضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب

وذلك بتنسيق مع:

- ماستر المهن القانونية والقضائية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة.
- نادي قضاة المغرب.
- نادي المحامين بالمغرب.
- مجلة عدالة ومجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية.

أرضية الندوة :

في إطار مواكبة السياسة الجنائية للتحولات المجتمعية في الظرفية الراهنة، وباعتبار لكون القضاء يشكل الدعامة الأساسية لحماية الحقوق والحريات، والسهر على تحقيق ضمانات المحاكمة العادلة طبقا للمقتضيات الدستورية والقوانين الجاري بها العمل ملاءمة مع المعايير الدولية. فإن إثارة النقاش العمومي حول موضوع الأمن القانوني والقضائي أصبح يتسم بالأولوية، خاصة في ظل هذه الظرفية الاستثنائية التي تعيشها المملكة إسوة بباقي دول العالم، نتيجة انتشار وباء فيروس "كورونا المستجد" (covid 19)؛ الأمر الذي دفع بالمدعو إلى إعلان حالة الطوارئ الصحية في كافة أرجاء التراب الوطني بتاريخ: 20 مارس 2020، حيث تدخل المشرع بإصدار مرسوم بقانون رقم 2.20.292 بتاريخ 28 رجب 1441 الموافق 23 مارس 2020، يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، ومرسوم رقم 2.20.293 بتاريخ 24 مارس 2020 بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي انتشار فيروس كورونا في مرحلة أولى وتمديد فترة سريان مفعول حالة الطوارئ الصحية لنفس المدة بموجب مرسوم 2.20.330 الصادر بتاريخ 18 أبريل 2020 في مرحلة ثانية. ويفعل ذلك تأثر المرفق العمومي لإجمالا ومنه مرفق العدالة، إن على مستوى الادارة القضائية أو على مستوى السير العادي للتقاضي بشكل عام، مما استدعى اتخاذ تدابير استعجالية من قبل السلطة القضائية ورئاسة النيابة والسلطة الحكومية المكلفة بالعدل وهيئة الدفاع وقطاع الصحة والداخلية والأمن والسجون وغيرها من المؤسسات والهيئات المتدخلة في منظومة العدالة.

وقد كان لكل هذه التدابير والإجراءات الموازية أثر بالغ في توفير الحماية للأشخاص والأموال من الآثار السلبية للفعل التشريعي ونتائجه في ظل هذه الظروف، لذلك كان لزاما التأكيد على احترام القاعدة القانونية من أجل التأسيس لمناخ قانوني وقضائي سليم ومستقر قابل للتعايش والتفاعل بشكل إيجابي مع هذه الظرفية الاستثنائية على اعتبار أن الالتزام بتطبيق القانون يتطلب ضمان بيئة ملائمة مكونة من شقين متلازمين: يرتبط الأول منهما بمواصفات سن القانون والآخر بشروط تنزيله وتطبيقه على أرض الواقع في إطار احترام للحقوق والحريات المكفولة دستوريا وضمان ذلك من طرف القضاء باعتباره مظهرا من مظاهر سيادة دولة الحق والقانون والمؤسسات، ووسيلتها في إحقاق العدالة.

وبتعبير آخر فإن الغاية من الأمن القضائي هو ضمان سيادة القانون للإسهام في التنمية الاقتصادية وتحقيق السلم الاجتماعي، اعتبارا لكون المستفيد من الأمن القضائي هو المجتمع والدولة على السواء، وعلى هذا السلطة القضائية هو تطبيق القانون ولتأمين الأمن القضائي من طرف القضاء، يتعين وجود منظومة تشريعية متكاملة، متلائمة مع التشريعات الدولية ومنسجمة مع مقتضيات الدستور، من خلال مقاربة ناجعة تتأسس على حسن تنزيل النص القانوني من طرف جهاز العدالة بما يترجم إرادة المشرع وروح القوانين ويصون الحقوق والحريات ويحقق الإنصاف المنشود. وهذا ما يحيل على مفهوم الأمن القضائي الذي أسرله الفصل 117 من الدستور الجديد وجعله مناطا للوظيفة القضائية بحيث ينص الفصل المذكور على أن "يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون".

وفي محاولة لإثراء النقاش العلمي في هذا الموضوع ارتأى المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية تنظيم ندوة وطنية حول موضوع الأمن القانوني والقضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب، بهدف تناول مختلف المستجدات المطروحة في الساحة القانونية والقضائية وتدارسها ومناقشتها من قبل أساتذة باحثين وقضاة وممارسين وفاعلين مختصين ومهتمين، وذلك بغية معالجة إشكالية جوهرية ندرس من خلالها تجليات تحقيق الأمن القانوني والقضائي في ظل فرض الحجر الصحي خلال فترة حالة الطوارئ؟

محاور الندوة :

- المحور الأول: تجليات المنظومة القانونية والقضائية من خلال المستجدات التشريعية المرتبطة بحالة الطوارئ.
- المحور الثاني: آليات تحقيق الأمن القانوني والقضائي خلال فترة الحجر الصحي.

مجلة عدالة
للدراسات القانونية والقضائية

مجلة ورقية علمية محكمة

تصدر كل أربعة أشهر تعنى بالشؤون القانونية والقضائية

تقديم العدد : د.محمد بوزلافة عميد كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سيدي محمد بن عبد الله- فاس – المملكة المغربية

يعد التنظير الفقهي أرقى ما وصل إليه التفكير الإنساني المعاصر، بحكم ما يستلزمه من جهد عقلي منظم، يبحث ويفكر ويتأمل في النظم والتشريعات والممارسات والهيآت والمؤسسات؛ تفكير يصبح أمام تحديات كبرى حينما يطلب منه في زمن الأزمة – أزمة كوفيد 19- التحليل والإنتاج، بل والإبداع في هامش ضيق من الزمن، دون إمهال لاختبار الأفكار، ولا تريث للتأكد الذاتي من مدى وجاهة المخرجات بشكل غير بعيد عن القناعات، حيث يطلب منه استحضار خصوصية الظرفية الدولية والوطنية، وعدم الابتعاد عن التراكمات التي أنتجتها المحطات التي عاشتها الإنسانية.

فإذا كانت أحداث انتشار جائحة كورونا قد تعاقبت على المستوى الدولي بشكل سريع، منذ ظهور أول إصابة بمدينة ووهان الصينية يوم 12 دجنبر 2019، والإعلان عن أول حالة إصابة بفيروس كورونا المستجد بالمغرب يوم 2 مارس 2020، وعن أول حالة وفاة يوم 10 مارس 2020 واتساع رقعة تفشي المرض في منتصف مارس ، إلى أن صدر بلاغ وزارة الداخلية بشأن إعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب بتاريخ 19 مارس 2020، من أجل الحفاظ على صحة وسلامة المواطنات والمواطنين، وذلك نتيجة تسجيل بعض التطورات بشأن إصابة مواطنين غير وافدين من الخارج بفيروس كورونا. بلاغ قضى بتقييد حركة المواطنين ابتداء من الجمعة 20 مارس 2020 على الساعة السادسة مساء، كوسيلة لا محيد عنها لإبقاء انتشار الفيروس تحت السيطرة.

قرار طرح أسئلة عديدة بشأن الشرعية والمشروعية؛ وأيضا بشأن المرجعيات الدولية والوطنية المؤسسة لحالة الطوارئ. فإعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب أعتبر مفاجئا بالنسبة للعديد، باعتبار أن المغرب والمغاربة لم يعهدوا تطبيق مثل هاته الإجراءات الاستثنائية على المستوى الوطني. الأمر الذي طرح عدة تساؤلات، ونقاشات قانونية، تمحورت بالأساس بشأن المرجعية الدستورية والقانونية المؤسس لها، علما أن دستور 2011 نص على حالة الحصار من خلال الفصل 74، وحالة الاستثناء في الفصل 59، ولم ينص على حالة الطوارئ. وإذا كان الدستور قد شكل مرجعية ودعامة أساسية في ديباجة مرسومي 23 و24 مارس 2020، باعتبار أن الأول خاص بسن أحكام لحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، حيث اعتمد على الفصول 21 و 4/24 و81 من الدستور. والثاني خاص بالإعلان عن حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا حيث اعتمد على الفصول 90 و92 من الدستور. فإنه ومع ذلك لا يعفينا الأمر من التساؤل بشأن الدقة في علاقة بالأسس والمرجعيات.

منطلقات تدعو لا محالة للخوض بعد ذلك في التفكير بشأن التداعيات والسياقات القانونية المترتبة عن حالة الطوارئ الصحية، ونوعية وحجم الحريات التي تم تقيدها، وطبيعة التدخل المؤسساتي للأجهزة الأمنية، ونوعية الدور الموكول للسلطة القضائية سعيا لتحقيق الأمن القانوني والقضائي... بعيدا عن النزعة الذاتية في التحليل، والمواقف الجاهزة في التناول، حتى نتمكن من بلوغ منتهى التفكير الموضوعي، القائم على الفكر القانوني الذي يعتمد على منهج منطقي وعقلاني بجملة من المراحل تتجلى بالأساس في مرحلة التحليل، النقد وتقديم الحلول المناسبة أو البديلة.....

إنه الدور الإيجابي الحمائي المتطلب من الفكر الإنساني، الذي يفترض فيه أن يسعى للتوجيه، في سياق من التكامل والانسجام بين مكونات المجتمع والسلطة.

فاس : 2020/06/14

مكتبة دار السلام

الهاتف - الفاكس : 05 37 72 58 23

Site web : www.darassalam.ma

E-mail : contact@darassalam.ma

2665-8232

4 يونيو 2020